

Warszawa, 12 lipca 2024 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Emil Kuriata

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie **9 lipca 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **20 czerwca 2024 r.**

przez wykonawcę: **BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA İMALAT İTHALAT VE İHRACAT A.Ş. z siedzibą w Anka (Turcja)** [„Odwołujący”]

w postępowaniu na *Zawarcie umowy ramowej na dostawę do 20 sztuk fabrycznie nowych, niskopodłogowych, jednokierunkowych tramwajów wraz z dostawą specjalistycznego wyposażenia obsługowego i pakietu eksploatacyjno-naprawczego* (MZK.D-251-6/24)

prowadzonym przez zamawiającego **Miejski Zakład Komunikacji w Toruniu sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu** [„Zamawiający”]

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** [„Przystępujący”]

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

- 1)zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **uzasadnionych kosztów Zamawiającego,**
- 2)zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Na niniejsze orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.**

Uzasadnienie

Miejski Zakład Komunikacji w Toruniu sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu {dalej: „MZK w Toruniu” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o *Zawarcie umowy ramowej na dostawę do 20 sztuk fabrycznie nowych, niskopodłogowych, jednokierunkowych tramwajów wraz z dostawą specjalistycznego wyposażenia obsługowego i pakietu eksploatacyjno-naprawczego* (MZK.D-251-6/24). Ogłoszenie o tym 8 kwietnia 2024 r. opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr S_69/2024 pod poz. 205566-2024.

Wartość tej umowy ramowej przekracza progi unijne.

10 czerwca 2024 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy {dalej: „Pesa” lub „Przystępujący”}.

20 czerwca 2024 r. BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA İMALAT İTHALAT VE İHRACAT A.Ş. z siedzibą w Ankarze (Turcja) {dalej: „Bozankaya” lub „Odwołujący”} wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności oraz zaniechania wezwania Pesy do wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1.Art. 224 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Pesy do złożenia wyjaśnień, a tym samym naruszenie art. 16 pkt 1 i 2, polegające na prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób przejrzysty.
- 2.Art. 223 ust. 1 – przez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej zmierzającej do ustalenia, jaki zakres świadczonej usługi dostawy elementów specjalistycznego wyposażenia obsługowego, w szczególności co do zestawu narzędzi specjalistycznych do obsługi, napraw i regulacji tramwajów (lp.12 Tabeli elementów specjalistycznego wyposażenia obsługowego) przyjęła w swojej ofercie oraz kalkulacji Pesa, a tym samym

naruszenie art. 16 pkt 1-3, polegające na niezachowaniu zasad nakazujących prowadzenie postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję, równe traktowanie wykonawców oraz postępowanie zgodne z regułami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Powtórzenia badania i oceny ofert, w tym wezwania Pesy do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty i jej istotnych części składowych.

Na podstawie uzasadnienia odwołania Izba stwierdziła, że zarzuty zostały sprecyzowane przez podniesienie następujących okoliczności faktycznych, które mogły mieć znaczenie dla sprawy.

Wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa ramowa, zobowiązany będzie na podstawie umów wykonawczych dostarczyć do 20 szt. fabrycznie nowych, niskopodłogowych, jednokierunkowych tramwajów wraz z ze specjalistycznym wyposażeniem obsługowym i pakietem eksploatacyjno-naprawczym.

W treści formularza ofertowego (którego wzór stanowił Załącznik nr 3 do SWZ) każdy wykonawca obowiązany był do określenia:

1. Łącznej ceny wykonania zamówienia, na którą składają się: 1) łączna cena dwudziestu fabrycznie nowych niskopodłogowych, jednokierunkowych tramwajów, 2) łączna cena wszystkich elementów jednego pakietu specjalistycznego wyposażenia obsługowego, 3) łączna cena trzech kompletnych pakietów eksploatacyjno-naprawczych.

2. Cen poszczególnych elementów specjalistycznego wyposażenia obsługowego oraz pakietu eksploatacyjno-naprawczego.

Zgodnie z brzmieniem pkt 3.1 rozdziału 3 Informacje dodatkowe Załącznika nr 1 do SWZ: *Specjalistyczne wyposażenie obsługowe wynika z konstrukcji oferowanego tramwaju i konieczne jest przy jego eksploatacji. Ponadto w składzie należy uwzględnić wyposażenie z wykazu podanego poniżej [patrz tabela obejmująca 10 poz. na str. 5-6 odwołania].*

Poz. 12 została określona jako *Zestaw narzędzi specjalistycznych do obsługi, napraw i regulacji tramwajów (jeśli konieczność ich wykorzystania wynika z konstrukcji tramwaju), w tym zestaw do płukania i napełniania układu hydraulicznego hamulca mechanicznego.*

Wykaz specjalistycznego wyposażenia obsługowego dotyczący oferowanego tramwaju, uwzględniający pełen asortyment wyszczególniony powyżej, określa Wykonawca na podstawie znajomości konstrukcji oferowanego tramwaju. Wykaz, o którym mowa wyżej Wykonawca dostarczy Zamawiającemu wraz z ofertą. Wykonawca nie ma obowiązku dostarczenia odrębnego wykazu w sytuacji, gdy nie obejmuje on innych, dodatkowych narzędzi i urządzeń niż wymagane przez Zamawiającego, wskazane powyżej i wyszczególnione w formularzu ofertowym. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego na etapie realizacji umowy w oparciu o dokumentację techniczną i oględziny tramwaju w ramach odbioru oraz w okresie gwarancji oczywistej niezgodności zawartości wykazu z zawartością niezbędną dla danego typu tramwaju, będzie wymagał on wprowadzenia uzupełnień, których koszt obciąży Wykonawcę.

Specjalistyczne wyposażenie obsługowe musi być fabrycznie nowe. Nie dopuszcza się dostarczenia asortymentu używanego, lub regenerowanego.

Dostawa wszystkich elementów powyższego specjalistycznego wyposażenia obsługowego nastąpić musi wraz z dostawą pierwszego tramwaju.

Zgodnie z brzmieniem pkt 3.2 Załącznika nr 1 do SWZ: *W ramach przedmiotowego zamówienia Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć pakiet zawierający elementy tramwaju, w asortymencie i liczbie zgodnej z wykazem podanym poniżej, przy dostosowaniu tego asortymentu do konstrukcji oferowanych tramwajów. Zamawiający wymaga dostarczenia ww. pakietu z dostawą pierwszego pojazdu. Przy składaniu zamówienia na kolejną transzę pojazdów, zgodnie z umową ramową, Zamawiający będzie decydował o zakupie kolejnych elementów pakietu eksploatacyjno-naprawczego.*

Zapotrzebowanie na przedmiotowy pakiet wynika z konstrukcji taboru oraz ma zadanie ograniczenie do niezbędnego minimum czasu przestoju tramwajów w okresie wyłączenia z eksploatacji w związku wymianą szybko zużywających się części, takich jak np. obręcze. Elementy ww. pakietu służą optymalizacji wykorzystania taboru poprzez zapewnienie jego stałej gotowości technicznej.

Wykaz zawartości pakietu określający elementy tramwaju i ich liczbę, zawiera poniższa tabela. W cenie oferty należy uwzględnić liczbę sztuk / kompletów podaną w kolumnie 3 poniższej tabeli [patrz tabela obejmująca 24 poz. na str. 7-8 odwołania].

Elementy wchodzące w skład dostarczonego pakietu eksploatacyjno-naprawczego muszą być fabrycznie nowe. Nie dopuszcza się dostawy elementów używanych lub regenerowanych.

Wykonawca w ramach oferowanej ceny ofertowej wykona i zamontuje wg wskazań Zamawiającego tabliczki informacyjne w miejscach i ilościach wskazanych przez Zamawiającego w trakcie realizacji zamówienia.

W kryterium cenowym o wadze 84% przedmiotem oceny jest całkowita cena brutto oferty za dostawę dwudziestu sztuk

niskopodłogowych, jednokierunkowych tramwajów wraz z dostawą specjalistycznego wyposażenia obsługowego i trzech pakietów eksploatacyjno-naprawczych (z odwołania wynika, że jest też kryterium okresu gwarancji, przy czym Pesa zaoferowała 5-letnią gwarancję, a Bozankaya 7-letnią).

Ceny złożonych ofert, na które składają się: 1) łączna cena dwudziestu fabrycznie nowych niskopodłogowych, jednokierunkowych tramwajów, 2) łączna cena wszystkich elementów jednego pakietu specjalistycznego wyposażenia obsługowego, 3) łączna cena trzech kompletnych pakietów eksploatacyjno-naprawczych, zgodnie z udostępnioną 15 maja 2024 r. informacją z otwarcia ofert:

1. Bozankaya – 302.812.470,00 zł, w tym: 1) 266.823.900,00 zł (13.341.195,00 za 1 tramwaj), 2) 13.564.440,00 zł, 3) 22.424.130,00 zł.

2. Pesa – 289.612.920,57 zł, w tym: 1) 274.290.00,00 zł (13.714.500,00 za 1 tramwaj), 2) 1.961.493,30, 3) 13.361.427,27 zł.

Z powyższego zestawienia wynika, że składowe ceny oferty z pkt 2) i 3) w ofercie Pesy stanowią odpowiednio 14% i niespełna 60% wartości wyceny tych składowych ceny oferty Bozankaya.

Ponadto wartość poz. nr 12 z pkt 2) w ofercie Pesy stanowi 13% ceny tej poz. w ofercie Bozankaya.

Istotnymi bowiem elementami ceny globalnej były wartości Przy czym zdaniem Odwołującego pkt 2) i 3) stanowią istotne elementy ceny oferty, gdyż to ich wycena przesądziła o przyznaniu największej liczby punktów ofercie Pesy.

Według Odwołującego Zamawiający nie wskazał, jakie dokładnie elementy mają zostać uwzględnione w ramach poz. 12 z 2), pozostawiając to do uznania wykonawców. W odwołaniu pada wręcz stwierdzenie, iż *treść dokumentacji przetargowej, opracowanej przez Zamawiającego, zawiera niejasny i nieprecyzyjnie wskazany opis elementów podlegających wycenie. Konsekwencją powyższego jest pewna dowolność i uznaniowość wykonawców w określaniu zawartości i wartości pakietu specjalistycznego wyposażenia obsługowego*. Innymi słowy Zamawiający przeniósł ewentualne ryzyko niekompletności dostarczonego zestawu na wykonawcę, który musiał się z tym liczyć przy określeniu jego zawartości i jego wycenie.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak w na wstępie, wywodząc, że tak istotne różnice pomiędzy ofertami złożonymi w postępowaniu powinny prowadzić co najmniej do powstania u Zamawiającego dwóch wątpliwości, do których wyjaśnienia powinien dążyć w ramach przysługujących mu środków prawnych w toku postępowania:

1. Czy Pesa uwzględniła w ramach zakresu przewidzianej dostawy wszystkie wymagane elementy (w szczególności dla zestawu narzędzi specjalistycznych do obsługi, napraw i regulacji tramwajów), czy też celowo ograniczyła zakres świadczonej dostawy, aby obniżyć wartość pakietu specjalistycznego wyposażenia obsługowego i uzyskać przewagę cenową, co powinno być przedmiotem wezwania w trybie art. 223 ust. 1 pzp. Analiza dokumentów oferty Pesy doprowadziła Odwołującego bowiem do wniosku, iż *oferent ten nie wziął pod uwagę szeregu elementów niezbędnych i wymaganych w ramach postępowania m.in. zestawu narzędzi specjalistycznych, a także prawdopodobnie opiera się na założeniu, iż niektóre pozycje, zwłaszcza z zakresu elementów pakietu eksploatacyjno-naprawczego, nie będą przez Zamawiającego zamawiane*.

2. Czy oferta Pesy nie zawiera rażąco niskiej ceny istotnych elementów składowych, tj. w zakresie zarówno specjalistycznego wyposażenia obsługowego, jak i eksploatacyjno-naprawczego, których wycena odbiega od stawek rynkowych poszczególnych komponentów, co powinno być przedmiotem wezwania w trybie art. 224 ust. 1 pzp. W aktualnym stanie prawnym w art. 224 ust. 1 pzp została wyekspozowana możliwość badania istotnych składników ceny oferty w kontekście jej rażącego zaniżenia. Według Odwołującego taki charakter mają elementy ceny z pkt 2) i 3) powyżej, gdyż nierealny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia poziom ich wyceny (w tym bez uwzględnienia rzeczywistego zakresu prac oraz kosztu niezbędnych materiałów), uniemożliwiający spełnienie wszystkich wymogów Zamawiającego, przesądził o przyznaniu największej liczby punktów w kryterium ceny. Innymi słowy według Odwołującego wybrana oferta zawiera rażąco niską cenę, a ponadto wykonanie zamówienia (spełnienie wszystkich wymogów przedstawionych przez Zamawiającego) za tak skalkulowaną cenę przez Pesę jest *de facto* niemożliwe.

Odwołujący podsumował, że dopiero skierowanie do uczestników postępowania (sic!) wniosku o wyjaśnienia istotnych elementów cenowych pozwoliłyby rozwiązać wątpliwości albo mogłyby potwierdzić, że warunki cenowe oferty Pesy stanowią, albo czyn nieuczciwej konkurencji (w przypadku ograniczenia zakresu dostaw celem uzyskania przewagi cenowej), albo rażąco niską cenę w zakresie istotnych elementów składowych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 8 lipca 2024 r. wniósł o jego oddalenie, podnosząc w szczególności następujące okoliczności faktyczne oraz zgłaszając na ich poparcie poniżej wymienione dowody.

Według stanu na 15 marca 2024 r. Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na 189.600.000,00 zł (233.208.000,00 zł brutto), w tym netto: 1) jeden tramwaj 9.024.000,00 zł, 2) jeden komplet pakietu specjalistycznego

wyposażenia obsługowego – 842.835,53 zł, 3) trzy komplety pakietów eksploatacyjno-naprawczych – 8.261.773,82 zł. Przy czym wartość zamówienia określono na podstawie rozeznania rynku, z uwzględnieniem zamówień publicznych o podobnym charakterze, po uwzględnieniu waloryzacji o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych podany przez GUS oraz w oparciu o wycenę jednego tramwaju jednokierunkowego niskopodłogowego w studium wykonalności opracowanym przez Databout (opracowanie z 12 lutego 2024 r.) [dowód – wniosek o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia z 15 marca 2024 r. wraz z załącznikiem nr 1].

Cena oferty Pesy jest wyższa niż powyżej wskazana ubruttowiona wartość szacunkowa, a ceny obu złożonych ofert są na zbliżonym poziomie.

Jednocześnie w ofercie Pesy wycena pakietu specjalistycznego wyposażenia obsługowego opiewa na 1.961.493,30 zł, co stanowi 0,67% ceny tej oferty, a wycena pakietu eksploatacyjno-naprawczego na 13.361.427,27 zł stanowi 4,61% ceny całkowitej. Z kolei w ofercie Bozankayi wycena pakietu specjalistycznego wyposażenia obsługowego opiewa na kwotę 13.564.440,00 zł, co stanowi 4,48% ceny całkowitej, a wycena pakietu eksploatacyjno-naprawczego na kwotę 22.424.130,00 zł stanowi 7,4% ceny całkowitej. Według Zamawiającego wynika z tego, że nawet w tym przypadku wycena tych pakietów ma marginalne znaczenie w kontekście łącznej ceny oferty.

Zamawiający powołał się na wiedzę i doświadczenie wyniesione z przeprowadzonych w latach ubiegłych (tj. 2020, 2015 i 2013) postępowań w przedmiocie dostawy tramwajów wraz z pakietem specjalistycznego wyposażenia obsługowego oraz pakietem eksploatacyjno-naprawczym. Zamawiający oświadczył, że w ramach badania ofert dokonał porównania cen jednostkowych elementów pakietu specjalistycznego wyposażenia obsługowego z oferty Pesy z cenami jednostkowymi na podobne elementy w ramach analogicznego pakietu w ofertach składanych w ramach postępowań w latach ubiegłych. Doprowadziło go do konkluzji, że o ile wycena tego pakietu w ofercie Pesy odpowiada realiom rynkowym, o tyle w ofercie Bozankayi jest rażąco zawyżona, podobnie jak pakietów eksploatacyjno-naprawczych.

W tym kontekście Zamawiający zauważył, że ponieważ w przedmiotowym postępowaniu złożono tylko dwie oferty, wyciąganie wniosków na podstawie ich porównywania nie byłoby adekwatne. Stąd przyznał prymat wartości szacunkowej zamówienia oraz wartości rynkowej, które ustalił na podstawie posiadanej wiedzy.

Do odpowiedzi na odwołanie załączono następujące dokumenty (w nawiasach oznaczenia postępowań, ostatnie dwie cyfry wskazują rok):

- 1) zestawienie cen jednostkowych pakietu specjalistycznego wyposażenia obsługowego Odwołującego i Przystępującego (MZK.D-251-6/24);
- 2) zestawienie cen jednostkowych podobnych elementów w ramach pakietu specjalistycznego wyposażenia obsługowego z postępowań w latach ubiegłych (MZK.D-251-6/24 oraz BiTz8b/E/14 i BiTz8b/E/13);
- 3) zestawienie cen jednostkowych podobnych elementów w ramach pakietu specjalistycznego wyposażenia obsługowego z postępowań w latach ubiegłych (MZK.D-251-6/24 oraz MZK.D-251-14/19);
- 4) zestawienie cen jednostkowych pakietu specjalistycznego wyposażenia obsługowego (BiTz8b/E/13);
- 5) zestawienie cen jednostkowych pakietu eksploatacyjno-naprawczego Odwołującego i Przystępującego (MZK.D-251-6/24);
- 6) zestawienie cen jednostkowych podobnych elementów w ramach pakietu eksploatacyjno-naprawczego z postępowań w latach ubiegłych (MZK.D-251-6/24 oraz nr MZK.D-251-14/19);
- 7) oferta z 27.04.2020 – Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. (MZK.D-251-14/19);
- 8) oferta z 05.02.2015 r. – Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. (BiTz8b/E/14);
- 9) oferta z 14.08.2013 r. – Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. (BiTz8b/E/13);
- 10) oferta z 20.08.2013 r. – Solaris Bus & Coach S.A. (BiTz8/E/13).

Zamawiający zwrócił uwagę, że w trakcie postępowania potencjalni wykonawcy nie zadawali mu Zamawiającemu pytań odnośnie opisu pakietu specjalistycznego wyposażenia obsługowego. Jednocześnie w pkt 3.1 opisu przedmiotu zamówienia z załącznika nr 1 do SWZ określił, że wykonawca składający ofertę nie ma obowiązku dostarczenia odrębnego wykazu w sytuacji, gdy nie obejmuje on innych, dodatkowych narzędzi i urządzeń niż wyszczególnione w zamieszczonej w tym pkt tabeli i formularzu ofertowym.

Z kolei pkt 3.2 opisu przedmiotu zamówienia zawiera tabelę wyszczególniającą zawartość pakietu eksploatacyjno-naprawczego, który każdy wykonawca miał wycenić z uwzględnieniem dostosowania tego asortymentu do konstrukcji oferowanych tramwajów. Zaznaczono tam również, że zapotrzebowanie na ten pakiet wynika bowiem z konstrukcji taboru oraz ma zadanie ograniczenie do niezbędnego minimum czasu przestoju tramwajów w okresie wyłączenia z eksploatacji w związku wymianą szybko zużywających się części, takich jak np. obręcze. Elementy tego pakietu mają służyć optymalizacji wykorzystania taboru dzięki zapewnieniu jego stałej gotowości technicznej.

Jednocześnie zgodnie z brzmieniem pkt 8 z rozdziału III SWZ „Opis przedmiotu zamówienia *Przedmiot zamówienia będzie wykonany po zawarciu odrębnych umów wykonawczych, których zawarcie uzależnione będzie od pozyskania przez Zamawiającego finansowania ze środków UE, przy czym:*

1) Pierwsza umowa wykonawcza będzie obejmować wyprodukowanie i dostawę pakietu co najmniej 4 sztuk fabrycznie nowych, niskopodłogowych, jednokierunkowych tramwajów wraz z dostawą kompletu specjalistycznego wyposażenia obsługowego i pełnego pakietu eksploatacyjno-naprawczego;

2) Kolejne umowy wykonawcze obejmować mogą wyprodukowanie i dostawy pozostałych nie więcej niż 16 sztuk fabrycznie nowych, niskopodłogowych, jednokierunkowych tramwajów, zamawianych w pakietach od 1 do 8 sztuk tramwajów wraz z dostawą wskazanych przez Zamawiającego elementów pakietu eksploatacyjno-naprawczego (maksymalnie do wartości dwóch pełnych pakietów).

Zamawiający oświadczył, że z uwagi na powyższe okoliczności nie miał podstaw, aby powziąć wątpliwości co do treści oferty Pesy, a odmienne twierdzenia zawarte w odwołaniu ocenił jako ogólne i wyrażające subiektywną ocenę Odwołującego.

Przystępujący w piśmie procesowym z 8 lipca 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc okoliczności faktyczne i argumentując w sposób zbieżny z Zamawiającym.

Dodatkowo wyraził przekonanie, że Odwołujący pośrednio przyznał w odwołaniu, że to on mógł nieprawidłowo zrozumieć wymogi stawiane przez Zamawiającego odnośnie zawartości pakietów.

Dla Przystępującego niezrozumiałe są też formułowane przez Odwołującego wątpliwości dotyczące braku wezwania również i jego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, gdyż nie istnieje podstawa prawna, która nakazywałaby wyjaśniać zbyt wysoką w porównaniu do innych ofert cenę. Jednocześnie wyjaśnienia nie mogą prowadzić do negocjacji między zamawiającym a wykonawcą dotyczących treści złożonej oferty. Odwołujący podjął ryzyko, wskazując wysoką w porównaniu z ofertą Pesy cenę, a obecnie nie godzi się z zaistniałym stanem faktycznym.

Zdaniem Przystępującego Odwołujący, który sam nie wskazuje, w jaki sposób dokonał wyceny chociażby spornego pakietu eksploatacyjno-naprawczego, nie wykazał w żaden sposób, że tylko jego wycena pozwala na uwzględnienie wszystkich niezbędnych elementów i jest adekwatna do przedmiotu zamówienia. Idąc tym tokiem myślenia każdy potencjalny wykonawca mógłby składać oferty z zawyżonymi cenami w celu wymuszenia wezwania do wyjaśnień cen ofert złożonych przez innych wykonawców.

Przystępujący odniósł również wrażenie, że Odwołujący wskazując na kryteria oceny ofert, w których miał przewagę, *de facto* zdaje się kwestionować określone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert i ich wagę, co jest działaniem spóźnionym.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 ustawy pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska i argumentacje.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Legitymacja Odwołującego, który złożył ofertę i skarży zaniechanie przeprowadzenia czynności względem oferty Przystępującego wybranej jako najkorzystniejsza, spełnia powyższe przesłanki, co nie było też sporne.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Oba zarzuty odwołania bazują na eksponowaniu różnic w wycenie pakietów pomiędzy obu złożonymi ofertami, przy jednoczesnym przejściu do porządku dziennego nad wartością zamówienia. Ma to kluczowe znaczenie, gdyż tym samym nie została zakwestionowana, ani ustalenie wartości tego zamówienia z należytą starannością przez Zamawiającego (jak tego wymaga art. 28 ustawy pzp), ani aktualność tego oszacowania na potrzeby badania złożonych ofert.

Tymczasem kompletne zestawienie cen, na które składają się: 1) łączna cena dwudziestu fabrycznie nowych niskopodłogowych, jednokierunkowych tramwajów (w tym za 1 tramwaj), 2) łączna cena wszystkich elementów jednego pakietu specjalistycznego wyposażenia obsługowego, 3) łączna cena trzech kompletnych pakietów eksploatacyjno-naprawczych, uwzględniające dane zarówno z załącznika do wniosku o wszczęcie postępowania z 15 marca 2024 r., jak i z formularzy złożonych ofert, wygląda następująco (wszystkie kwoty w zł):

	Zamawiający	Pesa	Bozankaya
1)	221.986.314,68	274.290.000,00	266.823.900,00

	netto	180.476.678,60	223.000.000,00	216.930.000,00
	[za 1 tramwaj]			
		[11.099.315,73]	[13.714.500,00]	[13.341.195,00]
	netto	[9.023.833,93]	[11.150.000,00]	[10.846.500,00]
2)		1.036.687,70	1.961.493,30	13.564.440,00
	netto	842.835,53	1.594.710,00	11.028.000,00
3)		10.161.981,80	13.361.427,27	22.424.130,00
	netto	8.261.773,82	10.862.949,00	18.231.000,00
	[za 1 pakiet]			
		[3.387.327,27]	[4.453.809,09]	[7.474.710,00]
	netto	[2.753.924,61]	[3.620.983,00]	[6.077.000,00]
	Razem 1)+2)+3)	233.208.000,00	289.612.920,57	302.812.470,00
	netto	189.581.287,92	235.457.659,00	246.189.000,00

Przy czym ze wspomnianego załącznika wynika również, że przy ustalaniu wartości tego zamówienia zostały kolejno uwzględnione:

1. Ceny wynikające z łącznie pięciu ofert (w tym trzech Pesy) złożonych na przestrzeni poprzednich czterech lat (2020-2023) w czterech postępowaniach na zbliżony przedmiot zamówienia, w tym w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu nr MZK.D-251-14/19 na dostawę pięciu fabrycznie nowych pięcioczęściowych niskopodłogowych jednokierunkowych tramwajów wraz z dostawą specjalistycznego wyposażenia obsługowego i pakietu eksploatacyjno-naprawczego – zwaloryzowane na 31 stycznia 2024 r. o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych podawany przez GUS.

2. Opracowane przez Databout wraz z przygotowaniem wniosku o dofinansowanie tego zamówienia studium wykonalności z 12 lutego 2024 r.

Ponadto z poniżej wskazanych załączników do odpowiedzi na odwołanie wynikają następujące zależności odnośnie wyceny najdroższych elementów z obu pakietów:

1. Porównanie ceny jednostkowej netto dwóch kompletów zestawu narzędzi specjalistycznych do obsługi, napraw i regulacji tramwajów z poz. 12. pakietu specjalistycznego wyposażenia obsługowego w ofertach składanych w obecnym i poprzednich postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego [patrz tabelaryczne zestawienia z załączników nr 1-3, formularze obecnie złożonych ofert oraz formularze historycznych ofert Pesy z załączników nr 7-9]:

6.242.327,39 zł – 10 maja 2024 r. Bozankaya w MZK.D-251-6/24

815.230,00 zł – 15 maja 2024 r. Pesa w MZK.D-251-6/24

582.724,00 – 27 kwietnia 2020 r. Pesa w MZK-D-251-14/19

636.180,00 zł – 5 lutego 2015 r. Pesa w BiTz8b/E/14

333.000,00 zł – 14 sierpnia 2013 r. Pesa w BiTz8b/E/13.

2. Porównanie ceny jednostkowej netto trzech kompletów wózków dla tramwaju zestawu narzędzi specjalistycznych do obsługi, napraw i regulacji tramwajów z poz. 3. eksploatacyjno-naprawczych w ofertach składanych w obecnym i poprzednich postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego [patrz tabelaryczne zestawienia z załączników nr 5-6, formularze obecnie złożonych ofert oraz formularze historycznych ofert Pesy z załączników nr 7-9]:

7.710.008,76 zł – 10 maja 2024 r. Bozankaya w MZK.D-251-6/24

6.523.920,00 zł – 15 maja 2024 r. Pesa w MZK.D-251-6/24

4.864.725,00 – 27 kwietnia 2020 r. Pesa w MZK-D-251-14/19.

Reasumując, zarówno cena oferty Pesy, jak i każda z jej trzech składowych są powyżej oszacowania Zamawiającego, którego prawidłowość nie została podważona. Jest to wystarczające dla stwierdzenia braku obiektywnych podstaw faktycznych do powzięcia wątpliwości co do zaniżenia przez Pesę ceny oferty i którejkolwiek z jej części składowych. W konsekwencji nie ma potrzeby ustalania, czy części składowe ceny oferty Pesy dotyczące pakietów należy poczytać za istotne w rozumieniu art. 224 ust. 1 ustawy pzp.

Tym niemniej wypada zauważyć, że w odwołaniu uznanie wyceny pakietów za istotne części ceny oferty opiera się na nieadekwatnym twierdzeniu, że to te dwie pozycje przesądziły o wyborze najkorzystniejszej oferty. Tymczasem oferta Pesy została najwyżej oceniona, gdyż przedstawiała najkorzystniejszy bilans wszystkich kryteriów oceny ofert (z uwzględnieniem ich wagi), czyli ceny (84%) oraz szeregu kryteriów jakościowych: materiału konstrukcji nośnej (3%), technologii łączenia konstrukcji nośnej (2%), usytuowania drzwi (2%), dostępności wszystkich miejsc siedzących z poziomu podłogi, tj. bez podestów (2%), sumarycznej pojemności superkondensatorów (3%), okresu gwarancji na

superkondensatory (1%), okresu gwarancji pojazdu (3%) [patrz pkt XVIII SWZ].

Z kolei eksponowane w odwołaniu różnice w wycenie pakietów nic nie wnoszą w sytuacji, gdy zostały złożone tylko dwie oferty. Jedna przez wiodącego od wielu lat na krajowym rynku producenta tramwajów niskopodłogowych konkretnych typów o znanej specyfikacji technicznej, co czyni adekwatnym przyjęty przez Zamawiającego punkt odniesienia, którym siłą rzeczy w przeważającej mierze są oferty składane dotychczas przez Pesę. Druga przez nowego na tym rynku producenta tramwajów, który obecnie przyznaje się, że ma wątpliwości ze zidentyfikowaniem, co dokładanie należało zaoferować w ramach obu pakietów. Prowadzi to co najwyżej do wniosku, że to Bozankaya zawyżyła wycenę obu pakietów, przy czym nie ma znaczenia, czy i w jakim stopniu wynika to z konstrukcji oferowanych tramwajów (która powoduje, że są relatywnie kosztowne w eksploatacji), przyjętej strategii biznesowej (wysokiej marży na urządzenia do obsługi i części zamienne do tramwajów) lub właśnie zgłaszanych dopiero w toku niniejszego postępowania odwoławczego wątpliwości co do opisu przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący nie wykazał żadnej inicjatywy dowodowej dla wykazania zasadności poniższych twierdzeń, na których *de facto* opierają się zarzuty zawarte w odwołaniu:

1. Treść dokumentacji przetargowej zawiera niejasny i nieprecyzyjny opis elementów podlegających wycenie w ramach pakietu specjalistycznego wyposażenia obsługowego, czego konsekwencją jest pewna dowolność wykonawców w określaniu jego zawartości i wartości.
2. Pesa nie wzięła pod uwagę szeregu elementów niezbędnych i wymaganych w ramach m.in. zestawu narzędzi specjalistycznych oraz prawdopodobnie założyła, że niektóre pozycje, zwłaszcza z pakietu eksploatacyjno-naprawczego, w praktyce nie zostaną zamówione.
3. Wycena w ofercie Pesy elementów zarówno specjalistycznego wyposażenia obsługowego, jak i eksploatacyjno-naprawczego, odbiega od stawek rynkowych poszczególnych komponentów, nie uwzględnia m.in. rzeczywistego zakresu prac oraz niezbędnych materiałów.

Ad 1. i 2.

Treść postanowień zawartych odpowiednio w pkt 3.1 „Lista wyposażenia i narzędzi specjalistycznych wymaganych przy dostawie” i pkt 3.2 „Pakiet eksploatacyjno-naprawczy” Załącznika nr 1 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia – Specyfikacja techniczna tramwaju” (składają adekwatnie zacytowanych w odwołaniu, jeżeli nie brać pod uwagę, że w pierwszym przypadku tabela obejmująca 13 poz. urywa się na 10 poz.) oraz treść oferty Pesy w tych zakresach (która z kolei została pominięta w odwołaniu) nie pozwalają na logiczne wyprowadzenie takich wniosków. Wręcz przeciwnie, oba twierdzenia zostały wręcz sformułowane w oderwaniu od tego, co wynika *explicite* z tych postanowień SWZ, które jednoznacznie określają wymaganą treść oferty odnośnie obu pakietów.

Dla pakietu specjalistycznego wyposażenia obsługowego, którego zawartość siłą rzeczy uwzględnia wiedzę i doświadczenie MZK w Toruniu wynikające z wieloletniej eksploatacji taboru, w przeważającej mierze produkcji Pesy, zasadą jest wycena trzynastu pozycji wyszczególnionych w tabeli wspomnianego pkt 3.1 opisu przedmiotu zamówienia. Jedynie na wypadek oferowania tramwajów o odmiennej konstrukcji, należy wycenić wykaz elementów uzupełniony o dodatkowe pozycje, czyli również adekwatnie sprecyzować w tym zakresie przedmiot oferty. W przypadku pakietu eksploatacyjno-naprawczego, który obejmuje dwadzieścia cztery pozycje funkcjonalnie opisanych części zamiennych w tabeli wspomnianego pkt 3.2 opisu przedmiotu zamówienia. Jednocześnie wprost wskazano tam, że pierwszy komplet części zamiennych ten będzie przedmiotem dostawy wraz z pierwszym tramwajem, a pozostałe dwa pakiety wraz z zamawianiem kolejnych transz pojazdów. Okoliczność zastrzeżenia wykorzystania tych kolejnych pakietów adekwatnie do potrzeb wynikłych z bieżącej eksploatacji dostarczonych tramwajów nie uprawdopodobnia twierdzenia o zaniżeniu przez Pesę w tym zakresie wyceny.

Jednocześnie choć w odwołaniu na próżno szukać informacji odnośnie treści oferty Pesy, w odniesieniu do obu pakietów polega ona na wycenie wykazów w takim kształcie, w jakim zostały one odzwierciedlone w załączonych do SWZ wzorze formularza oferty, tak samo zresztą jak treść oferty Bozankayai.

Reasumując, pierwsze i drugie twierdzenie mają charakter wyłącznie oderwanych od powyżej ustalonych faktów spekulacji Odwołującego podyktowanych przyjętą taktyką procesową. Obiektywnie rzecz biorąc nie ma podstaw faktycznych również dla powzięcia wątpliwości co do treści oferty Pesy.

Twierdzenia Odwołującego nie są również wiarygodne w sytuacji, gdy przed upływem terminu składania ofert nie miał żadnych zastrzeżeń co do opisu któregośkolwiek z pakietów i zgłasza je dopiero po upływie zawitego terminu na skarczenie opisu przedmiotu zamówienia, gdy po otwarciu ofert okazało się, że to nie jego oferta jest najkorzystniejsza według kryteriów oceny ofert.

Ad 3.

O ile trzecie twierdzenie mogłoby mieć znaczenie, o tyle wyłącznie wtedy, gdyby zostało odpowiednio sprecyzowane i poparte dowodami, czego jednak Odwołujący zaniechał. Nie wiadomo nawet, czy chodzi o wszystkie czy niektóre pozycje z obu pakietów, a przede wszystkim, czy chodzi o rynek krajowy, unijny, Europejskiego Obszaru

Gospodarczego, a może tylko turecki? Tymczasem oczywiste jest, że nie jest przedmiotem notoryjnej wiedzy, ile kosztuje specjalistyczne wyposażenie obsługowe czy części zamienne tramwajów. Co więcej, akurat w przypadku tramwajów Pesy dowody załączone do odpowiedzi na odwołanie świadczą o czymś przeciwnym, trendzie wzrostowym cen dyktowanych przez tego producenta na przestrzeni ostatnich lat.

Odwołanie nie zawiera sprecyzowania, w jaki sposób złożenie przez Pesę oferty z ceną powyżej niezakwestionowanej wartości szacunkowej zamówienia, w tym co do wyceny obu kategorii pakietów, miałoby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Tym bardziej Odwołujący nie był w stanie zgłosić jakichkolwiek wniosków dowodowych na poparcie ogólnikowo wyrażonego w uzasadnieniu odwołania swojego subiektywnego przypuszczenia.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Art. 224 ust. 1 pzp w zdaniu wstępnym zawiera klauzulę generalną, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała od czasu nowelizacji ustawą z 22 czerwca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie 28 lipca 2016 r., analogiczne uregulowania (z wyjątkiem omówionym poniżej), w przeważającej mierze zachował aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle i stosowania art. 90 ust. 1 i 1a popzp.

Relacja pomiędzy przepisami ust. 1 i 2 art. 224 ustawy pzp jest taka, że ten pierwszy zawiera normę nadrzędną, a drugi określa jedynie szczególne przypadki, w których wezwanie do wyjaśnienia ceny ma charakter obligatoryjny (w pkt 1) lub nieobligatoryjny (w pkt 2). W konsekwencji również inne okoliczności mogą obiektywnie wskazywać na to, że cena lub jej istotne części składowe powinny wydawać się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub wzbudzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia i warunkami umowy lub wynikającymi z odrębnych przepisów (analogicznie jak w przypadku kosztu, co jednak nie ma zastosowania w niniejszej sprawie).

W kontekście wykładni przepisu art. 224 ust. 1 ustawy pzp zauważyć należy, że o ile *prima facie* brzmienie tego przepisu jest tożsame z art. 90 ust. 1 popzp, o tyle zmiana spójnika z „i” na „lub” powoduje, że konieczne jest wystąpienie tylko jednej z dwóch przesłanek o charakterze klauzul generalnych, aby zamawiający był zobligowany zażądać od wykonawcy wyjaśnienia ceny oferty. *De lege lata* wystarczy zatem, aby zamawiającemu cena lub jej istotna część składowa jawiły się jako rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, albo aby wzbudziły jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z odnośnymi wymaganiami. Natomiast nie jest wymagana kumulatywne wystąpienie tych przesłanek, jak to było w poprzednim stanie prawnym.

Jak wywiodła Izba w uzasadnieniu wyroku z 27 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 293/17, pierwszą z powyższych przesłanek należy rozpatrywać w kontekście uprawnienia zamawiającego, jednakże takiego, z którego zamawiający nie może korzystać swobodnie i które musi odnosić do danego postępowania o zamówienia w danych realiach rynkowych, stąd nie może „wydawać się” zamawiającemu pozornie, bądź pozornie „nie wydawać się”. Z kolei według wykładni zaprezentowanej przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1277/20, jakkolwiek druga przesłanka odwołuje się do „wątpliwości zamawiającego”, istnieje możliwość skutecznego podniesienia zarzutu naruszenia tego przepisu w sytuacji wykazania występowania obiektywnych okoliczności, które zamawiający winien wziąć pod uwagę i w konsekwencji wezwać danego wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

W sposób zbieżny i znacznie obszerniej, niż to powyżej zrelacjonowano, wywiedziono w odwołaniu. Zostało to przez Izbę pominięte, podobnie jak zawarte zarówno w odwołaniu, jak i w odpowiedzi na odwołanie (oraz piśmie procesowym Przystępującego), rozważania co do rozumienia istotnej części składowej ceny. Przy tak wątpliwym podstawie faktycznej zarzutów zawartych w rozpoznawanym odwołaniu nic nie wnoszą bowiem ogólne rozważania prawne, choćby były ze wszech miar słuszne, gdyż pozostają w oderwaniu od okoliczności ustalonych w niniejszej sprawie.

Na podobnej zasadzie nie ma potrzeby rozwodzenia się nad interpretacją, skądinąd również niesprzecnie i obszernie wywodzoną we wszystkich trzech wspomnianych pismach procesowych, art. 223 ust. 1 ustawy pzp, który w pierwszym zdaniu stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Jak to powyżej ustalono, treść oferty Przystępującego obiektywnie rzecz biorąc nie budzi żadnych wątpliwości, a podnoszone przez Odwołującego wątpliwości mają charakter subiektywny i dotyczą opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie doszło do naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp – nakazującego przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także proporcjonalny – zwłaszcza w sytuacji, gdy zarzucane Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie tych zasad nie opiera się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych (tzw. zarzut niesamoistny).

Dysproporcja pomiędzy obszernością rozważań teoretycznoprawnych a szczupłością warstwy faktycznej (w tym pomijanie lub przeinaczanie istotnych faktów) w odwołaniu oraz brak wykazania jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej przez Odwołującego do zamknięcia rozprawy, czyni uzasadnionym zwrócenie uwagi na następujące przepisy rządzące przebiegiem postępowania odwoławczego.

Specyfika postępowania odwoławczego wyraża się przede wszystkim w zawartym w art. 555 ustawy pzp uregulowaniu (niezmienionym w stosunku do tego z art. 192 ust. 7 popzp), że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazywanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 ustawy pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

Trafność powyższego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, podzielanego również w doktrynie, już dawno została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Z kolei aktualnie Sąd Okręgowy w Warszawie, który jako Sąd Zamówień Publicznych rygorystycznie przestrzega stosowania art. 555 pzp, w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2023 r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23 wywiódł, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art 555 ustawy pzp. Sąd z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd zarówno orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem (a zatem w zakresie niespornym), jak i co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

Z kolei zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Takie uregulowanie (niezmienione w stosunku do tego z art. 192 ust. 7 zd. 1 popzp) stanowi potwierdzenie, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny i co do zasady obowiązuje w nim klasyczny rozkład ciężaru dowodu. Przyjęte rozwiązanie wynika z obowiązującej w prawie cywilnym zasady, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne (art. 6 Kodeksu cywilnego). Innymi słowy ciężar udowodnienia spoczywa na tym, kto twierdzi o istnieniu danego faktu, a nie na tym, kto twierdzeniu temu zaprzecza (łac. *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*). Aktywność we wnioskowaniu dowodów powinien wykazywać zwłaszcza odwołujący, który wywodzi z podnoszonych w odwołaniu faktów skutki prawne w postaci stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy pzp, które ma wpływ na wynik postępowania

o udzielenie zamówienia, co jest konieczne dla uwzględnienia odwołania. Na co zresztą słusznie zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, gdzie przytoczył stosowny fragment uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 sierpnia 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 86/22, pogrubiając następujące zdanie: *...to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski.*

W niniejszej sprawie Odwołujący na rozprawie nawet nie próbował sprostować temu obowiązkowi, co nie dziwi, skoro uprzednio w odwołaniu przeszedł do porządku dziennego nad faktami mającymi znaczenie w kontekście zarzucanych naruszeń przepisów materialnych ustawy pzp, które były dla niego niedogodne. Taka taktyka procesowa nie mogła zdać egzaminu w sytuacji, gdy Zamawiający i Przystępujący podnieśli te okoliczności, a Zamawiający wykazał się aż nadto inicjatywą w ich dowodzeniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

Kosztami postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożyły się wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy, na podstawie art. 557 ustawy pzp oraz § 5 pkt 1 i § 8 ust. 2 pkt 1 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 od odwołania (Dz.U. poz. 2437) obciążając nimi Odwołującego.