

WYROK

Warszawa, dnia 9 maja 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Prowadzisz

Anna Kuszel - Kowalczyk

Irmína Pawlík

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2024 roku przez wykonawcę *Public Transport Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie* w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego *Województwo Lubuskie Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze* przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy *Serwis Pojazdów Szynowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Lisim Ogonie*

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę *Public Transport Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie* :

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę *Public Transport Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie* tytułem wpisu od odwołania, kwotę 4 428 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia osiem złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę *Public Transport Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na 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.

Przewodniczący:
.....
.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – *Województwo Lubuskie Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą **Wykonanie czynności z zakresu utrzymania naprawczego wg czwartego poziomu utrzymania (PU4-2) w pojeździe szynowym serii SA133-008**”.

W dniu 15 kwietnia 2024 roku Odwołujący działając na podstawie na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.; dalej: ustawa / ustawa Pzp) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2024 roku polegających na:

- 1) ocenie ofert oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez *Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k.* z siedzibą w Lisim Ogonie (dalej jako „SPS”),
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez SPS jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez SPS jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 4) zaniechaniu wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) **art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 5 i 6 ustawy** przez błędną ocenę oferty

i wyjaśnień SPS złożonych w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę;

2) **art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy** przez zaniechanie odrzucenia oferty SPS, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w którym SPS zamierza wykonać zamówienie w sposób inny niż wskazany przez Zamawiającego, tj. przez samodzielne wykonanie ewentualnie zlecenie nieautoryzowanym podmiotom:

- naprawy przekładni osiowej produkcji Voith,
 - naprawy układu klimatyzacji Konvekta,
 - naprawy układu ogrzewania produkcji Webasto,
 - modernizacji układu sterowania Lokel (zastosowanie izolacji zielonej pętli w systemie LOKEL przy zamknięciu (wyłączeniu) z użytkowania pojedynczych drzwi,
 - wymiany wałów Cardana,
 - naprawy cylindrów hamulcowych produkcji Faiveley,
- podczas, gdy z Dokumentacji Systemu Utrzymania (DSU) i Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) pojazdu SA133-008 oraz Opisu Przedmiotu Zamówienia w sposób jednoznaczny wynika, że naprawa oraz modernizacja tych podzespołów może zostać wykonana wyłącznie przez ich producenta bądź jego autoryzowanego przedstawiciela, a także przez zaniechanie wymiany elementów gumowych i metalowo-gumowych na pojeździe, podczas gdy z DSU wynika obowiązek ich wymiany.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania albowiem powyższe naruszenia mają wpływ na wynik postępowania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty SPS jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- 3) odrzucenia oferty SPS jako niezgodnej warunkami zamówienia,
- 4) dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty PTS jako oferty najkorzystniejszej,
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący wniósł również o zobowiązanie Zamawiającego do załączenia do akt postępowania odwoławczego:

- Dokumentacji Systemu Utrzymania pojazdu typu 218Mc serii SA133-008 (DSU),
- Dokumentacji Techniczno-Ruchowej tego pojazdu (DTR),
- katalogu części zamiennych pojazdu,

wszystkie ww. dokumenty w celu ustalenia szczegółowego sposobu wykonania przedmiotu umowy.

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 505 ustawy. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Nieuwzględnienie odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego spowoduje zatem lub powodować może poniesienie przez Odwołującego szkody. Utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi szkodę Odwołującego uzasadniającą złożenie odwołania. Oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu po odrzuceniu oferty SPS zawierającej rażąco niską cenę, a ponadto, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy ma istotny wpływ na wynik Postępowania w rozumieniu art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy, albowiem pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

RAŻĄCO NISKA CENA

Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze w postępowaniu oferty Serwisu Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. jako spełniającej wszystkie warunki wymagane przez Zamawiającego określone w SWZ i uzyskującą największą liczbę punktów na podstawie kryteriów oceny ofert. Wybór oferty poprzedzony został złożeniem przez SPS wyjaśnień z zakresie rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 5 ustawy.

Odwołującemu udostępniona została wyłącznie część wyjaśnień SPS nieobjęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący podał, że oferta SPS jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę i jako taka była przez Zamawiającego poddana procedurze wyjaśnień na podstawie art. 224 ustawy. Zastosowanie procedury z art. 224 ustawy tworzy domniemanie, że zaproponowana

w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy będącym adresatem wezwania (tak m.in. KIO 1856/20). Odwołujący podał, że domniemanie istnienia w ofercie SPS rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia skutkuje tym, że wykonawca ten, jeżeli chce je obalić musi wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Wyjaśnienia wykonawcy muszą w sposób jednoznaczny i ponad wszelką wątpliwość wykazać,

że wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę jest realne. Utrwalony w orzecznictwie jest pogląd, że wyjaśnienia wezwanego wykonawcy muszą być konkretne i odnosić się

do danego zamówienia (wskazał wyrok Izby z dnia 17.03.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 262/09).

Brak wyjaśnień wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny bądź ich nikła wartość merytoryczna stanowi samodzielną i wystarczającą podstawę do uznania, że spełniona została przesłanka do odrzucenia oferty. Oznacza to, że wykonawca nie może w toku postępowania odwoławczego powoływać inne twierdzenia niż wskazane we wniesionych przez niego wyjaśnieniach. Zatem w postępowaniu odwoławczym ocenie podlega tylko to, czy Zamawiający dysponując wyjaśnieniami złożonymi w trybie art. 224 ustawy dokonał ich prawidłowej oceny. Nie ulega wątpliwości w ocenie Odwoływającego, że wyjaśnienia oraz dowody złożone przez wykonawcę na podstawie art. 224 ustawy stanowią integralną część jego oferty (tak m.in. KIO 1377/12, KIO 2202/12). Jeżeli zatem z wyjaśnień wykonawcy wynika, że zamówienie będzie realizowane niezgodnie z SWZ, oznacza to niezgodność treści oferty z treścią SWZ. Wobec niedostępności przez Zamawiającego pełnej treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez SPS, Odwoływający nie ma możliwości szczegółowego odniesienia się do nich. Jednakże mając na uwadze doświadczenie Odwoływającego oraz oświadczenia zawarte przez SPS w jawnej części wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, Odwoływający podniósł, że nie ma możliwości rzetelnego i zgodnego z specyfikacją warunków zamówienia wykonania Zamówienia za cenę zaoferowaną przez SPS.

W udostępnionym Odwoływacemu piśmie SPS z dnia 19 marca 2024 roku dotyczącym wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny SPS wskazał, że wpływ na zaoferowaną cenę ma m.in. to, że zamówienie realizowane będzie z ograniczonym udziałem podwykonawców, co przełoży się na obniżenie kosztów. Odwoływający podał, że zatem SPS wiąże wzrost kosztów wykonania zamówienia ze zleceniem wykonania prac podwykonawcom. Ergo, wykonanie prac samodzielnie będzie dla SPS tańsze i umożliwi złożenie oferty z ceną,

co do której powstało ustawowe domniemanie, że jest rażąco niska.

Zgodnie z pkt II.1. SWZ przedmiot zamówienia powinien być wykonany zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych, zaś zakres prac wykraczających poza Dokumentację Systemu Utrzymania (DSU) określony został w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ). Zgodnie z § 6 ww. rozporządzenia utrzymanie pojazdów kolejowych powinno być wykonywane przez podmioty posiadające wykwalifikowanych pracowników, zaplecze techniczne oraz warunki organizacyjne gwarantujące prawidłowe wykonywanie prac określonych w dokumentacji systemu utrzymania. Zatem wykonywanie przeglądów pojazdów kolejowych, w tym również na poziomie P4, musi odbywać się zgodnie w DSU, nawet, gdyby taki wymóg nie został wskazany w SWZ.

Ponadto w pkt 4 i 5 OPZ Zamawiający wskazał, że dokumentacją niezbędną do wykonania zamówienia jest Dokumentacja Systemu Utrzymania (DSU) oraz Dokumentacja Techniczno-Ruchowa (DTR), która może zostać udostępniona każdemu wykonawcy.

Odwoływający podkreślił znaczącą rozbieżność pomiędzy ceną przedstawioną przez SPS w ofercie (5.043.000,00 PLN) a kwotą, która Zamawiający przeznaczył na realizację Zamówienia (6.500.000,00 PLN). Oferta SPS stanowi zaledwie 77% kwoty oszacowanej przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwoływającego prawidłowo i rzetelnie sporządzona oferta powinna uwzględniać następujący elementy cenotwórcze, które każdorazowo wynikają z bieżącej analizy sytuacji rynkowej:

1Koszty robocizny,

2Koszty materiałów,

3Koszty usług zleconych,

4Koszty finansowe,

5Koszty udzielenia 24-miesięcznej gwarancji,

6Koszty stałe związane z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa (podzielone proporcjonalnie)

7Koszty ryzyk możliwych do wystąpienia w trakcie realizacji przedmiotu postępowania przetargowego (np. nieoczekiwane wzrosty cen materiałów i usług, inflacja, wojenne negatywne skutki w globalnych, regionalnych i lokalnych łańcuchach dostaw, wzrost kosztów robocizny, kary umowne).

Zdaniem Odwoływającego uwzględnienie wszystkich powyższych składników kalkulacyjnych oddaje pełny i rzetelny obraz kosztów wykonania przedmiotu w/w postępowania przetargowego.

W zakresie kosztów materiałowych konieczne jest m.in. uwzględnienie w niniejszym postępowaniu kosztów wymiany elementów gumowych i metalowo-gumowych i wszystkich pozostałych elementów gumowych na nowe, albowiem obowiązek ten jednoznacznie wynika z DSU (strona 50, pkt 9.4 Wózki ppkt 30). Elementy te powinny zostać wymienione zgodnie z zaleceniami producenta zgodnie z DTR, nawet, jeśli nie są uszkodzone, ale osiągnęły maksymalny okres eksploatacji. Elementy gumowe i metalowo-gumowe powinny zostać wymienione po 8 latach eksploatacji. Mając na uwadze, że pojazd pozostaje w eksploatacji od 16 lat, podczas obecnego przeglądu P4 powinna nastąpić kolejna wymiana tych elementów. Według wiedzy Odwołującego tak niska cena zaoferowana przez SPS może nie uwzględniać kosztów wymiany elementów gumowych i metalowo-gumowych na nowe. Jeśli SPS zamierza dokonać ich wymiany na nowe, to w swojej kalkulacji, która powinna stanowić podstawę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, powinna była wskazać

tę pozycję oraz przedstawić ofertę na zakup nowych elementów. Odwołujący wskazuje,

że na pojeździe SA133-008 zamontowane są elementy gumowe oraz metalowo-gumowe wyprodukowane przez CONTINENTAL CONTITECH, której wyłącznym przedstawicielem

w Polsce jest firma MMR Group Sp. z o.o.

Odwołujący podał, że na pojeździe SA133-008 w zakresie elementów gumowych

i metalowo-gumowych wymianie podlegać będą:

- a) RESOR PNEUMATYCZNY KOLEJOWY SEK 670-21 MMR Group – 4 sztuki,
- b) RESOR PNEUMATYCZNY KOLEJOWY SEK 680-12 MMR Group – 2 sztuki,
- c) ELEMENT METALOWO GUMOWY TYPU MEGI 732 281 S9 MMR Group – 24 sztuki.

Te elementy mają kluczowe znaczenie dla bezpiecznej eksploatacji pojazdu kolejowego,

a także życia i zdrowia pasażerów. Wskazane komponenty odpowiadają

za wypoziomowanie każdego z członów pojazdu, co jest elementem kluczowym

dla zachowania stabilności pojazdu i zapobiegnięciu wykołajeniu członów pojazdu. Zdaniem Odwołującego koszt zakupu i wymiany elementów gumowych i metalowo-gumowych

na pojeździe SA133-008 nie będzie niższy niż 300 tys. zł brutto. Zdaniem Odwołującego SPS nie uwzględnił tego kosztu w swojej ofercie, co czyni jego cenę rażąco niską, a ponadto pozostaje w sprzeczności z wymogami SWZ oraz DSU i DTR.

Odwołujący wniósł o zweryfikowanie przez Krajową Izbę Odwoławczą, czy koszt ten został uwzględniony w wyjaśnieniach złożonych przez SPS, które objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa SPS.

Odwołujący wskazał, że w 2023 roku wykonywał na pojeździe SA133-008 naprawę

3 poziomu utrzymania (P3) i tym samym w przeciwieństwie do SPS posiada wiedzę na temat aktualnego stanu tego pojazdu oraz stopnia zużycia poszczególnych podzespołów,

w tym konieczności wymiany wszystkich elementów gumowych oraz metalowo-gumowych na nowe w trakcie wykonywania obecnej naprawy czwartego poziomu utrzymania (P4).

Odwołujący podał, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 2459/21 uznała,

że nieuwzględnienie w cenie oferty kosztów wymiany elementów gumowych oraz metalowo-gumowych w pojeździe szynowym może świadczyć o rażąco niskiej cenie oferty.

W zakresie kosztów usług zleconych, zdaniem Odwołującego, oferta SPS oraz wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinny zawierać koszty usług dotyczących:

- naprawy przekładni osiowej produkcji Voith,
- naprawy układu klimatyzacji Konvekta,
- naprawy układu ogrzewania produkcji Webasto,
- modernizacji układu sterowania Lokel,
- wymiany wałów Cardana,
- naprawy cylindrów hamulcowych produkcji Faiveley,
- przeprowadzenia procesu oceny wprowadzonych zmian w pojeździe SA133-008 zgodnie z Rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 402/2013 i przedstawienia Zamawiającemu oraz użytkownikowi pełnej dokumentacji w tym zakresie.

Konieczność powierzenia wykonania naprawy ww. komponentów wynika z Dokumentacji Systemu Utrzymania pojazdu:

- a) konieczność naprawy przekładni osiowej w autoryzowanym zakładzie naprawczym Voith wskazana została na str. 82 DSU pkt 9.18 Przekładnie rozdzielcze ppkt 6,

- b) konieczność naprawy układu klimatyzacji przez personel posiadający autoryzację producenta (Konvekta) została wskazana na str. 59 DSU pkt 9.9 Klimatyzacja ppkt 6, 10 i 11,
- c) konieczność naprawy układu ogrzewania w autoryzowanym serwisie producenta (Webasto) wskazana została na str. 61 DSU pkt 6.11 Ogrzewanie ppkt 12,
- d) konieczność wykonania modernizacji układu sterowania pojazdem (Lokel) wynika z pkt 12 lit. g) Opisu Przedmiotu Zamówienia,
- e) konieczność naprawy cylindrów hamulcowych w autoryzowanym zakładzie naprawczym (Faiveley) wskazana została na str. 57 DSU pkt 9.7 Hamulec i układ pneumatyczny ppkt 23,
- f) konieczność wymiany wału napędowego Cardana wskazana została na str. 81 DSU pkt 9.17 Wały napędowe ppkt 5.

Różnica w kosztach wykonania powyższych czynności rozumiana jako różnica pomiędzy szacunkowym wykonaniem tych czynności we własnym zakresie przez SPS, a zleceniem tych czynności do wykonania w autoryzowanym zakładzie naprawczym wynosi w odniesieniu do:

- a) naprawy przekładni osiowej – około 246.000 zł brutto,
- b) naprawa układu klimatyzacji – około 61.500 zł brutto,
- c) naprawy układu ogrzewania – około 18.450 zł brutto,
- d) wykonania modernizacji układu sterowania pojazdem LOKEL – około 18.450 zł brutto,
- e) naprawa cylindrów hamulcowych – około 24.600 zł brutto.

Łącznie daje to kwotę 369.000 zł brutto.

Odwołujący podsumowując stwierdził, że w przypadku potwierdzenia się ww. okoliczności przytoczonych przez Odwołującego ofertę Wykonawcy SPS należy uznać za zawierającą rażąco niską cenę albowiem nie zostały w niej uwzględnione w całości lub części następujące pozycje:

- koszt wymiany elementów gumowych i metalowo-gumowych na nowe w wysokości co najmniej 300.000 zł brutto,

- koszty zlecenia usług na zewnątrz, co przekłada się na nieuprawnioną „oszczędność” po stronie SPS w wysokości co najmniej 369.000 zł brutto,

- koszty przeprowadzenia procesu oceny wprowadzonych zmian w pojeździe SA133-008 zgodnie z Rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 402/2013 i przedstawienia Zamawiającemu oraz użytkownikowi pełnej dokumentacji w tym zakresie, których wysokość na przedmiotowym pojeździe wynosi około 100.000 zł brutto.

Wszystkie powyższe pozycje dają razem wartość kosztów na poziomie około 800.000 zł brutto, których SPS z wysoką dozą prawdopodobieństwa nie uwzględnił w swojej ofercie.

Zdaniem Odwołującego cena oferty SPS jest niedoszacowana na kwotę około 800.000 zł brutto. Cena oferty SPS uniemożliwia wykonanie umowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a tym bardziej osiągnięcie zysku. Zdaniem Odwołującego Zamawiający wadliwie ocenił wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez SPS. Prawidłowa ocena kalkulacji złożonych przez SPS powinna prowadzić do wniosku, że cena oferty jest nierealna i nie uwzględnia pełnego zakresu wykonania przeglądu P4 oraz zakresu prac modernizacyjnych. Zdaniem Odwołującego Zamawiający zaniechał dokonania porównania wyjaśnień SPS z dokumentacją przetargową i wadliwie uznał, że zakres prac skosztyrowanych przez SPS wyczerpuje zakres prac wymaganych przez Zamawiającego. Odwołujący podał, że ma świadomość, że w interesie Zamawiającego jest jak najtańsze wykonanie umowy przez wykonawcę, jednak okoliczność ta nie może skutkować akceptacją oferty (oraz wyjaśnień do niej), która uniemożliwia realizację całości zamówienia zgodnie

z oczekiwaniami Zamawiającego wynikającymi z dokumentacji przetargowej.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o zweryfikowanie przez Krajową Izbę Odwoławczą, czy cena oferty złożonej

przez SPS, oceniana przez pryzmat złożonych przez niego wyjaśnień, umożliwia wykonanie umowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

NIEZGODNOŚĆ OFERTY SPS Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA

Niezależnie od zgłoszonych powyżej zarzutów w zakresie rażąco niskiej ceny oferty SPS, Odwołujący podniósł, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem sądów powszechnych, jak i Krajowej Izby Odwoławczej niezgodność treści oferty z treścią SWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada m.in. pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SWZ (tak m.in. KIO 485/21, KIO 1505/20). Treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na podstawie art. 224 ustawy determinuje treść oferty złożonej przez tego wykonawcę. Ujawnienie na etapie analizy wskazanych wyjaśnień niezgodności oferty z treścią SWZ musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy, nawet jeśli na podstawie ogólnych deklaracji wykonawcy zawartych w formularzu oferty można by przyjąć zgodność oferty z SWZ.

W piśmie z dnia 19 marca 2024 roku stanowiącym wyjaśnienie rażąco niskiej ceny SPS wskazał, że zamówienie realizowane będzie z ograniczonym udziałem podwykonawców, co przełoży się na obniżenie kosztów po stronie tego wykonawcy. Oznaczałoby to, że SPS zamierza dokonywać napraw i przeglądów ww. podzespołów bez potrzeby zlecenia tych czynności ich producentom bądź autoryzowanym serwisom, co narusza wymogi SWZ oraz dokumentacji technicznej wskazanej wyżej. W ramach przedstawionej kalkulacji kosztów oferty, na wezwanie Zamawiającego dotyczącego sprawdzenia czy cena SPS nie nosi znamion oferty rażąco niskiej, SPS winien wykazać wszystkie elementy kosztotwórcze. Jako, że Odwołujący nie ma dostępu do wyjaśnień SPS może jedynie domniemywać, że cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie uwzględnia wymiany elementów metalowo – gumowych układu pneumatyki pojazdu na nowe. Zatem SPS nie zamierza wymienić tych elementów, co świadczy o tym, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego przedstawionymi w dokumentacji przetargowej.

Zdaniem Odwołującego w cenie zaoferowanej przez SPS niemożliwym było uwzględnienie kosztów wykonania naprawy układu klimatyzacji, zgodnie z warunkami SWZ oraz DSU i DTR. Zgodnie z wymaganiami wynikającymi z DSU (str. 56 DSU pkt 9.9 Klimatyzacja ppkt 1, 2, 6, 10, 11, 12) wykonanie przeglądu układu klimatyzacji wymaga dostępu do dokumentacji producenta oraz dokumentacji konstrukcyjnej. Dokumentacja ta zawiera szereg danych bez których wykonanie czynności przeglądowo – naprawczych układu klimatyzacji,

w szczególności w zakresie naprawy rewizyjnej P4 nie jest możliwe. Przywołana dokumentacja zawiera szereg danych, tj.:

- 1) numery katalogowe części zamiennych,
- 2) opis oprogramowania diagnostycznego,
- 3) szczegółowe, enumeratywnie wskazane czynności serwisowe niezbędne do wykonania naprawy rewizyjnej układu klimatyzacji,
- 4) katalog części podlegających wymianie,
- 5) schemat budowy i schemat elektryczny układu klimatyzacji.

Odwołujący ma dostęp do ww. dokumentów, ponieważ jest autoryzowanym serwisem producenta układu klimatyzacji Konvekta. SPS nie jest autoryzowanym przedstawicielem Konvekta. Tym samym nie posiada również dostępu do niezbędnej dokumentacji.

Odwołujący podał, że również samodzielne wykonania napraw pozostałych komponentów (lub zlecenie tych prac nieautoryzowanym serwisom), tj.: - naprawy przekładni osiowej produkcji Voith, - naprawy układu ogrzewania produkcji Webasto, - modernizacji układu sterowania Lokel, - wymiany wałów Cardana, - naprawy cylindrów hamulcowych produkcji Faiveley, stanowiąc będzie realizację przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z SWZ, które odsyła do Dokumentacji Systemu Utrzymania (DSU) i Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) pojazdu. W tym zakresie Odwołujący powołuje się twierdzenia zawarte

w uzasadnieniu niniejszego odwołania w zakresie rażąco niskiej ceny SPS. Odwołujący stoi na stanowisku, że bardzo niska cena oferty SPS nie przewiduje wykonania przeglądów

ww. układów przez uprawnione podmioty, co narusza wymagania SWZ.

Odwołujący stwierdził, że w przypadku powierzenia wykonania naprawy P4 ww. układów i komponentów podmiotowi innemu niż autoryzowany przedstawiciel producenta układu i komponentu, przedmiot umowy zostanie zrealizowany niezgodnie z SWZ.

Zdaniem Odwołującego SPS nie jest autoryzowanym serwisem producenta układu klimatyzacji Konvekta, przekładni osiowej produkcji Voith, układu ogrzewania produkcji Webasto, wałów napędowych Cardana, cylindrów hamulcowych produkcji Faiveley, ani układu sterowania Lokel. Tym samym SPS nie może dokonać samodzielnych przeglądów ww. układu i komponentów na pojeździe SA133-008, którego dotyczy niniejsze postępowanie przetargowe. Jeśli zatem SPS w swoich wyjaśnieniach powołał się

na samodzielne wykonanie tych przeglądów, to w sposób jednoznaczny oznacza to, że zamierza wykonać przegląd ww. pojazdu w sposób niezgodny z DSU, a tym samym w sposób niezgodny z warunkami zamówienia. Jeśli SPS rzeczywiście w swoich wyjaśnieniach zadeklarowała samodzielne wykonanie przeglądów ww. układów i komponentów, to oświadczenie to należy traktować, jako treść jego oferty. W konsekwencji, jeżeli SPS oświadczyło, że zamierza realizować przedmiot zamówienia w sposób odmienny od wymogów określonych w SWZ, jego oferta musi zostać odrzucona jako sprzeczna

z treścią SWZ. Znamienne jest stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 7 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2184/14, KIO 2185/14. W wyroku sygn. akt KIO 2459/21 Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła, że zamiar samodzielnego wykonania przeglądu podzespołów pojazdu szynowego w sytuacji, gdy SWZ (odwołujące się do DSU i DTR pojazdu) wymaga wykonania tych czynności u producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta, powinien doprowadzić do odrzucenia oferty jako sprzecznej z SWZ.

Odwołujący podał, że DSU nie dopuszczają innego sposobu dokonania przeglądu bądź naprawy ww. elementów pojazdu niż przez ich producenta lub jego autoryzowany serwis. Nie ma tu zatem możliwości zastosowania innych form rozwiązań. Podkreślić należy również, że Zamawiający określił w SWZ nie tylko efekt, który chce osiągnąć, ale także narzucił technologię wykonania prac, które powinny być zgodne z dokumentacją techniczną pojazdu, w szczególności DSU. Samowolne zastosowanie rozwiązań innych niż przewidziane w DSU skutkować musi bezwzględnym odrzuceniem oferty SPS. Warunki techniczne eksploatacji pojazdów kolejowych określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych. Zgodnie z § 6 tego rozporządzenia Utrzymanie pojazdów kolejowych powinno być wykonywane przez podmioty posiadające wykwalifikowanych pracowników, zaplecze techniczne oraz warunki organizacyjne gwarantujące prawidłowe wykonywanie prac określonych w dokumentacji systemu utrzymania. Zatem wykonywanie przeglądów pojazdów kolejowych, w tym również na poziomie P4, musi odbywać się zgodnie w DSU, nawet, gdyby taki wymóg nie został wskazany w SWZ.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający, chcąc prawidłowo dokonać oceny ofert oraz integralnych załączników do niej w postaci wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zobowiązany był nie tylko do weryfikacji, czy udzielone wyjaśnienia uzasadniają cenę ofertową SPS, ale również powinien dokonać weryfikacji wynikającego z tych wyjaśnień sposobu wykonania zamówienia, w szczególności pod kątem zgodności z warunkami zamówienia, w tym DSU pojazdu SA133-008. Zdaniem Odwołującego Zamawiający czynności tych zaniechał, co doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu. Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2020 r. sygn. akt KIO 2351/20. W ocenie Odwołującego analogiczny stan faktyczny (również dotyczący przeglądów pojazdów szynowych) stanowił podstawę wyroku wydanego przez Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

i Zamówień Publicznych z dnia 9 lutego 2023 roku (sygn. akt XXIII Zs 158/22) Przedstawione powyżej okoliczności wskazują, że oferta SPS nie tylko zawiera rażąco niską cenę, ale również jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Odwołującego oraz uczestnika postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.; dalej „ustawa”, „Pzp”) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 kwietnia 2024 roku od czynności Zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2024 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Odwołującego oraz uczestnika postępowania odwoławczego. Zamawiający prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia i rozprawy nie stawił się.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 29 kwietnia 2024 roku „Odpowiedź na odwołanie”, w którym Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do ww. pisma tj. Wyciąg z DSU, Wyciąg z DTR, umowy (według tabeli umów zawartej w piśmie), Certyfikat Zgodności w Zakresie Funkcji Utrzymania PL/32/0022/0004.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w piśmie z dnia 5 maja 2024 roku. Pismo złożone w części objętą tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy dopuściła dowody zawnioskowane przez uczestnika postępowania odwoławczego i załączone do ww. pisma – tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy dopuściła dowody zawnioskowane i załączone przez Odwołującego do pisma z dnia 2 maja oraz pisma z dnia 6 maja 2024 roku – tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła i zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 pkt 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty,

- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

(...)

- 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 226 ust. 5 ustawy – Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

- art. 224 ust. 6 ustawy - Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W zakresie zarzutu 1 odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 5 i 6 ustawy przez błędną ocenę oferty i wyjaśnień SPS złożonych w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę – Izba zarzut uznała za niezasadny.

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 6 marca 2024 roku Zamawiający wezwał wykonawcę - *Serwis Pojazdów Szynowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Lisim Ogonie* –uczestnika postępowania odwoławczego do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do ceny ofert :

Działając na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn.zm) zwanej dalej ustawą Pzp, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w zakresie wyliczenia ceny w złożonej przez Państwa ofercie.

Cena Państwa oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Cena oferty jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10. W związku z tym proszę o wyjaśnienie, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, opisie przedmiotu zamówienia oraz w warunkach umowy, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Mając powyższe na uwadze, Zamawiając wzywa do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny wraz ze wskazaniem przewidywanego zysku jaki osiągną Państwo za realizację zamówienia, albowiem w myśl art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

Wykonawca w celu udokumentowania Zamawiającemu, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, może wykazać się obiektywnymi czynnikami ujętymi w art. 224 ust. 3 w szczególności pkt 4 i 6 Pzp, m.in.: oryginalności usług, wybranych rozwiązań technicznych, innowacyjnych, wyjątkowo korzystnych warunków usług, zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy.

Pismem z dnia 19 marca 2024 roku uczestnik postępowania odwoławczego złożył wyjaśnienia, które w części zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem, którego treść jest jawna wykonawca – uczestnik postępowania odwoławczego wyjaśniał:

I. Odpowiedź na wezwania do wyjaśnień ceny oferty

Spółka oświadcza, że zaoferowana cena oferty uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze niezbędne do należytego wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”). Cena podana w ofercie Spółki zawiera wszystkie koszty, w tym w szczególności:

- 1) koszty bezpośrednie,*
- 2) koszty pośrednie,*
- 3) obciążenia publicznoprawne, a w szczególności podatek od towarów i usług,*
- 4) wszelkie inne wymagane przepisami i wewnętrzną polityką SPS obciążenia,*
- 5) budżet ryzyka,*
- 6) koszty administracyjne,*
- 7) zysk Spółki.*

Dodatkowo podnieść należy, że ww. cena jest ceną realną i wiarygodną przy uwzględnieniu specyfiki i warunków właściwych dla branży tego typu usług. Zaoferowana cena jest także ceną gwarantującą należyłą realizację przedmiotowego zamówienia, a także zapewniającą zysk za wykonanie zamówienia.

Spółka wskazuje, że skalkulowanie korzystnej dla Zamawiającego ceny oferty, a jednocześnie gwarantującej osiągnięcie przez Spółkę zysku na odpowiednim poziomie możliwe było z uwagi na szereg czynników obiektywnych w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, dalej również „ustawy Pzp”), odnoszących się tak do branży, ale także do sytuacji i możliwości operacyjno-biznesowych Spółki.

Szczegółowe wyjaśnienia odnośnie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny:

- 1. realizację przedmiotowego zamówienia bez udziału podwykonawców,*
- 2. koszty materiałów,*
- 3. odpowiednia liczba roboczogodzin,*
- 4. stawka godzinowa, koszty usług zewnętrznych, pozostałe narzuty i koszty.*

SPS wskazuje, że zastrzega treści niektórych informacji i poszczególnych załączników niniejszego pisma, jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – przenosząc powyższe informacje i załączniki do oddzielnego pisma. Treść wyjaśnień w podanym zakresie, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może być udostępniana publicznie, w szczególności innym wykonawcom w postępowaniu (co zostało należyście uzasadnione na końcu niniejszego pisma).

1. Doświadczenie Spółki.

Spółka wskazuje, że ustalenie potencjalnej ilości materiałów koniecznych do zużycia oraz ilości roboczogodzin niezbędnych do realizacji przedmiotowego Zamówienia zostało dokonane na podstawie dostępnej dokumentacji oraz w oparciu o wieloletnie doświadczenie przy wykonywaniu konserwacji i napraw pojazdów szynowych w tym realizację tożsamerowego zamówienia na pojeździe SA133-007. Spółka szczególnie podkreśla, że doświadczenie przedsiębiorcy jest jednym z kluczowych elementów (obiektywnych czynników cenotwórczych) mających wpływ na zaoferowaną cenę.

W tym zakresie SPS zgadza się ze stanowiskiem KIO wyrażonym m.in. w wyroku z dnia 26 stycznia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1701/10, w którym KIO wprost uznało posiadanie doświadczenia w realizacji inwestycji o podobnym charakterze za obiektywny czynnik kształtujący cenę: (...)

Podobne stanowisko zaprezentowało KIO w:

- 1) wyroku z dnia 12 sierpnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 963/09, zgodnie z którym: (...)*
- 2) wyroku z dnia 25 stycznia 2016 r., sygn. akt: KIO 28/16, zgodnie z którym: „(...)*
- 3) wyroku z dnia 9 listopada 2015 r. KIO 2297/15, zgodnie z którym: (...)*

Na potwierdzenie powyższego Spółka przedstawia referencje na podstawie umów zrealizowanych na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubuskiego.

Dowód:

- referencje z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubuskiego*
- 2. Realizacja zamówienia z ograniczonym udziałem podwykonawców.*

SPS realizując zamówienie dla Zamawiającego będzie w stopniu ograniczonym korzystać

z usług podwykonawców, co przekłada się na zmniejszenie dodatkowych kosztów z tego tytułu w szczególności kosztów wynagrodzenia czy ubezpieczenia prac wykonanych przez podwykonawców. Należy podkreślić, że stanowi to bardzo ważny element ustalania ceny przy realizacji zamówień objętych przedmiotowym Postępowaniem, ponieważ na ogół

wykonywanie niektórych prac wiąże się wręcz z obowiązkiem skorzystania z serwisu i napraw podmiotów trzecich. Samodzielna realizacja większości objętych zamówieniem prac pozwoli na ominięcie wysokich marż ww. podmiotów.

3. Stawka godzinowa, koszty usług zewnętrznych, pozostałe narzuty i koszty.

Spółka posiada wieloletnie doświadczenia na rynku napraw i konserwacji pojazdów szynowych, co przy uwzględnieniu okoliczności zamówienia pozwoliło maksymalnie zoptymalizować koszty realizacji zamówienia.

Ponadto, SPS wskazuje, że na ustalenie stawki jednej roboczogodziny pozwoliły również niżej wymienione okoliczności:
a) Efekt skali.

Spółka podkreśla, iż na możliwość zaoferowania ceny w Postępowaniu, ma wpływ ilość realizowanych obecnie zleceń przez Spółkę. Spółka równoległe do Postępowania realizuje projekty, o podobnym (a w niektórych przypadkach tożsamym) przedmiocie zamówienia, co pozwala na zoptymalizowanie kosztów prowadzenia poszczególnych projektów.

Ilość realizowanych zleceń przekłada się bezpośrednio na cenę świadczonych usług, gdyż pozwala uzyskać zysk z prowadzonej działalności gospodarczej przy mniejszym obciążeniu kosztami odbiorców usług. Ponadto dzięki odpowiedniej organizacji pracy, realizacja nowych zleceń nie powoduje konieczności zatrudniania dodatkowych pracowników, zatem koszty prowadzenia działalności pozostają na niezmiennym poziomie.

b) Wynagrodzenie personelu.

Spółka przewidziała że wynagrodzenie należne osobom wykonującym czynności w ramach postępowania nie będzie mniejsze niż minimalne wynagrodzenie, przewidziane w przepisach ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r., poz. 2177 ze zm.). Ponadto Spółka uwzględniła koszty pracownicze związane z zatrudnieniem pracowników.

Czynności wykonywane w ramach zamówienia będą więc realizowane przez zespół Spółki w toku normalnych obowiązków pracowniczych. Konsekwencją powyższego jest okoliczność, że pracownicy Spółki będą realizować czynności składające się na zamówienie w ramach swojego stałego wynagrodzenia. Przyjęcie takiego rozwiązania powoduje, że koszty wykonania zamówienia są relatywnie niższe (obniżenie ceny jednostkowej roboczogodziny pracy specjalisty, wykorzystanie zasobów własnych, optymalizacja kosztów wspólnych, takich jak utrzymanie stanowiska pracy, obsługa administracyjna itp.).

c) Koszty administracyjno-finansowe.

Dodatkowo, SPS pragnie podkreślić, że jest firmą, której koszty są racjonalizowane, co również w istotny sposób wpływa na możliwość oferowania odbiorcom korzystnych cen, tak jak w Postępowaniu.

Możliwość skalkulowania przez Spółkę ceny na zaoferowanym Zamawiającemu poziomie wynika m.in. z ograniczenia przez Spółkę kosztów administracyjnych do minimum. SPS prowadzi rozsądną politykę kadrowo-płacową, zatrudniając jako stały zespół tylko niezbędny zakres wykwalifikowanych pracowników.

d) Budżet ryzyka.

Spółka wskazuje, iż kalkulując cenę oferty, wzięt również pod uwagę ryzyko związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Spółka jako ryzyko, uznaje wszelkie nieprzewidziane czynniki mające wpływ na realizację usług. Na niniejsze koszty mogą składać się przykładowo:

a) koszty zdarzeń losowych,

b) koszty wymiany niektórych części pojazdu na nowe,

c) koszty spowodowany nieterminową realizacją przeglądów z przyczyn leżących po stronie podwykonawców,

Wartość zabezpieczenia w wysokości do 10% wartości zysku z tytułu wykonania naprawy jednego pojazdu jest wystarczająca, biorąc pod uwagę doświadczenie wykonawcy oraz statystyczną ilość nieprzewidzianych sytuacji mogących mieć wpływ na realizację przedmiotu zamówienia.

Wyliczenie to ma jedynie charakter przykładowy, Spółka wskazuje, iż zabezpieczenie odpowiedniej kwoty na wypadek wystąpienia innych kosztów, daje bezpieczeństwo Spółki i pozwala wyliczyć cenę niezależnie w sposób zapewniający zysk Spółki nawet w przypadku, konieczności poniesienia innych kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

e) Zysk Spółki.

Istotną okolicznością, jaką należy uwzględnić oceniając ustaloną przez Spółkę stawkę jednej roboczogodziny jest także wielkość przedsiębiorstwa danego wykonawcy oraz zakładana wysokość marży na zamówieniu.

Spółka jest średniej wielkości przedsiębiorcą, dla którego satysfakcjonująca jest marża na poziomie kilku - kilkunastu procent, która dla ogromnych firm stosujących narzuty w wysokości często osiągającej kilkudziesięciu procent mogłaby okazać się niewystarczająca.

Powyższe stanowisko potwierdza ugruntowana linia orzecznicza KIO, wyrażona m.in. w wyroku KIO z dnia 18 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1422/12, zgodnie z którym: „Duże firmy generujące więcej kosztów, nie są być może zorientowane na minimalny zysk, który dla małej firmy może mieć istotne znaczenie.”

1. Ceny SPS, a cena szacunkowa Zamawiającego.

Mając na uwadze okoliczności sprawy Spółka podkreśla, że ceny wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu znacznie przekraczają kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia przez Zamawiającego. Należy mieć przy tym na uwadze, że różnica cen względem najwyższej oferty złożonej w Postępowaniu wynosi ok 6 000 000,00 zł brutto, natomiast względem drugiej oferty ok 900 000,00 zł brutto. Mając na uwadze, że wartość szacunkowa kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 6 500 000,00 zł brutto, natomiast najwyższa znacznie przewyższa kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia, powyższe wskazuje na przeszacowanie przez konkurencyjnego wykonawcę kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia.

W związku z tym, sam fakt niewielkiej różnicy od szacunkowej wartości zamówienia, a dużej różnicy od przeszacowanej kwoty nie może stanowić podstawy do uznania, że cena SPS jest ceną rażąco niską.

Spółka zwraca tutaj uwagę na wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2018 r., sygn. akt: KIO 568/18: (...) Podobnie wypowiedziało się KIO w wyroku z dnia 22 października 2012 r. sygn. akt KIO 2202/12, gdzie wskazano: (...)

4. Podsumowanie.

Odnosząc się do szacunkowej wartości zamówienia wskazujemy, że występowanie różnic do szacunków zamawiającego to powszechna praktyka rynkowa. W związku z tym, sam fakt różnicy od szacunkowej wartości zamówienia nie może stanowić podstawy do uznania, że cena SPS jest ceną rażąco niską.

Spółka zwraca tutaj uwagę na wyrok KIO z dnia 22 października 2012 r. sygn. akt KIO 2202/12, gdzie wskazano: „(...) Podobnie wypowiedziało się KIO w wyroku z dnia

11 kwietnia 2018 r., sygn. akt: KIO 568/18(...)

Z ostrożności proceduralnej wskazujemy, że wszelkie oświadczenia SPS zawarte w wyjaśnieniach także stanowią dowód na gruncie art. 90 ust. 1, ust. 1a i ust. 3 ustawy Pzp. Potwierdza to Urząd Zamówień Publicznych w opinii prawnej, „Wybrane aspekty dotyczące badania rażąco niskiej ceny w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujących od dnia 19 października 2014 r.”, Informator UZP nr 2/2015: „Odnosząc się do pojęcia dowodu dotyczącego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, stanowiącego zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uzupełnienie wyjaśnień wykonawcy, należy przede wszystkim wskazać, że w zakresie tego pojęcia ustawa Pzp nie zawiera żadnych ograniczeń. W związku z tym, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wystosowane na podstawie ww. przepisu, wykonawca uprawniony jest do złożenia wszelkich dowodów, z których w ocenie wykonawcy będzie wynikać, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Jednocześnie, w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp został zawarty przykładowy katalog okoliczności, do których w szczególności mogą się odnosić zarówno wyjaśnienia, jak i dowody składane przez wykonawcę. Na gruncie komentowanego przepisu aktualne pozostaje twierdzenie zawarte w uzasadnieniu uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2014 r. (sygn. akt KIO/KU 40/14), wydane na gruncie stanu prawnego sprzed ostatniej nowelizacji ustawy Pzp, zgodnie z którym pojęcie dowodu w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należy rozumieć szeroko; za dowód może być uznane także oświadczenie samego wykonawcy.”

Niezależnie od powyższego, w opinii SPS zaoferowana cena nie powinna budzić wątpliwości Zamawiającego. W utrwalonej linii orzeczniczej KIO mianem „rażąco niskiej ceny” określa się bowiem cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych dla danej usługi, dostawy lub roboty budowlanej.

W przedmiotowej sprawie, omawianej ceny w żadnym razie nie można uznać za rażąco niską. Zaoferowane ceny są cenami realnymi, zapewniającymi wykonanie zamówienia na najwyższym możliwym poziomie, a jednocześnie gwarantującymi SPS zysk, a tymczasem za cenę rażąco niską uznać można jedynie cenę nierealistyczną, poniżej rzeczywistych kosztów wykonania.

W przedstawionym zakresie SPS podziela pogląd zawarty w wyroku KIO z dnia 17 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 633/18, zgodnie z którym: (...)

Podobne stanowisko zostało wyrażone w zachowującym aktualność wyroku z dnia 1 czerwca 2018 r., sygn. KIO 852/18, zgodnie z którym cena rażąco niska, to: (...)

Spółka pragnie wskazać, iż skalkulowanie ceny oferty było możliwe ze względu na wystąpienie szeregu czynników obiektywnych w rozumieniu ustawy Pzp, a dotyczących statusu SPS.

Niezależnie od powyższych okoliczności, działając z ostrożności, SPS podkreśla, że przy uznaniu oferty za zawierającą rażąco niską cenę należy brać pod uwagę nie tylko wartość szacunkową zamówienia, czy odniesienie ceny jednego wykonawcy do cen pozostałych uczestników postępowania, ale przede wszystkim całość zamówienia oraz wszystkie inne czynniki cenotwórcze właściwe dla danego wykonawcy.

Jak bowiem wskazano w wyroku Sądu Okręgowego z dnia 13 stycznia 2015 r., sygn. akt XII Ga 731/14 : „Istotą zamówień publicznych jest konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia.”

Zgodnie z orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo), niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach

publicznych jest automatyczne, wyłącznie na postawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu.

Z treści przywołanego orzeczenia wynika norma interpretacyjna, która wskazuje, iż z uwagi na zróżnicowany charakter poszczególnych zamówień oraz istotę uwarunkowań organizacyjnych, gospodarczych i ekonomicznych związanych z realizacją świadczeń w ramach zamówień publicznych kwestie rażąco niskiej ceny należy analizować w aspekcie konkretnego zamówienia, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności mających realny wpływ na proces sporządzania oferty.

Ponadto cena oferty Spółki zapewnia jednocześnie rentowność wykonywanego projektu dla SPS oraz oszczędność dla Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że oferta Spółki spełnia wszystkie wymagania SIWZ, a cena oferty SPS nie jest rażąco niska.

II. UZASADNIENIE ZATRZEŻENIA JAKO TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA INFORMACJI PODAN' PRZEDSTAWIONYCH WYJAŚNIENIACH

(...)

Do pisma załączono jawne dokumenty w tym referencje z Województwa Lubuskiego – Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego z dnia 17 października 2023 roku oraz z dnia 7 lutego 2024 roku.

Uczestnik postępowania przedstawił również pismo z dnia 19 marca 2024 roku

w całości objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wraz z załącznikiem.

W ofercie uczestnik postępowania odwoławczego *Serwis Pojazdów Szynowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Lisim Ogoniu* (dalej: uczestnik lub SPS) podał:

7. Zamówienie objęte ofertą zamierzamy wykonać:

1) ~~sami*~~

2) zamierzamy zlecić podwykonawcom*

*/ niepotrzebne skreślić

W przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wypełnia poniższą tabelę:

Wskazanie części zamówienia, które zamierzamy zlecić Podwykonawcy.	Wartość lub procentowa część zamówienia, jaka zostanie powierzona Podwykonawcy lub Podwykonawcom	Nazwa i adres firmy Podwykonawczej
---	---	---

-niektóre podzespoły zgodnie z dokumentacją

Okolo 30%

W Specyfikacji warunków zamówienia podał Zamawiający:

Pismem z dnia 3 kwietnia 2024 roku, w dniu 4 kwietnia 2024 roku Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty uczestnika postępowania odwoławczego w cenie 5 043 000,00 zł.

Izba zważyła:

Na wstępie Izba wyjaśnia i podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności dokonane zostały na podstawie i w oparciu o dokumenty złożone w postępowaniu. Oceny dokonania czynności Zamawiającego Izba dokonuje w przyzmacie zarzutów odwołania oraz argumentacji Odwołującego zawartej w uzasadnieniu odwołania.

Na wstępie Izba wyjaśnia, że regulacje prawne z art. 90 oraz 89 ust. 1 pkt 4 ustawy

z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych tj. ustawy obowiązującej do dnia

31 grudnia 2020 roku zbieżne są z regulacjami art. 224 oraz 226 ust. 1 pkt 8 ustawy

z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, co oznacza, że cały dorobek orzeczniczy oraz stanowiska doktryny wypracowane w oparciu o wcześniej obowiązujące regulacje pozostaje aktualny w obowiązującym stanie prawnym. Pozwala to zatem na szerokie czerpanie wiedzy oraz korzystanie z utartych wykładni, wyjaśnień jak również przyjętych

w doktrynie i orzecznictwie stanowisk.

Izba podkreśla, na podstawie ugruntowanego orzecznictwa, że „cena rażąco niska” to cena oferty, za którą nie da się wykonać zamówienia – tak w sposób najbardziej prosty

i zrozumiały można wytłumaczyć czym jest cena oferty rażąco niska. Cena rażąco niska

to cena, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku,

na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność

i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Cena rażąco niska to taka, za którą nie może wykonawca wykonać zamówienia w sposób zgodny z przedmiotem, rzetelny i prawidłowy.

Izba podkreśla, że to po stronie Zamawiającego w procedurze udzielenia zamówienia publicznego ustawodawca wprowadził obowiązek dokonania oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty i oceny tego, czy cena zaoferowana w postępowaniu za realizację danego zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Ukształtowana, tak w obecnie obowiązującej ustawie jak i w ustawie z 2004 roku procedura wyjaśnienia ceny oferty polega na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień, które Zamawiający poddaje ocenie. Na ich podstawie ocenia czy zaoferowana przez wykonawcę cena ofertowa nie jest rażąco niska, a po stronie wykonawcy pozostaje obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska (art. 224 st. 5 ustawy). Izba podkreśla, że w odniesieniu do złożonych wyjaśnień oraz ich oceny w przyrzaceniu wezwania do złożenia wyjaśnień, że niewątpliwie na zakres informacji podanych w wyjaśnieniach wpływają oczekiwania Zamawiającego wyartykułowane

w wezwaniu. W przypadku „ceny ryczałtowej”, z jaką mamy do czynienia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w razie ogólnego wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawca winien złożyć wyjaśnienia w zakresie ceny ryczałtowej oferowanej w ofercie,

a zakres tych wyjaśnień będzie determinowany przez samego wykonawcę. Nie sposób bowiem oczekiwać od wykonawcy jakiegoś powinnego sposobu wyjaśnień, jeżeli zakres elementów podlegających wyjaśnieniu nie został jednoznacznie określony przez Zamawiającego. W ramach wezwania Zamawiający jedynie sprecyzował i wyartykułował, że oczekuje wskazania przewidywanego zysku, natomiast w odniesieniu do udzielenia wyjaśnień poprzestał na ogólnikowym stwierdzeniu, że oczekuje „wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny” (*Zamawiając wzywa do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny wraz ze wskazaniem przewidywanego zysku jaki osiągną Państwo za realizację zamówienia, albowiem w myśl art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.*) W tym kontekście zakres informacji jakie objęte zostają przedstawionymi wyjaśnieniami zależy jedynie od wykonawcy, który je składa z uwagi na brak wytycznych co do zakresu informacji jakie ma przedstawić wykonawca.

Izba podkreśla, że Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie zaoferowanej ceny – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji,

co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące,

że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy z 2004 roku (obecnie art. 224 ustawy), a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest. W obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w przepisie art. 224 ust. 5 ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub koszt nie zawiera rażąco niskiej ceny. To wykonawca musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, czyli w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego – przy czym nie bez znaczenia dla składanych wyjaśnień pozostaje treść wezwania Zamawiającego, tym bardziej jak rozpoznawanym przypadku, gdy cena oferty jest „ceną ryczałtową”.

Izba wskazuje i podkreśla, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę

i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić

i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi sformalizowaną procedurę, która dzięki regulacjom ustawowym stanowi gwarancję realizacji zasad prawa zamówień publicznych takich jak równe traktowanie wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zachowanie konkurencyjności między wykonawcami. Każde odstępstwo od formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi do naruszenia procedury o zamówienie publiczne, a w konsekwencji naruszenie zasad prawa zamówień publicznych w stosunku do wykonawców, którzy składają w postępowaniu oferty. Wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w ramach procedury z art. 224

ustawy rodzi skutki w zakresie obowiązków wykonawcy, do którego to wezwanie jest skierowane oraz rodzi obowiązki Zamawiającego, które są efektem skierowanego wezwania. W ramach rozpoznawanej sprawy odwoławczej SPS został wezwany do złożenia wyjaśnień

w powyższym trybie i wyjaśnienia złożył.

Wymaga zaznaczenia w tym miejscu, że wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień

w trybie art. 244 ustawy nie rodzi żadnego domniemania, ustawodawca nie wprowadził

do przepisów skutku wezwania do złożenia wyjaśnień zakresie ceny w postaci domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wzywającego do złożenia wyjaśnień. Ustawodawca

w ramach ustawy posługuje się domniemaniami i tak np. w art. 514 ust 3 ustawy ustawodawca wprowadził jednoznacznie, że domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Gdyby ustawodawca chciał wprowadzić domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wezwanego

do złożenia wyjaśnień to uczyniłby to, tym bardziej, że wprowadzenie takiego domniemania wiązałoby się z określonymi skutkami dla wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Izba odniesienie się do poszczególnych wskazywanych przez Odwołującego argumentów, a mających uzasadniać podniesiony przez Odwołującego zarzut odwołania.

W zakresie 1 zarzutu odwołania Odwołujący poza wskazaniem, że wezwanie do złożenia wyjaśnień skutkuje domniemaniem rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy - z czym Izba się nie zgadza i czemu dała wyraz powyżej - podał również, że została mu udostępniona jedynie część wyjaśnień złożonych przez SPS tj. część jawna. Wymaga podkreślenia,

że Odwołujący nie kwestionował zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa części wyjaśnień złożonych przez SPS oraz jednoznacznie w odwołaniu podał, że posiadane doświadczenie oraz stanowisko SPS w jawnej części wyjaśnień dotyczących ceny oferty w ocenie Odwołującego prowadzi do wniosku, że SPS nie ma możliwości rzetelnego i zgodnego

z SWZ wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.

Pierwszym z argumentów jest odniesienie się Odwołującego do oświadczenia złożonego

w wyjaśnieniach, a dotyczącego „realizacji zamówienia z ograniczonym udziałem podwykonawców”. Izba stanowisko takie Odwołującego uznaje za niezasadne

i za niezasadne uznaje wszelkie argumenty podniesione w odwołaniu w odniesieniu do braku udziału podwykonawców, bowiem Odwołujący pominął w swojej argumentacji oświadczenie złożone przez SPS w ofercie. Wykonawca SPS w ofercie jednoznacznie oświadczył,

że „około 30%” zamówienia zamierza zlecić podwykonawcom. Wymaga podkreślenia

w ocenie Izby, że ze stanowiska Odwołującego w żaden sposób nie wynika,

że podnoszonego przez Odwołującego usługi – jakie w ocenie Odwołującego muszą zostać zlecone podwykonawcom dla prawidłowej realizacji zamówienia zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania Pojazdu (DSU) oraz Dokumentacją Techniczną – Ruchową (DTR) nie mieszczą się zakresie oświadczenia złożonego w Ofercie (30%). Fakt, że SPS ogranicza udział podwykonawców w żaden sposób nie świadczy o tym, że nie będzie zlecać podwykonawcom wskazanych prac. Izba podkreśla z całą stanowczością w tym miejscu,

że Odwołujący pominął w swoim stanowisku oświadczenie SPS z oferty, a tym samym

nie ustalił w sposób prawidłowy stanu faktycznego, do którego się odnosił.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że realizacja czynności jakie w jego ocenie muszą zostać wykonane przez podwykonawców w ramach przedmiotowego zamówienia, zgodnie

z DTR oraz DSU przekracza próg 30% procentowej części zamówienia, co mogłoby prowadzić do wniosku, że w ramach ceny oferty nie zostały ujęte koszty świadczenia usług przez podwykonawców. Odwołujący poprzestaje na argumentacji opartej na kwotach

za poszczególne zlecane do realizacji czynności w autoryzowanym zakładzie naprawczym, przy czym w żaden sposób nie wyjaśnia i nie dowodzi okoliczności, które by uzasadniały wysokość tych kwot. Okoliczności jakie podnosi Odwołujący w żaden sposób nie zostały uzasadnione przez Odwołującego oraz w żaden sposób nie zostało uprawdopodobnione, że właśnie za takie kwoty podwykonawcy mogą realizować czynności na rzecz SPS.

Przedstawione stanowisko w odwołaniu w zakresie podanych kwot za realizację czynności podwykonawczych nie stanowi jednego wymiernego odnośnika do prezentacji cen

za realizację czynności podwykonawców. W zasadzie taka prezentacja potwierdza jedynie tyle, że takie ceny przewiduje czy określa sam Odwołujący, bo nawet nie wynika

z argumentacji, że w jakikolwiek sposób pozyskał je od podwykonawców i z całą pewnością nie świadczy, że takie ceny uzyskał SPS. W piśmie procesowym SPS z dnia 5 maja 2024 roku w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa (od strony 10 pisma oraz od strony 12 oraz Załącznik nr 1) wykonawca wyjaśnia dokładnie w jakich pozycjach zawartych w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach elementów ceny oferty (objętych tajemnicą przedsiębiorstwa) zostały ujęte koszty usług zlecanych, to bezpośrednio koreluje z oświadczeniem z Formularza ofert o udziale podwykonawców w 30% procentowej części zamówienia. Wyjaśnia również w jaki sposób będą realizowane usługi (pkt 15 pisma wraz z dowodem).

W związku z powyższym bezprzedmiotowym dla rozpoznania sprawy pozostaje zakres czynności jakie zgodnie z DSU mają zostać, muszą zostać powierzone podwykonawcom, bowiem w żaden sposób w swojej argumentacji Odwołujący nie podnosił i nie wykazywał,

że zakres podwykonawstwa, a co za tym idzie kalkulacja cenowa przekracza przewidziany w ofercie przez SPS zakres 30 % części zamówienia. Z powodu braku argumentacji Odwołującego odnoszącej się do przewidzianego przez SPS poziomu udziału podwykonawców w realizacji zamówienia irrelevantne dla rozpoznania tej sprawy pozostają również wszystkie argumenty Odwołującego odnoszące się do braku zmian w zakresie podwykonawstwa w dokumentacji DTR oraz DSU.

Izba uznała za bezprzedmiotowe dla rozpoznania tej sprawy dowody zawnioskowane i załączone do pisma z dnia 6 maja 2024 roku (dowody stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego), bowiem w żaden sposób Odwołujący nie wykazał, że w ramach przewidzianego przez SPS 30% części zamówienia powierzonej podwykonawcy

nie mieszczą się i nie zostały ujęte przeglądy układów klimatyzacji. Odwołujący jednocześnie nie podnosił, że jest jedynym autoryzowanym podmiotem realizującym przeglądy układów klimatyzacji Konvekta.

Zamawiający nie wymagał od wykonawcy SPS przedstawienia wraz z wyjaśnieniami elementów ceny oferty żadnego szczegółowego określenia kalkulacji ceny, w tym w rozbiciu na elementy gumowe oraz metalowo-gumowe. W tym miejscu Izba odwołuje się do wyżej przedstawionej argumentacji prawnej odnoszącej się do okoliczności składania wyjaśnień

na wezwanie Zamawiającego w przypadku ogólnego wezwania oraz ceny ryczałtowej oferty. Izba podkreśla, że w ramach oferty Zamawiający nie oczekiwał przedstawienia kalkulacji poszczególnych elementów oferty i nie podał tych elementów, a jedynie podania kwoty

za realizację całości przedmiotu zamówienia (cena ryczałtowa), co jednoznacznie znajduje odzwierciedlenie w Formularzu oferty.

Odwołujący wskazał, że „tak niska cena zaoferowana przez SPS może nie uwzględniać kosztów wymiany elementów gumowych oraz metalowo-gumowych”. Izba dostrzega w tym stanowisku wątpliwość jaka wybrzmiewa ze sformułowania „może”. Z tego wynika, że sam Odwołujący nie ma pewności co do braku skalkulowania w cenie oferty SPS elementów gumowych oraz metalowo-gumowych. Wymaga również podkreślenia, że Odwołujący

w żaden sposób nie uzasadnił i nie wyjaśnił swojego stanowiska, że w ramach wyjaśnień SPS miało wskazać tę konkretną pozycję oraz przedstawić ofertę na zakup nowych elementów. Podkreślenia wymaga, że w ramach DSU w punktach od 9 – 9.20 ujęte zostały wszelkie informacje dotyczące całego pojazdu, w tym zawarte są elementy gumowe oraz elementy metalowo-gumowe. Ma to o tyle znaczenie, że okoliczność tą potwierdził również w trakcie rozprawy Odwołujący.

Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił również, podobnie jak w przypadku realizacji czynności przez podwykonawców, realności podanego w odwołaniu kosztu zakupu

i wymiany elementów gumowych i metalowo – gumowych. Wskazania w odwołaniu kwota „nie będzie niższa niż 300 tys zł. brutto” w żaden sposób nie została uzasadniona. Wydaje się, że kwota ta stanowi indywidualną ocenę kosztów dokonaną przez Odwołującego

w zasadzie na potrzeby prowadzonego postępowania odwoławczego. Jednocześnie należy przyjąć, że jest to kwota jaką przyjmuje Odwołujący, ale nie można uznać w oparciu

o odwołanie, że taka kwota musi zostać uwzględniona przez SPS. Skoro Odwołujący

w żaden sposób nie wykazał, że kwota ta jest jedyną i właściwą dla oferty SPS

to niezasadnym jest weryfikowanie wyjaśnień SPS w zakresie ujęcia właśnie tej kwoty

w złożonych wyjaśnieniach.

W piśmie procesowym SPS z dnia 5 maja 2024 roku w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa (od strony 11 pisma) wykonawca wyjaśnia dokładnie gdzie w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach elementów ceny oferty (objętych tajemnicą przedsiębiorstwa) zostały ujęte koszty elementów gumowych i metalowo – gumowych. Podkreślenia wymaga również, że w żaden sposób Zamawiający wezwaniem do złożenia wyjaśnień ceny oferty SPS nie określał katalogu

informacji jakie mają zostać podane przy cenie ryczałtowej oferty, poza wskazaniem na podanie zysku. Tym samym wykonawca nie był zobowiązany żadnymi regulacjami do przedstawienia takich szczegółowych informacji, tym bardziej że nie mógł domyślać się, przewidywać, który z elementów wyceny ujętej w cenie ryczałtowej oferty może stać się elementem kontrowersyjnym. Izba podkreśla, że przedstawionych dokumentach przez SPS (załącznik nr 2) za pismem procesowym z dnia 5 maja 2024 roku wymienionych na str. 11 pisma wynika jednoznacznie potwierdzenie oświadczeń złożonych w części tajnej złożonych wyjaśnień.

W zakresie dowodów (tajemnica przedsiębiorstwa) przedstawionych przez SPS przy piśmie procesowym Izba uznała zasadność i przydatność tych dowodów, które w ocenie Izby potwierdzają niezbięcie informacje zawarte w złożonym piśmie procesowym.

W zakresie dowodów przedstawionych przez Odwołującego za pismem z dnia 2 maja 2024 roku (dowody objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) złożone na okoliczność wykazania obowiązku wymiany elementów gumowych i metalowo-gumowych podczas przeglądu P4 Izba uznała za bezzasadne dla rozpoznania tej sprawy. W żaden sposób Odwołujący nie uzasadnił, że SPS nie uwzględniło w ryczałtowej cenie oferty kosztów wymiany elementów gumowych i metalowo-gumowych. W żaden sposób nie uzasadnił również,

że przyjęty przez Odwołującego koszt wymiany i materiałów nie niższy niż 300 tys zł brutto stanowi ten właściwy. Dowody na okoliczność obowiązku wymiany elementów gumowych

i metalowo-gumowych podczas przeglądu P4 w ramach przedstawionych w dowodach informacji, w kontekście argumentacji odwołania i zarzutu w tym zakresie nie mają znaczenia dla oceny czynności Zamawiającego.

Odwołujący nie uzasadnia w żaden sposób, że oferta z ceną 5 043 000,00 zł (ceną ryczałtową) stanowi ofertę z ceną rażąco niską, Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił, że taka cena oferty nie może mieć skalkulowanych kosztów czynności zleconych podwykonawcom oraz wymiany elementów gumowych i metalowo-gumowych. Nie argumentował i nie uzasadnił, że w tej cenie oferty taka czynności nie zostały ujęte. Przedstawienie własnych wyliczeń i kalkulacji przez Odwołującego miało uzasadniać,

że koszty te nie zostały ujęte, tyle tylko, że Odwołujący nie wykazał w przypadku realizacji przez podwykonawców, że koszt podwykonawców nie został ujęty, a w przypadku wymiany elementów gumowych i metalowo-gumowych, nie uzasadnił i nie wykazał braku uwzględnienia tych kosztów. Izba stwierdza, że w ramach przedmiotowego postępowania oferta z ceną ryczałtową ujmuje wszelkie wymagane składniki niezbędne do realizacji zamówienia co potwierdzają wyjaśnienia wykonawcy jak również uzasadnia argumentacja SPS zawarta w piśmie z dnia 5 maja 2024 roku. Tym samym zarzut 1 odwołania Izba uznała za niezasadny.

W zakresie zarzutu 2 odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty SPS, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w którym SPS zamierza wykonać zamówienie w sposób inny niż wskazany przez Zamawiającego, tj. przez samodzielne wykonanie ewentualnie zlecenie nieautoryzowanym podmiotom:

- naprawy przekładni osiowej produkcji Voith,
- naprawy układu klimatyzacji Konvekta,
- naprawy układu ogrzewania produkcji Webasto,
- modernizacji układu sterowania Lokel (zastosowanie izolacji zielonej pętli w systemie LOKEL przy zamknięciu (wyłączeniu) z użytkowania pojedynczych drzwi,
- wymiany wałów Cardana,
- naprawy cylindrów hamulcowych produkcji Faiveley,

podczas, gdy z Dokumentacji Systemu Utrzymania (DSU) i Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) pojazdu SA133 008 oraz Opisu Przedmiotu Zamówienia w sposób jednoznaczny wynika, że naprawa oraz modernizacja tych podzespołów może zostać wykonana wyłącznie przez ich producenta bądź jego autoryzowanego przedstawiciela,

a także przez zaniechanie wymiany elementów gumowych i metalowo-gumowych

na pojeździe, podczas gdy z DSU wynika obowiązek ich wymiany

– **Izba zarzut uznała za niezasadny.**

W zakresie rozpoznania przedmiotowego zarzutu odwołania – zarzutu 2 Izba

w całości przyjmuje w tym miejscu dokonane ustalenia faktyczne w ramach zarzutu 1 oraz argumentację w zakresie rozpoznania zarzutu 1.

Odwołujący wskazując na orzecznictwo Izby podniósł, że niezgodność treści oferty z treścią SWZ zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SWZ.

Izba, wyjaśnia i podkreśla na wstępie, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny

czynności podjętej przez Zamawiającego

w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i określone

w tej dokumentacji warunki zamówienia oraz wymagania określone przez Zamawiającego (które sam Zamawiający ukształtował w postępowaniu) co do treści składanych oświadczeń i zakresu składanych dokumentów. Odwołanie musi być rozpoznane w zakresie zarzutów odwołania, z odwołaniem do wymagań ukształtowanych w dokumentacji zamówienia przez Zamawiającego i złożonej przez wykonawcę w postępowaniu oferty oraz wyjaśnić jakie składał do tej oferty. Tylko taka podstawa rozpoznania zarzutów odwołania stanowi

dla wykonawców biorących udział w postępowaniu gwarancję realizacji zasad prawa zamówień publicznych, do przestrzegania których obowiązany jest Zamawiający. Podnoszone każde naruszenie prawa, tak jak w przedmiotowym przypadku naruszenia

art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy powiązane są nierozdzielnie z kanonem zamówień publicznych tj. zasad na jakich prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia, a które

to zasady stanowią sówite gwarancje dla każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu. Każdy przepis ustawy Prawo zamówień publicznych powinien być interpretowany - a działanie i zaniechanie zamawiającego oceniane - przez pryzmat kluczowej zasady wskazanej w art. 16 ustawy czyli uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowanie wykonawców, przejrzystości, jawności, proporcjonalności itp. są również sposobami realizacji zasady uczciwej konkurencji. Przechodząc dalej Izba podnosi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Zamawiającego jest postępowaniem kreowanym przez Zamawiającego w oparciu o regulacje prawne, który swoje wymagania co do zakresu przedmiotowego oraz wymagania co do żądanych przedstawianych w ofercie informacji.

W ramach rozpoznawanej sprawy w ofercie Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia

co do procentowej części zamówienia jaka zamierza powierzyć podwykonawcom – tu SPS oświadczył, że około 30%” zamówienia zamierza zlecić podwykonawcom – oraz wymagał Zamawiający złożenia oświadczenia, że wykonawca oferuje „wykonanie przedmiotu zamówienia obejmujące wszystkie warunki zamówienia” jak również, że przyjmuje warunki zawarte w ofercie. Nie wymagał Zamawiający składania dodatkowych oświadczeń, dokumentów oraz innych informacji.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Definicja warunku zamówienia została zawarta w art. 7 pkt 29 ustawy, który stanowi, że przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do podnoszonej argumentacji co do zarzutu 2 w zakresie udziału podwykonawców, których to w ocenie Odwołującego w oparciu o treść pisma z dnia 19 marca 2024 roku nie przewidział SPS – „SPS zamierza dokonywać napraw i przeglądów ww. podzespołów bez potrzeby zlecenia tych czynności ich producentom bądź autoryzowanym serwisom, co narusza wymogi SWZ oraz dokumentacji technicznej wskazanej w pkt 22 Odwołania.” – Izba stwierdziła jak w zakresie rozpoznania zarzutu 1,

że Odwołujący w ogóle pominął treść oświadczenia SPS z oferty, że „około 30%” zamówienia zamierza zlecić podwykonawcom. Izba ponownie stanowisko Odwołującego uznaje za niezasadne i za niezasadne uznaje wszelkie argumenty podniesione w odwołaniu w odniesieniu do braku udziału podwykonawców, bowiem Odwołujący pominął w swojej argumentacji oświadczenie złożone przez SPS w ofercie. Wykonawca SPS w ofercie jednoznacznie oświadczył, że „około 30%” zamówienia zamierza zlecić podwykonawcom. Izba podkreśla również, że w ocenie Izby, ze stanowiska Odwołującego w żaden sposób nie wynika, że czynności jakie muszą zostać zlecone podwykonawcom dla prawidłowej realizacji zamówienia zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania Pojazdu (DSU) oraz Dokumentacją Techniczną – Ruchową (DTR) nie mieszczą się zakresie oświadczenia złożonego w Ofercie (30%). Fakt, że SPS ogranicza udział podwykonawców w żaden sposób nie świadczy o tym, że nie będzie zlecać podwykonawcom wskazanych prac. Izba podkreśla z całą stanowczością w tym miejscu, że Odwołujący pominął w swoim stanowisku oświadczenie SPS z oferty, a tym samym nie ustalił w sposób prawidłowy stanu faktycznego, do którego się odnosił. Odwołujący w żaden sposób również nie wykazał, że prace związane z naprawami przekładni osiowej, naprawy układu ogrzewania, modernizacji układu sterowania, wymiany wałów czy naprawy cylindrów hamulców zlecone zostanie podmiotom nieuprawnionym zgodnie z dokumentacją do realizacji w ramach czynności z zakresu naprawczego.

Argumentacja zawarta w uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do zarzutu 2 a odnosząca się do braku możliwości uwzględnienia kosztów wykonania naprawy układu klimatyzacji

w żaden sposób nie uzasadnia naruszenia podnoszonego w zakresie zarzutu 2 art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy. W żaden sposób Odwołujący nie uzasadnił, jakie znaczenie dla niezgodności oferty SPS z wymaganiami SWZ ma fakt, że

Odwołujący jest autoryzowanym serwisem producenta układu Klimatyzacji Konvekta i jakie ma znaczenie dla wykonania przedmiotu zamówienia akurat dostęp Odwołującego do dokumentacji producenta oraz dokumentacji konstrukcyjnej w kontekście podnoszonego zarzutu odwołania niezgodności oferty

z warunkami zamówienia. Odwołujący nie dowodził, że jest jedynym podmiotem uprawnionym do dokonywania takich napraw układu klimatyzacji. Izba podkreśla, że rozpoznanie zarzutów odwołania możliwe jest jedynie w zakresie argumentacji faktycznej jaka została podniesiona przez Odwołującego.

W zakresie wymiany elementów gumowych oraz metalowo – gumowych, Izba rozpoznając zarzut 1 odwołania stwierdziła niezasadność argumentacji Odwołującego. Tym samym

w ramach rozpoznania zarzutu 2 odwołania - którego argumentacja w odniesieniu

do wymiany elementów gumowych i metalowo – gumowych oparta jest na „jedynie domniemaniu” Odwołującego, że cena za wykonanie napraw nie obejmuje wymiany tych elementów – Izba stwierdza niezasadność zarzutu odwołania. W żaden sposób również Odwołujący nie wykazał niezgodność złożonej oferty SPS w tym zakresie z wymaganiami realizacji czynności naprawczych według czwartego poziomu utrzymania.

W odniesieniu do zarzutu 2 w stanowisko SPS zawartym w piśmie procesowym z dnia

5 maja 2024 roku jednoznacznie zostało wskazane, za treścią oferty, że 30% przedmiotu zamówienia zostanie powierzone podwykonawcom, co pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że nie zostały wykluczone wbrew twierdzeniu Odwołującego udział autoryzowanych podwykonawców w realizacji zamówienia. Potwierdza to również stanowisko SPS wyrażone w części tajnej ww. pisma procesowego (str. 12 i nast.).

Wymaga podkreślenia, że Zamawiający na etapie składania ofert nie wymagał

od wykonawców podania konkretnych nazw podwykonawców, natomiast wymagania określone obowiązującymi przepisami prawa oraz dokumentacją zamówienia w zestawieniu z przewidzianym w ofercie – a nie kwestionowanym przez Odwołującego – zakresem zlecenia 30% przedmiotu zamówienia powierzenia podwykonawcom pozwala

na jednoznaczne stwierdzenie, przy uwzględnieniu, że zarzut 1 odwołania się nie potwierdził, że Odwołujący nie wykazał niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Same przypuszczenia czy domniemania Odwołującego nie są wytaczające do stwierdzenia niezgodności treści oferty z warunkami ukształtowanymi przez Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała za niezasadny zarzut nr 2 odwołania.

W konsekwencji nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych.

Koszty:

Izba oddaliła odwołanie.

Zamawiający nie złożył wniosku kosztowego, nie przybył na posiedzenie i rozprawę prawidłowo powiadomiony o terminie.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy

z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.

w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym w przypadku oddalenia odwołania w całości koszty ponosi Odwołujący.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:

.....

.....
