

Sygn. akt: KIO 2404/23

WYROK
z dnia 1 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **PESA Mińsk Mazowiecki S.A. w Mińsku Mazowieckim** w postępowaniu prowadzonym przez **Koleje Śląskie sp. z o.o. w Katowicach** przy udziale wykonawcy **Public Transport Service sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę PESA Mińsk Mazowiecki S.A. w Mińsku Mazowieckim i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PESA Mińsk Mazowiecki S.A. w Mińsku Mazowieckim** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **PESA Mińsk Mazowiecki S.A. w Mińsku Mazowieckim** rzecz **Koleje Śląskie sp. z o.o. w Katowicach** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2404/23

Uzasadnienie

Koleje Śląskie sp. z o.o. w Katowicach, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem są „usługę naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 21WEa, 22WEa i 34WEa wraz z wykonaniem prac dodatkowych.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 kwietnia 2023 r., nr 2023/S 068-204256.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 14 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca **PESA Mińsk Mazowiecki S.A. w Mińsku Mazowieckim**, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy **Public Transport Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „przystępujący” lub „PTS”)** do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej przez PTS ceny za realizację zamówienia, podczas gdy biorąc pod uwagę:

a) treść oferty PTS i zaoferowaną tamże cenę za realizację zamówienia, w kontekście m.in. zaoferowanego okresu gwarancji i terminów realizacji zamówienia;

b) uwarunkowania związane z realizacją zamówienia;

c) informacje przedstawione Zamawiającemu przez PTS w ramach badania rynku na potrzebę dokonania przez Zamawiającego analizy potrzeb i wymagań przed wszczęciem Postępowania;

d) oświadczenia składane przez PTS w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dotyczących realizacji napraw 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych (w tym w ramach postępowań odwoławczych) co do elementów, które wykonawca winien uwzględnić w cenie oferty i niezbędnych do skalkulowania kosztów realizacji tego typu zamówień;

Zamawiający winien był powziąć uzasadnione wątpliwości co do założeń przyjętych przez PTS na potrzeby wyceny oferty w Postępowaniu (oraz wiarygodności takich ewentualnych założeń), sposobu skalkulowania przez PTS ceny oferty

oraz uwzględnienia przez PTS w ofercie wszystkich elementów cenotwórczych dla przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji winien był zobowiązać PTS do złożenia stosownych wyjaśnień i dowodów w przedmiotowym zakresie, zgodnie z treścią powołanych wyżej przepisów;

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PTS, pomimo gdy w rzeczywistości cena oferty złożonej przez PTS jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, zaś PTS nie uwzględnił w cenie złożonej oferty wszystkich elementów i wymogów niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia;

a w konsekwencji naruszenie również:

3) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez uznanie oferty PTS za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy w rzeczywistości oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a w konsekwencji udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty PTS jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

b) dokonania powtórnego badania i oceny ofert w Postępowaniu;

c) wezwania PTS do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny zaoferowanej w ofercie;

d) odrzucenia oferty PTS;

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że jakkolwiek cena oferty złożonej przez PTS nie wykracza poza granice opisane w art. 224 ust. 2 Pzp (cena oferty PTS stanowi odpowiednio 74% wartości zamówienia oraz 93% średniej arytmetycznej cen złożonych ofert), okoliczność ta nie stanowi automatycznie o tym, że cena oferty PTS nie powinna wzbudzić uzasadnionych wątpliwości Zamawiającego oraz nie powinna z tego względu podlegać stosownemu badaniu ze strony Zamawiającego co do tego, czy cena ta została skalkulowana w sposób prawidłowy, w tym zwłaszcza uwzględnia ona wszystkie elementy istotne z punktu widzenia kosztu realizacji zamówienia objętego Postępowaniem. Argumentował, że skierowanie do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, nie jest jednak uwarunkowane zaistnieniem sytuacji, w której cena danego wykonawcy przekracza pewne z góry określone limity, a jest ono działaniem koniecznym i uzasadnionym w każdej sytuacji, gdy powstają wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę, niezależnie od tego, w jakim pozostaje ona stosunku do wartości zamówienia oraz cen pozostałych oferentów.

Zdaniem odwołującego, zestawiając ze sobą:

a) treść oferty PTS i zaoferowaną tamże cenę za realizację zamówienia, w kontekście m.in. zaoferowanego okresu gwarancji i terminów realizacji zamówienia;

b) uwarunkowania związane z realizacją zamówienia;

c) informacje przedstawione Zamawiającemu przez PTS w ramach badania rynku na potrzebę dokonania przez Zamawiającego analizy potrzeb i wymagań przed wszczęciem Postępowania;

d) oświadczenia składane przez PTS w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dotyczących realizacji napraw 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych (w tym w ramach postępowań odwoławczych) co do elementów, które wykonawca winien uwzględnić w cenie oferty i niezbędnych do skalkulowania kosztów realizacji tego typu zamówień;

prawidłowo stosując art. 224 Pzp, Zamawiający powinien był powziąć uzasadnione wątpliwości co do założeń przyjętych przez PTS na potrzeby wyceny oferty w Postępowaniu (oraz wiarygodności takich ewentualnych założeń), sposobu skalkulowania przez PTS ceny oferty oraz uwzględnienia przez PTS w ofercie wszystkich elementów cenotwórczych dla przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji winien był zobowiązać PTS do złożenia stosownych wyjaśnień i dowodów w przedmiotowym zakresie.

Według odwołującego, o zasadności podniesionych zarzutów świadczą okoliczności związane z przeprowadzonym przez Zamawiającego badaniem rynku w celu dokonania analizy potrzeby i wymagań przed wszczęciem Postępowania. W ramach tychże czynności, Zamawiający zwrócił się m.in. do PTS o informację dotyczącą kosztów wykonania potencjalnych zamówień, polegających na wykonaniu napraw 4 poziomu utrzymania na elektrycznych zespołach trakcyjnych typu 22WE d. Ofertą nr PTS/18/12/2022 z dnia 30.12.2022 r., PTS oświadczył, iż:

- cena za wykonanie naprawy 4 poziomu utrzymania pojazdów 22WE d (bez uwzględnienia prac dodatkowych) wynosiłaby 4.650.000,00 zł netto za pojazd (5.719.500,00 zł brutto), tj. łącznie 55.800.000,00 zł netto (68.634.000,00 zł brutto);

- gwarancja objęta ww. ceną wynosi 12 miesięcy, a w przypadku gwarancji 24-miesięcznej należy doliczyć

150.000,00 zł netto za rok/pojazd;

- całkowity czas wykonania naprawy P4 jednego pojazdu to minimum 75 dni roboczych.

W ocenie odwołującego, znajomość powyższych oświadczeń PTS winna była tym samym doprowadzić po stronie Zamawiającego do wystąpienia istotnych wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia przez PTS na warunkach przedstawionych w ofercie złożonej w Postępowaniu, w której PTS, przy:

- szerszym zakresie zamówienia, obejmującym, poza podstawowym przeglądem i naprawą 4 poziomu utrzymania, również prace dodatkowe (zabudowę pętli indukcyjnej dla osób słabosłyszących, połączonej z systemem rozgłoszeniowym i systemem informacji pasażerskiej) - vide: § 1 ust. 1 Projektowanych Postanowień Umownych³, Załącznik nr 3 do PPU;
- znacznie dłuższym okresie gwarancji – 60 miesięcy;
- znacznie skróconym terminie realizacji naprawy:
 - dla pojazdów 22WE d – 65 dni kalendarzowych;
 - dla pojazdów 21WE a – 50 dni kalendarzowych;
 - dla pojazdów 34WE a – 45 dni kalendarzowych;

zaoferował cenę za realizację zamówienia w zakresie pojazdów 22WE d za cenę jednostkową (za 1 pojazd) 3.565.120,00 zł netto (łącznie za wszystkie pojazdy tego typu - 52.621.171,20 zł brutto). Zaoferowana cena za realizację prac z zakresu 4 poziomu utrzymania bez prac dodatkowych wyniosła natomiast dla pojazdów 22WE d – 3.508.000,00 zł netto za pojazd (51.778.080,00 zł brutto łącznie).

Odwołujący argumentował, że przy znacząco zmienionych uwarunkowaniach realizacji zamówienia (wpływających zgodnie z doświadczeniem życiowym na wyższy koszt realizacji – powszechnie wiadomo bowiem, że jeśli dane świadczenie ma zostać wykonane szybciej i wiązać się z dłuższym okresem gwarancji, to cena za takie świadczenie musi być wyższa), obniżenie przez PTS ceny w odniesieniu tylko do samych pojazdów 22WE d o około 25%. W ocenie Odwołującego, w świetle powyższych uwarunkowań brak jest okoliczności racjonalnie uzasadniających tak istotne obniżenie.

Ponadto odwołujący, opierając się na danych przedstawionych przez PTS w ww. ofercie nr PTS/18/12/2022 złożonej w ramach badania rynku przez Zamawiającego, stwierdzał, że:

a) skoro PTS wskazał, iż jego cena świadczeń gwarancyjnych w przeliczeniu na 1 rok/pojazd wynosi 150.000,00 zł netto, a w kwocie 4.650.000,00 zł mieści się 12-miesięczna gwarancja, to znaczy, że zakładany przez PTS w tej ofercie:

- i. koszt samej realizacji naprawy P4 pojazdu 22WE d wynosił 4.500.000,00 zł netto;
- ii. koszt rocznych świadczeń gwarancyjnych dla 1 pojazdu 22WE d wynosił 150.000,00 zł netto;
- iii. koszt 60-miesięcznej gwarancji dla 1 pojazdu 22WE d wynosiłby 750.000,00 zł netto (150.000,00 zł x 5);

iv. a zatem łączna cena za naprawę w 4 poziomie utrzymania wraz z 60-miesięczną gwarancją wynosiłaby 5.250.000,00 zł netto (4.500.000,00 zł + 750.000,00 zł) – co daje ok. 33,18% więcej niż cena zaoferowana przez PTS w Postępowaniu za naprawę w 4 poziomie utrzymania z 60-miesięczną gwarancją (3.508.000,00 zł / 5.250.000,00 zł x 100%).

Odwołujący argumentował, że przyjmując zgodnie z punktem poprzednim różnicę rzędu 33,18% pomiędzy wartościami kalkulowanymi przez PTS na etapie badania rynku a wartościami kalkulowanymi przez PTS na potrzeby Postępowania, oznaczałoby to, że:

- i. cena za roczne świadczenia gwarancyjne na 1 pojazd 22WE d założona w aktualnej ofercie PTS wynosi ok. 100.230,00 zł netto (150.000,00 zł minus 33,18%);
- ii. mnożąc tę wartość przez 5 lat (jako że PTS zaoferował gwarancję = 60 miesięcy), daje to koszt całości świadczeń gwarancyjnych dla 1 pojazdu 22WE d na poziomie ok. 501.150,00 zł netto (100.230,00 zł x 5);
- iii. odejmując tę wartość od zaoferowanej przez PTS w ofercie kwoty 3.508.000,00 zł netto za realizację naprawy P4 1 pojazdu 22WE d (bez prac dodatkowych), oznacza to, że przyjęty w ofercie PTS koszt samej tylko realizacji naprawy P4 (bez kosztów świadczeń gwarancyjnych) – wynosi ok. 3.006.850,00 zł netto/pojazd (3.508.000,00 zł minus 501.150,00 zł).

Zdaniem odwołującego, wartość taka nie pozwala na pokrycie kosztów niezbędnych do wykonania przeglądu P4, biorąc pod uwagę jego zakres, wyznaczony treścią SWZ, Dokumentacji Systemu Utrzymania, Dokumentacji Techniczno-Ruchowej czy Warunków Technicznych Wykonania i Odbioru, a co najmniej powinna ona wzbudzić istotne wątpliwości Zamawiającego co do możliwości zrealizowania przez PTS zamówienia za zaoferowaną cenę, i spowodować skierowanie do tego podmiotu wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zwracał również uwagę na twierdzenia podniesione przez sam PTS w kontekście wpływu oferowanego okresu gwarancji na cenę za realizację zamówienia złożonym zaledwie pół roku temu odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczącym innego postępowania na realizację czynności 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych (postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie czynności czwartego poziomu

utrzymania dla 22 elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN76", nr ref: DT-II.272.3.2022, dla którego Zamawiającym było Województwo Wielkopolskie).

Zdaniem odwołującego, powyższe oświadczenia i stanowisko własne PTS wskazują zatem, że w pojęciu tego wykonawcy i wedle dostępnych dla niego zasobów czy umiejętności, okolicznością ekstraordynaryjną, nietypową, wpływającą w istotny sposób na cenę za wykonanie zamówienia, jest oferowanie dłuższych niż 36 miesięcy okresów gwarancji na pojazdy po wykonaniu naprawy 4 poziomu utrzymania. A jednak, mimo to, w niniejszym Postępowaniu PTS taki właśnie wydłużony, 60-miesięczny okres gwarancji, zaoferował. W kontekście zatem tak stanowczych ocen wyrażanych przez PTS jak przytoczone powyżej, tym bardziej cena zaoferowana przez ten podmiot w Postępowaniu winna wzbudzić wątpliwości co do tego, czy została ona rzetelnie skalkulowana i czy uwzględnia wszystkie niezbędne czynności składające się zarówno na samą naprawę, prace dodatkowe, jak i późniejsze świadczenia gwarancyjne, zgodnie z SWZ, DSU czy pozostałymi dokumentami zamówienia.

Odwołujący argumentował, że w jego ocenie powyższe jest o tyle istotne, że znaczna część dostawców komponentów, które będą potrzebne wykonawcy zamówienia do realizacji zamówienia (zarówno samej naprawy w poziomie 4, wykonania prac dodatkowych, czy świadczenia usług gwarancyjnych) co do zasady nie oferuje okresów gwarancji takich, jak zaoferowana w Postępowaniu przez PTS. Odwołujący wskazywał na chociażby na takie obszary jak:

- układ napędowy;
- prędkościomierz wraz z rejestratorem zdarzeń;
- radiotelefon;
- układ hamulcowy;
- silniki trakcyjne;
- przekładnie główne;
- sprzęgi czołowe, pośrednie, adapter sprzęgu;
- system ETCS;

Zdaniem odwołującego, w konsekwencji, wykonawca sporządzając ofertę nie może li tylko poprzestać na uwzględnieniu w swojej cenie oferty danego podwykonawcy (dostawcy komponentu: producenta, dystrybutora, serwisu), ale musi także zabezpieczyć koszty realizacji zamówienia odnoszące się do danego komponentu/podzespołu/układu w zakresie wykraczającym poza zakres oferowany przez jego producenta/dystrybutora/autoryzowany serwis.

Ponadto odwołujący, opierając się na wymogach dla czynności poziomu 4 utrzymania pojazdów objętych Postępowaniem, wynikających z DSU pojazdów (zgodnie z którym czynności w tym zakresie winny zostać zrealizowane przez personel posiadający odpowiednie kwalifikacje), wskazywał, że w celu należytej realizacji usługi, wykonawca zobowiązany będzie zapewnić sobie współpracę m.in. z:

- a) producentem układu hamulcowego (Knorr-Bremse) – celem zapewnienia np. naprawy bieżącej sterowników hamulca i przeciwpoślizgu BCU, zaworów: zabezpieczającego, podwójnie zwrotnych, przeciwpoślizgu, agregatów, agregatów przygotowania powietrza, silników elektrycznych agregatów, osuszaczy, zespołu manipulatorów jazdy i hamowania, zaworów hamowania nagłego, elektrozaworów, generatorów, zaworów rozrządczych czy zacisków hamulcowych;
- b) jednostką legalizującą – celem zapewnienia legalizacji manometrów zgodnie z planem utrzymania lub obowiązującymi przepisami;
- c) producentem syren – celem zapewnienia napraw syren niskotonowych 370Hz i wysokotonowych 660Hz.
- d) podmiotem Transportowy Dozór Techniczny – celem zapewnienia sprawdzenia zbiorników sprężonego powietrza podlegające dozorowi technicznemu.

Zdaniem odwołującego, o zasadności powyższych wniosków co do ceny oferty zaoferowanej w niniejszym Postępowaniu przez PTS świadczy także złożone w ofercie oświadczenie PTS, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie: „przeглядów/napraw falowników, przetwornic, wyłączników szybkich, silników, przekładni, pantografów, rejestratorów, systemów hamulcowych (w tym urządzeń) i sprzęgów (czołowych, międzywagonowych, adapterów)”, przy czym „firmy podwykonawców nie są jeszcze znane” (w kontekście przewidzianego we wzorze Formularza Ofertowego zastrzeżenia, że: „w przypadku braku informacji na temat powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcy Zamawiający uzna, że Wykonawca będzie realizował zamówienie bez jego udziału.”) – okoliczność ta również bowiem winna była zatem, uwzględniając ją łącznie z pozostałymi okolicznościami podniesionymi w niniejszym odwołaniu, wzbudzić istotne wątpliwości co do prawidłowości skalkulowania ceny ofertowej przez PTS.

Według odwołującego, o zasadności twierdzeń i zarzutów podniesionych w odwołaniu świadczy także odniesienie do uprzednio (w roku 2021) organizowanego przez Zamawiającego postępowania dotyczącego realizacji napraw 4 poziomu utrzymania dla pojazdów typu 22WE (postępowanie pn. „Usługa naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych 9 szt. pojazdów 22WE (EN76) wraz z wykonaniem prac dodatkowych”, nr KS/ZP/2/2021), w którym również oferty złożyli Odwołujący i PTS.

Zdaniem odwołującego postępowanie powyższe można uznać za porównywalne swoim charakterem i zakresem co Postępowania niniejszego, z uwagi na rodzaj pojazdów objętych obydwojoma postępowaniami i specyfikę zamówienia nimi objętego. W szczególności pojazd 22WE (objęty postępowaniem z 2021 r.) i pojazd 22WE d (jako jeden z typów objętych niniejszym Postępowaniem) posiadają:

- tę samą prędkość maksymalną (160 km/h);
- zbliżone wymiary (pojazd 22WE – długość całkowita 74.630 mm, szerokość pudła 2.840 mm; pojazd 22WE d – długość całkowita 75.250 mm, szerokość pudła 2.883 mm);
- tę samą liczbę oraz podobne rodzaje wózków, tę samą średnicę kół w okręgu tocznym, tę samą liczbę i moc silników, system hamulca, tę samą liczbę baterii akumulatorów, tożsame systemy pokładowe, tę samą liczbę drzwi wejściowych, klimatyzatorów, przetwornic, dławików, pantografów, sprzężarek pomocniczych, wind/ramp dla niepełnosprawnych, przekładni osiowych, tę samą liczbę i typ sprzęgów międzyczłonowych, czy ten sam system radiotelefonu.

Według odwołującego należy uznać, że wnioski czynione w odniesieniu do ww. postępowania z roku 2021 można uznać za reprezentatywne również dla niniejszego Postępowania.

Odwołujący zwracał również uwagę, że w złożonym w ww. postępowaniu z 2021 r. odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej PTS wskazywał przy tym m.in. na koszty udzielenia 48-miesięcznej gwarancji oraz koszty możliwych do wystąpienia ryzyk.

Odwołujący podniósł, że w ofercie złożonej w ww. postępowaniu z roku 2021 PTS wskazał natomiast, że realizacja czynności 4 poziomu utrzymania 9 szt. pojazdów 22WE, bez prac dodatkowych, możliwa jest za kwotę łączną 26.901.000,00 zł netto, tj. 2.989.000,00 zł netto/pojazd, przy jednocześnie krótszym okresie gwarancji (48 miesięcy).

Odwołujący argumentował, że dla pojazdów objętych niniejszym Postępowaniem uwzględnić należy w cenie ofertowej obecnie w szczególności:

- czynności związane z przeglądem i naprawami w zakresie systemu ETCS, które aktualnie oszacować można w granicach 200.000 zł netto na 1 pojazd (system ten nie występuje bowiem w pojeździe 22WE);
- wzrosty cen oferowanych przez podmioty, z którymi (jak wskazano w punktach poprzednich) współpracować będzie musiał wykonawca zamówienia (obejmujące zwłaszcza podmioty będące dostawcami układów hamulcowych, sprzęgów czołowych, międzywagonowych i adapterów czy napędów) – które to wzrosty, w porównaniu do stanu z roku 2021, mieszczą się w przedziale 15-30%;
- sformułowany w aktualnym Postępowaniu dodatkowy (niewystępujący w takim brzmieniu w postępowaniu KS/ZP/2/2021) wymóg *„wykonania przeglądów/napraw falowników, przetwornic, wyłączników szybkich, silników przekładni, pantografów, rejestratorów, systemów ETCS, systemów hamulcowych (w tym urządzeń) i sprzęgów (czołowych, międzywagonowych, adapterów), u producenta podzespołu lub w autoryzowanym serwisie producenta podzespołu, z zastrzeżeniem, że w przypadku, gdy DSU lub DTR wymaga wykonania przeglądu lub naprawy u producenta podzespołu, wykonanie przeglądu/naprawy zostanie zlecone wyłącznie producentowi podzespołu”* (§ 2 ust. 18 pkt 18.7 PPU) – który to wymóg generuje po stronie wykonawcy konieczność zabezpieczenia i skalkulowania współprac ze ściśle określonymi podmiotami będącymi producentami lub autoryzowanymi serwisami producentów danych podzespołów, co tym samym wpływa na ograniczony stopień dowolności wykonawcy przy doborze dostawców/podwykonawców i możliwość poszukiwania podmiotów alternatywnych oferujących ceny niższe;
- wzrosty generalnych cen rynkowych spowodowane inflacją – wynoszącą, w porównaniu do czerwca roku 2021 (miesiąc poprzedzający składanie ofert w postępowaniu KS/ZP/2/2021), ok. 30% (vide: dane nt. wskaźników cen produkcji sprzedanej przemysłu publikowane przez Główny Urząd Statystyczny), a także spowodowane istotnymi w porównaniu do lat ubiegłych, wzrostami kosztów energii;
- wzrosty wynagrodzeń – wynoszące 27,27% (wzrost średniego wynagrodzenia brutto pomiędzy II kwartałem 2021 r. a II kwartałem 2023 r.) oraz koszty ewentualnych delegacji pracowników do miejsca realizacji czynności 4 poziomu utrzymania pojazdów;
- wymogi związane z koniecznością realizacji zamówienia zgodnie z tzw. standardami IRIS. Zgodnie bowiem z Sekcją V ust. 5.5 SWZ, Zamawiający sformułował wobec wykonawców wymaganie:
 - świadczenia przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę posiadającego wdrożony system zarządzania jakością w odniesieniu do branży kolejowej potwierdzony certyfikatem IRIS (ISO/TS 22163);
 - realizacji przedmiotu zamówienia z zachowaniem standardów w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego zgodnymi ze standardami IRIS;

Zdaniem odwołującego w cenie złożonej oferty Wykonawca winien zatem także uwzględnić koszty certyfikacji IRIS (zgodnie z wytycznymi IRIS określonymi w dokumencie IRIS Certification Conformity assessment:2020 Rules for achieving and maintaining), w tym realizacji zamówienia w certyfikowanej hali oraz zapewnienia stosownego personelu, który spełniać będzie standardy realizacji zamówienia zgodnie z zasadami IRIS, jak wymaga tego Zamawiający.

Odwołujący argumentował, że cena zaoferowana przez PTS nie uwzględnia wszystkich aktualnych kosztów niezbędnych dla prawidłowej realizacji zamówienia. Co najmniej zaś cena zaoferowana w niniejszym Postępowaniu przez PTS winna była wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego i spowodować skierowanie do PTS wezwania do złożenia stosownych wyjaśnień i dowodów w tym przedmiocie.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący oświadczył, że podnosi również zarzut zaniechania odrzucenia oferty PTS, która zawiera cenę rażąco niską. Jakkolwiek Odwołujący wskazał, że - z uwagi na opisane powyżej nieuprawnione zaniechanie przez Zamawiającego wezwania PTS do złożenia wyjaśnień w tym zakresie - nie dysponuje szczegółowymi informacjami co do tego, jak konkretnie PTS skalkulował cenę ofertową, z okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika, że PTS:

- a) nie wycenił w sposób należyty i kompletny wszystkich elementów cenotwórczych składających się na opisany przez Zamawiającego zakres zamówienia i wymogi Zamawiającego co do jego realizacji;
- b) cena zaoferowana przez PTS jest w istocie ceną oderwaną od rzeczywistości oraz ceną nierynkową, i nie została ona skalkulowana w oparciu o logiczne i sprawdzalne przesłanki.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Public Transport Service sp. z o.o. w Warszawie. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. *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.*

2. *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.*

3. *Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:*

- 1) *zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;*
- 2) *wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;*
- 3) *oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;*
- 4) *zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*
- 5) *zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;*
- 6) *zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- 7) *zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;*

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. 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.

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że przed wszczęciem postępowania zamawiający przeprowadził badanie rynku w celu dokonania analizy potrzeby i wymagań przed wszczęciem Postępowania. W ramach tychże czynności, Zamawiający zwrócił się m.in. do przystępującego o informację dotyczącą kosztów wykonania potencjalnych zamówień, polegających na wykonaniu napraw 4 poziomu utrzymania na elektrycznych zespołach trakcyjnych typu 22WEd. Ofertą nr PTS/18/12/2022 z dnia 30.12.2022 r., PTS oświadczył, iż:

- cena za wykonanie naprawy 4 poziomu utrzymania pojazdów 22WEd wynosiłaby 4.650.000,00 zł netto za pojazd (5.719.500,00 zł brutto), tj. łącznie 55.800.000,00 zł netto (68.634.000,00 zł brutto);
- gwarancja objęta ww. ceną wynosi 12 miesięcy, a w przypadku gwarancji 24-miesięcznej należy doliczyć 150.000,00 zł netto za rok/pojazd;
- całkowity czas wykonania naprawy P4 jednego pojazdu to minimum 75 dni roboczych.

(por. dowody, stanowiące załączniki do odwołania:

- wiadomość e-mail Zamawiającego do PTS z dnia 22.12.2022 r. wraz z załącznikiem (pismem z dnia 14.12.2022 r. pn. Badanie rynku);
- oferta PTS nr PTS/18/12/2022 z dnia 30.12.2022 r.;
- analiza potrzeb i wymagań z dnia 20.02.2023 r.;
- dokument Zamawiającego pn. Szacunkowe koszty wykonania napraw P4 na pojazdach typu 21WEa, 22WEd i 34WEa, wraz z pracami dodatkowymi).

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest usługa naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 21WEa, 22WEd i 34WEa wraz z wykonaniem prac dodatkowych.

Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie przez Wykonawcę usługi naprawy:

- 12 elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 22WEd odpowiadającej 4 poziomowi utrzymania (dalej: naprawa) określonej w Dokumentacji Systemu Utrzymania dla pojazdu typu 22WEd wraz z wykonaniem prac dodatkowych wskazanych w Załączniku nr 3 do Ppu (zakres podstawowy i zakres wynikający z Prawa Opcji, o którym mowa w §14 Załącznika nr 2 do SWZ - Ppu);
- 5 elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 21WEa odpowiadającej 4 poziomowi utrzymania (dalej: naprawa) określonej w Dokumentacji Systemu Utrzymania dla pojazdu typu 21WEa wraz z wykonaniem prac dodatkowych wskazanych w Załączniku nr 3 do Ppu (zakres podstawowy i zakres wynikający z Prawa Opcji, o którym mowa w §14 Załącznika nr 2 do SWZ - Ppu);
- 4 elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 34WEa odpowiadającej 4 poziomowi utrzymania (dalej: naprawa) określonej w Dokumentacji Systemu Utrzymania dla pojazdu typu 34WEa wraz z wykonaniem prac dodatkowych wskazanych w Załączniku nr 3 do Ppu (zakres podstawowy i zakres wynikający z Prawa Opcji, o którym mowa w §14 Załącznika nr 2 do SWZ - Ppu);

(por. pkt 5.1. SWZ, w aktach sprawy).

Ustalono, że zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) wskazał m.in., co następuje:

Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia był świadczony przez Wykonawcę posiadającego wdrożony system zarządzania jakością w odniesieniu do branży kolejowej potwierdzony certyfikatem IRIS (ISO/TS 22163). Przedmiot zamówienia winien być realizowany z zachowaniem standardów w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego zgodnymi ze standardami IRIS.

(por. pkt 5.5 SWZ).

Ustalono także, że zamawiający przewidział m.in. iż:

18. Podczas wykonywania przedmiotu Umowy, Wykonawca zobowiązuje się do: (...)

18.7. wykonania przeglądów/napraw falowników, przetwornic, wyłączników szybkich, silników, przekładni, pantografów, rejestratorów, systemów ETCS, systemów hamulcowych (w tym urządzeń) i sprzęgów (czołowych, międzywagonowych, adapterów), u producenta podzespołu lub w autoryzowanym serwisie producenta podzespołu, z zastrzeżeniem, że w przypadku, gdy DSU lub DTR wymaga wykonania przeglądu lub naprawy u producenta podzespołu, wykonanie

przeglądu/naprawy zostanie zlecone wyłącznie producentowi podzespołu.

(por. § 2, ust. 18 pkt 18.7 projektowanych postanowień umowy – PPU, w aktach sprawy).

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

1) przystępującego

a) z ceną brutto – łącznie 87.185.942,40 zł, w tym za wykonanie usług w zakresie:

i. pojazdów 22WE d – łącznie 52.621.171,20 zł brutto (3.565.120,00 zł netto za 1 pojazd);

ii. pojazdów 21WE a - łącznie 20.201.520,00 zł brutto (3.284.800,00 zł netto za 1 pojazd);

iii. pojazdów 34WE a – łącznie 14.363.251,20 zł brutto (2.919.360,00 zł netto za 1 pojazd);

b) okresem gwarancji – 60 miesięcy;

c) terminem realizacji naprawy:

- dla pojazdów 22WE d - 65 dni kalendarzowych;

- dla pojazdów 21WE a – 50 dni kalendarzowych;

- dla pojazdów 34WE a – 45 dni kalendarzowych;

2) odwołującego

a) z ceną brutto 99.184.740,00 zł brutto, w tym za wykonanie usług w zakresie:

i. pojazdów 22WE d – łącznie 59.409.000,00 zł brutto (4.025.000,00 zł netto za 1 pojazd);

ii. pojazdów 21WE a - łącznie 23.505.300,00 zł brutto (3.822.000,00 zł netto za 1 pojazd);

iii. pojazdów 34WE a – łącznie 16.270.440,00 zł brutto (3.307.000,00 zł netto za 1 pojazd).

(por. informacja z otwarcia ofert, oferty, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że przystępujący w formularzu ofertowym oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie: „przeglądów/napraw falowników, przetwornic, wyłączników szybkich, silników, przekładni, pantografów, rejestratorów, systemów hamulcowych (w tym urządzeń) i sprzęgów (czołowych, międzywagonowych, adapterów)”, przy czym „firmy podwykonawców nie są jeszcze znane”.

(por. oferta przystępującego, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 117 028 350,00 zł brutto.

(por. informacja z o ww. kwocie, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono kolejno, że zamawiający nie kierował do przystępującego wezwania do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w trybie art. 224 ustawy Pzp.

Następnie ustalono, że pismem z 4 sierpnia 2023 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej przez przystępującego ceny za realizację zamówienia.

Na wstępie podkreślenia wymagało, że cena oferty przystępującego stanowiła odpowiednio 74% wartości zamówienia szacowanej przez zamawiającego oraz 93% średniej arytmetycznej cen złożonych w postępowaniu ofert. Nie zachodziły zatem przesłanki do uruchomienia procedury wyjaśniającej z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, zaś różnica cenowa pomiędzy cenami ofertowymi przystępującego i odwołującego okazała się nieznaczna.

Kolejno podkreślenia wymagało, że ciężar wykazania, iż po stronie zamawiającego powinny wystąpić wątpliwości zobowiązujące go do wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w przepisie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywał na odwołującym. Zgodnie bowiem z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 6 KC, to odwołujący z faktu wystąpienia wątpliwości wywodził skutek prawny w postaci konieczności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny. Dostrzec należało bowiem, że przy sformułowaniu zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w przeciwieństwie do postawienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (zarzutu

zaoferowania rażąco niskiej ceny), obowiązuje klasyczny rozkład ciężaru dowodu.

W ocenie Izby, odwołujący w analizowanej sprawie nie udźwignął ciężaru wykazania spornych faktów.

W treści odwołania odwołujący podniósł, że wątpliwości zamawiającego powinny wzbudzić następujące okoliczności faktyczne:

- a) treść oferty przystępującego i zaoferowana tamże cena za realizację zamówienia, w kontekście m.in. zaoferowanego okresu gwarancji i terminów realizacji zamówienia;
- b) uwarunkowania związane z realizacją zamówienia;
- c) informacje przedstawione zamawiającemu przez przystępującego w ramach badania rynku na potrzeby dokonania przez zamawiającego analizy potrzeb i wymagań przed wszczęciem postępowania;
- d) oświadczenia składane przez przystępującego w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dotyczących realizacji napraw 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych (w tym w ramach postępowań odwoławczych) co do elementów, które wykonawca winien uwzględnić w cenie oferty i niezbędnych do skalkulowania kosztów realizacji tego typu zamówień;

Ad a)

W ocenie Izby zaoferowanie przez przystępującego wydłużonego 60 miesięcznego okresu gwarancji nie było okolicznością, która powinna wzbudzać wątpliwości zamawiającego co do realności ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę. Po pierwsze, co zdawało się umykać uwadze odwołującego, nie tylko przystępujący ale i on zaoferował zamawiającemu tożsamy, wydłużony okres gwarancji. Pomimo to, różnica między cenami ofertowymi przystępującego i odwołującego nie była znaczna. Przystępujący zaoferował bowiem wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 87.185.948,40 zł, zaś odwołujący za cenę 99.184.740,00 zł. Ponadto jak już wskazano wcześniej, cena oferta przystępującego kształtowała się na poziomie 93% średniej arytmetycznej cen złożonych w postępowaniu ofert (tj. średniej wynikającej z dwóch ofert złożonych w niniejszym postępowaniu (przez odwołującego i przystępującego).

Owszem, zaoferowany przez obu wykonawców wydłużony okres gwarancji był czynnikiem cenotwórczym, który powinien wpływać na wysokość ceny. Jednakże odwołujący, powołując się na porównanie stawek przystępującego z etapu badania rynku i z etapu złożenia oferty, zdawał się nadinterpretować stopień wpływu zaoferowania wydłużonej gwarancji na cenę.

Izba stwierdziła bowiem, że w postępowaniu na *usługę naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych 6 szt. pojazdów 27WEb wraz z wykonaniem prac dodatkowych*, znak postępowania KS/ZP/11/2022, sam odwołujący:

- a) w badaniu rynku wskazał na możliwość wykonania naprawy na pojeździe 27WEb za cenę 4.000.000,00 zł przy założeniu udzielenia gwarancji jedynie na czynności wykonane w ramach naprawy na poziomie P4 na okres 24 miesięcy;
 - b) w ofercie zaś przewidział możliwość wykonania naprawy na pojeździe 27WEb za cenę 4.080.000,00 zł przy założeniu udzielenia gwarancji na cały pojazd na okres 60 miesięcy.
- (por. załączniki nr 9 i 10 do odpowiedzi na odwołanie).

Z porównania obu stawek zaoferowanych przez samego odwołującego wynikało, że o ile okres gwarancji jest czynnikiem wpływającym na konieczność zwiększenia ceny, o tyle jednak stopnia wpływu tego czynnika nie można ustalać, tak jak uczynił to odwołujący w pkt 5, str. 9 i 10 odwołania, to jest przez proste porównanie oświadczeń przystępującego z etapu szacowania zamówienia i z etapu składania oferty ostatecznej.

Odwołujący złożył także w trakcie rozprawy dowody D1-D9, na podstawie których Izba ustaliła, że w odpowiedzi na zapytania odwołującego producenci komponentów, o których była mowa w tych dowodach, standardowo oferowali krótszy okres gwarancyjny niż 60 miesięcy. Wskazywał na dowód nr 1, przedostatnia linijka, dowód nr 2, fragment podkreślony, dowód nr 3 pkt 4, dowód nr 4, str. 3, dowód nr 5 str. 3, dowód nr 6 str. 9, dowód nr 7 str. 4, dowód nr 8 str. 3, dowód nr 9 jego całość. Dowody te dotyczyły komponentów, o których była mowa na str. 12 pkt 7 odwołania (tiret pierwsze – tiret siódme). Jednakże powyższe nie dowodziło jeszcze, że zamawiający z tego powodu powinien powziąć wątpliwości co do realności ceny ofertowej przystępującego. Uszło uwadze odwołującego, że okoliczność ta, która zdawała się wynikać z dowodów D1-D9, dotyczyła w równym stopniu odwołującego i przystępującego, którzy przy takim samym oferowanym okresie gwarancji, kalkulując ceny odrębnie, byli w stanie zaoferować jednak zbliżone ceny.

Ad b)

W ocenie Izby brak było także podstaw do stwierdzenia, że przystępujący kalkulując cenę, nie wziął pod uwagę uwarunkowań związanych z realizacją zamówienia. W trakcie rozprawy odwołujący złożył dowody nr D15 (wskaźniki cen

produkcji sprzedanej przemysłu w latach 1996-2023) oraz D16 (procentowy wzrost średniego wynagrodzenia pomiędzy pierwszym kwartałem 2021 a drugim kwartałem 2023), w oparciu o które ustalono, iż w stosunku do 2021 r. nastąpił wzrost inflacji i stawek wynagrodzenia pracowników. Jednakże dostrzeżenia wymagało, że w ofercie złożonej w postępowaniu z roku 2021 przystępujący zaoferował realizację czynności 4 poziomu utrzymania 9 szt. pojazdów 22WE za kwotę łączną 26.901.000,00 zł netto, tj. 2.989.000,00 zł netto/pojazd, przy krótszym okresie gwarancji (48 miesięcy). W bieżącym postępowaniu przystępujący zaoferował zaś realizację czynności 4 poziomu utrzymania pojazdów typu 22Wed za kwotę 3.508.000,00 zł netto przy 60 miesięcznym okresie gwarancji i nieco innych uwarunkowaniach związanych z realizacją zamówieni. Powyższe oznaczało, że w stosunku do 2021 r. przystępujący zastosował stawki o ponad 17% wyższe niż zaoferowane w 2021 r. Wzrost ceny oferty przystępującego oznaczał, że wykonawca uwzględnił obecne uwarunkowania, w tym również wzrost inflacji czy wynagrodzeń, a także cen oferowanych przez podmioty, z którymi współpracować będzie musiał wykonawca zamówienia.

Zdaniem Izby odwołujący nie wykazał dlaczego uważa, że przystępujący nie uwzględnił kosztów związanych z przeglądem i naprawami w zakresie systemu ETCS, który nie występował w pojeździe 22WE, a którego dotyczyło poprzednie postępowanie. Twierdzenia odwołującego, jakoby na skalkulowanie tego elementu należało przeznaczyć kwotę 200.000 zł netto, pozostawały w sprzeczności z treścią dowodu załączonego przez przystępującego do jego pisma procesowego z dnia 29 sierpnia 2023 r. (załącznik nr 7 do ww. pisma, plik część pierwsza, str. 3-6). Ponadto dostrzeżenia wymagało, że oferta uzyskana przez przystępującego obejmowała 60 miesięczny okres gwarancji.

Ponadto z załączników do pisma procesowego przystępującego wynikało, iż zapewnił on sobie oferty i współpracę ze strony procentów, jednostek i instytucji, w tym również tych, o których była mowa w odwołaniu.

Ad c)

Zdaniem Izby brak było podstaw do powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do realności ceny przystępującego z uwagi na informacje przedstawione zamawiającemu przez PTS w ramach badania rynku na potrzeby dokonania przez zamawiającego analizy potrzeb i wymagań przed wszczęciem postępowania.

Na podstawie załączników do odwołania ustalono, że faktycznie zamawiający zwrócił się m.in. do przystępującego o informację dotyczącą kosztów wykonania potencjalnych zamówień, polegających na wykonaniu napraw 4 poziomu utrzymania na elektrycznych zespołach trakcyjnych typu 22WEd. Faktycznie także, ofertą nr PTS/18/12/2022 z dnia 30.12.2022 r., przystępujący oświadczył, iż:

- cena za wykonanie naprawy 4 poziomu utrzymania pojazdów 22WEd wynosiłaby 4.650.000,00 zł netto za pojazd (5.719.500,00 zł brutto), tj. łącznie 55.800.000,00 zł netto (68.634.000,00 zł brutto);
- gwarancja objęta ww. ceną wynosi 12 miesięcy, a w przypadku gwarancji 24-miesięcznej należy doliczyć 150.000,00 zł netto za rok/pojazd;
- całkowity czas wykonania naprawy P4 jednego pojazdu to minimum 75 dni roboczych.

Odwołujący argumentował, że przy:

- szerszym zakresie zamówienia, obejmującym, poza podstawowym przeglądem i naprawą 4 poziomu utrzymania, również prace dodatkowe (zabudowę pętli indukcyjnej dla osób słabosłyszących, połączonej z systemem rozgłoszeniowym i systemem informacji pasażerskiej) - *vide*: § 1 ust. 1 Projektowanych Postanowień Umownych, Załącznik nr 3 do PPU;
- dłuższym okresie gwarancji – 60 miesięcy;
- skróconym terminie realizacji naprawy:
 - dla pojazdów 22WEd - 65 dni kalendarzowych;
 - dla pojazdów 21WEa – 50 dni kalendarzowych;
 - dla pojazdów 34WEa – 45 dni kalendarzowych;

przystępujący zaoferował cenę za realizację zamówienia w zakresie pojazdów 22WEd za cenę jednostkową (za 1 pojazd) 3.565.120,00 zł netto (łącznie za wszystkie pojazdy tego typu - 52.621.171,20 zł brutto). Zaoferowana cena za realizację prac z zakresu 4 poziomu utrzymania bez prac dodatkowych wyniosła natomiast dla pojazdów 22WEd – 3.508.000,00 zł netto za pojazd (51.778.080,00 zł brutto łącznie).

Argumentacja odwołującego wywodzona z automatycznego porównania stawek zadeklarowanych przez przystępującego na etapie badania rynku ze stawkami zaoferowanymi na etapie złożenia oferty okazała się nietrafna.

Odwołujący w trakcie rozprawy sam przyznał, że stawki uzyskiwane w trakcie szacowania zamówienia zazwyczaj są wyższe, niż ceny ofertowe, składane w warunkach konkurencji w danym postępowaniu. Powyższe wynika z faktu, że takie wyceny dokonywane są jedynie szacunkowo, informacyjne, a także w sposób uproszczony, ogólny, niekiedy bez dysponowania ofertami od poddostawców czy kooperantów. Ponadto wynika to również z faktu, że właściwa walka konkurencyjna między podmiotami odbywa się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a

nie na etapie szacowania. Z tego powodu, w trakcie badania rynku, poprzedzającego dopiero wszczęcie postępowania, wykonawcy nie są skłonni wskazywać na rzeczywiste, ostateczne kwoty, po jakich chcą zrealizować zamówienie i ujawniać zbyt wcześnie swoje polityki cenowe. Co więcej, Izba stwierdziła, że taka praktyka była również udziałem odwołującego. Stwierdzono bowiem, że w badaniu rynku do postępowania o nazwie „usługa naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych 4 szt. pojazdów w tym 2 szt. pojazdów 14WE i 2 szt. pojazdów EN71AKŚ wraz z wykonaniem prac dodatkowych”, odwołujący podał szacowany koszt wykonania przeglądu P4 na pojazdach:

- typu 14WE – na poziomie 2.385.000,00 zł netto, a w ofercie - 1.352.000,00 zł netto, co stanowiło cenę niższą o około 40 % względem pierwotnie szacowanej;
 - typu EN71AKŚ – na poziomie 2.700.000,00 zł netto, a w ofercie - 2.100.000,00 zł netto, co stanowiło cenę niższą o około 20 % względem pierwotnie szacowanej
- (dowód: załącznik nr 5 do odpowiedzi na odwołanie i załącznik nr 6 do odpowiedzi na odwołanie).

Izba stwierdziła także, że również w postępowaniu o nazwie „Usługa naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych 9 szt. pojazdów 22WE (EN76) wraz z wykonaniem prac dodatkowych”, nr KS/ZP/2/2021), na które sam odwołujący powoływał się w treści odwołania, zamawiający oszacował na podstawie oświadczenia Pesa Bydgoszcz S.A., że koszt jednej naprawy na poziomie P4 na pojeździe stanowi kwotę 3.780.800,00 zł netto. Od ww. szacunku odbiegała zaś, i to istotnie, ostateczna oferta odwołującego (będącego członkiem grupy kapitałowej PESA Bydgoszcz S.A.), który zamierzał wykonać naprawy na poziomie P4 za kwotę 2.405.900,00 zł netto. (por. załączniki nr 7 i 8 do odpowiedzi na odwołanie).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że wskazywane w odwołaniu rozbieżności pomiędzy stawkami deklarowanymi przez przystępującego we wstępnym badaniu rynku a zaoferowaną przez niego ceną ofertową, jako typowe, będące udziałem nie tylko przystępującego ale i odwołującego czy podmiotów z jego grupy kapitałowej, nie mogłyby wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej przystępującego.

Ad. d)

Nietrafna okazała się również argumentacja odwołującego wywodzona z porównania stawek zaoferowanych przez przystępującego w ramach przeprowadzonego przez zamawiającego w 2021 r. postępowania na naprawę 4 poziomu utrzymania dla pojazdów typu 22WE (postępowanie pn. „Usługa naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych 9 szt. pojazdów 22WE (EN76) wraz z wykonaniem prac dodatkowych”, nr KS/ZP/2/2021) do stawek zaoferowanych przez tego wykonawcę w obecnym postępowaniu.

Izba stwierdziła, że w ofercie złożonej w ww. postępowaniu z roku 2021 przystępujący zaoferował wykonanie czynności z zakresu 4 poziomu utrzymania 9 szt. pojazdów 22WE za kwotę łączną 26.901.000,00 zł netto, tj. 2.989.000,00 zł netto/pojazd, przy krótszym okresie gwarancji (48 miesięcy). W obecnym postępowaniu wykonawca ten zaoferował zaś wykonanie czynności z zakresu 4 poziomu utrzymania pojazdów typu 22WE za kwotę 3.508.000,00 zł netto przy 60 miesięcznym okresie gwarancji. Powyższe oznaczało, że w stosunku do 2021 r. przystępujący zaoferował stawki o ponad 17% wyższe niż zaoferowane w 2021 r. Wbrew zatem twierdzeniom odwołującego brak było podstaw do ustalenia, że w stosunku do 2021 r. przystępujący nie uwzględnił zmienionej sytuacji na rynku, czy specyfiki obecnego postępowania. Ponadto, czynienie takich analogii było również nazbyt uproszczone z tego powodu, że pojazdy EN76, będące przedmiotem usług z postępowania z 2021 r. okazały się pojazdami starszymi, niż pojazdy 21WEa, 22WEa i 34WEa, będące przedmiotem usług serwisowania w ramach tego postępowania, a ponadto objęte jeszcze serwisem producenta.

Kierując się powyższymi rozważaniami, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Oddaleniu podlegał zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo gdy w rzeczywistości cena oferty złożonej przez przystępującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, zaś przystępujący nie uwzględnił w cenie złożonej oferty wszystkich elementów i wymogów niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia.

Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do

zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonso”). Stanowisko Trybunału znalazło odzwierciedlenie w przepisach art. 69 aktualnie obowiązującej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, tzw. dyrektywy klasycznej, gdzie wskazano, że:

1. Instytucje zamawiające wymagają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług.
3. Instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Może ona odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust. 2.
4. Jeżeli instytucja zamawiająca stwierdzi, że oferta jest rażąco niska ze względu na fakt otrzymania przez oferenta pomocy państwa, może odrzucić taką ofertę na tej podstawie jedynie po konsultacji z oferentem, gdy oferent nie jest w stanie udowodnić w wystarczającym terminie wyznaczonym przez tę instytucję zamawiającą, że pomoc ta była zgodna z zasadami rynku wewnętrznego w rozumieniu art. 107 TFUE. W przypadku gdy instytucja zamawiająca odrzuca ofertę w takich okolicznościach, powiadamia o tym fakcie Komisję.

Powyższe wymagania dyrektywy i orzecznictwa Trybunału znalazły odbicie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, że „Jeżeli zaofferowana 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.”. Znalazło to także odbicie w przepisie art. 224 ust. 6 Pzp, który definiuje, kiedy oferta podlega odrzuceniu jako oferta zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis ten stanowi bowiem, że 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.

Na obowiązek poprzedzenia ewentualnej decyzji o odrzuceniu oferty z powodu zaofferowania ceny rażąco niskiej postępowaniem wyjaśniająco-dowodowym, prowadzonym w trybie art. 224 Pzp, wskazuje się także w piśmiennictwie.

Ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej ceny lub kosztu poprzedzone musi zostać przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego opisanego w art. 224 Pzp. Przepis ten określa warunki przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (polegającego na wezwaniu wykonawcy o wyjaśnienia, w tym przedstawienie dowodów w przedmiocie ceny rażąco niskiej) w okolicznościach, gdy zamawiający oceni, że cena lub koszt oferty wydają się rażąco niskie. Ponadto przepis wprowadza m.in.: obligatoryjny wymóg wezwania o wyjaśnienia, w okolicznościach określonych w art. 224 ust. 2 Pzp oraz otwarty katalog okoliczności, których mogą dotyczyć wyjaśnienia itp. Nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, jeśli zamawiający nie przeprowadzi postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 224 Pzp. Podobnie, fikcyjnie przeprowadzone postępowanie wyjaśniające, np. w sposób, w którym zamawiający wyznaczy nieracjonalnie krótki termin na przedłożenie wyjaśnień i przekazanie dokumentów (uniemożliwiający rzeczywiste odniesienie się do uwag), nie może stanowić podstawy do późniejszego odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zamawiający, żądając wyjaśnień, zobowiązany jest ponadto wskazać, dlaczego dana cena (koszt) oferty wydaje mu się rażąco niska, a jeżeli wątpliwości dotyczą składowych ceny lub kosztu, powinien wskazać te składowe, których wycena budzi jego wątpliwości. Wykonawca nie może się domyślać, które aspekty jego oferty budzą wątpliwości zamawiającego. (por. Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 720-721).

Przed wszystkim zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl musi być poprzedzone wyczerpaniem przez zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 224 ust. 4 PrZamPubl. Procedura wyjaśniająca nie może być pominięta przez zamawiającego (tak wyr. TSUE z 22.6.1989 r., w sprawie C-103/88, Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano, Legalis). Podjęcie przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy z powodu stosowania rażąco niskiej ceny jest możliwe jedynie, gdy:

1) wykonawca nie złożył wyjaśnień lub

2) dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (zob. art. 224 ust. 6 PrZamPubl).

W sytuacji gdy wykonawca przedstawi obiektywne przyczyny stosowania ceny kwalifikowanej przez zamawiającego jako rażąco niskiej lub rażąco niskiego kosztu, które następnie zostaną zaaprobowane (przyjęte) przez zamawiającego, brak jest podstaw do odrzucenia oferty. (por. Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, dr hab. Małgorzata Sieradzka, komentarz do art. 224, za Legalis).

W zaistniałej sytuacji, prawidłowym działaniem odwołującego powinno być zatem postawienie zamawiającemu w odwołaniu wyłącznie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wszczęcia wobec przystępującego procedury wyjaśniającej i wnioskowania do Izby o nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień i dowodów w trybie art. 224 ust. 1 Pzp.

Nie ulegało bowiem wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, należało ocenić jako niedopuszczalne. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia omawianego zarzutu.

Wobec oddalenia wszystkich zarzutów chybiony okazał się także wynikowy zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez uznanie oferty przystępującego za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy w rzeczywistości oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a w konsekwencji udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanych w odwołaniu naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę* (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....