Sygn. akt: KIO 507/23

Wyrok z dnia 13 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 7 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2023 r. przez wykonawcę Voith Turbo Sp. z o.o., Majków Duży 74, 97-371 Wola Krzysztoporska

w postępowaniu prowadzonym przez Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa.

przy udziale wykonawcy SKB Drive Tech S.A., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawcę Voith Turbo Sp. z o.o., Majków Duży 74, 97-371 Wola Krzysztoporska i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.1. zasądza od wykonawcy Voith Turbo Sp. z o.o., Majków Duży 74, 97-371 Wola Krzysztoporska na rzecz zamawiającego - Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów postępowania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 507/23

Uzasadnienie

Zamawiający: TRAMWAJE WARSZAWSKIE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia o numerze DWZ/154/2022 w przedmiocie wykonania naprawy głównej 152 zespołów napędowych eksploatowanych w tramwajach typu 120Na oraz 120Na DUO szczegółowo opisanym w Specyfikacji Warunków Zamówienia opublikowanej 9 grudnia 2022 roku w Dz. Urz. UE: 2022/S 238 - 686192, ze zm. z 2 stycznia 2023 r., Dz. Urz. UE: 2023/S 001 - 001817 i 16 stycznia 2023 r. Dz. Urz. UE: 2023/S 011 - 027054 („SWZ"), Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano jw.

Odwołujący: VOITH TURBO sp. z o.o. Majków Duży 74, 97-371 Wola Krzysztoporska

wniósł odwołanie w postępowaniu zaskarżając następujące czynności Zamawiającego: 1) wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SKB DRIVE TECH S.A. z/s w

Warszawie („SKB"), zawierającej rażąco niską cenę i koszt, w tym rażąco niskie ceny i koszty istotnych części składowych oferty, w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2) zaniechanie odrzucenia oferty SKB, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę i

koszt, w tym rażąco niską cenę i koszt istotnych części składowych oferty, w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że w konsekwencji powyższego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu konkurentom do rynku poprzez sprzedaż poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, w celu eliminacji innych przedsiębiorców;

3) zaniechanie wezwania SKB do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny

złożonej oferty w sytuacji, w której cena i koszt oferty, w tym ceny i koszty istotnych części składowych, już na podstawie posiadanych przez Zamawiającego informacji powinny się wydać rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

4) zaniechanie wykluczenia SKB z Postępowania i odrzucenia oferty SKB, pomimo iż

SKB nie spełniał warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia określonego w pkt 5.1.2.1. SWZ oraz co do posiadania narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia, względnie, pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa SKB wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w postępowaniu.

W powyższym zakresie zarzuca naruszenie:

1 . art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1 i 2 PZP — przez zaniechanie wezwania SKB do złożenia wyjaśnień i dowodów, w zakresie wyliczenia ceny i kosztu oferty tego wykonawcy oraz ich istotnych części składowych, w tym w pozycjach 36, 37, 39, 42, 50 tabeli w opcji ll oferty oraz sposobu wyliczenia ceny lub kosztu jednostkowej naprawy zespołu napędowego w zakresie podstawowym i opcji l, podczas gdy zaoferowana cena i koszt oferty (w tym z uwagi na cenę i koszt powyższych części składowych), powinny się wydać rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudzić wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ;

2 art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz 15 ustawy z 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty SKB, pomimo że oferta tego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu konkurentom do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia;

3 a) art. 226 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 PZP, przez zaniechanie wykluczenia

SKB i odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, pomimo że SKB nie spełnia warunków udziału w postępowaniu

- w zakresie doświadczenia określonego w pkt 5.1.2.1. SWZ,

- co do posiadania urządzeń technicznych w celu wykonania zamówienia w zakresie dotyczącym wyważenia wirnika w klasie G2,5 (wg ISO 1940/1-1986 lub normy równoważnej) dla n-5000 [obr./min], do której to czynności niezbędne jest posiadanie wyważarki, którego to urządzenia SKB w wykazie narzędzi i urządzeń dostępnych wykonawcy nie wyszczególnił, b) względnie naruszenie art. 109 ust. 8 i 10 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz w zw. z art. 226 ust.

1 pkt 2 PZP przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania SKB, które wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wobec przedstawionych zarzutów wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na badaniu i ocenie ofert oraz wyborze oferty SKB jako najkorzystniejszej, wykluczenia SKB z Postępowania, odrzucenia oferty SKB;

- ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania SKB do wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny i kosztu oferty oraz ich istotnych części składowych, oraz sposobu wyliczenia ceny jednostkowej naprawy zespołu napędowego w zakresie podstawowym i opcji l;

- nakazanie ponownego podjęcia czynności badania i ocenie ofert oraz wyborze oferty

najkorzystniejszej z uwzględnieniem rozstrzygnięcia Izby w zakresie powyższych żądań; Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

Opisał przedmiot zamówienia, warunki udziału w postępowaniu i inne istotne postanowienia specyfikacji warunków zamówienia.

Przypomniał, że zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 6.992.058 zł, w tym 5.407.080,00 zł w ramach zamówienia podstawowego oraz 463.464,00 zł w ramach opcji l oraz 1 .121.514,00 zł w ramach opcji ll.

Oferty złożyło dwóch oferentów: Odwołujący oraz SKB; Odwołujący zaoferował realizację zamówienia za kwotę 7.829.145,57 zł, a SKB, którego ofertę wybrano, za 5.679.971 zł.

4. Zarzut nr 1

Wskazano na zakres i warunki wykonania naprawy głównej zespołów napędowych.

SKB w ramach złożonej przez siebie oferty podał, iż cena jednostkowa netto wykonania naprawy głównej zespołu napędowego tramwajach typu 120Na oraz 120Na DUO wynosi 24.975,00 zł, tj. łącznie 3.796.200,00 zł netto (dla 152 sztuk zespołów napędowych). W ocenie Odwołującego wartości wskazane przez SKB są rażąco zaniżone. Pomocniczo Odwołujący prezentuje zestawienie, w oparciu o które należy wyprowadzić powyższy wniosek.

Tabela 1 Kalkulacja oferty SKB w porównaniu do innych dostępnych danych

Kalkulacja przygotowana w oparciu o wyjaśnienia SKB z 2020 roku do postępowania Zamawiającego nr DWZ/7/2020 - PRZEKŁADNIA

	rok 2020; wartości netto w PLN	rok 2023; wartości netto w PLN	komentarz
koszt łożysk (przekładnia)	10 000,00 zł	10 000,00 zł	brak szczegółowych danych na rok 2023, w związku z tym pomocniczo przypisano wartość z 2020 roku
koszt robocizny (przekładnia)	7 000,00 zł	7 000,00 zł	brak szczegółowych danych na rok 2023, w związku z tym pomocniczo przypisano wartość z 2020 roku
koszty pozostałych komponentów, materiałów, transportu (przekładnia)	3 000,00 zł	3 000,00 zł	brak szczegółowych danych na rok 2023, w związku z tym pomocniczo przypisano wartość z 2020 roku
SUMA1	20 000,00 zł	20 000,00 zł	

Kalkulacja przygotowana w oparciu o wyjaśnienia SKB z 2020 roku do postępowania Zamawiającego nr DWZ/7/2020 oraz wartości wskazane w ofercie SKB z 2021 roku do postępowania Zamawiającego nr DWZ/57/2021 - SILNIK

koszt ryczałtowy remontu silnika	10 000,00 zł		w ofercie na 2020 rok SKB wskazało, że przy remoncie silnika będzie korzystać z usług podwykonawcy, stąd w wyjaśnieniach SKB pojawiła się stawka ryczałtowa w kwocie 10 tys. zł netto; w ofercie z roku 2023 podwykonawcy nie wskazano, co oznacza, że SKB remonty silnika powinno wykonywać samodzielnie
wartość robocizny dla remontu silnika (24h)		4 666,67 zł	w oparciu o koszt roboczogodziny przy przekładniach wyliczono wartość roboczogodziny przy remoncie silnika -kwota jednostkowa 194,44 zł netto/h; do wyliczenia łącznej wartości robocizny przyjęto minimalny niezbędny czas na remont silnika, tj. 24 godziny - szczegóły w odrębnej tabeli
35612187510 Łożysko walcowe z izolacją elektryczną 807551	-	3 411,34 zł	wartość obliczona w oparciu o posiadaną przez Odwołującego ofertę nabycia tego łożyska
FS.13798.88 Skrzynia zaciskowa, obrobiona		3 278,88 zł	wartość wskazana przez SKB w ofercie do postępowania Zamawiającego nr DWZ/57/2021 z 2021 na remont zespołów napędowych (wówczas jako Opcja)
HG. 13270.99 Osłona wentylatora / Pokrywa wentylatora kompletna		2 459,16 zł	wartość wskazana przez SKB w ofercie do postępowania Zamawiającego nr DWZ/57/2021 z 2021 na remont zespołów napędowych (wówczas jako Opcja)
SUMA 2	10 000,00 zł	13 816,05 zł	
SUMA 1 i 2	30 000,00 zł	33 816,05 zł	
wartość z oferty SKB 2023		24 975,00 zł	
RÓŻNICA			różnica pomiędzy ceną jednostkową netto przedstawioną w ofercie SKB 2023 a ceną jednostkową SKB oszacowaną przez Odwołującego

Dokonana przez Odwołującego kalkulacja dot. oferty SKB może być zaniżona (co może działać na korzyść SKB), bowiem Odwołujący korzystał także z danych z lat ubiegłych. Biorąc pod uwagę aktualną sytuację na rynku, ceny z lat poprzednich uległy podwyższeniu. Na taki stan rzeczy wpływ mogły mieć przede wszystkim skutki pandemii COVID-19, wybuch wojny w Ukrainie czy też wysoka inflacja.

Kalkulacja Odwołującego składa się z dwóch części. Pierwsza część dotyczy kosztów naprawy przekładni produkcji Voith Turbo GmbH, druga część - naprawy silnika produkcji VEM Sachsenwerk GmbH). Odwołujący skorzystał z wyjaśnień SKB złożonych przez ten podmiot Zamawiającemu w ramach postępowania DW7J7/2020. SKB podniósł m.in., że wyliczenie ceny naprawy przekładni napędowej zostało dokonane według najlepszej wiedzy i doświadczenia popartych wykonaniem w ostatnich 4 latach ponad 250 napraw głównych przekładni napędowych pracujących w tramwajach i elektrycznych zespołach trakcyjnych w Polsce. Natomiast, w zakresie naprawy silnika SKB wskazał, iż cena naprawy silnika trakcyjnego VEM DKCBZ 0211-4FA opiera się na ofercie firmy VEM Sachsenwerk GmbH, reprezentującej producenta silników. SKB podało wartości, które umieszczono też w zestawieniu przygotowanym przez Odwołującego: koszt łożysk (przekładnia) — PLN 10.000 netto, koszt robocizny (przekładnia) — PLN 7.000 netto, koszty pozostałych komponentów, materiałów, transportu (przekładnia) – PLN 3.000 netto, koszt ryczałtowy remontu silnika — PLN 10.000 netto, co w ocenie SKB stanowiło przewidywany koszt jednostkowego remontu oraz wypracowanie zysku. Ponadto, SKB w treści oświadczenia podkreślił, że oferta nie zawiera żadnych oszczędnych metod wykonania, opiera się na dokumentacji technicznej, normach, instrukcjach montażu i demontażu oraz pianach kontroli jakości stanowiących o standardowym, zgodnym z najlepszą wiedzą i wieloletnim doświadczeniem Wykonawcy sposobie realizacji przedmiotu

zamówienia.

W związku z faktem, iż Zamawiający nie zobowiązał SKB do przedłożenia wyjaśnień w ramach obecnego postępowania przetargowego Odwołujący nie posiada wiedzy, w oparciu o jakie składowe SKB dokonało wyliczenia ceny jednostkowej. Dlatego Odwołujący przyjął pomocniczo wartości w zakresie naprawy przekładni, tj. pozycje 1-3 przedstawione powyżej. Tym samym, łączny koszt naprawy przekładni w ofercie SKB, oszacowany w sposób zaprezentowany powyżej w oparciu o wyjaśnienia SKB, które przy takich parametrach zakładały osiągnięcie zysku, powinien wynosić 20.000,00 zł netto. Oznacza to, że na koszty naprawy silnika (a zatem drugiego elementu stanowiącego zespół napędowy) SKB zamierza przeznaczyć niecałe 5.000,00 zł netto. Natomiast oferta SKB w zakresie ceny jednostkowej naprawy całego zespołu napędowego wynosiła 24.975,00 zł netto.

W ocenie Odwołującego, niemożliwym jest dokonanie jednostkowej naprawy silnika za cenę nieprzekraczającą 5.000 zł netto, nawet jeśli założyć, że SKB wykona naprawę samodzielnie. Należy wspomnieć, że w ramach postępowania DWZ/712020 SKB nie naprawiał samodzielnie silników, lecz przez podwykonawcę VEM Sachsenwerk GmbH. Oferta podwykonawcy wynosiła 10.000 zł netto. Cena ta obejmowała zarówno robociznę jak i materiały (poszczególne elementy podlegające wymianie). Tym samym, zastosowania nie może znaleźć wprost kwota wskazywana przez SKB w wyjaśnieniach z 1 lipca 2020 roku. W konsekwencji, koniecznym stało się oszacowanie na podstawie dostępnych materiałów, jaki

będzie koszt naprawy silnika przez SKB (drugiego elementu stanowiącego łącznie zespół napędowy).

Do obliczeń ceny jednostkowej kosztu naprawy silnika Odwołujący przyjął pozycje obejmujące robociznę oraz najważniejsze materiały, tj.:

1 wartość robocizny dla remontu silnika,

2 35612187510 Łożysko walcowe z izolacją elektryczną 807551 ,

3 FS.13798.88 Skrzynia zaciskowa, obrobiona,

4 HG. 13270.99 Osłona wentylatora I Pokrywa wentylatora kompletna.

Ad. 1 Wartość robocizny dla remontu silnika

Odwołujący w tym celu posłużył się wskazaną przez SKB w wyjaśnieniach z 2020 r. pozycją kosztu robocizny dla przekładni wynoszący łącznie 7.000 zł netto. Wg Odwołującego ilość czasu niezbędna do naprawy przekładni wynosi 36 godzin. W związku z tym, jednostkowa wartość roboczogodziny SKB Odwołujący oszacował na 194,44 zł netto (7.000,00 zł : 36 h = 194,44 zł/h). Odwołujący obliczoną w ten sposób wartość jednostkowej rbg dla naprawy przekładni zastosował również do naprawy silnika. Przyjął, że czas niezbędny do naprawy silnika - 24 godziny, a łączna wartość robocizny to iloczyn jednostkowej rbg oraz potrzebnej do naprawy ilości godzin, tj. 194,44 zł netto/h x 24 h =4.666,67 zł.

Szczegóły dotyczące obliczenia łącznej wartości robocizny przedstawia tabela:

Kalkulacja łącznego kosztu robocizny naprawy silnika

łączny koszt robocizny {naprawa przekładni) [zł]	7 000,00	wartość podana przez SKB w wyjaśnieniach do postępowania Zamawiającego nr DWZ/7/2020
ilość godzin [h] niezbędna do naprawy przekładni	36	wartość oszacowana przez Odwołującego
jednostkowa wartość roboczogodziny [zł/h]	194,44	
ilość godzin [h] niezbędna do naprawy silnika	24	wartość oszacowana przez Odwołującego
łączny koszt robocizny (naprawa silnika) [zł]	4 666,67	wartość zastosowana w Tabeli 1

Ad. 2 35612187510 Łożysko walcowe z izolacją elektryczną 807551 (poz. 10 w tabeli w ramach pkt 4.3.3. swz). Ponadto zgodnie z pkt 4.3.3. pkt 2) SWZ Przedmiotem zamówienia jest (...) wykonanie naprawy polegającej na: 2) wymianie wszystkich zabezpieczeń łożysk w zespole napędowym wraz z elementami regulacyjnymi napięcie łożysk.

SWZ zawiera 10 typów łożysk w zespole napędowym, z czego pozycje 1-9 tyczą się łożysk do przekładni, pozycja 10 obejmuje łożysko do silnika. W ocenie Odwołującego koszt nabycia łożyska z poz. nr 10 tabeli powinien zostać uwzględniony w cenie jednostkowej

naprawy silnika. Powyższe wynika z faktu, że przyjęta przez SKB cena jednostkowa naprawy silnika w 2020 roku obejmowała wynagrodzenie ryczałtowe podwykonawcy – VEM Sachsenwerk GmbH, w kwocie 10.000 zł. Obecnie SKB będzie musiał samodzielnie nabyć i wymienić przedmiotowe łożysko w silniku. Dlatego konieczne jest uwzględnienie kosztu tego łożyska również w cenie jednostkowej naprawy. Do obliczenia ceny jednostkowej łożyska przyjęto wartość tego elementu na podstawie posiadanej przez Odwołującego oferty spółki VEM Sachsenwerk GmbH, która wyceniła ten element na kwotę 725 EUR, co przy przyjęciu kursu średniego EUR/PLN daje kwotę 3.411,34 zł (725,00 x 4,7053). Taka

kwota została ujęta w Tabeli nr 1 przygotowanej przez Odwołującego.

Ad. 3 —4 FS.13798.88 Skrzynia zaciskowa, obrobiona; HG.13270.99 Osłona wentylatora/ Pokrywa wentylatora kompletna (pkt 4.3.3 pkt 7 i 8 swz).

W omawianym zakresie Odwołujący pragnie zwrócić szczególną uwagę na fakt, iż przedmiot zamówienia w postępowaniu nr DWZ15712021 określony szczegółowo w Specyfikacji nie zawierał wymienionych powyżej obecnych obowiązków z pkt 4.3.3. pkt 7-8 SWZ. Jednak w ramach postępowania nr DWZ157/2021 zakres naprawy głównej zespołów napędowych obejmujący wymianę osłony wentylatora I pokrywy wentylatora kompletnej silnika czy wymianę kompletnej skrzynki zaciskowej (FS.13798.88) mógł mieć miejsce w ramach prawa opcji. W związku z tym, SKB w tamtym postępowaniu podało ceny jednostkowe wskazanych elementów.44.FS.13798.88 Skrzynia zaciskowa, obrobiona 3.278,88 zł54. HG. 13270.99 Osłona wentylatora I Pokrywa wentylatora kompletna - silnik 2.459, 16 zł

Zdaniem Odwołującego koniecznym jest uwzględnienie tych pozycji w ramach obliczania jednostkowego kosztu naprawy silnika. Pozycje te zostały uwzględnione w Tabeli.

Jednostkowy koszt naprawy silnika

Łączna kwota stanowiąca jednostkowy koszty naprawy silnika w oparciu o posiadane przez Odwołującego dane dotyczące SKB wynosi 13.816,05 zł netto, podczas gdy założona przez SKB kwota na ten cel (przyjmując koszt naprawy przekładni na kwotę 20.000,00 zł netto) wynosi 4.975,00 zł netto. Dysproporcja jest rażąca, a niedoszacowanie wartości ceny jednostkowej naprawy silnika przez SKB wynosi ponad 177%.

Kwota jednostkowa SKB naprawy silnika oszacowana przez Odwołującego może być jeszcze wyższa, ponieważ w obliczeniach nie uwzględniono w szczególności: kosztu wnętrza skrzynki zaciskowej, kosztu wymiany złączki węża kątowej. SKB w swojej ofercie wycenił ten element na kwotę 571,32 zł netto, kosztu materiałów eksploatacyjnych, smaru, kosztu malowania, drobnych elementów jak elementy złączne, czy kosztu zabezpieczenia łożyska, wpływu inflacji i ogólnej sytuacji gospodarczej na wzrost cen producentów (do oszacowania przyjmowano dane z lat 2020-2021).

Podsumowując, łączny koszt jednostkowy naprawy zespołu napędowego obejmujący naprawę przekładni oraz naprawę silnika w oparciu o obliczenia Odwołującego, na

podstawie dostępnych materiałów dotyczących SKB, wynosić powinien nie mniej niż 33.816,05 zł netto. Tymczasem, oferta SKB zawiera kwotę 24.975,00 zł netto. Powstała w ten sposób różnica w kwocie 8.841,05 zł stanowi wartość netto niedoszacowania ceny jednostkowej naprawy zespołu napędowego. Niedoszacowanie w kontekście całej ceny jednostkowej dotyczącej naprawy zespołu napędowego wynosi zatem co najmniej 35,40%. CENY JEDNOSTKOWE W OPCJI II

Wątpliwości budzą również niektóre ceny części zamiennych wskazanych przez SKB w ramach Listy części zamiennych do silnika trakcyjnego VEM DKCBZ 0211-4FA, których wymiana może okazać się konieczna w ramach Opcji II (pkt 4.8.2. swz): 36. BA. 13370.99 stojan kpl 41.200 zł, 37. CA. 13488.99 Wirnik kpl 20.600 zł, 39. HA. 13839.88 Skrzynka zaciskowa z pierścieniem silnika VEM 6.099,66 zł, 42. Wszystkie elementy izolacyjne skrzynki zaciskowej 653,54 zł, 50. AY. 14793.99 Tarcza prowadząca 2.347,89 zł.

Zdaniem Odwołującego ceny SKB wyszczególnione powyżej są rażąco zaniżone i nie znajdują jakiegokolwiek odzwierciedlenia w warunkach rynkowych. Dysproporcja pomiędzy cenami zaoferowanymi w zakresie wymienionych elementów, a ofertami rynkowymi wskazuje na rażące zaniżenie ceny oferty. Na potwierdzenie stanowiska przedstawiono zestawienie w oparciu o posiadane przez Odwołującego oferty VEM Sachsenwerk GmbH z roku 2021 oraz 2023. Odwołujący wskazuje, że w zakresie elementów poz. 39, 42 i 50 Odwołujący nie posiada oferty cenowej spółki VEM Sachsenwerk GmbH z 2023 r., stąd przyjął ofertę tego podmiotu z 2021 r. Odwołujący wskazuje, że swoją ofertę dotyczącą elementów wymienionych kalkulował w oparciu o inne oferty, a żadna nie zbliżyła się do wartości SKB.

Tabela - Rażąco niskie ceny stosowane przez SKB

poz	nazwa elementu wraz z numerem katalogowym	cena jednostkowa z oferty VEM 2021 [EUR]	wartość w PLN	cena jednostkowa z oferty VEM 2023 [EUR]	wartość w PLN	cena jednostkowa SKB w ofercie DRZ/154/2 022	różnica
36	BA,13370.99 Stojan kpi	-	-	21 438,00 €	100 872,22 zł	41 200,00 zł	59 672,22 zł
37	CA.13488.99 Wirnik kpi	-	-	13 225,00 €	62 227,59 zł	20 600,00 Zł	41 627,59 Zł
39	HA. 13839.88 Skrzynka zaciskowa z pierścieniem silnika VEM	2 742,00 €	12 901,93 Zł	-	-	6 099,66 zł	6 802,27 zł
42	ZK. 15822.99 Wszystkie elementy izolacyjne skrzynki zaciskowej	530,00 €	2493,81 Zł	-	-	653,54 zł	1 840,27 zł

50	AY.14793.99 Tarcza prowadząca	540,00 €	2 540,86 zł	-	-	2 347,89 zł	192,97 zł

różnica w cenie w %

Przyjęto kurs średni NBP z dnia 2023-01-19, 1 EUR = 4,7053 PLN.

Tabela Rażąco niskie ceny stosowane przez SKB w porównaniu z ofertą Odwołującego

poz.	numer z katalogu	nazwa elementu wraz z numerem katalogowym	cena jednostkowa SKB w ofercie DRZ/154/2022	cena jednostkowa Voith w ofercie DRZ/154/2022	różnica	różnica w cenie w %
36	BA. 13370.99	Stojan kpi	41 200,00 zł	87 702,00 zł	46 502,00 zł	
37	CA. 13488.99	Wirnik kpi	20 600,00 zł	64 749,00 zł	44 149,00 zł	
39	HA. 13839.88	Skrzynka zaciskowa z pierścieniem silnika VEM	6 099,66 zł	16 547,00 zł	10 447,34 zł	
42	ZK.15822.99	Wszystkie elementy izolacyjne skrzynki zaciskowej	653,54 zł	3 107,00 zł	2 453,46 zł	
50	AY. 14793.99	Tarcza prowadząca	2 347,89 zł	3 165,00 zł	817,11 zł	

Z treści zestawień widać wyraźnie, że SKB, określając cenę za wymienione powyżej elementy, nie uwzględniło jakiejkolwiek marży i planuje nabyć te elementy po cenie zdecydowanie niższej od rynkowej, a prawdopodobnie również po cenie niższej od kosztów produkcji tych elementów. Tym samym, SKB w omawianym zakresie zastosowało rażąco niskie ceny.

Stanowisko Odwołującego znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie. Np. wyrok KIO z 936/22, KIO 953/22 „cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jak też jest ceną nierynkową, tj. nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym oraz postęp technologiczno-organizacyjny.”

Zamawiający błędnie nie dostrzegł, że oferta SKB zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w związku z czym powinna zostać odrzucona. Akceptacja przez Zamawiającego powyższej całkowicie nierynkowej i oderwanej od racjonalnych czynników cenotwórczych oferty, nie leży w interesie Zamawiającego, grozi ona niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości. Akceptacja oferty stanowi także zakłócenie zasad postępowania, w tym uczciwej konkurencji. Ustalenie cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek kosztów, wyłącznie po to, aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje kupieckie. Takie postępowanie nie zasługuje na ochronę. W ocenie Odwołującego dostarczył on wystarczających argumentów wskazujących, że oferta SKB zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ewentualne przeprowadzenie dowodu przeciwnego w tym zakresie powinno obciążać SKB lub Zamawiającego.

Zarzut nr 2. W świetle powyższych okoliczności oferta SKB nie tylko zawiera rażącą niską cenę, ale także stanowi przejaw naruszenia zasad uczciwości kupieckiej i wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym stanowi przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym sprzedaż towarów lub usług poniżej

kosztów ich wytworzenia jest działaniem utrudniającym innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Cena SKB jest nie tylko nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia oraz nierealistyczna z uwagi na ogólną sytuację gospodarczą i otoczenie biznesowe. Oferta SKB zakłada wykonanie istotnych elementów zamówienia w zasadzie nieodpłatnie, a w konsekwencji cała oferta została skalkulowana poniżej rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia. Jest ona zatem z góry i od samego początku skalkulowana ze stratą. Powyżej opisana praktyka kalkulacji oferty ma na celu utrudnianie dostępu do rynku i została podjęta w celu eliminacji z tego rynku innych przedsiębiorców (wyeliminowania konkurencyjnych ofert). SKB w kolejnych postępowaniach organizowanych przez Zamawiającego na ten sam lub zbliżony przedmiot zamówienia, przedstawia — wbrew czynnikom rynkowym — coraz to niższe kalkulacje istotnych części oferty. Wskazuje to na to, że działanie SKB polegające na zaniżaniu cen jest działaniem celowym, ciągłym, a nie jednorazowym. Powyższe działanie zostało podjęte z góry powziętym zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku z rynku. Żaden przedsiębiorca, którego racjonalnie pojmowana aktywność nastawiona musi być na osiągnięcie zysku, nie rezygnuje z niego bez wyraźnej przyczyny. Postępowanie SKB skutecznie wpływa na sytuację na rynku właściwym usług w zakresie naprawy zespołów napędowych. Żaden, nawet największy przedsiębiorca nie ma szans z dumpingiem cenowym. Takie postępowanie w dłuższym czasie musi skutkować wycofaniem się pozostałych oferentów z uczciwej konkurencji, w tym wypadku z konkurencji z SKB.

Reasumując zaoferowanie skrajnie nierealistycznej ceny za istotne elementy oceniane w ramach kryteriów oceny ofert,

wyczerpuje znamiona czynów określonych w art. 3 ust. 1 oraz w art. 15 ust. 1 pkt 1 znku. Wykonawca musi mieć świadomość jej oderwania od realiów rynkowych, a skoro to zrobił, oczywistym wnioskiem jest, że zrobił to w celu uzyskania dodatkowych punktów. Takie działanie z pewnością nie wpisuje się w reguły dopuszczalnej gry rynkowej i konkurowania wykonawców między sobą.

Zarzut nr 3 W prowadzonym postępowaniu Zamawiający sformułował w pkt 5.1.2.1. SWZ warunki w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

W celu potwierdzenia spełnienia warunku SKB przedstawił m.in. następujące dokumenty: a) referencje nr 11/GO/R/ET/2022 z 23.12.2022 wystawione przez Tramwaje Szczecińskie i b) referencje z 7.09.2021 r. i 14.11.2022 r. wystawione przez Tramwaje Warszawie Sp. z o.o. Powyższe referencje wystawione zostały w związku z realizacją prac w ramach następujących zamówień publicznych:

a) zamówienie na remont 12 zespołów przekładni wraz z silnikami tramwajów typu Pesa

120NaS ogłoszone przez Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o. (15/ZS/DZ/2021

b) zamówienie na wykonanie naprawy głównej zespołów napędowych eksploatowanych

w tramwajach typu 120Na ogłoszone przez Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. (DWZ/7/2020).

Tymczasem, wskazać należy, że SKB nie realizował usług objętych ww. zamówieniami samodzielnie, czego świadomość miał również - w części w jakiej sam wystawiał referencje Zamawiający. W rzeczywistości bowiem realizacja tych usług odbywała się przy pomocy innego podmiotu, będącego jedynie podwykonawcą SKB.

Zamiar korzystania z usług podwykonawcy (podwykonawców) przy realizacji prac objętych ww. zamówieniami wynikał już z treści ofert składanych przez SKB w postępowaniach o udzielenie tych zamówień. W treści tych ofert SKB wskazywał bowiem, że:

a) podwykonawcy VEM Sachsenwerk GmbH powierzy wykonanie części zamówienia —

remontu i testowania silników trakcyjnych VEM DKCBZ 0211 4FA (pkt 7 oferty cenowej SKB złożonego w toku postępowania prowadzonego przez Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o.), b) podwykonawcom zostanie powierzone wykonanie części zamówienia — naprawa

główna silnika trakcyjnego typu VEM DKCBZ 0211-4FA produkcji VEM Sachsenwerk GmbH oraz wykonanie niezbędnych pomiarów testów i silników (pkt 7 oferty SKB złożonej w toku postępowania prowadzonego przez Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o.).

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, nie sposób uznać, aby przedłożone przez SKB referencje potwierdzały posiadanie przez ten podmiot niezbędnego wymaganego doświadczenia. Powoływanie się na usługi, które zrealizowane zostały przez podwykonawcę (podwykonawców), nie pozwala bowiem na stwierdzenie, że również SKB nabył doświadczenie w zakresie wykonania (realizacji) tych usług.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że powoływanie się przez SKB na realizację zamówień opisanych powyżej celem wykazania posiadania wymaganego doświadczenia winno wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. Nadmienić należy, że jedno ze wskazanych zamówień zostało ogłoszone właśnie przez Zamawiającego. W konsekwencji, Zamawiający niewątpliwie miał wiedzę o tym, że SKB nie wykonywał faktycznie wszystkich usług objętych zamówieniem, skoro już w treści składanej w postępowaniu oferty wskazał, że niektóre z czynności realizowane będą przez podwykonawców. Podobnie było również w ogłoszonym przez Zamawiającego zamówieniu DWZ/5712021 — także w treści oferty w tym postępowaniu SKB wskazał, że naprawa główna silnika trakcyjnego typu VEM DKCBZ 0211-4FA produkcji VEM Sachsenwerk GmbH oraz wykonanie niezbędnych pomiarów testów i silników zostanie powierzona podwykonawcom (pkt 7 oferty postępowania DWZ/57/2021).

W KIO 568/18 wskazano, że „dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonego zadania, musi wymagany potencjał rzeczywiście - a nie tylko formalnie posiadać. W odniesieniu do

doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań. Przyjęcie stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego szkodliwej praktyki, dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji. W tym kontekście szczególnego znaczenia nabiera kwestia realności dysponowania zasobami przedstawianymi na potwierdzenie zdolności do wykonania zamówienia”.

Wobec powyższego, z całą stanowczością stwierdzić należy, że w przypadku, w którym SKB wykonywał określone prace jedynie przy pomocy podwykonawcy (podwykonawców), nie mógł nabyć w zakresie realizacji tych prac doświadczenia wymaganego w toku obecnego postępowania — faktycznie bowiem to nie SKB (z wykorzystaniem posiadanych przez siebie zasobów osobowych) realizował te prace.

Niewątpliwe, aby wykazać spełnienie określonego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, SKB winien powołać się na faktycznie nabyte przez siebie doświadczenie poprzez realizację

określonych zadań. Tymczasem, SKB przedstawił jedynie referencje potwierdzające zrealizowanie zamówień, w toku których zadania realizowane były nie bezpośrednio przez SKB (tj. z wykorzystaniem własnego potencjału osobowego), ale przy pomocy podwykonawcy (podwykonawców). Powyższe, budzić może uzasadnione wątpliwości w zakresie posiadania przez SKB doświadczenia wymaganego do realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Sam fakt, że SKB w jakimś stopniu uczestniczył w realizacji usług, które obejmowały remont zespołów przekładni wraz z silnikami, nie przesądza jeszcze o tym, że zdobył on doświadczenie w zakresie wykonywania prac naprawczych czy remontowych. Doświadczenie w tym zakresie mógł zdobyć bowiem jedynie podmiot, który prace te faktycznie (realnie) wykonywał (vide: KIO 126/20).

Nie sposób uznać, aby prace zrealizowane przez podwykonawcę (podwykonawców), SKB mógł traktować jak swoje własne doświadczenie. Za działanie nieuzasadnione i nieuprawnione uznać należałoby powoływanie się przez SKB na to doświadczenie celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Powyższego nie zmienia również okoliczność, że to SKB był podmiotem odpowiedzialnym za realizację zamówienia, w którym określone czynności wykonywane były przy pomocy podwykonawcy (podwykonawców) - w takim przypadku bowiem można byłoby mówić nie o nabyciu przez SKB doświadczenia w zakresie prac, które zostały zlecone i faktycznie wykonane przez podwykonawcę (podwykonawców), ale jedynie doświadczenia np. w zakresie koordynowania prac realizowanych przy pomocy tego podwykonawcy (podwykonawców).

Powyższe znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie, w którym wskazuje się, że:

a) „wykonawca, nabywa doświadczenia jedynie w zakresie który realnie wykonywał. Podkreślenia wymaga, że sam fakt pełnienia funkcji podmiotu odpowiedzialnego za wykonanie umowy nie przesądza automatycznie o nabyciu całościowego, kompleksowego doświadczenia w realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia” (KIO 126/20);

b) „nie jest tak więc też tak, że wystarczy, by wykonawca faktycznie i realnie uczestniczył w realizacji jakiejkolwiek części zamówienia, aby mógł powoływać się na jego całość, np. będąc odpowiedzialnym za budowę drogi, mógł też wskazywać na doświadczenie w budowie mostu, której dokonał inny wykonawca albo będąc odpowiedzialnym za prace elektryczne, wskazywał też na wykonanie robót sanitarnych - nie uzyskał bowiem żadnego faktycznego/realnego doświadczenia w tym zakresie" (KIO 588/19). W konsekwencji, aby SKB mógł wykazać się posiadaniem wymaganego doświadczenia, koniecznym byłoby wcześniejsze faktyczne i samodzielne zrealizowanie przez niego takiego zakresu zadań, który odpowiada zakresowi doświadczenia niezbędnego do spełnienia warunku udziału w obecnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykonanie określonego zadania przy pomocy podwykonawcy (podwykonawców) nie świadczy o wykonaniu tego zadania przez SKB.

Reasumując zaoferowane przez SKB dokumenty nie potwierdzają, aby podmiot ten rzeczywiście posiadał doświadczenie wymagane w postępowaniu. Za działanie nieuprawnione i nieuzasadnione uznać należy powoływanie się przez SKB na doświadczenie zdobyte przy realizowaniu zamówień publicznych w zakresie, w jakim usługi wykonywane były przez jego podwykonawcę (podwykonawców). SKB jest uprawniony do wykazania się doświadczeniem w realizacji zamówienia wyłącznie w takim zakresie, w jakim faktycznie brał udział (KIO 126/20) — o doświadczeniu określonego podmiotu można mówić tylko i wyłącznie w odniesieniu do tych czynności i prac, które realnie podmiot ten wykonywał. SKB nie mógł natomiast nabyć doświadczenia w zakresie zadań, które realizowane były przy pomocy podwykonawcy (podwykonawców). Tymczasem, to właśnie z wykorzystaniem podwykonawcy (podwykonawców) SKB realizował czynności polegające na remoncie czy naprawie silników, tj. czynności objęte zakresem wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia.

Posiadanie przez wykonawcę wymaganego doświadczania ma niezwykle istotne znaczenia dla zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Tylko podmiot posiadający realne doświadczenie w realizacji określonych usług, może dawać rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Przyjęcie przeciwnej koncepcji mogłoby prowadzić do powierzenia realizacji zamówień podmiotom, które w rzeczywistości nie mają możliwości ich prawidłowej realizacji (KIO 568/18). W związku z powyższym sytuacja, w której zostaje stwierdzone, że SKB powyższych warunków udziału w postępowaniu nie spełnia, a pomimo tego oferta tego podmiotu zostaje wybrana przez

Zamawiającego jako najkorzystniejsza, prowadzi do wniosku, iż przeprowadzenie Postępowania nastąpiło w sposób niezapewniający najlepszej jakości usług uzasadnionej charakterem zamówienia oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, a tym samym na skutek naruszenie zasady legalizmu.

Na marginesie należy wskazać, że SKB nie tylko nie posiada wymaganego doświadczenia w remontach silników, ale również nie posiada odpowiedniego wyposażenia pozwalającego na samodzielne wykonanie przedmiotu zamówienia. Otóż zgodnie z pkt 4.3.3. pkt 9) SWZ Przedmiotem zamówienia jest:4.3.3. wykonanie naprawy polegającej na:/…/ 9) wyważeniu wirnika w klasie G2,5 (wg ISO 194011-1986 lub normy równoważnej) dla n-5000 [obr./min]; Oczywistym jest zatem, że dany podmiot, chcąc wykonać przedmiot zamówienia we wskazanym powyżej zakresie, powinien posiadać na stanie odpowiednie narzędzia w postaci wyważarki. Tymczasem, jak wynika z przedłożonego przez SKB, Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego, w dokumencie tym brak jest narzędzia w postaci wyważarki, co oznacza, że samodzielne wykonanie przedmiotu zamówienia przez SKB nie będzie możliwe. Powyższe oznacza także, że SKB w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu tj. rzekomo wykazuje spełnienie warunków udziału w Postępowaniu co do posiadania wymaganego doświadczenia w zakresie naprawy elementów zespołów napędowych (pkt 5.1.2.1. SWZ) oraz posiadania narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, a mianowicie

czynności polegającej na wyważeniu wirnika określonych parametrów.

Powyższe mogło mieć oczywiście istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postepowaniu, który na skutek nieprzystających do rzeczywistości informacji o oferencie oraz rzekomym spełnianiu przez niego warunków udziału w postepowaniu podlał decyzje o wyborze oferty tego podmiotu lako najkorzystniejszej. W konsekwencji SKB powinno zostać wykluczone z postępowania, a oferta SKB powinna zostać odrzucona.

W ocenie Odwołującego, SKB powinno zostać wykluczone z postępowania, a oferta SKB powinna zostać odrzucona. W tym stanie rzeczy jest oczywistym, że podlegająca odrzuceniu oferta złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, nie może zostać uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący szczegółowo wykazał we wcześniejszych częściach pisma, że wybór SKB jako wykonawcy stwarza co najmniej poważne ryzyko, że zamówienie to nie zostanie wykonane należycie, zgodnie z wymaganiami SWZ.

Biorąc pod uwagę przedstawione okoliczności, w ocenie Odwołującego, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Załączono: SWZ postępowania Dwu-7/2020, SWZ postępowania Dwz./5712021, wyjaśnienia SKB do postępowania DWZ1712020, oferta SKB w postępowaniu DWZf7/2020, oferta SKB w postępowaniu nr DWZ/57/2021, wyciąg z ofert VEM posiadanych przez Odwołującego, formularz oferty cenowej SKB w postępowaniu - TRAMWAJE SZCZECIŃSKIE sp. z o.o.

Zamawiający: Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. w odpowiedzi na odwołanie dotyczące jego czynności w postępowaniu wniósł o oddalenie odwołania w całości. Uzasadniając stanowisko, wskazał, co następuje.

Zamawiający wybrał ofertę SKB jako najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutów odwołania stwierdził, jak niżej.

1. W zakresie Zarzutu 1 odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na poniższą argumentację.

1) Na wstępie należy zauważyć, że „pojęcia "wydaje się" i "budzi wątpliwości zamawiającego" są pojęciami nieostrymi i mają szerokie możliwości zastosowania. Zamawiający, dokonując oceny ofert, musi ją odnieść do realiów rynkowych i na ich podstawie ocenić, czy wrażenie niskiego poziomu ceny lub kosztu jest trafne i zobowiązuje do wyjaśnienia ceny oferty danego wykonawcy. (…) Samo stwierdzenie wątpliwości co do treści oferty nie uzasadnia jeszcze powstania obowiązku Zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień" z uwagi na sankcje wobec takiego wykonawcy (wyrok KIO, sygn. akt: KIO 1025/22).

2) Zamawiający przy ocenie oferty SKB nie stwierdził, że oferta zawiera niewiarygodne, nierealistyczne ceny w porównaniu do cen rynkowych. Cena ta, w tym istotny jej element – cena za wykonanie naprawy głównej zespołu napędowego w tramwajach typu 120 Na oraz 120 Na DUO – nie budziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ. Doświadczenie Zamawiającego z innych postępowań w podobnym zakresie pozwala stwierdzić, że rynek napraw zespołów napędowych charakteryzuje się dość znacznymi różnicami w cenach oraz że można zaobserwować tendencję do optymalizacji cen. Przykładem może być postępowanie Zamawiającego na naprawę przekładni typu GGT 292 EOY/589R i GGT 292 EOY/589L, w którym zostały złożone oferty: jedna z ceną jednostkową 14 762,03 zł, a inna z ceną jednostkową 32 500,00 zł. Podobnie w postępowaniu 15/ZS/DZ/2021 prowadzonym przez Tramwaje Szczecińskie, w którym złożono 3 oferty: najniższa z ceną jednostkową 56 334,00 zł (netto), a najwyższa z ceną jednostkową 130 496,00 zł (netto).

3) Zgodnie z wyrokiem KIO, sygn. akt: KIO 420/22 „Dyspozycja art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skierowana jest do zamawiającego i to zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem. Ustawodawca w art. 224 ust. 1

ustawy Pzp pozostawił więc zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny." Zamawiający decyduje o wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Cena oferty SKB nie budziła wątpliwości Zamawiającego i nie miał on podstaw do wezwania SKB.

Przepisy ustawy Pzp rozróżniają sytuację, w której cena przekracza wskaźniki wskazane w przepisach (odniesienie do wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania lub do średniej arytmetycznej ofert) oraz taką, kiedy wskaźniki te nie zostały przekroczone. W przedmiotowej sprawie nie zaszły podstawy do wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, z uwagi na nieprzekroczenie wskaźników z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba w orzeczeniach wskazuje, że wezwanie do wyjaśnień mogłoby przekształcić się w obowiązek Zamawiającego w przypadku zaistnienia wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia po zaoferowanej cenie. Punktem odniesienia są występujące u zamawiającego (a nie u konkurenta) podejrzenia zaoferowania ceny rażąco niskiej. Tylko w takiej sytuacji uprawnienie do wezwania do wyjaśnień staje się obowiązkiem zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do "wątpliwości zamawiającego", czy wskazują, że "cena wydaje się rażąco niska".

Zaoferowana przez SKB cena jednostkowa za wykonanie naprawy głównej zespołu napędowego nie wzbudziła wątpliwości. Z uwagi na realia wieloletniej rywalizacji rynkowej stron z rozwagą należy przyjąć zestawienia kosztów przedstawione przez Voith w odwołaniu.

Ceny poszczególnych elementów przedstawione przez Odwołującego na wykazanie rażąco niskiej ceny zostały znacząco zawyżone. Na potwierdzenie Zamawiający wskazuje wycenę skrzyni zaciskowej obrobionej nr FS.13798.88. Wg wiedzy Zamawiającego tego typu skrzynię można nabyć na rynku za 144,51 zł (załącznik nr 1 – oferta). Do tej ceny należy dodać niewielki koszt wykonania otworów gwintowanych. Odwołujący wskazał w odwołaniu cenę przedmiotowej skrzyni wynoszącą 3 278,88 zł, czyli wyższą o 3 134,37 zł.

Drugim przykładem jest koszt łożyska walcowego z izolacją elektryczną. Łożysko można nabyć za 2750 zł (dla zamówienia 10 sztuk łożysk) lub 2 550 zł (dla zamówienia obejmującego 152 sztuk łożysk) - zał 2, a więc niższą o 861,34 zł od kalkulacji wyceny Odwołującego. SKB jest dużym kontrahentem, kupującym łożyska również do innych swoich projektów i może pozyskiwać przedmiotowy materiał jeszcze w korzystniejszych cenach.

Odwołujący wskazał również na rzekomy zaniżony koszt osłony wentylatora/pokrywy wentylatora kompletna (HG.13270.99). Tymczasem koszt wykonania wg Zamawiającego, który oszacował go na podstawie własnych doświadczeń, wynosi 300 zł, czyli jest o 2 159,16 zł niższy niż wskazał Odwołujący (2 459,16 zł – 300 zł = 2 159,16 zł).

Odwołujący przyjął, że remont silnika będzie trwał 24 h – przy koszcie jednostkowym roboczogodziny 194,44 zł netto. W oparciu o własne doświadczenie (Zakładu Naprawy Tramwajów Spółki Tramwaje Warszawskie) Zamawiający oszacował, że liczba godzin niezbędnych do wykonania remontu silnika nie powinna być wyższa niż 16. Przy stawce godzinowej Odwołującego otrzymamy koszt robocizny remontu silnika w wysokości 3 111,04 zł (16 h x 194,44 zł/rbh = 3 111,04 zł), tj.o 1 555,63 zł mniej.

Sumując tylko wymienione oszczędności otrzymujemy kwotę 7710,53 zł (3134,37 zł skrzynka + 861,34 zł łożysko + 2159,19 zł Osłona went + 1 555,63 zł/rbg). Zatem kalkulacja Odwołującego w Tabeli 1 wskazująca, że jednostkowy koszt naprawy zespołu napędowego powinien wynieść 33 816,05 zł, została przeszacowana przynajmniej o 7710,53 zł, zatem koszt ten wg ww. obliczeń Zamawiającego może wynosić 26 105,52 zł (33 816,05 zł - 7 710,53 zł).

SKB nie wskazało w ofercie zamiaru powierzenia wykonania części zamówienia (naprawy silników) podwykonawcy. Rezygnacja z podwykonawcy, to także zmniejszenie kosztów. Zatem dodatkowo od wyliczonej przez Zamawiającego ceny jednostkowej 26 105,52 zł należałoby odjąć dodatkowo oszczędność wynikającą z braku udziału podwykonawcy. A zatem oferta SKB, z ceną jednostkową netto 24 975,00 zł, nie mogła budzić wątpliwości Zamawiającego w zakresie możliwości prawidłowej realizacji zamówienia.

10) W ocenie Zamawiającego, biorąc pod uwagę przeszacowane (zbyt wysokie) ceny poszczególnych części składających się na ofertę, zarzut Odwołującego jest bezzasadny, a przedmiotowe zamówienie można zrealizować za kwotę, którą zaoferowała SKB.

11) Odwołujący zarzuca, że SKB zaniżył wycenę pozycji 36, 37, 39, 42 i 50. Należy zauważyć, że ceny wskazanych elementów nie stanowią istotnych części składowych ceny oferty SKB (suma cen netto ww. pozycji stanowi zaledwie ok. 2% ceny netto złożonej przez SKB oferty). Zamawiający dokonał pomimo powyższego analizy ww. cen i uznał, że nie budzą jego wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia. Szczegółowa analiza kosztów pozycji 42 wskazuje, że cena materiału niezbędnego do wykonania tego elementu wynosi ok. 10 zł, więc nawet po doliczeniu kosztu obróbki cena w ofercie SKB na poziomie 653,54 zł jest realna. Zamawiający zwraca ponadto uwagę na fakt, że również Odwołujący w swojej ofercie przedstawił ceny jednostkowe niższe niż SKB (w poz. 2, 3, 7, 24, 32, 33). Powyższe uzasadnia stanowisko, że poszczególni wykonawcy mają dostęp do elementów pozwalający na zaoferowanie różnych, konkurencyjnych cen.

2. W zakresie Zarzutu 2 nie zachodzi naruszenie przepisu art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż zgodnie z powyższą argumentacją zaoferowane ceny nie są cenami będącymi poniżej kosztów ich wytworzenia.

3. W zakresie Zarzutu 3 odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału I SWZ ust. 5 pkt. 5.1.2.1 o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. /…/ wykonali należycie naprawy co najmniej: 1) 10 przekładni KSH 217 lub KSH 212 i

2) 10 silników /…/ lub EMIT STDa250-4A (STJ225-4C).

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Wykonawca SKB złożył „Wykaz usług" wraz z referencjami wystawionymi przez Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o. (z dnia 23.12.2022 r.) oraz pismami Spółki Tramwaje Warszawskie (z dnia 07.09.2021 r. i 14.11.2022 r.). Zdaniem Odwołującego SKB nie spełnia ww. warunku, gdyż nie realizowała przedmiotowych usług samodzielnie, a przy pomocy innego podmiotu będącego jedynie podwykonawcą SKB.

Zgodnie z art. 462 ust. 1 i 8 Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, a powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia. Wskazano orzecznictwo. Mając powyższe na uwadze należy uznać, że Wykonawca SKB nabył doświadczenie związane z całym zakresem usług wskazanych w „Wykazie usług", realizowanych dla Tramwajów Szczecińskich oraz Tramwajów Warszawskich., a tym samym SKB spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale I SWZ ust. 5 pkt. 5.1.2.1.

4. W zakresie Zarzutu 4 odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż zgodnie z

postanowieniami rozdziału I SWZ ust. 5 pkt. 5.1.2.2 o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: dysponują stanowiskiem umożliwiającym wykonanie badań zespołu napędowego pod obciążeniem w zakresie 0 ÷ 25 kW, takich jak: /…/.

Na potwierdzenie spełniania warunku Wykonawca zobowiązany był złożyć "Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami". „Wykaz narzędzi […]" złożony przez SKB nie obejmuje wyważarki z uwagi na to, że do wykonania zakresu badań wskazanych w pkt. 5.1.2.2 urządzenie to (wyważarka) nie jest wymagane.

5. W zakresie Zarzutu 5 odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż:

w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie zastrzegł stosowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia Wykonawcy, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, i do której Odwołujący odnosi się w zarzucie nr 5 – zarzut ten jest bezpodstawny – nawet bez konieczności badania, czy zachodzą (a nie zachodzą) okoliczności wskazane w tym przepisie.

Mając powyższe na uwadze wnosimy jak w petitum.

Załączono: Oferta nr 1 (skrzynia zaciskowa) , Oferta nr 2 (łożyska)

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca SKB Drive Tech S.A. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Uzasadniając stanowisko, wskazał, co następuje.

W trakcie postępowania potwierdził spełnienie poszczególnych warunków udziału w postępowaniu, w szczególności te dotyczące zdolności technicznej i zawodowej.

W odpowiedzi na Zarzut nr 1 wyjaśnił, że skalkulowana przez niego cena zawiera wszystkie składniki kosztowe niezbędne do realizacji przedmiotu Zamówienia, a wysokość ceny gwarantuje należyty zysk, w związku z czym nie może ona zostać uznana za rażąco niską. Odwołujący nie spróbował wykazać, że cena SKB Drive Tech jest nierealna, wszystkie jego wyliczenia opierają się na licznych, błędnych założeniach, domysłach oraz niedomówieniach. Wartości przyjęte przez Odwołującego, doprowadziły do oszacowania kwoty, o którą rzekomo cena oferty została przez Uczestnika zaniżona.

Przykładem mogą być wyliczenia w Tabeli nr 1, które wskazują, że Odwołujący nie ma wiedzy na temat warunków technicznych i handlowych, którymi dysponuje SKB. Warunki te świadczą o przewadze konkurencyjnej. Niezrozumiałe jest przyjęcie przez Odwołującego, że wartości podane przez SKB Drive Tech w roku 2020 dla poszczególnych części składowych, są aktualne jeszcze w roku 2023. Odwołujący zdaje sobie sprawę, że od czasu postępowania DWZ/7/2020 Uczestnik wykonał około 300 remontów przekładni (w tym 192 dla Zamawiającego), w związku z czym jest w stanie zaoferować na potrzeby niniejszego Zamówienia ceny, które są wynikiem optymalizacji i efektu skali w procesach produkcyjnych i zakupach. Na przykładzie przywołanych postępowań wskazać należy, że Odwołujący również korzystał z optymalizacji i efektu skali w kolejnych latach — potwierdza to poniższe: Ceny jednostkowe oferowane przez Voith w postępowaniach o udzielenie zamówienia

DWZ/27/2019 47.800,00 zł

DWZ/7/2020 43.020,00 zł

DWZ/57/2021 27.800,00 zł

Za niewiarygodne i oparte wyłącznie na domysłach Odwołującego, należy uznać sposób wyliczenia kosztów rbg dla remontu silników, w Tabeli nr 2 Odwołania. Odwołujący dokonał wyliczenia w oparciu o czas trwania remontu przekładni w warsztacie Uczestnika, pomimo, że nie posiada na ten temat informacji i dokonuje wyliczenia czasu trwania remontu silnika i kosztu tej naprawy. Błędne założenia Odwołującego prowadzą do stwierdzenia przez niego, że Uczestnik zaniżył cenę jednostkową o co najmniej 8.841,05 zł, a w konsekwencji, że cena jest rażąco niska, w związku z czym SKB Drive Tech powinno zostać wezwane przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Kalkulacja Uczestnika przeczy argumentacji Odwołującego.

Odnośnie cen elementów w opcji II uczestnik powołał z art. 224 ust. 1 PZP wskazując, że rażąco niski charakter może dotyczyć ceny, kosztu lub ich istotnej części składowej. Ceny

składowe i ceny jednostkowe badane są w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji, kiedy mogą zaważyć na należytym wykonaniu przyszłej umowy.

Nie powinno budzić wątpliwości, że całościową cenę oferty powinno badać się z uwzględnieniem wszystkich poszczególnych cen jednostkowych wskazanych w tabeli nr 2 formularza oferty (opcja II) oraz ceny jednostkowej zawartej w tabeli nr 1 (naprawa podstawowa), a nie w oparciu o 5 wybranych pozycji z tabeli zawierającej łącznie 59 pozycji. Voith wyraził wątpliwości dotyczące cen jednostkowych opcji II, które opierają się na równie nieprawidłowych założeniach, co szacowane przez Odwołującego kwoty naprawy Silników oraz Przekładni. Odwołujący przyznaje się, że nie posiada oferty na części oryginalne firmy VEM Sachsenwerk GmbH dla pozycji 39, 42 i 50, co świadczy o nieprawidłowości

zaprezentowanych wyliczeń w Tabeli nr 3. Odwołujący sam nie posiada dokumentów źródłowych, na których mógłby

oprzeć swoją kalkulację. SKB Drive Tech jest autoryzowanym przedstawicielem firmy VEM Sachsenwerk GmbH i uzyskuje od spółki znaczące rabaty.

Wymiana części w opcji II może w rzeczywistości nie nastąpić, a cena wskazana przy pozycji nr 36 i 37 nie wpływa znacząco na cenę w ofercie Uczestnika. Odwołujący wskazał, że oferta SKB Drive Tech (biorąc pod uwagę te dwie pozycje) powinna być wyższa o ok. 100.000 zł. Wskazana wartość stanowi mniej niż 2% kwoty wskazanej w ofercie Uczestnika.

Nie bez znaczenia jest również, iż w ramach postępowania na naprawę aż 152 zespołów napędowych, Zamawiający uwzględnił wymianę 1 sztuki „Stojan kpl" oraz 1 sztuki „Wirnik kpl". Dodatkowo, wymiana tych części została przewidziana w ramach opcji II, co potwierdza, że do naprawy tych elementów może nigdy nie dojść.

Twierdzenia Voith o kwestionowaniu całości ceny są zbyt daleko idące i niewystarczające. Voith nie wykazał, że kwestionowane pozycje dotyczą istotnych części Zamówienia, które mogą mieć wpływ na przyjęcie, że całościowa oferta jest rażąco niska.

Całościowa argumentacja zawarta w odpowiedzi na Zarzut nr 1 pozostaje aktualna również w stosunku do tego Zarzutu nr 2. Biorąc pod uwagę powyższe, nie sposób j przyjąć, by oferta przedłożona przez Uczestnika stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do Zarzutu 3a, wskazać należy, że SKB Drive Tech spełnił warunki udziału w Postępowaniu sformułowane w Rozdziale I pkt 5.1. SWZ, w związku z czym zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. W celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, polegającego na wykazaniu odpowiedniej zdolności technicznej i zawodowej wskazał, że w okresie ostatnich lat wykonał naprawy, co najmniej 10 Przekładni oraz 10 Silników. W celu potwierdzenia powołał się na referencje wystawione przez Tramwaje Szczecińskie sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie („Tramwaje Szczecińskie") oraz przez Zamawiającego. Odwołujący zdaje się kwestionować wyłącznie brak doświadczenia w naprawie Silników, ponieważ w dwóch przywołanych postępowaniach, to właśnie te prace

miały być przedmiotem podwykonawstwa. Tym samym Odwołujący nie kwestionuje wykonania naprawy Przekładni. Uczestnik wskazuje, że w związku z sytuacją rynkową zamówienie dla Tramwajów Szczecińskich zostało wykonane samodzielnie przez SKB Drive Tech zarówno w zakresie remontu przekładni, jak remontu silnika. Wystawione referencje i brak reklamacji ze strony Tramwajów Szczecińskich potwierdzają prawidłowość i należytą staranność samodzielnie wykonanych przez SKB Drive Tech prac.

SKB Drive Tech jest autoryzowanym partnerem firmy VEM Sachsenwerk GmbH (producenta silników objętych przedmiotem Postępowania) i kilkukrotnie wykonywało remonty na zlecenie tej spółki. Doświadczenie Uczestnika oparte jest zatem na szkoleniach pracowników z zakresu remontu silników oraz autoryzacji spółki prawa niemieckiego. Doświadczenie w zakresie remontu silników trakcyjnych, które objęte są przedmiotem Postępowania, jest doświadczeniem rzeczywistym, nabytym poprzez realizację konkretnych remontów w ramach zamówienia realizowanego dla Tramwajów Szczecińskich. Przekładnie były natomiast wykonywane w ramach zamówienia dla Zamawiającego oraz Tramwajów Szczecińskich.

W uzasadnieniu Zarzutu 3a Odwołujący wskazuje, że zamiar korzystania z usług podwykonawców przy realizacji prac objętych zamówieniami, na których wykonanie Uczestnik się powołał, wynikał już z treści złożonych w tych postępowaniach ofert.

W orzecznictwie wskazuje się, że jakiekolwiek informacje dotyczące podwykonawstwa mają charakter informacyjny i jako takie nie stanowią treści oferty. Nie wolno czynić Uczestnikowi zarzutu z tego, że wskazał podwykonawcę, a później nie skorzystał z jego usług.

W Zarzucie 3b Odwołujący wskazał, że Uczestnik wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Zarzuty te należy uznać za nieuzasadnione.

W żadnym z warunków udziału w postępowaniu nie wskazano, by potencjalny wykonawca zmuszony był do posiadania urządzenia potrzebnego do wyważenia wirnika w klasie G2,5 (wg ISO 1940/1-1986 lub normy równoważnej) dla n=5000 lobr./minl. Konieczność dokonania wyważenia wirnika przewidziana jest dopiero przez Rozdział II pkt 4.3.3.9 SWZ (warunki udziału w postępowaniu znajdują się w Rozdziale I), stanowiącym o zakresie i wymaganiach dotyczących przedmiotu zamówienia. Wyważenie wirnika nie jest warunkiem udziału.

Biorąc pod uwagę ww. zaprezentowaną argumentację stwierdzić należy, że cena zaprezentowana przez SKB Drive Tech nie jest rażąco niska, a tym samym Uczestnik nie dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Co więcej, Uczestnik spełnia warunki udziału w Postępowaniu i daje rękojmię należytej realizacji Zamówienia. Zamawiający natomiast nie dopuścił się naruszenia wymienionych w Odwołaniu przepisów, a ponadto zasady legalizmu,

uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości. Tym samym

Odwołanie powinno zostać oddalone. Załączono dokumenty powołane w piśmie

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący stwierdził, że argumenty Zamawiającego dot. realności ceny są ogólne, a przedstawione przykłady nie są

adekwatne do niniejszego postępowania. Podał jako przykład pracochłonność. Podkreślił własną znajomość potrzeb w zakresie przedmiotu zamówienia z racji wykonywania tożsamych usług w roku ubiegłym. Ocenił, że wszystkie wymagane pozycje oferty są istotne i stanowią przedmiot zamówienia. Przedstawione w pismach tezy o optymalizacji, efekcie skali, stanach magazynowych jako mających wpływ na zaoferowaną cenę zanegował wobec braku konkretnych danych w tym zakresie. Stwierdził, że jako producent przekładni ma najlepszą wiedzę na temat sposobu i czasu niezbędnego do przeprowadzenia remontu. Podkreślił wzrost cen i materiałów o 30 % na przestrzeni 2 lat, co musi mieć wpływ na kalkulację ceny.

Odnośnie zarzutu dot. spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazał w szczególności na wyrok TSUE z 2017 r., który dot. Konsorcjum i powinien mieć zastosowanie także do realizacji podwykonawstwa. Podkreślił przy tym w szczególności wymóg rzeczywistego wykonywania prac referencyjnych wymaganych, faktycznie wykonywanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu prac referencyjnych. Wskazał orzecznictwo.

Stwierdził, iż tezy o optymalizacji są ogólnikowe. Złożył ofertę cenową przystępującego w innym postępowaniu z nieproporcjonalnie wyższą ceną.

Zamawiający przypomniał, że odwołujący w odwołaniu posługuje się własną kalkulacją, a przy tym sam optymalizuje ceny w kolejnych latach świadczenia usług, co wykazano np. w piśmie przystępującego. Stwierdził, że własne wykonawstwo bez udziału innych podmiotów ma wpływ na obniżenie ceny. Odnośnie wyważarki podtrzymał stanowisko z pisma.

Przystępujący złożył zastrzegając jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa potwierdzenia: zamówień, dostaw na potrzeby zamówienia. Podkreślił własny profesjonalizm i funkcjonalnie na rynku posiadane autoryzacje producenta silników. Stwierdził, że realizacje i odpowiedzialność wykonawcy oraz podwykonawcy, są odmienne w postępowaniu z działaniami Konsorcjum i jego uczestnikami. Podkreślił, że poprawnie przedstawił Zamawiający referencje legitymując się wymaganym doświadczeniem. Wskazał na ustawowe regulacje dot. badania ceny i istotnych jej składowych oraz skutki. Podkreśla, że odwołujący dokonał hipotetycznej wyceny.

Zauważył, że mimo tezy o wzroście cen odwołujący był w stanie swoje ceny obniżyć w kolejnych latach. Podtrzymał stanowisko o niezbędności zastrzeżenia informacji handlowych również ze względu na interes kontrahentów.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołania na rozprawie z udziałem stron i uczestnika ustaliła i zważyła co następuje.

Rozpatrując sprawę skład orzekający oparł się na dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia złożonej przez zamawiającego oraz stanowiskach stron i uczestnika przedstawionych na piśmie i do protokołu rozprawy. W poczet materiału dowodowego nie zostały zaliczone i w konsekwencji wzięte pod uwagę dokumenty przedstawione przez przystępującego zawierające informacje zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Uniemożliwienie odwołującemu odniesienie się do takich informacji naruszałoby, w ocenie Izby, zasadę kontradyktoryjności w sporze i równości stron w nim występujących.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, w którym zakwestionowane zostały czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu, polegające na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SKB DRIVE TECH S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „SKB"), zawierającej rażąco niską cenę i koszt, w tym rażąco niskie ceny i koszty istotnych części składowych oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- zaniechaniu odrzucenia oferty SKB, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę i koszt, w tym rażąco niską cenę i koszt istotnych części składowych oferty, w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że w konsekwencji powyższego, oferta SKB stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu konkurentom do rynku poprzez sprzedaż poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, w celu eliminacji innych przedsiębiorców;

- zaniechaniu wezwania SKB do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty, w sytuacji, w której zaoferowana cena i koszt oferty, w tym ceny i koszty istotnych części składowych, już na podstawie posiadanych przez Zamawiającego informacji powinny się wydać rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

- zaniechaniu wykluczenia SKB z postępowania i zaniechania odrzucenia oferty SKB:

- pomimo iż SKB nie spełniał warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia określonego w pkt 5.1.2.1 rozdziału I SWZ oraz co do posiadania narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu;

- względnie, pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa SKB wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki

udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia przejawiający się w wyborze jako Wykonawcy zamówienia publicznego podmiotu, który nie daje gwarancji należytej realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ, skład

orzekający stwierdza, co następuje.

W zakresie Zarzutu 1 dotyczącego wysokości zaoferowanej ceny należy zauważyć, że w sprawie nie zaistniały przesłanki ustawowe z art. 224 ust. 2 ustawy pzp obligujące zamawiającego do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego na okoliczność zaoferowanej ceny z uwagi na jej wysokość w relacji do oszacowania przedmiotu zamówienia przez zamawiającego lub wzajemnych relacji cen złożonych ofert. Izba uznaje także za poprawny wywód zamawiającego, który nie powziął wątpliwości co do ceny przystępującego wobec uwzględnienia własnego rozeznania i odniesienia się do znanych mu realiów rynkowych. Zamawiający przy ocenie oferty SKB nie stwierdził, że oferta zawiera niewiarygodne, nierealistyczne ceny w porównaniu do cen rynkowych. Cena ta, w tym istotny jej element tj. cena za wykonanie naprawy głównej zespołu napędowego w tramwajach typu 120 Na oraz 120 Na DUO, nie budziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia. Ocenę taką uzasadniało także doświadczenie Zamawiającego z innych postępowań w podobnym zakresie z przykładami znaczących różnic cenowych w ofertach wykonawców. Skoro zatem w przedmiotowym stanie faktycznym zaoferowana przez SKB cena jednostkowa za wykonanie naprawy głównej zespołu napędowego cena SKB nie budziła wątpliwości zamawiającego, nie miał on obowiązku i racjonalnych podstaw do wezwania SKB.

Kalkulacja przedstawiona przez odwołującego w odwołaniu, jakkolwiek może być uznana za realną, jest jednak hipotetyczną własną jego kalkulacją i równie realną, jak przedstawiona przez zamawiającego z przykładami w piśmie ze wskazaniem możliwych różnic.

Powyższe dotyczy także wybranych przez odwołującego, uznanych za zaniżone, pięciu pozycji elementów, które nie stanowią istotnych części składowych ceny oferty SKB stanowiąc ok. 2% ceny netto kwestionowanej oferty.

W zakresie Zarzutu 2, który jest w istocie oparty i wywiedziony z zarzutu podniesionego wobec ceny uznanej w odwołaniu za rażąco niską, stwierdzić należy, że nie zachodzi naruszenie przepisu art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, skoro stwierdzono, że zaoferowane ceny nie są cenami będącymi poniżej kosztów ich wytworzenia.

Zarzut nr 3 nie zasługuje na uwzględnienie.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w rozdziale I SWZ ust. 5 pkt. 5.1.2.1 wykonawca SKB złożył „Wykaz usług" wraz z referencjami wystawionymi przez Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o. (z dnia 23.12.2022 r.) oraz pismami Spółki Tramwaje Warszawskie (z dnia 07.09.2021 r. i 14.11.2022 r.). Zdaniem odwołującego spółka SKB nie spełnia ww. warunku, gdyż nie realizowała przedmiotowych usług samodzielnie, a przy pomocy innego podmiotu będącego jedynie podwykonawcą SKB.

Na poparcie stanowiska odwołujący przywołał w szczególności wyrok TSUE z maja 2017 r.

w sprawie C-387/14 Esaprojekt. Wspomniany wyrok dotyczył kwestii konsorcjum i wzajemnego udziału jego członków w wykonywaniu zamówienia publicznego. Trybunał orzekł, że członek konsorcjum nie może powoływać się na doświadczenie przy wykonywaniu określonej części zamówienia, jeżeli wykonywał ją drugi konsorcjant.

Jak wskazano, wyrok dotyczył konsorcjum, czyli wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na zasadach przewidzianych przepisami ustawy.

Skład orzekający zauważa, że w sprawie rozpatrywanej ocenie podlega możliwość posługiwania się przez wykonawcę doświadczeniem zdobytym w ramach realizacji zamówienia publicznego w tej części prac, którą wykonawca powierza podwykonawcom. W ocenie Izby w sprawie nie podlega ocenie doświadczenie członka konsorcjum, lecz wykonawcy odpowiedzialnego za realizację zamówienia, w wyniku wyboru oferty przez niego złożonej i zawarcia z nim umowy. Należy podkreślić, że możliwość zatrudniania podwykonawców jest jednym z podstawowych uprawnień wykonawcy w toku realizacji zamówienia publicznego. Na mocy art. 462 ustawy pzp, wykonawca pozostaje w pełni uprawniony do realizowania zamówień publicznych przy ich pomocy. Wykonawca zatrudnia podwykonawcę na własny koszt i ryzyko, zobowiązany jest więc do kontroli wykonywanych przez niego prac, w tym do odbioru, łączenia poszczególnych elementów, a finalnie do zaoferowania tej pracy zamawiającemu jako świadczenia własnego.

Skład orzekający podziela przy tym opinię, iż „Podwykonawca staje się w ten sposób niejako zasobem własnym wykonawcy i działa pod jego pełnym nadzorem i kontrolą, wykonując zobowiązania określone w treści umowy podwykonawczej. Podwykonawcy nie należy więc traktować jako odrębnego podmiotu realizującego zamówienie, ponieważ taki przymiot może posiadać wyłącznie wykonawca wybrany w odpowiedniej procedurze wskazanej w PZP. Przechodząc do kwestii doświadczenia uzyskiwanego przez podwykonawcę w związku z realizowanym zamówieniem, należy opowiedzieć się za poglądem, zgodnie z którym takie doświadczenie należy traktować dwojako – zarówno jako doświadczenie własne podwykonawcy, jak i doświadczenie generalnego wykonawcy." ().

Przyjęcie odmiennego poglądu doprowadziłoby do wniosku, iż niemożliwe byłoby wykazywanie się doświadczeniem realizacji określonej usługi lub roboty budowlanej przez podmiot, za wykonanie takich prac odpowiedzialny i który uprzednio je zaoferował.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, że Wykonawca SKB nabył doświadczenie związane z całym zakresem usług wskazanych w „Wykazie usług", realizowanych dla Tramwajów Szczecińskich sp. z o. o. oraz Tramwajów Warszawskich sp. z o. o., a tym samym SKB spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale I SWZ ust. 5 pkt. 5.1.2.1.

W zakresie Zarzutu 4 należy zauważyć, że warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej określone w postanowieniach rozdziału I SWZ ust. 5 pkt. 5.1.2.2 obligujące do złożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu nie obejmowały wyważarki, zatem brak jest podstaw do stwierdzenia o niespełnieniu warunku w tym zakresie.

W zakresie Zarzutu 5 tj. naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp, wobec faktu, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie zastrzegł stosowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia Wykonawcy przewidzianej w tym przepisie ustawy, zarzut podlega oddaleniu jako bezpodstawny.

Wobec powyższego stwierdza się, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu, którego efektem jest wybór oferty złożonej przez przystępującego, nie naruszył przepisów ustawy wskazanych przez odwołującego w petitum odwołania. Z tego względu orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437)..

Przewodniczący: ……..