

WYROK

z dnia 6 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Aneta Młacka

Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawach w dniu 19 stycznia i 1 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2018 r. przez

odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia -

Konsorcjum: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - "PKP Intercity" S.A., Aleje Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa,

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz i zalicza:
 - 2.1. w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego - "PKP Intercity" S.A., Aleje Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 59/18

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA z Bydgoszczy oraz Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki”* Spółka Akcyjna z Mińska Mazowieckiego [Odwołujący] w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: „PKP Intercity” S.A. z

Warszawy, którego przedmiotem jest: „Dostawa 20 lokomotyw elektrycznych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania” (nr postępowania 26/01/TUT/2017); dalej jako Postępowanie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lipca 2017 r., nr ogłoszenia: 297818-2017-PL. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) [ustawa Pzp]:

- 1) art 90 ust. 2 i 3 Pzp z uwagi na bezpodstawne przyjęcie, że Newag wykazał, że zaoferowana przez niego stawka za utrzymanie pojazdów jest rzetelna i nie jest rażąco niska, podczas gdy wykonawca ten temu obowiązкови nie sprostął,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Newag oraz wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w zakresie stawki za utrzymanie pojazdów,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3) PZP w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Newag oraz wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Newag jako najkorzystniejszej, 2) odrzucenie oferty Newag, 3) przeprowadzenie ponownej oceny ofert.

Wniósł także o:

1. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia.
2. Dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu kolejnictwa na ustalenie następujących okoliczności:
 - a. czy wyjaśnienia złożone przez Newag w toku procedury przetargowej uwzględniają wszystkie koszty związane z wykonaniem usługi utrzymania pojazdów przez okres określony w SIWZ i zgodnie z wymaganiami Zamawiającego;
 - b. czy przyjęte w tych wyjaśnieniach przez Newag stawki kosztów są realne i rynkowe;
 - c. czy realne jest wykonanie usługi utrzymania pojazdów zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ za stawkę netto 0,44 zł za jeden kilometr przebiegu pojazdu przez wykonawcę Newag;
 - d. czy w stosunku do Newag zachodzą jakiekolwiek szczególne okoliczności, niedostępne dla innych wykonawców działających na rynku, które pozwalają na tak znaczne obniżenie kosztów utrzymania lokomotyw.

Zdaniem Odwołującego, dopuszczenie dowodu z opinii biegłego jest konieczne, ponieważ ocena wyjaśnień Newagu wymaga wiadomości specjalnych, a fakty podlegające stwierdzeniu wnioskowanym dowodem nie mogą być stwierdzone w inny sposób.

Wnoszący odwołanie podał, że: „(...) jest przedsiębiorcą działającym na rynku produkcji pojazdów szynowych i złożył ważną ofertę w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Oferta Odwołującego uzyskała łącznie 75,08 punktów, co oznacza, że uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert. Gdyby zatem Zamawiający nie dopuścił się zaskarżonego naruszenia przepisów postępowania i odrzucił ofertę wykonawcy Newag, Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Tym samym Odwołujący poniósł szkodę, polegającą na pozbawieniu go możliwości uzyskania Zamówienia. Jednocześnie interes Odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania przejawia się również w dążeniu do zapewnienia zgodnego z prawem przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, a więc interes rozumiany jest również jako kontrola legalności działań Zamawiającego, co również ma miejsce w przypadku niniejszego odwołania (interes sensu largo)”.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał, co następuje:

1. Oferta Newag podlega odrzuceniu z uwagi na to, że zawiera ona rażąco niską cenę w rozumieniu art. 90 ust. 1 PZP w zakresie stawki za świadczenie usług utrzymania pojazdów.
2. Podkreślił, że chociaż przedmiotowe zamówienie nie zostało podzielone na części w myśl art. 36aa Pzp, to zamówienie ma charakter mieszany i obejmuje dwa oddzielne świadczenia, za które wykonawca otrzymuje oddzielne wynagrodzenie: dostawę pojazdów oraz świadczenie usług ich utrzymania. Cena za każde z tych świadczeń stanowi oddzielne

kryterium oceny ofert i nie ulega wątpliwości, że stawka za świadczenie usług utrzymania podlega badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny.

3. Wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej - sygn. akt KIO 1001/17 i podał: „W aktualnym stanie prawnym z uwagi na treść art. 90 ust. 1 Pzp dopuszczalne jest odrzucenie

oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w wyniku negatywnej oceny przez

zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty (...). Odmienny pogląd prowadziłby do wniosku, że pozbawione merytorycznego znaczenia byłyby wyjaśnienia co do istotnych części składowych oferty. Tym samym istotne części składowe ceny lub kosztu mogą być badane pod kątem przesłanek rażąco niskiej

ceny.

4. W analogicznym postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Zamawiającego z udziałem Odwołującego oraz Newag, w którym również wyodrębniono dostawę pojazdów i ich utrzymanie, Krajowa Izba Odwoławcza nie miała wątpliwości, że cenę utrzymania należy odrębnie badać pod kątem rażąco niskiej ceny. Izba zwróciła także uwagę, że bez znaczenia dla rozpoznania sprawy jest kwestia, że zamawiający przed otwarciem ofert nie podał odrębnej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w odniesieniu do usługi utrzymania dostarczonych Pojazdów, a także kwestia ryczałtowego wynagrodzenia wykonawcy (wyrok KIO - sygn. akt KIO 1288/13).

5. „Punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: (1) wartość przedmiotu zamówienia, (2) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, również (3) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego“ (wyrok KIO - KIO/UZP 1126/09). Ustalając czy oferta

zawiera rażąco niską cenę, w pierwszej kolejności należy porównać wysokość cen zaoferowanych w postępowaniu obrazujących ceny rynkowe (wyrok KIO - KIO/UZP

1227/08).

6. Nie jest znana szacunkowa wartość zamówienia w zakresie usługi utrzymania lokomotyw. Zamawiający podał jedynie łączną szacunkową wartość zamówienia, obejmującą dostawę pojazdów wraz z utrzymaniem. Wynosi ona 333 025 000 zł (bez prawa opcji). Dowód: protokół postępowania (w aktach sprawy).

7. Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części

składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą

wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych

przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Zgodnie z dalszą treścią art 90 ust. 1 Pzp, wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia w zakresie: a) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2017 r. poz. 847); b) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; c) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; d) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; e) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

8. Pojęcie rażąco niskiej ceny należy rozumieć, zgodnie z wielokrotnie wyrażonym poglądem Krajowej Izby Odwoławczej jako „cenę nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą jego wykonanie poniżej /ego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez 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 (wyrok KIO - sygn. akt KIO 2017/16).

9. Z momentem wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp na wezwanym wykonawcy

spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Skutkiem powyższego jest wniosek, że niezależnie od szczegółowości wezwania, inicjatywa dowodowa, zakres informacji, jakie zostaną złożone w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie należą do wezwanego wykonawcy, bowiem to jego zadaniem jest wykazanie że cena nie jest rażąco niska (wyrok KIO - KIO 547/15).

10. Odwołujący wyjaśnił, że nie zostały mu udostępnione wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny utrzymania pojazdów złożone przez Newag z uwagi na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa przez tego wykonawcę. W związku z tym, że Odwołujący nie może się zapoznać z ich treścią, wnosi o zweryfikowanie tych wyjaśnień przez Izbę, a w szczególności czy wyjaśnienia te są szczegółowe, konkretne oraz czy zawierają wiarygodne dowody potwierdzające okoliczności wskazane w treści wyjaśnień. Zgodnie z

wyrokiem KIO - sygn. akt KIO 2221/17, w przepisie art. 90 ust. 2 Pzp mowa jest o

"wykazaniu", czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Co więcej, wyjaśnienia i dowody złożone już przez Newag w toku procedury wyjaśniającej są ostateczne i nie mogą być uzupełnione. W myśl wyroku KIO - sygn. akt KIO 1995/17, wykonawca, wobec którego oferty podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny nie może prezentować nowych okoliczności, nowych założeń w kontekście ustalenia ceny ofertowej, lecz winien dowodzić, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sprostął ciążącym na nim obowiązkom wynikającym z wezwania.

11. Newag zaoferował za świadczenie usług utrzymania stawkę 0,44 zł netto za jeden kilometr przebiegu pojazdu. Odwołujący zweryfikował przedmiotową stawkę i zaoferowana kwota nie pokrywa choćby najbardziej podstawowych kosztów utrzymania lokomotywy elektrycznej, które każdy z wykonawców był zobowiązany uwzględnić przy kalkulacji przedmiotowej stawki. Według obliczeń Odwołującego, opartych nie tylko o jego doświadczenia w zakresie utrzymania lokomotyw pasażerskich, ale także o oferty i faktury od poddostawców, wynika, że po uwzględnieniu wszelkich korzystnych okoliczności, ewentualnych rabatów i oszczędności, nawet przy założeniu, że Newag był w stanie wynegocjować ceny znacznie niższe niż Odwołujący, nie jest możliwe zmniejszenie kosztów świadczenia usług utrzymania według wymagań SIWZ poniżej 0,76 zł za kilometr. Tym samym, zaoferowana przez Newag stawka, stanowiąca jedno z kryteriów oceny ofert, nie pozwala na zrealizowanie zamówienia zgodnie z SIWZ i nie zawiera wszystkich elementów kosztowo-twórczych.

12. Jedynym racjonalnym wyjaśnieniem tak znacznego obniżenia ceny Newag musiały być szczególnie sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne jedynie dla tego wykonawcy. Według wiedzy Odwołującego oraz biorąc pod uwagę dotychczasową działalność Newag na rynku, nie ma podstaw aby twierdzić, że wobec wykonawcy zachodzą jakiegokolwiek szczególnie sprzyjające okoliczności umożliwiające mu wykonanie zamówienia w cenie aż o 55 % niższej od Odwołującego i o 62% niższej od konsorcjum CRRC.

13. Podkreślił, że jeżeli Newag w swoich wyjaśnieniach podawał argumenty i okoliczności, które mogą być właściwe również dla innych wykonawców działających na rynku, to nie mogą one stanowić żadnego uzasadnienia dla zaoferowania tak niskiej ceny. Jedynie okoliczności odróżniające Newag od pozostałych wykonawców, o ile wykaże się ich wpływ na cenę, mogą być brane pod uwagę jako czynnik! pozwalające na nadzwyczajną oszczędność kosztów. W związku z tym jakakolwiek okoliczność, na którą może powołać się również Odwołujący, nie może stanowić wyjaśnienia tak niskiej ceny.

14. Biorąc pod uwagę dotychczasową działalność Newag można raczej stwierdzić, że w stosunku do tego wykonawcy żadne takie okoliczności nie zachodzą. Newag nie posiada żadnego doświadczenia w świadczeniu usług ciągłego, kompleksowego utrzymania lokomotyw pasażerskich eksploatowanych z prędkością maksymalną 160 km/h. Newag dostarczał jedynie lokomotywy sześciosiowe z platformy Dragon, które są przeznaczone wyłącznie do eksploatacji w ruchu towarowym z prędkością maksymalną 120 km/h.

15. Dostępne na rynku podzespoły wykorzystywane do produkcji lokomotyw są do siebie bardzo zbliżone pod względem kosztów utrzymania, zatem nawet przy innej konfiguracji pojazdu, lecz z zachowaniem wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ, Newag nie mógł osiągnąć ponad 60% redukcji kosztów utrzymania, bowiem w lokomotywie oferowanej przez Odwołującego również wykorzystane są najnowsze rozwiązania techniczne.

16. Zgodnie z § 34 wzoru umowy, usługi utrzymania, obejmują szereg czynności:

1) planowe działania zapobiegawcze związane z utrzymaniem technicznym Pojazdów

prowadzone zgodnie z Planem Utrzymania Technicznego, które będą obejmować: a) prace utrzymaniowe Pojazdów w celu wykonania Poziomów 2, 3 i 4 utrzymania, o których mowa w rozporządzeniu OWT; b) zapewnienie zespołów, podzespołów i elementów zamiennych włącznie ze specjalnym oprzyrządowaniem i narzędziami; c) naprawy zespołów, podzespołów i elementów Pojazdów u poddostawców; d) czyszczenie pojazdów, w zakresie i na warunkach wskazanych w załączniku nr 5 do umowy; e) nadzorowanie personelu Wykonawcy przy wykonywaniu usług poziomu P1, przy czym Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłowe wykonanie tych czynności przez personel Zamawiającego.

2) nieplanowe, korekcyjne utrzymanie techniczne obejmujące: a) prace naprawcze w

Pojazdach wykonywane przez personel warsztatowy w celu stwierdzenia ich stanu rzeczywistego lub zlokalizowania (wyszukiwania) Awarii lub Uszkodzeń/Usterek; b) usuwanie Awarii lub Uszkodzeń/Usterek (naprawy); c) zapewnienie zespołów, podzespołów i elementów zamiennych włącznie ze specjalnym oprzyrządowaniem i narzędziami; d) naprawy zespołów, podzespołów i elementów Pojazdów u poddostawców

3) zapewnienia specjalistycznego wyposażenia Zaplecza Technicznego do świadczenia usług,

4) usługa zdalnej (telefonicznej) pomocy technicznej dla drużyn trakcyjnych (w zakresie konsultacji problemów z pojazdem na stacji i na szlaku).

5) przywracanie stanu pierwotnego bądź wymiana elementów podlegających zużyciu, w tym w szczególności reprofilacja zestawów kołowych oraz odnowa powłoki ochronnej,

6) zapewnienie materiałów eksploatacyjnych poza dostarczonymi przez Zamawiającego;

7) przeprowadzenie badań urządzeń podlegających Transportowemu Dozorowi Technicznemu;

8) zapewnienie ubezpieczenia mienia.

Wykonawca zobowiązany będzie także do zaangażowania i pokrycia kosztów pracowników

Zamawiającego według modelu 50-50 oraz do zapewnienia tym pracownikom regularnego szkolenia.

17. Koszt wykonania powyższych świadczeń powiększony o godziwy zysk wykonawcy składa się na stawkę za usługę utrzymania, dlatego wszystkie powyższe elementy powinny znaleźć się w wyjaśnieniach wykonawcy (kalkulacji cenowej). Brak któregośkolwiek z nich potwierdzać będzie, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

18. Racjonalnie działający wykonawca wliczy również rezerwy na koszty, których nie można przewidzieć, a które mogą zaistnieć w 5-letnim okresie świadczenia usług utrzymania. Jeżeli nawet Newag wykazał, że uwzględnił wszystkie powyższe koszty w stawce utrzymaniowej - co już samo w sobie jest mało prawdopodobne - to biorąc pod uwagę ustalone przez Odwołującego minimalne koszty świadczenia usług utrzymania, ich wysokość nie mogła zostać udowodniona przez Newag, stanowi zatem tylko gołosłowne twierdzenia.

19. W niniejszej sprawie ciężar udowodnienia, że stawka za utrzymanie nie jest rażąco niska, spoczywa na Newagu. W ocenie Odwołującego Newag nie mógł sprostać i nie sprostał ciężącemu na nim obowiązкови wykazania, że zaoferowana przezeń stawka za utrzymanie pojazdów nie jest rażąco niska.

20. Porównanie ceny zaoferowanej przez Newag z cenami innych wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, jak i ze stawkami za utrzymanie lokomotyw funkcjonujących na rynku prowadzi do jednoznacznego wniosku, że stawka zaoferowana przez Newag, wynosząca zaledwie 0,44 zł za kilometr przebiegu pojazdu, jest drastycznie niższa od jakiegokolwiek stawki za utrzymanie lokomotyw oferowanej na rynku.

21. Szacowana wartość świadczenia usług utrzymania w zakresie zamówienia podstawowego podana w ofercie Newagu (punkt 7 i 8 formularza ofertowego) wynosi 10 882 080,00 zł

netto. Dzieląc tę kwotę na liczbę pojazdów otrzymujemy 544 104 zł za wykonanie pełnego

utrzymania jednej lokomotywy w okresie 5 lat, zgodnie z zakresem wskazanym przez

Zamawiającego w SIWZ - a należy podkreślić, że utrzymania lokomotyw o tak szerokim zakresie, jak żądany przez Zamawiającego, nie realizował dotychczas żaden wykonawca

w Polsce*

22. Kwota 544.104 zł na pojazd, powinna pokryć wszystkie koszty związane z utrzymaniem lokomotyw wymienione w p. 16 powyżej, w tym koszty przeglądów na poziomach do P4 włącznie, koszty utrzymania nieplanowego oraz wszelkich dodatkowych świadczeń wymienionych w p. 16 powyżej i odnosić się do oferowanych przez Newag stawek za wykonanie czynności utrzymaniowych lokomotyw. Z uwagi na brak analogicznych zamówień, za punkt odniesienia można brać ogólne stawki oferowane wcześniej przez Newag za utrzymanie lokomotyw na poziomie utrzymania P4, który stanowi jedną z najpoważniejszych pozycji kosztowych w stawce utrzymania.

a) Wykonanie przeglądu na poziomie P4 lokomotywy EP09 dla PKP Intercity SA - oferowana cena Newagu 1 385 264 zł netto (lipiec 2017 r.)

b) Wykonanie przeglądu na poziomie P4 lokomotywy EU07 dla PKP Intercity SA - oferowana cena Newagu 1 188 392,10 zł netto (czerwiec 2017 r.), podczas gdy wykonanie

przeglądu P4 stanowi tylko jedną - choć najpoważniejszą - z pozycji kosztowych, którą należy uwzględnić w stawce za utrzymanie pojazdów zgodnie z SIWZ.

23. Zamawiający zamawiał nowoczesne lokomotywy na przestrzeni ostatnich lat od dwóch wykonawców: Odwołującego oraz od konsorcjum wykonawców Siemens AG i Siemens sp. z o.o (dalej: Siemens). Odwołujący dostarczył Zamawiającemu 10 lokomotyw spalinowych z przekładnią elektryczną, za utrzymanie których zaoferował stawkę 2,84 zł za 1 km przebiegu pojazdu. Siemens dostarczył Zamawiającemu 10 lokomotyw elektrycznych, za utrzymanie których zaoferował stawkę 2,0733 zł za 1 km przebiegu pojazdu. Usługi utrzymania świadczone na podstawie ww. umów miały bardzo zbliżony zakres do usług utrzymania w niniejszym postępowaniu i obejmują wykonywanie przeglądów pojazdów na poziomach utrzymania do P4 (w przypadku umowy zawartej z Siemens, z wyłączeniem pierwszego poziomu utrzymania) wraz z zapewnieniem materiałów i części niezbędnych do ich wykonania, a także nieplanowe, korekcyjne utrzymanie techniczne.

24. W niniejszej sprawie Zamawiający zastosował dwa kryteria cenowe: cena jednostkowa dostawy pojazdów (waga 44 %) i stawka za świadczenie usług utrzymania (43 %). Zamawiający wyraźnie odróżnił te elementy zamówienia. Przy takim sposobie sformułowania oceny ofert Newag dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji poprzez manipulowanie kryteriami oceny ofert celem uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, którzy nie stosowali takich praktyk i uczciwie wskazywali cenę. Newag skonstruował strukturę cenową swojej oferty w sposób nie mający nic wspólnego z zasadami uczciwej konkurencji. Zaoferowana przez Newag łączna cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest najwyższa spośród wszystkich złożonych ofert, ponieważ wykonawca ten musiał przesunąć część kosztów związanych z utrzymaniem pojazdów do ceny dostawy pojazdów. Dzięki temu wykonawca ten uzyskał przewagę i osiągnął pierwsze miejsce w rankingu ofert. Prowadzi to do wypaczenia wyników postępowania i naruszenia zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu. Działania Newagu zostały podjęte wyłącznie w celu uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, co stanowi przesłankę wystarczającą do uznania, że stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

25. Zabieg, który zastosował Newag, obrazuje porównanie ofert Newag i Odwołującego. W związku z tym, że Newag i PESA są wyspecjalizowanymi przedsiębiorstwami produkującymi tabor szynowy, działającymi przede wszystkim na polskim rynku i na tym rynku zakorzenionymi, można przyjąć, że poziomy kosztów, które muszą ponieść dla zrealizowania przedmiotowego zamówienia są podobne. Newag jednak, wykorzystując przyjęte przez Zamawiającego wagi cenowych kryteriów oceny ofert, obniżył cenę utrzymania w okresie 60 miesięcy dla każdej z lokomotyw o 655.000,00 PLN w stosunku do ceny zaoferowanej przez odwołującego, dzięki czemu mógł podnieść cenę dostawy każdej z lokomotyw o 1,750.000 PLN i uzyskać najwyższą liczbę punktów, pomimo zaoferowania łącznej ceny ofertowej wyższej o niemal 22 miliony złotych (kwoty netto).

26. Średnie z cen zaoferowanych przez Odwołującego oraz CRRC kształtują się następująco:

a) Cena netto dostawy 20 pojazdów: 249 081 500,00 PLN

b) Cena netto świadczenia usług utrzymania dla 20 pojazdów w okresie 60 miesięcy: 23 990 040,00 PLN.

Porównanie analogicznych cen z wszystkich złożonych ofert z tą średnią kształtuje się następująco:

Odwołujący		
	zaoferowana wartość	porównanie do średniej rzetelnych ofert
Cena netto dostawy 20 pojazdów	253 000 000,00	+2%
Cena netto świadczenia usług utrzymania dla 20 pojazdów w okresie 60 miesięcy	23 990 040,00	-8%
CRRC		
	zaoferowana wartość	porównanie do średniej rzetelnych ofert
Cena netto dostawy 20 pojazdów	245 163 000,00	-2%
Cena netto świadczenia usług utrzymania dla 20 pojazdów w okresie 60 miesięcy	28 441 800,00	+8%
Newag		
	zaoferowana wartość	porównanie do średniej rzetelnych ofert
Cena netto dostawy 20 pojazdów	288 000 000,00	+16%
Cena netto świadczenia usług utrzymania dla 20 pojazdów w okresie 60 miesięcy	10 882 080,00	-58%

Jak widać, cena pojazdu zaoferowana przez Newag jest znacznie wyższa od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, a cena świadczenia usług utrzymania - znacznie niższa. W związku z tym można przypuszczać, że Newag dokonał niedozwolonego finansowania krzyżowego, uwzględniając większość kosztów utrzymania pojazdów w cenie dostawy w celu uzyskania zamówienia.

27. Utrwalony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jest pogląd, że tzw. subsydiowanie skrośne stanowi przejaw nieuczciwej konkurencji i tym samym jest niedozwolone w myśl

PZP. W takim przypadku mamy do czynienia w niniejszej sprawie: Newag pokrywa

koszty jednego rodzaju działalności (świadczenie usług utrzymania pojazdów) z przychodów osiągniętych dzięki wykonywaniu innego świadczenia (dostawa pojazdów),

por. KIO 66/16; KIO 69/16; KIO 73/16, KIO 437/13).

28. W wyroku z dnia 28 marca 2017 r. (KIO 473/17) Izba wskazała: „Ceny poszczególnych elementów oferty, również muszą odzwierciedlać realne dla nich koszty, przynajmniej do poziomu; który pozwala na taką ocenę. Za czyn nieuczciwej konkurencji może być poczytane takie rozkładanie kosztów oferty; przykładowo, które wskazuje na lokowanie przeważających kosztów na wstępny etap umowy, nie związany z postępem prac, lub wręcz dający możliwość odstąpienia od realizacji umowy przez wykonawcę po pobraniu wynagrodzenia nieadekwatnego do zakresu wykonanych prac, co również zdarzało się w praktyce zamówień publicznych. Przejawem manipulacji cenowej nie jest jedynie przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty - w niegodziwym celu - wyeliminowania w ten sposób konkurencji; ale wszelkie znaczące / wyraźnie wskazujące na taki zamiar - odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania.

29. Podobnie w wyroku sygn. akt KIO 2046/14: „Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępujących w sytuacji gdy dokonali oni manipulacji stawkami kosztorysu (zawyżając jedne z nich a zaniżając inne), dzięki czemu stworzyli sytuację, która mogłaby im umożliwić skredytowanie przez zamawiającego robót wykonywanych na późniejszych etapach realizacji zamówienia. Przystępujący ani w złożonych wyjaśnieniach, do których został wezwany przez Zamawiającego, ani w postępowaniu odwoławczym, nie wykazali prawidłowości i rzetelności kalkulacji wyceny zakwestionowanych w odwołaniu pozycji kosztorysu. W ocenie Izby jest to działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia. W konsekwencji prowadzi to do naruszenia interesu przedsiębiorców; którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia

18 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 r., sygn. akt CKN 271/01). Dobrze obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przypisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.

30. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Newag na podstawie art. 90 ust. 3 PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP. Zaniechanie odrzucenia oferty Newag powoduje naruszenie fundamentalnych zasad obowiązujących w ramach prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 19/01/2018) wniósł o jego oddalenie wskazując w szczególności na następujące okoliczności:

W punkcie 3 pisma podał:

3.1 Istotą argumentacji Odwołującego jest twierdzenie jakoby cena zaoferowana przez

Newag w zakresie świadczenia usług utrzymania Pojazdów była rażąco niska (str. 3 Odwołania). W tym zakresie Odwołujący wskazuje, że zweryfikował tę stawkę i wyłącznie na tej podstawie przyjmuje, że zaoferowana przez Newag kwota nie pokrywa choćby najbardziej podstawowych kosztów utrzymania lokomotywy elektrycznej, które każdy z wykonawców był zobowiązany uwzględnić przy kalkulacji przedmiotowej stawki (str. 5 Odwołania).

3.2 Jednocześnie Odwołujący nie przytacza żadnych dodatkowych okoliczności faktycznych (w szczególności nie przedstawia jakichkolwiek dowodów), ograniczając się jedynie do wskazania, że (i) wykaże powyższe w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, (ii) według jego obliczeń opartych na posiadanym doświadczeniu minimalna stawka za świadczenie usług utrzymania według wymagań SIWZ wynosi 0,76 zł za kilometr (str. 5 Odwołania).

3.3 Z powyższego Odwołujący wnioskuje, że zaoferowana przez Newag stawka nie pozwala na zrealizowanie zamówienia zgodnie z SIWZ i nie zawiera wszystkich elementów kosztotwórczych.

3.4 Odwołujący wskazuje też, że według jego informacji, w przypadku Newag nie zachodzą jakiegokolwiek szczególnie sprzyjające okoliczności umożliwiające mu obniżenie zaoferowanej ceny za świadczenie usług utrzymania Pojazdów w porównaniu do np. Odwołującego.

3.5 Odwołujący w sposób opisowy prezentuje też zakres obowiązków wykonawcy w zakresie czynności utrzymania Pojazdów wynikający ze Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ a także wskazuje, że oprócz nich, racjonalnie działający wykonawca powinien przeznaczyć odpowiednią rezerwę na koszty, których nie można było przewidzieć, a które mogą zaistnieć w 5-letnim okresie świadczenia usług utrzymania (str. 6 Odwołania).

3.6 W dalszej kolejności Odwołujący porównuje cenę zaoferowaną przez Newag na usługę utrzymania Pojazdów z cenami innych wykonawców zaoferowanymi w Postępowaniu (w tym zakresie Odwołujący "oskarża" Newag o stosowanie tzw. subsydiowania skrośnego), a także z innymi cenami oferowanymi przez tego wykonawcę w zupełnie innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (tj. zamówienia na usługę utrzymania P4 lokomotyw EP09 oraz lokomotyw EU07).

3.7 Uzasadniając zarzut odnoszący się do rzekomego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący, wychodząc od ustalonych w Postępowaniu kryteriów oceny ofert, stwierdza na str. 7 Odwołania, że przy takim ich sformułowaniu Newag dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji poprzez manipulowanie kryteriami oceny ofert. W ocenie

Odwołującego celem Newag w powyższym zakresie było uzyskanie zamówienia kosztem innych wykonawców, którzy nie stosowali takich praktyk i uczciwie wskazywali cenę. Jak stwierdza Odwołujący, zaoferowana przez Newag łączna cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest najwyższa spośród wszystkich złożonych ofert, ponieważ według Odwołującego, Newag musiał przesunąć część kosztów związanych z utrzymaniem Pojazdów do ceny dostawy Pojazdów. Powyższe miało rzekomo prowadzić do wypaczenia wyników Postępowania i naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Przytaczane przez Odwołującego tabele na str. 8 Odwołania mają potwierdzać, że Newag dokonał rzekomo niedozwolonego finansowania krzyżowego, uwzględniając większość kosztów utrzymania Pojazdów w cenie

dostaw Pojazdów (zwiększając wartość samego Pojazdu) i obniżając w ten sposób wartość usług ich utrzymania. Odwołujący stara się w ten sposób wykazać, że, Newag pokrywa koszty jednego rodzaju działalności (świadczenie usług utrzymania Pojazdów) z przychodów osiągniętych dzięki wykonywaniu innego świadczenia (dostawa Pojazdów).

W punkcie 4 pisma stwierdził:

4.1 Zamawiający nie podziela argumentacji Odwołującego i stoi na stanowisku, że jego działania pozostawały w pełni zgodne z przepisami PZP.

4.2 W związku z faktem, że cena zaoferowana przez Newag za usługę utrzymania Pojazdów była niższa od cen pozostałych oferentów, Zamawiający wezwał tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 PZP do przedstawienia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów potwierdzających, że cena za ten element świadczenia Newag nie jest rażąco niska.

4.3 Istotne jest również to, że cena jednostkowa samego Pojazdu zaoferowana przez Newag nie budziła najmniejszych wątpliwości w tym zakresie z punktu widzenia Zamawiającego, ponieważ była ona wyższa niż w przypadku pozostałych wykonawców.

4.4 W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Newag przedstawił obszernie wyjaśnienia, bardzo konkretnie uwypuklające okoliczności, które zadecydowały o możliwości obniżenia ceny za utrzymanie Pojazdów, a także załączył szereg dowodów potwierdzających te twierdzenia.

4.5 Oczywiście, przepisy PZP nie dają wyraźnych, jednoznacznych wskazówek odnośnie sposobu badania wyjaśnień wykonawcy co do zaoferowanej ceny. Co więcej, przepisy PZP nie precyzują też jak szczegółowy powinien być zakres informacji przekazywanych przez wykonawcę w celu przekonania zamawiającego o realności zaoferowanej ceny. Pewnym punktem odniesienia dla tych wyjaśnień może być sama treść wezwania kierowanego do danego wykonawcy.

4.6 Odnosząc powyższe do zaistniałego w sprawie stanu faktycznego, warto podkreślić, że wezwanie Zamawiającego skierowane do Newag w dniu 5 grudnia 2017 r. miało dość ogólny charakter (jego wątpliwości wzbudziła wyłącznie różnica cenowa za jeden element zaoferowanego świadczenia). Jednocześnie same wyjaśnienia Newag odpowiedziały na to wezwanie bardzo szczegółowo, przedstawiając nawet konkretne wyliczenia w zakresie zakładanego przez tego wykonawcę zysku.

4.7 W świetle powyższego należy uznać, że Zamawiający nie oczekiwał aż tak szczegółowych wyjaśnień, niemniej ich uzyskanie utwierdziło go jeszcze bardziej w przekonaniu co do tego, że zaoferowana przez Newag cena za utrzymanie Pojazdów została wyliczona należycie.

4.8 W ocenie Zamawiającego, wbrew temu co twierdzi bezpodstawnie Odwołujący (bo przecież nie zapoznał się z wyjaśnieniami swojego konkurenta), Newag wykazał się daleką idącą chęcią bardzo konkretnego i opartego dowodami wykazania, że oferowana cena za utrzymanie Pojazdów jest ceną realną. Nie można w tym przypadku mówić o jakiegokolwiek „beletryście” często spotykanej nawet w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, gdzie wykonawcy starając się wykazać realność zaoferowanej ceny mnożą różnego rodzaju ogólne informacje dotyczące doświadczenia czy zastosowaniu bliżej niesprecyzowanych technologii pozwalających na obniżenie ceny.

4.9. Według Zamawiającego wyjaśnienia otrzymane od Newag były rzetelne, wyczerpujące i w ich świetle nie można zarzucać Zamawiającemu ani zaniechania odrzucenia oferty Newag z powodu nieprzekonującego charakteru udzielonych wyjaśnień (art. 90 ust. 3 PZP), ani z powodu tego, że cena Newag za utrzymanie Pojazdów jest rażąco niska (art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP).

4.10 Celem wykazania, że Newag jednoznacznie potwierdził, że zaoferowana przez niego cena za utrzymanie Pojazdów nie jest rażąco niska a wyjaśnienia miały charakter kompletny, Zamawiający wnosi o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania, tj. z wyjaśnień złożonych przez Newag w dniu 12 grudnia 2017 r. na wskazane powyżej okoliczności.

Dowód: Wyjaśnienia Newag z 12 grudnia 2017 r. (w aktach Postępowania) — dokument w całości zawiera informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa.

4.11 Niezależnie od złożonego wniosku dowodowego, Zamawiający w dalszej części pisma odniesie się w sposób merytoryczny do twierdzeń Odwołującego, bez ujawniania jednak jakichkolwiek konkretnych informacji zastrzeżonych przez Newag w swoich wyjaśnieniach jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

4.12 Na wstępie warto zwrócić uwagę na intencję Zamawiającego w zakresie ustalonych przez niego kryteriów oceny ofert, ponieważ ma ona kolosalne znaczenie z punktu widzenia rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Formułując kryteria oceny ofert w taki sposób, że praktycznie „na równi” Zamawiający punktował cenę jednostkową Pojazdu (44% możliwych do zdobycia punktów), jak i świadczenie usług jego utrzymania w okresie pięciu lat (43% możliwych do zdobycia punktów), Zamawiający dał wyraz swojemu zapotrzebowaniu co do zamawianego świadczenia.

4.13 Zapotrzebowanie to z jednej strony obejmowało (i) konkretny Pojazd o parametrach technicznych nie gorszych niż wskazane w Załączniku nr 1 do SIWZ, a z drugiej (ii) świadczenie usług utrzymania takiego Pojazdu w zakresie szczegółowo wskazanym we Wzorze Umowy stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ. Zamawiający doskonale zdawał sobie sprawę z tego, że ustalając kryteria w taki sposób zwiększy konkurencyjność Postępowania, ponieważ każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie będzie musiał nie tylko zapewnić zgodny z minimalnymi wymaganiami Zamawiającego Pojazd, ale maksymalnie też obniżyć koszty jego utrzymania. Powyższe miało na celu faktyczne „zachęcenie” wykonawców do zaoferowania wysokich jakościowo komponentów oraz takiego zaprojektowania Pojazdów i ich wyposażenia, aby maksymalnie zmniejszyć pracochłonność (a zatem i koszty) etapu ich utrzymania. W skrajnym przypadku Zamawiający dopuszczał zatem nawet możliwość, w której zaoferowany byłby mu Pojazd znacznie droższy (bo uwzględniający lepsze rozwiązania techniczne, w szczególności lepsze i bardziej wytrzymałe komponenty, skutkujące możliwością obniżenia ceny za utrzymanie), ale w dużym stopniu „bezobsługowy” tzn. wymagający minimalnych nakładów na etapie utrzymywania. Powyższe ma bardzo istotne znaczenie z punktu widzenia Zamawiającego, bo przecież Pojazdy nabyte w rezultacie Postępowania będą przez niego eksploatowane przez okres co najmniej 30 lat, a zatem w interesie Zamawiającego leży, aby także po wykonaniu zamówienia (kiedy to Zamawiający będzie już bezpośrednio obciążany kosztami utrzymania Pojazdów) koszty związane z eksploatacją Pojazdów były jak najniższe.

4.14 Podejście Zamawiającego, o którym mowa powyżej, wiązało się też z doświadczeniami Zamawiającego uzyskanymi przy realizacji dostaw lokomotyw Gama (umowa na dostawę tych pojazdów kolejowych została zawarta w 2014 r.) produkowanych przez Odwołującego. Doświadczenia z realizacji tego kontraktu wyraźnie pokazują, że wyższy koszt świadczenia usług utrzymania pojazdów kolejowych wynika z konieczności uwzględnienia przez wykonawców w tej cenie chociażby kar umownych, które wykonawcy płacą za niedotrzymanie deklarowanych współczynników gotowości i niezawodności. W dużym uproszczeniu, parametry te pokazują w wartościach procentowych jak bardzo niezawodny jest pojazd kolejowy. Im wyższa zatem zadeklarowana wartość wskaźnika procentowego, tym krótszy czas założony przez producenta dedykowany wyłączeniom awaryjnym. Współczynniki o których mowa są punktowane w ramach kryteriów oceny ofert (także w ramach niniejszego Postępowania). Z kolei brak dotrzymania tych współczynników (czyli w praktyce wystąpienie sytuacji kiedy pojazd nie może być eksploatowany tak jak deklarował wykonawca) wiąże się z naliczaniem kar umownych. Z powyższego wynika, że wykonawca oferujący produkt o wyższych jakościowo komponentach nie musi uwzględniać w swoich kosztach ponoszonych na etapie utrzymania dodatkowych obciążeń wynikających z ryzyk w postaci kar umownych za niedotrzymanie deklarowanych współczynników. Opisany przypadek jedynie potwierdza prostą zasadę z doświadczenia życiowego, że im koszt świadczenia „pierwotnego” (w sensie dostawy samego pojazdu kolejowego) jest większy, tym mniejsze koszty generuje on na etapie jego użytkowania tj. utrzymania.

4.15 W zamierzeniu Zamawiającego (tj. otrzymanie dobrego jakościowo pojazdu kolejowego generującego minimalne koszty na etapie późniejszej eksploatacji) idealnie wpisała się oferta przedstawiona przez Newag.

4.16 Jednocześnie nie jest uprawnionym (na obecnym etapie Postępowania) kwestionowanie takiego podejścia przez Odwołującego. Jeżeli bowiem Odwołujący nie zgadzał się z przyjętymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert a w zasadzie z przyjętą przez Zamawiającego równorzędnością kosztów samej dostawy i utrzymania, to powinien skarżyć SIWZ w terminie ustawowym domagając się np. zmniejszenia wagi punktowej dla usług utrzymania Pojazdów.

4.17 Już w zasadzie z tego powodu cała argumentacja Odwołującego jest niezasadna u samej podstawy. Mówiąc innymi słowami, Odwołujący stara się za pomocą ceny zaoferowanej przez Newag za utrzymanie Pojazdów zdyskredytować całą jego ofertę, podczas gdy zupełnie pomija istotną w tym Postępowaniu okoliczność, że podejście Newag do ustalonych w Postępowaniu (i nie kwestionowanych przez wykonawców) kryteriów oceny ofert było prawidłowe z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego, ale też i znajdujących zastosowanie przepisów PZP.

4.18 Oczywistym jest przy tym, iż zaoferowanie lepszego jakościowo Pojazdu i tym samym obniżenie kosztów utrzymania nie oznacza przy tym iż dochodzi do jakiegokolwiek

przeniesienia kosztów utrzymania do ceny Pojazdu. Jedyne logiczne wnioski jakie wiąże się z powyższym, sprowadza się do tego, że na skutek zastosowanej konstrukcji technicznej Pojazdu, wykonawca jest w stanie świadczyć usługi utrzymania ponosząc niższe koszty, co z kolei pozwala wykonawcy zaoferować niższą cenę w tym.

4.19 Zamawiający nie znajduje żadnych podstaw do kwestionowania przyjętej przez Newag strategii budowania ceny za Pojazd oraz za jego utrzymanie, w szczególności biorąc pod uwagę dokumentację Postępowania.

4.20 Co więcej, sposób rozumowania Zamawiającego i jego zrozumienie po stronie wykonawców potwierdza nie tylko oferta Newag, ale też i oferta trzeciego wykonawcy ubiegającego się o zamówienie - Konsorcjum CRRC. Wskazany wykonawca przyjął zupełnie odwrotną do Newag strategię budowania ceny ofertowej (ale też jak najbardziej dozwoloną) poprzez obniżenie świadczenia „pierwotnego” — cena zaoferowana przez Konsorcjum CRRC za dostawę pojedynczej lokomotywy była najniższa spośród wszystkich złożonych w Postępowaniu. Jednocześnie jednak cena zaoferowana przez tego wykonawcę za samo utrzymanie takiej lokomotywy była najwyższa spośród wszystkich. Takie podejście było jak najbardziej zasadne w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert, niemniej jak się okazało, mało skuteczne. Nie można jednak z tego powodu czynić jakichkolwiek zarzutów pod adresem Konsorcjum CRRC, ponieważ poruszało się ono w swojej strategii w granicach wyznaczonych przez Zamawiającego. Analogicznie postąpił Newag.

4.21 Przechodząc do bardziej konkretnych rozważań na temat realności zaoferowanej przez Newag ceny za utrzymanie Pojazdów należy rozpocząć od odniesienia się do zakresu czynności podejmowanych przez wykonawcę w okresie utrzymania. W tym przypadku (co ma bardzo istotne przełożenie na same koszty utrzymania) Zamawiający ustalił jedynie pewien „minimalny” zakres czynności, które wykonawca będzie musiał przeprowadzić na etapie utrzymania Pojazdów, wskazując jedynie konkretne wymagania dla przeglądów utrzymaniowych na poziomie P1 (str. 3 Załącznika nr 1 do SIWZ, punkt 15 Minimalny przebieg i czas pomiędzy przeglądami P1 — 15.000 km). Tytułem wyjaśnienia warto wskazać, że w tym przypadku chodzi o najprostsze czynności związane z oceną stanu najbardziej podstawowych zespołów, podzespołów i układów pojazdu kolejowego. Pozostałe poziomy dokonywanych przeglądów utrzymaniowych (od P2 do P5 włącznie) nie zostały świadomie w sposób bardziej skonkretyzowany ustalone, ponieważ ich liczba wiąże się bezpośrednio z konkretnymi rozwiązaniami technicznymi przyjętymi w Pojeździe. Jedyne konkretne wymaganie w zakresie innych niż P1 przeglądów, dotyczył poziomu utrzymania P4, co do których Zamawiający wprost wskazał, że przegląd taki powinien odbyć się co najmniej po upływie 60 miesięcy (str. 3 Załącznika nr 1 do SIWZ, punkt 16. Minimalny czas do wykonania naprawy

Dowód: Załącznik nr 1 do SIWZ (w aktach Postępowania).

4.22. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający badał wyjaśnienia przedstawione przez Newag w szczególności z punktu widzenia rozwiązań pozwalających na obniżenie częstotliwości przeglądów na poziomach innych niż P1 oraz P4, bo te zostały wprost zdefiniowane w dokumentacji Postępowania. Stosowne informacje poparte wyliczeniami znalazły się w wyjaśnieniach Newag — punkt 1.1 wyjaśnień, natomiast odpowiednie kalkulacje (poparte dowodami) znalazły się w punkcie II wyjaśnień. Z całokształtu tych informacji w sposób bezpośredni wynika, że Newag posiada jasną koncepcję w zakresie sposobu maksymalnego zoptymalizowania kosztów utrzymania Pojazdów.

Dowód: Wyjaśnienia Newag z 12 grudnia 2017 r. (w aktach Postępowania) — dokument w całości zawiera informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa.

4.23 Ponadto, wyjaśnienia Newag w powyższym znajdowały swoje oparcie także w treści samej oferty złożonej w Postępowaniu. Powyższa uwaga ma zastosowanie do dwóch okoliczności.

4.24 Po pierwsze, wykonawcy składający swoje oferty zobowiązani byli bowiem do przedłożenia wraz z ofertą zestawienia kosztów cyklu życia oferowanych Pojazdów od chwili przekazania Pojazdu do eksploatacji do momentu likwidacji eksploatacyjnej. Z zestawienia wyliczeń przygotowanych przez Newag (str. 45 oferty Newag) oraz Odwołującego (str. 77-78 oferty Odwołującego) wyraźnie wynika, że koszty w całym cyklu życia zaoferowanych Pojazdów są zbliżone, z tą tylko różnicą, że Odwołujący sam koszt zakupu wycenił taniej, a późniejsze czynności utrzymania drożej, zaś Newag odwrotnie (droższy zakup przy mniejszych kosztach utrzymania).

Dowód: Strona 45 oferty Newag (w aktach Postępowania) - dokument w całości zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dowód: Strona 77-79 oferty Odwołującego (w aktach Postępowania) - dokument w całości zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

4.25 Po drugie, wykonawcy składający swoje oferty przedkładali także do ofert dokument opisujący system i zakres utrzymania eksploatacyjnego oferowanych Pojazdów. W przypadku Newag, przedłożony dokument był bardzo obszerny i pokazywał w sposób wiarygodny spójną koncepcję Newag w zakresie usług utrzymania Pojazdów. Dla porównania można tylko wskazać, że tożsamy dokument złożony przez Odwołującego liczył zaledwie 3 strony.

Dowód: Strona 46-317 oferty Newag (w aktach Postępowania) - dokument w całości zawiera informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa.

Dowód: Strona 80-82 oferty Odwołującego (w aktach Postępowania) - dokument w całości zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

4.26 Oprócz tego Zamawiający uznaje w szczególności za przekonującą argumentację Newag zawartą w wyjaśnieniach (punkt 1.2 wyjaśnień Newag), w której wykonawca ten wskazuje na wpływ zastosowanej konstrukcji Pojazdów na możliwość obniżenia kosztów związanych z utrzymaniem Pojazdów.

4.27 Także dalsze okoliczności przywoływane przez Newag w wyjaśnieniach (punkty 1.3-1.6) mają w ocenie Zamawiającego bezpośredni wpływ na korzystne ekonomicznie utrzymanie zaoferowanych Pojazdów, a fakt oparcia wskazanych twierdzeń na przedłożonych dokumentach (w szczególności specyfikacjach oraz opiniach technicznych prezentowanych przez użytkowników zastosowanych rozwiązań) jeszcze bardziej je uwiarygodnia.

Dowód: Wyjaśnienia Newag z 12 grudnia 2017 r. (w aktach Postępowania) — dokument w całości zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

4.28 Jednocześnie nie sposób nie odnieść wrażenia, że Odwołujący całą swoją argumentację, która miałaby kwestionować powyższe, opiera w zasadzie wyłącznie na próbie „narzucenia” Zamawiającemu dokonanej przez siebie (i) strategii w zakresie kalkulacji ceny, (ii) sposobu wyceny dla poszczególnych świadczeń realizowanych przez wykonawcę na etapie utrzymania Pojazdów. W tym sensie wskazana przez Odwołującego rzekoma minimalna stawka za 1 kilometr świadczenia usług utrzymania na poziomie 0,76 zł nie została poparta jakimikolwiek dowodami, ale w szczególności nie uwzględnia ona ani strategii, ani sposobu wyceny Newag, a już na pewno nie uwzględnia okoliczności sprzyjających obniżeniu kosztów utrzymania, jakie uwzględnił Newag wymienionych w punktach 1.1-1.6 swoich wyjaśnień. Mówiąc najprościej, jakiekolwiek wyliczenia, które przedstawiłby Odwołujący nie będą odnosiły się do możliwości jakie posiada Newag. Kalkulacje Odwołującego pozostaną jedynie jego własnymi kalkulacjami, które mogłyby być brane co najwyżej przy badaniu jego ceny. Do podobnych wniosków przy ocenie przedkładanego materiału dowodowego w zakresie rażąco niskiej ceny przy usługach utrzymania pojazdów kolejowych doszła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 4 grudnia 2017 r. (sygn. KIO 2235/17, KIO 2237/17) rozpatrując odwołanie Newag w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej na zakup elektrycznych zespołów trakcyjnych prowadzonym przez Koleje Mazowieckie Sp. z o.o.

4.29 Zamawiający może jedynie przypuszczać, że wskazana przez Odwołującego rzekoma „minimalna” stawka opiera się wyłącznie o własne doświadczenia Odwołującego i dotyczy Pojazdu zaoferowanego przez Odwołującego, a dodatkowo opiera się o oferty oraz faktury od jego poddostawców. Znamienne przy tym jest to, że zupełnie inne faktury oraz oferty dla swojego świadczenia przedstawił w wyjaśnieniach Newag, co znalazło wyraz w dokumentach przedłożonych do wyjaśnień stanowiących odpowiednio załączniki nr 12 oraz 13.

Dowód: Załączniki nr 12 oraz 13 do wyjaśnień Newag z 12 grudnia 2017 r. (w aktach Postępowania) — dokumenty w całości zawierają informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa.

4.30 Co więcej, niezależnie od innych okoliczności przywołanych w wyjaśnieniach, Newag wskazał na bardzo konkretny mechanizm, który w świetle przedstawionych wyjaśnień pozwala na korzystne ekonomicznie ukształtowanie całego procesu utrzymania. Powyższe zostało opisane w punkcie 1.3 wyjaśnień Newag, a także potwierdzone załącznikiem nr 2 do wyjaśnień.

Dowód: Punkt 1.3 wyjaśnień Newag z 12 grudnia 2017 r. a także załącznik nr 2 do tych wyjaśnień (w aktach Postępowania) — dokumenty w całości zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

4.31 Zamawiający nie zgadza się także z Odwołującym jakoby Newag w swoich wyjaśnieniach pominął którykolwiek z elementów kosztotwórczych dotyczących usług utrzymania zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SMW stanowiącym Wzór Umowy. Złożone wyjaśnienia potwierdzają, iż uwzględniono wszystkie czynniki kosztotwórcze dotyczące zakresu utrzymania wymaganego przez Zamawiającego.

4.32 Nie jest również prawdą (ale oczywiście Odwołujący może tego nie widzieć, ponieważ

nie miał okazji do zapoznania się z wyjaśnieniami Newag), że w stosunku do Newag nie zachodzą jakiegokolwiek szczególnie sprzyjające okoliczności umożliwiające mu obniżenie zaferowanej ceny za świadczenie usług utrzymania Pojazdów w porównaniu do np. Odwołującego. Okoliczności te zostały przez Newag bardzo konkretnie wskazane (wraz z podaniem wpływu tych okoliczności na możliwość zoptymalizowania ceny). W szczególności w ramach wyjaśnień przedstawiono sześć bardzo ważnych zagadnień mających wymierny wpływ na zadeklarowaną stawkę, które w ocenie Zamawiającego wyróżniają Newag.

4.33 Ponadto, Newag udostępnił Zamawiającemu pełną i kompletną kalkulację kosztów utrzymania, która wykazuje osiągnięcie zysku, a przedmiotowa kalkulacja została poparta stosownymi dowodami.

4.34 Odnosząc się z kolei do twierdzenia Odwołującego jakoby racjonalnie działający wykonawca powinien przeznaczyć odpowiednią rezerwę na koszty, których nie można było przewidzieć a które mogą zaistnieć w 5-letnim okresie świadczenia usług utrzymania (str. 6 Odwołania), Zamawiający potwierdza, że także zwrócił na to uwagę badając wyjaśnienia Newag. W tym miejscu należy podkreślić, że także ten element został przez Newag uwzględniony przy wycenie kosztów utrzymania Pojazdów, co znalazło swoje odzwierciedlenie w kalkulacji zawartej na stronie 5 wyjaśnień Newag.

Dowód: Strona 5 wyjaśnień Newag (w aktach Postępowania) - dokument w całości zawiera informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa.

4.35 Odnosząc się natomiast do przywołanych przez Odwołującego na str. 7 Odwołania przykładów kosztów związanych z utrzymaniem pojazdów kolejowych tam wskazanych należy wyraźnie zaznaczyć, że przykłady te są zupełnie nietrafione i w żaden sposób nie mogą one potwierdzać stanowiska Odwołującego.

4.36 Po pierwsze, przywołany przez Odwołującego przykład postępowania na usługę

utrzymania P4 lokomotyw EP09 dotyczył lokomotyw będących w użytkowaniu przez Zamawiającego, a produkowanych w latach 1986-1997. Co istotne, lokomotywy te już wkrótce

będą wycofywane z użytkowania, a zastosowana w nich technologia (mająca też duże znaczenie z punktu widzenia kosztów utrzymania tych pojazdów) istotnie różni się od tej wymaganej przez Zamawiającego w Postępowaniu. Konstrukcja tych lokomotyw pochodzi z lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku a została ona opracowana w oparciu o rozwiązania techniczne z lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku.

4.37 Podobnie sytuacja wygląda z przywołanym przez Odwołującego przykładem na usługę

utrzymania P4 lokomotyw EU07. One również są wprowadzane w użytkowaniu przez

Zamawiającego, ale trzeba przy tym dodać, że ich właściciel jest w pełni świadomy wysokich kosztów związanych z utrzymaniem tych pojazdów. Znacząco wyższe koszty ich utrzymania

wynikają jednak z zastosowania w tych pojazdach zupełnie innej technologii. Dość wspomnieć, że ostatni egzemplarz lokomotyw EU07 został wyprodukowany w 1992 roku. Konstrukcja tych lokomotyw pochodzi z lat sześćdziesiątych ubiegłego wieku i została zaimplementowana w oparciu o technologię angielską z lat czterdziestych ubiegłego wieku.

4.38 Mówiąc najprościej, przywołane przez Odwołującego przykłady mają się tak do Postępowania jak gdybyśmy porównywali koszty związane z eksploatacją wysokiej klasy akumulatora bezobsługowego do kosztów eksploatacji zwykłego akumulatora, w którym użytkownik musi no. sprawdzać poziom elektrolitów. W pierwszym przypadku użytkownik otrzymuje produkt droższy w nabyciu, ale niegenerujący żadnych kosztów na etapie użytkowania, natomiast w drugim przypadku odwrotnie — produkt jest tańszy przy nabyciu, ale generuje pewne koszty na etapie jego eksploatacji.

4.39 Niezależnie od powyższego, przykłady ze wskazanych postępowań nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie niniejszej sprawy także z tego powodu, że w przeciwieństwie do nich w tym Postępowaniu Zamawiający zapewnił wykonawcom zaplecze techniczne (zaplecze, w którym będą świadczone przez wykonawców usługi utrzymania Pojazdów na poziomach od P1 do P4) a także wziął na siebie czynności związane z przeprowadzaniem przeglądów na poziomie P1 (wykonawca wybrany w drodze Postępowania będzie jedynie nadzorował te przeglądy), a zatem wyraził zgodę na swój znaczący współudział w ponoszeniu kosztów utrzymania Pojazdów. W tym sensie Zamawiający przeniósł na wykonawców jedynie niektóre koszty związane z powyższym (np. zapewnienie specjalistycznego wyposażenia zaplecza). Zgodnie bowiem z § 33 Wzoru Umowy stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ, to do obowiązków Zamawiającego należy nieprzerwane zapewnienie przez cały okres obowiązywania umowy z wykonawcą zaplecza technicznego do świadczenia usług utrzymania Pojazdów wraz ze wskazanym we Wzorze Umowy wyposażeniem i obsługą.

Dowód: Załącznik nr 2 do SIWZ — Wzór Umowy (w aktach Postępowania).

4.40 Odnosząc się zaś do lakonicznej argumentacji Odwołującego w zakresie rzekomego czynu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający jedynie z daleko posuniętej ostrożności stwierdza, że o tym, czy w danych okolicznościach faktycznych rzeczywiście doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przesądzą przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK”).

4.41 W art. 3 ust. 2 UZNK definiuje się czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tym samym, aby dana czynność mogła zostać uznana za czyn nieuczciwej konkurencji, muszą zostać spełnione przesłanki wskazane w wyżej przywołanym przepisie.

4.42 W powyższym kontekście podkreślenia wymaga fakt, że Odwołujący nie wykazał jakiego rzekomo czynu nieuczciwej konkurencji miał się dopuścić Newag i na czym miałby on polegać. Tym samym trudno rzeczowo polemizować ze stanowiskiem Odwołującego. Jak można rozumieć stanowisko Odwołującego, powyższe miałyby się materializować w przerzuceniu przez Newag kosztów pomiędzy ceną za Pojazd (podwyższenie tych kosztów) i obniżeniem kosztów za same usługi utrzymania. Jednocześnie, jednak Odwołujący w żaden sposób nie wykazuje w jaki sposób działania takie w ogóle mogłyby w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

4.43. W szczególności odnosząc się do przywołanego w treści Odwołania (str. 9) wyroku KIO dot. subsydiowania skrośnego, tj. wyroku z 2 lutego 2016 r., sygn. KIO 66/16, KIO 69/16 oraz KIO 73/16, należy zauważyć, że we wskazanym orzeczeniu Izba wyraźnie odróżnia pokrywanie kosztów całkowitych ceny oferty o nierynkowym charakterze (dumpingowej) z innej działalności przedsiębiorcy (spoza oferty), a nie z ceny umownej za dany kontrakt. W ramach ceny za dany kontrakt, Izba jak najbardziej potwierdza, że kalkulacja ceny oferty jest sprawą wykonawcy i jego decyzji w tym zakresie.

4.44 Powyższe potwierdzają także inne orzeczenia KIO. Dla przykładu można przywołać wyrok z 25 stycznia 2016 r., sygn. KIO 28/16, w którym Izba wskazuje, że „(...) za niedopuszczalne uznaje się jedynie subsydiowanie skrośne, tzn. pokrywanie kosztów ceny oferty o nierynkowym charakterze (dumpingowej) z innej działalności danego przedsiębiorcy, a nie z ceny umownej za dany kontrakt.

4.45 Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy wskazać należy, że Newag nie uczynił nic, co zgodnie z przywołanym przez Odwołującego wyrokiem KIO byłoby niedopuszczalne na gruncie PZP. Także zatem i z tego względu brak było podstaw do uznania ceny oferowanej przez Newag za wypełniającą znamiona bliżej niesprecyzowanego czynu nieuczciwej konkurencji.

4.46 W ocenie Zamawiającego zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji został przez Odwołującego przywołany wyłącznie dla „wzmocnienia” jego stanowiska w zakresie pozostałych, równie nieuzasadnionych w okolicznościach niniejszej sprawy, zarzutów, tj. rzekomego zaoferowania rażąco niskiej ceny za usługę utrzymania Pojazdów czy braku wystarczających wyjaśnień ze strony Newag (przy braku możliwości dokonania ich oceny przez Odwołującego, co Zamawiający cały czas podkreśla).

4.47 Takie działanie Odwołującego potwierdza tylko, że Odwołujący „na siłę, i za wszelką cenę” próbuje wymóc na Zamawiającym odrzucenie oferty swojego konkurenta w oderwaniu od jakichkolwiek przesłanek faktycznych lub prawnych.

4.48 Z bardzo daleko posuniętej ostrożności procesowej, w przypadku uznania przez Izbę, że wyjaśnienia udzielone przez Newag nie są wystarczające (z czym Zamawiający się oczywiście nie zgadza), to i tak wydaje się, że w zaistniałym stanie faktycznym, sankcja dla tego wykonawcy w postaci odrzucenia jego oferty i tak byłaby przedwczesna.

4.49 Jeżeli by bowiem nawet uznać (co w praktyce w ocenie Zamawiającego nie ma miejsca), że wyjaśnienia Newag powinny wzbudzić u Zamawiającego jakiegokolwiek wątpliwości co do rynkowego charakteru stawki zaoferowanej za usługę utrzymania Pojazdów, to Zamawiający powinien jeszcze raz wezwać Newag w sposób bardziej szczegółowy (w zakresie istniejących wątpliwości) do dalszych wyjaśnień.

4.50 Uzasadnienie dla powyższego zawiera zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”).

4.51 Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 18 czerwca 2014 roku (KIO 1121/14): Możliwość wielokrotnego wzywania przez zamawiającego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę została uregulowana w przepisach ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych w sposób jednoznaczny działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia "rażąco niskiej ceny" nie mogą się ograniczać do

jednorazowej czynności, tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości.

4.52 Co więcej, zarówno z przepisów dyrektywy 2014/24/UE, jak i z orzecznictwa TSUE wprost wynika, że zamawiający powinien dokonać oceny złożonych wyjaśnień w drodze konsultacji z wykonawcą. Z uwagi na charakter komunikacji pomiędzy wykonawcą i zamawiającym, która ma formę konsultacji, uznaje się, że zamawiający ma prawo do wielokrotnego wyzwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w celu uzyskania odpowiedzi co do elementów oferty, które budzą wątpliwości zamawiającego. Tryb konsultacji ma bowiem na celu zapewnienie, że ustalenia czy oferta jest faktycznie rażąco niska, a w efekcie nie pozwala na prawidłowe wykonanie zamówienia, zostaną dokonane w sposób wyczerpujący i kompleksowy. Dodatkowo w orzecznictwie TSUE podkreśla się, że procedura wyjaśnienia oferty musi mieć charakter kontradyktoryjny, a instytucja zamawiająca powinna precyzyjnie określić, które części oferty budzą wątpliwości, a w konsekwencji rodzą podejrzenie, że oferta jest rażąco niska, tak aby zagwarantować, że wyjaśnienia będą kompletne (tak wyr. TSUE z 21.11.2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 oraz C-286/99, pkt 43, 46); por. wyr. TSUE z 10.2.1982 r.).

4.53 W przypadku gdy po stronie Zamawiającego powinny zaistnieć jakiegokolwiek dodatkowe wątpliwości (które na dzień dzisiejszy nie istnieją) to Izba powinna nakazać ponowne wezwanie Newag do złożenia dodatkowych wyjaśnień w określonym zakresie. W związku z powyższym żądanie mające na celu odrzucenie oferty Newag już na obecnym etapie (abstrahując od braku merytorycznej zasadności) jest także z tego powodu niezasadne, bowiem jest ono przedwczesne.

W punkcie 5 pisma w przedmiocie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego

podał:

5.1 Tak jak zostało to wskazane w petitum niniejszej odpowiedzi, Zamawiający wnosi o oddalenie przez Izbę wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności przywołane na str. 2 Odwołania.

5.2 W ocenie Zamawiającego wniosek ten nie powinien być uwzględniony co najmniej z kilku powodów.

5.3 Po pierwsze, okoliczności faktyczne, które miałyby wykazać opinią biegłego wynikają wprost z dokumentacji Postępowania, w szczególności z wyjaśnień udzielonych przez Newag Zamawiającemu w dniu 12 grudnia 2017 r.

5.4 Po drugie, sposób kalkulacji cen przyjęty przez poszczególnych wykonawców jest ich indywidualną kwestią, a zatem nie można przyjmować, że wyliczenia dokonane przez biegłego będą stanowiły jedyny możliwy wariant. Dokumentacja Postępowania dopuszczała w tym zakresie dużą elastyczność, co było wskazywane przez Zamawiającego na wcześniejszym etapie niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

5.5 Po trzecie, wniosek Odwołującego zmierza ewidentnie jedynie do przedłużenia niniejszego postępowania odwoławczego, a także ma na celu de facto sanowanie braku jakichkolwiek dowodów w tym zakresie przedstawionych przez Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca NEWAG S.A. z Nowego Sącza wnosząc jak Zamawiający o oddalenie odwołania. Także o nieuwzględnienie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, jak wskazano w odwołaniu, z zakresu kolejnictwa, albowiem również jego zdaniem okoliczności faktyczne, które miałyby wykazać opinią biegłego wynikają z dokumentacji postępowania, w szczególności z wyjaśnień udzielonych przez Newag.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając wniosek zamawiającego - "PKP Intercity" S.A. z Warszawy [Zamawiający] o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Izba uznała, że wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Dostawa 20 lokomotyw elektrycznych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania” zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA z Bydgoszczy oraz Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” Spółka Akcyjna z Mińska Mazowieckiego [Odwołujący lub Konsorcjum Pesa]. Wnosząc o odrzucenie odwołania i wskazując, że zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony Zamawiający powołał się na pełnomocnictwo z dnia 31 stycznia 2017 r. udzielone przez Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. podpisującej odwołanie pani K. L. . Jednocześnie wskazał na pełnomocnictwo z dnia 25 października 2017 r., w którym konsorcjant - ZNTK Mińsk Mazowiecki S.A. w związku z ubieganiem się o udzielenie przedmiotowego zamówienia z wykonawcą Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. ustanowił - nawiązując do zawartej umowy Konsorcjum nr MM/5060/17/149 - tego wykonawcę pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego, pełnomocnictwo z dnia 31 stycznia 2017 r. nie mogło dotyczyć Konsorcjum, a tylko wykonawcy PESA. Wskazał m.in. na art. 103 KC, stwierdzając jednocześnie, że brak ten także nie może być uzupełniony o nowe pełnomocnictwo na podstawie ustawy Pzp.

Izba nie zgodziła się z tym wnioskiem, albowiem odwołanie wniesione zostało w imieniu i na rzecz wskazanego Konsorcjum, po tym jak wykonawca PESA - pełnomocnictwem z dnia 25 października 2017 r. załączonym do oferty a następnie do odwołania - został wyznaczony jako pełnomocnik wskazanych wykonawców. PESA zatem jako pełnomocnik Konsorcjum, mógł podejmując czynności w związku z realizacją celu dla którego zostało powołane Konsorcjum, działać przez ustanowionych przez wykonawcę pełnomocników. Dla potwierdzenia zatem faktu działania wykonawcy PESA i jego pełnomocnika (p. Ksenię Latos] w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu Konsorcjum możliwe jest powoływanie się na wskazane pełnomocnictwo rodzajowe z dnia z 31 stycznia 2017 r. dla wskazanego pełnomocnika, które to umocowanie potwierdzone zostało także pełnomocnictwem z datą 17 stycznia 2018 r. przedłożonym na posiedzeniu dla tej osoby, a to z kolei dodatkowo usuwa wątpliwości odnośnie jego umocowania do działania w imieniu PESA, także jako pełnomocnika konsorcjum.

Izba rozpoznając pierwszy z zarzutów, dotyczący naruszenia art 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp skierowany do wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę NEWAG S.A. z Nowego Sącza oparty przede wszystkim na twierdzeniu, że wykonawca w tych wyjaśnieniach nie sprostął obowiązкови wykazania, że zaoferowana przez niego stawka za utrzymanie pojazdów jest rzetelna i nie jest rażąco niska i nie uwzględniając tego zarzutu miała na uwadze następujące okoliczności:

Tak jak wskazywał w odpowiedzi na odwołanie i co podkreślał na rozprawie Zamawiający, wezwanie skierowane do Newag w dniu 5 grudnia 2017 r. do udzielenia wyjaśnień miało ogólny charakter. W tym wezwaniu bowiem Zamawiający wskazał tylko, że: (...) wzywa do udzielenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, dotyczących istotnej części składowej ceny tj. zaoferowanej ceny świadczenia usług utrzymania za 1 kilometr przebiegu Pojazdu (0,54 zł brutto), w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalanych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t. j. Dz. U. Nr 2015, poz. 2008 z późn. zm.);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy”.

Dalej podał, że: „Zamawiający wymaga w złożonych wyjaśnieniach, ustosunkowania się do zaoferowanej przez Państwa ceny świadczenia usług utrzymania za 1 kilometr przebiegu Pojazdu oraz wskazania stanu faktycznego lub innych okoliczności ją uzasadniających w tym, zakresie objętego przedmiotem zamówienia”.

Z kolei wyjaśnienia Newag złożone w odpowiedzi na to wezwanie (pismo z dnia 12 grudnia 2017 r.) są szczegółowe, w których wykonawca przedstawił konkretne okoliczności (czynniki) mające kluczowe, według jego oceny, znaczenie dla poziomu ustalonej ceny za usługi utrzymania. Przedstawił także kalkulację ogólną i szczegółową co do każdego (jednego z 10-u) elementu kosztotwórczego, w tym co do zakładanego przez tego wykonawcę zysku. Tym samym Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że wykonawca NEWAG w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił w wyjaśnieniach warunki, które pozwalały na ustalenie ceny za utrzymanie Pojazdów w oferowanej wysokości, a także załączył do tych wyjaśnień dowody potwierdzające te twierdzenia. Niewątpliwie zastrzeżenie wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa (nie kwestionowane w odwołaniu) nie pozwala w uzasadnieniu ujawnić konkretnych informacji zastrzeżonych jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przez wykonawcę Newag w tych wyjaśnieniach.

W pierwszej części tych wyjaśnień wskazano na czynniki wpływające na cenę utrzymania. Wykonawca Newag m.in. omawia (wskazując na sześć czynników) te które dotyczą warunków technicznych i jakościowych pojazdu, wdrożonych systemów, optymalizacji przeglądów, korzystnych dla wykonawcy warunków umożliwiających redukcję kosztów, uwzględniając także zaplecze, które będzie udostępniane przez Zamawiającego. W drugiej części wykonawca przedstawił kalkulację (jak zaznaczył) wszystkich kosztów wpływających na zaoferowaną cenę utrzymania. Dla każdej z uwzględnianych pozycji kosztowych przedstawił szczegółowe wyliczenia popierając stosownymi dowodami, w tym ofertami dedykowanymi dla realizacji tego zamówienia.

Tym samym nie można zgodzić się z Odwołującym, że wyjaśnienia te są nierzetelne i, że wykonawca Newag nie sprostął obowiązkowi wykazania, że oferowana cena za utrzymanie Pojazdów jest ceną realną.

Izba miała także na uwadze, że Zamawiający sformułował kryteria oceny ofert (co do cenowych aspektów) w taki sposób, że w zasadzie za równorzędne uznał cenę jednostkową Pojazdu (44% możliwych do uzyskania punktów), oraz cenę świadczenia usługi jego utrzymania w okresie pięciu lat (43% możliwych do uzyskania punktów). Przedmiot zamówienia w tym przypadku dotyczył dostawy konkretnego Pojazdu o parametrach technicznych nie gorszych niż wskazane w Załączniku nr 1 do SIWZ oraz świadczenia usług utrzymania tego Pojazdu w zakresie szczegółowo wskazanym we Wzorze Umowy stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ. Ustalając zatem kryteria w taki sposób każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie musiał mieć na uwadze dostawę Pojazdu z jednej strony zgodnego z minimalnymi wymaganiami Zamawiającego, ale z drugiej strony także maksymalne obniżenie kosztów jego utrzymania. Trudno nie zgodzić się z Zamawiającym i Przystępującym Newag, że osiągnięcie tego celu wiązało się z zaoferowaniem w Pojeździe wysokich jakościowo komponentów oraz takiego zaprojektowania Pojazdów i ich wyposażenia, aby maksymalnie zmniejszyć pracochłonność (a zatem i koszty) etapu ich utrzymania. Według tak sformułowanych kryteriów Zamawiający dopuszczał niewątpliwie w skrajnym przypadku możliwość, że zaoferowany Pojazd (uwzględniający lepsze rozwiązania techniczne, w szczególności lepsze i bardziej wytrzymałe komponenty, skutkujące możliwością obniżenia ceny za utrzymanie) będzie nawet znacznie droższy, ale jednocześnie wymagający minimalnych nakładów na etapie utrzymywania. Powyższe założenia, wynikające ze specyfikacji, nie były przez Odwołującego w terminach ustawowych ustawy Pzp kwestionowane. Odwołujący bowiem nie zgadzając się z przyjętymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert, a w zasadzie z przyjętą przez Zamawiającego równorzędnością kosztów samej dostawy i utrzymania, mógł skarżyć SIWZ w terminie ustawowym domagając się przykładowo zmniejszenia wagi punktowej dla usług utrzymania Pojazdów, wskazując na jego zdaniem zagrożenia na które powołał się w odwołaniu.

Zdaniem Izby, w związku z ustaleniami poczynionymi na podstawie ofert (zestawienia cen zakupu oraz stawki za utrzymanie) złożonych w tym postępowaniu, widoczne są zależności pomiędzy kosztem zakupu pojazdu oraz późniejszymi kosztami jego utrzymania, czemu chciał zaprzeczyć Odwołujący. Jednocześnie sam taką zależność wykazał w dowodzie nr 2 pokazując zależności jakie dla oferty ma cena za 1 km utrzymania. Ponieważ waga tych dwóch elementów kosztowych była porównywalna i nie była kwestionowana, należy przyjąć, iż wykonawcy oraz zamawiający mieli świadomość znaczenia dla oceny ofert tych dwóch elementów kosztowych, co potwierdziły złożone oferty. Najtańsza oferta w cenie zakupu

jednocześnie prezentowała najwyższy koszt utrzymania (konsorcjum CRRC), a oferta najdroższa (Newag) najniższy koszt utrzymania. Zgodnie z przyznaną wagą można było uzyskać w obu kryteriach znaczącą dla oceny ofert ilość punktów. Oferta Odwołującego prezentowała uśrednioną kalkulację ceny zakupu (droższa od oferty konsorcjum CRRC o ok. 4 mln) i tańsza w utrzymaniu o ok. 20 gr, a jednocześnie tańsza w zakupie w stosunku do oferty Newag (27 mln) i od niej droższa w utrzymaniu o ok. 60 gr. Sam Odwołujący przyznał, iż przy różnicy kosztów utrzymania na poziomie 50 gr koszt zakupu pojazdu mógł wzrosnąć do 15 mln zł. Przyjmując to stanowisko, różnica w cenie utrzymania pojazdu Newag sięgająca niespełna 90 gr w stosunku do oferty najtańszej w zakupie (chińskiej), nadal zachowuje proporcje kosztu zakupu, gdyż jest droższa od tej oferty o ponad 30 mln zł. Wg wyliczeń Odwołującego przy takim poziomie różnicy w cenie zakupu pojazdu, koszt utrzymania mógł być niższy nawet o 1 zł brutto/km. Powyższe nie dowodzi jednocześnie rzekomego niedozwolonego finansowania krzyżowego mającego polegać na przeniesieniu kosztów utrzymania pojazdu do ceny dostawy (zakup pojazdu), prowadząc do wypaczenia wyniku oceny ofert w kryteriach oceny. Jak wskazano powyżej złożone oferty prezentują zależności pomiędzy kosztem zakupu pojazdu i kosztem jego utrzymania. Skupienie się wyłącznie na jednym ze wskaźników kosztowych nie daje pełnego obrazu oferty. Zgodnym z doświadczeniem życiowym jest przyjęcie istnienia zależności pomiędzy użytymi materiałami, rozwiązaniami technicznymi zastosowanymi na etapie produkcji i późniejszymi warunkami utrzymania pojazdu, co może mieć szczególne znaczenie przy założonym przez Zamawiającego 30-letnim cyklu życia produktu. Powszechnym jest przekonanie o słabszej jakości produktów wykonanych z gorszych materiałów, co przekłada się na niższy koszt zakupu i może przez to oznaczać droższy koszt w użytkowaniu produktów z uwagi na niższą trwałość użytych komponentów. Jednocześnie wykonanie produktu z komponentów wysokiej jakości oznacza wyższy koszt produkcji co przekłada się na wyższą cenę zakupu, która w dłuższej perspektywie znajduje rekompensatę w niższych kosztach użytkowania i utrzymania pojazdu. Powyższe oznacza, iż różnice w cenie i koszcie utrzymania wpisują się w naturalne mechanizmy produkcji i sprzedaży połączonej z usługą utrzymania. Nieistotnymi, w ocenie Izby, z punktu widzenia ustalonych zasad oceny ofert, były podnoszone przez Odwołującego okoliczności dotyczące kosztów utrzymania w dalszej perspektywie czasu niż wskazana przez Zamawiającego. Wszyscy wykonawcy składali oferty mając identyczne warunki oceny, dla której istotnym było określenie kosztu utrzymania pojazdu w perspektywie 5 lat i w tej perspektywie oferty były porównywane.

Należy wskazać również na sposób szacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego, która znacznie przekraczała ceny zaoferowane w postępowaniu za zakup pojazdu jak i koszt utrzymania, co wynikało zapewne z tego, że podstawą szacunków były dane z umowy zawartej 19.08.2008 r. na dostawę 10 lokomotyw EU44 „Husarz”. Okres czasu jaki upłynął do momentu wszczęcia niniejszego postępowania, jak i towarzyszący postęp technologiczny w produkcji lokomotyw, prowadzi do wniosku o niecelowości porównywania cen ofert z wartością szacunkową znacznie przeszacowaną. Również porównywanie stawek zaoferowanych przez trzech wykonawców, dotyczących różnych lokomotyw co do których obowiązują różne wytyczne producentów co do eksploatacji, nie mogło podważać wyjaśnień wykonawcy Newag. Ponadto, jak ustalono na rozprawie Zamawiający w poprzednim postępowaniu ustalił odmienny zakres usługi utrzymania, której warunki znacznie odbiegają od tych dla których szacowane były stawki (m.in. brak przeglądów P1, miejsce dotychczas świadczonej usługi, udostępnienie zaplecza technicznego). Sam Zamawiający nie precyzował w sposób domknięty zakresu czynności utrzymaniowych, które uzależnione są od konkretnych rozwiązań technicznych i jedynie w odniesieniu do przeglądów P4 wprost wskazał, że powinien on nastąpić co najmniej po upływie 60 m-cy. Powyższe stawia pod znakiem zapytania zasadność przyjęcia, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień powinno rodzić podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny pomiędzy ofertami, które prezentowały rynkowy poziom kosztów, a ostatecznie wyjaśnienia złożone przez Newag utwierdziły Zamawiającego w stanowisku, iż cena oferty nie jest ceną rażąco niską.

Izba zgodziła się z Zamawiającym że brak jest podstaw do kwestionowania przyjętej i przedstawionej w wyjaśnieniach przez wykonawcę Newag strategii budowania ceny za Pojazd oraz za jego utrzymanie, w szczególności biorąc pod uwagę dokumentację tego Postępowania. Zamawiający w przypadku tego świadczenia - jak już wskazano - ustalił w specyfikacji tylko pewien „minimalny” zakres czynności, które wykonawca będzie musiał przeprowadzić na etapie utrzymania Pojazdów, wskazując jedynie konkretne wymogi dla przeglądów utrzymaniowych na poziomie P1 (str. 3 Załącznika nr 1 do SIWZ, punkt 15 Minimalny przebieg i czas pomiędzy przeglądami P1 — 15.000 km). W tym przypadku dotyczy to najprostszych czynności związanych z oceną stanu najbardziej podstawowych zespołów, podzespołów i układów pojazdu kolejowego. Pozostałe poziomy dokonywanych przeglądów utrzymaniowych (od P2 do P5 włącznie) nie zostały świadomie w sposób bardziej skonkretyzowany ustalone, ponieważ ich liczba wiąże się bezpośrednio z konkretnymi rozwiązaniami technicznymi przyjętymi w Pojeździe. Jedyne konkretne wymóg w zakresie innych niż P1 przeglądów, na co już powyżej wskazano, dotyczył poziomu utrzymania P4, co do których Zamawiający wprost wskazał, że przegląd taki powinien odbyć się co najmniej po

upływie 60 miesięcy (str. 3 Załącznika nr 1 do SIWZ, punkt 16. Minimalny czas do wykonania naprawy). Zamawiający badał zatem wyjaśnienia przedstawione przez Newag w szczególności z punktu widzenia rozwiązań pozwalających na obniżenie częstotliwości przeglądów na poziomach innych niż P1 oraz P4, bo te zostały wprost zdefiniowane w dokumentacji Postępowania. Stosowne informacje poparte wyliczeniami znalazły się w wyjaśnieniach Newag — w ich punkcie I, natomiast odpowiednie kalkulacje (poparte dowodami) znalazły się w punkcie II wyjaśnień. Z całokształtu tych informacji w sposób bezpośredni wynika, że wykonawca posiada jasną koncepcję w zakresie sposobu maksymalnego zoptymalizowania kosztów utrzymania Pojazdów. Także te wyjaśnienia znajdowały oparcie w treści złożonej oferty stosownie do ustalonych w tym Postępowaniu wymagań. Po pierwsze, wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia wraz z ofertą zestawienia kosztów cyklu życia oferowanych Pojazdów od chwili przekazania Pojazdu do eksploatacji do momentu likwidacji poeksploatacyjnej. Po drugie, wykonawcy przedkładali także do ofert dokument opisujący system i zakres utrzymania eksploatacyjnego oferowanych Pojazdów. W przypadku wykonawcy Newag, przedłożony dokument pokazuje w sposób wiarygodny spójną koncepcję Newag w zakresie usług utrzymania Pojazdów. Odnosząc powyższe do treści oferty wnoszącego odwołanie, Izba za Zamawiającym zauważa, że z zestawienia wyliczeń Newag (str. 45 oferty Newag) oraz Odwołującego (str. 77-78 oferty) wynika, że koszty w całym cyklu życia zaoferowanych Pojazdów są zbliżone, z tą tylko różnicą, że Odwołujący sam koszt zakupu wycenił taniej, a późniejsze czynności utrzymania drożej, zaś Newag odwrotnie (droższy zakup przy mniejszych kosztach utrzymania). Odnosnie drugiej okoliczności Izba także zwraca uwagę na obszerność dokumentów opisujących system i zakres utrzymania eksploatacyjnego oferowanych Pojazdów: w przypadku Newag to dokument kilkuset stronicowy, tożsamy dokument złożony przez Odwołującego liczył zaledwie 3 strony.

Zdaniem Izby, w wyjaśnieniach złożonych przez Newag należało uznać za przekonującą argumentację wykonawcy (punkt I.2 wyjaśnień Newag), w której wykonawca ten wskazuje na wpływ zastosowanej konstrukcji Pojazdów na możliwość obniżenia kosztów związanych z utrzymaniem Pojazdów. Także dalsze okoliczności przywoływane przez Newag w wyjaśnieniach (punkty I.3 - I.6) mają bezpośredni wpływ na korzystne ekonomicznie utrzymanie zaoferowanych Pojazdów, a fakt oparcia wskazanych twierdzeń na przedłożonych dokumentach (w szczególności specyfikacjach oraz opiniach technicznych prezentowanych przez użytkowników zastosowanych rozwiązań) także je uwiarygadnia.

Argumentacja Odwołującego, co do rzekomej minimalnej stawki za 1 kilometr świadczenia usług utrzymania na poziomie 0,76 zł nie została poparta dowodami. Zdaniem Izby, przedstawiona kalkulacja nie uwzględnia ani strategii, ani sposobu wyceny przyjętej przez Newag, a już na pewno nie uwzględnia okoliczności sprzyjających obniżeniu kosztów utrzymania, jakie uwzględnił Newag wymienionych w punktach I.1 - I.6 wyjaśnień. Tym samym kalkulacje przedstawiane przez Odwołującego mogły być uznane za jego własne kalkulacje, które nie mogły mieć kluczowego wpływu na rozstrzygnięcie w tej sprawie, co do ceny świadczenia usługi oferowanej przez wykonawcę Newag. Z tego też m.in. powodu, Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o ujawnienie treści dowodu 1 obejmującego kalkulację w Tabeli (1 str), który to dokument wytworzony przez Odwołującego na użytek tego postępowania odwoławczego nie miał waloru dowodowego i tym samym pozostawał bez wpływu na rozstrzygnięcie w tej sprawie. Wskazana przez Odwołującego „minimalna” stawka oparta została na jego doświadczeniu własnym i dotyczy przede wszystkim - jak to wynika z załączonych do Tabeli ofert i faktur - usług dotychczas oferowanych a nie usług związanych - jak zresztą podkreślał sam Odwołujący - z Pojazdem oferowanym w tym postępowaniu. Z kolei wykonawca Newag przedstawił w wyjaśnieniach faktury oraz oferty dla świadczenia dotyczącego tego zamówienia [załącznik nr 12 oraz nr 13 do wyjaśnień]. Izba, mając na uwadze postanowienia załącznika nr 2 do SIWZ stanowiącym Wzór Umowy zgodziła się także z Zamawiającym, że przedstawiana przez Odwołującego argumentacja nie potwierdziła, że wykonawca Newag w wyjaśnieniach pominął istotny element kosztotwórczy dotyczący usług utrzymania.

Reasumując Izba podkreśla, że w ramach wyjaśnień wykonawca Newag przedstawił i omówił czynniki mające istotny wpływ na zadeklarowaną stawkę utrzymania. Okoliczności te zostały przez Newag konkretnie wskazane wraz z podaniem wpływu tych okoliczności na możliwość zoptymalizowania ceny. Wykonawca Newag udostępnił także szczegółową kalkulację kosztów utrzymania, która wykazuje osiągnięcie zysku. Ta kalkulacja została poparta stosownymi dowodami. Także element rezerwy na koszty które mogą zaistnieć w 5-letnim okresie świadczenia usług utrzymania znalazł odzwierciedlenie w kalkulacji wykonawcy Newag (str 5 wyjaśnień). Przykłady kosztów związanych z utrzymaniem pojazdów kolejowych powoływane w odwołaniu nie są adekwatne. Pierwszy, co do usługi utrzymania P4 lokomotyw EP09 dotyczył lokomotyw będących w użytkowaniu Zamawiającego, a produkowanych w

latach 1986-1997, które to lokomotywy sukcesywnie mają być wycofywane z użytkowania, a zastosowana w nich technologia (mająca też duże znaczenie z punktu widzenia kosztów utrzymania tych pojazdów) istotnie różni się od tej wymaganej przez Zamawiającego w Postępowaniu. Jak wskazywał Zamawiający, konstrukcja tych lokomotyw pochodzi z lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku i została ona opracowana w oparciu o rozwiązania techniczne z lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku. Podobnie, nieadekwatny jest przykład usługi utrzymania P4 lokomotyw EU07, których konstrukcja - także jak wskazywał Zamawiający - pochodzi z lat sześćdziesiątych ubiegłego wieku (ostatni egzemplarz

lokomotyw EU07 wyprodukowany w 1992 r.) i została zaimplementowana w oparciu o technologię (angielską) z lat czterdziestych ubiegłego wieku. Jak podnosił Zamawiający, w związku z ich użytkowaniem, ponosi wysokie koszty związane z utrzymaniem tych pojazdów. Znacząco wyższe koszty ich utrzymania wynikają z zastosowania w tych pojazdach zupełnie innej technologii. Ponadto w tym Postępowaniu, w przeciwieństwie do wskazywanych, Zamawiający zapewnił wykonawcom zaplecze techniczne (zaplecze, w którym będą świadczone przez wykonawców usługi utrzymania Pojazdów na poziomach od P1 do P4), a także przejął czynności związane z przeprowadzaniem przeglądów na poziomie P1 (wykonawca wybrany w drodze Postępowania będzie jedynie nadzorował te przeglądy), a zatem jego współudział w ponoszeniu kosztów utrzymania Pojazdów jest znaczący. Zamawiający zatem w przypadku tego zamówienia przeniósł na wykonawców tylko niektóre koszty związane z powyższym świadczeniem (m.in. zapewnienie specjalistycznego wyposażenia zaplecza). Zgodnie z § 33 Wzoru Umowy, do obowiązków Zamawiającego należy nieprzerwane zapewnienie przez cały okres obowiązywania umowy z wykonawcą zaplecza technicznego do świadczenia usług utrzymania Pojazdów wraz ze wskazanym we Wzorze Umowy wyposażeniem i obsługą.

Ustalenia Izby potwierdzają stanowisko Zamawiającego i Przystępującego Newag, że okoliczności faktyczne, które miałyby wykazać opinię biegłego wynikają wprost z dokumentacji Postępowania, w szczególności z wyjaśnień udzielonych przez Newag w piśmie z dnia 12 grudnia 2017 r. Także stanowisko, że dokumentacja Postępowania dopuszczała w tym zakresie istotną elastyczność, co miało wpływ na sposób kalkulacji cen przyjęty przez danego wykonawcę. Tym samym ewentualne kalkulacje biegłego stanowiłyby tylko jeden z możliwych wariantów. W przekonaniu Izby opinia ta nie byłaby właściwym środkiem dowodowym, przede wszystkim dlatego, że same wyjaśnienia nie zawierały danych technicznych o zastosowanych rozwiązaniach, wymagających wiedzy specjalnej do tego aby móc określić ich wpływ na obniżenie kosztów utrzymania pojazdu w perspektywie 5 lat. Zasadniczo oceny wyjaśnień dokonuje samodzielnie zamawiający, bez wiedzy specjalnej i czynność ta stanowi przedmiot oceny Izby, a nie oceny biegłego, na okoliczność uznania ceny za rażąco niską. Formułowanie tak ogólnej tezy nie może uzasadniać uwzględnienia wniosku o powołanie biegłego, którego rola zasadniczo sprowadziłaby się do oceny wyjaśnień i zastąpienia w tej roli zamawiającego. Niewątpliwie Odwołujący - jak wskazywał w odwołaniu - nie mógł zweryfikować kwestionowanej stawki ale jednocześnie niezasadnie - jak ustaliła Izba - założył, że zaoferowana przez wykonawcę Newag kwota nie pokrywa podstawowych kosztów utrzymania lokomotywy elektrycznej, które każdy z wykonawców był zobowiązany uwzględnić przy kalkulacji przedmiotowej stawki. Wskazywane w postępowaniu dowodowym przed Izbą własne obliczenia odnoszą się do pojazdu oferowanego, jego warunków technicznych i jakościowych a także zakładanych i jemu dostępnych materiałów. Natomiast kalkulacje przedstawione przez wykonawcę Newag odnoszą się kompleksowo do warunków i zakresu świadczenia usługi indywidualizującej to Postępowanie, a których pominięcie przez Odwołującego powodowało, wzrostem ceny utrzymania Pojazdu. Powyższe potwierdza Zamawiający wskazując na zawyżenie szacowanej wartości zamówienia o blisko 30%, które to obliczenia opierał na danych odnoszących się do posiadanego pojazdu, o innej konstrukcji technicznej i innym zakresie obowiązków wykonawcy. Pojazd, którego dotyczy zamówienie zostanie wyprodukowany i w odniesieniu do którego oczekuje znacząco niższych kosztów utrzymania, a których obniżenie będzie skutkiem zastosowania przez danego wykonawcę przede wszystkim technologicznych rozwiązań, które tylko co do minimum zostały określone w dokumentacji. Koszty utrzymania podobnie zostały w tym postępowaniu zindywidualizowane w zakresie już wskazanym.

Odnosząc się, w powyższym kontekście, do argumentacji Odwołującego w zakresie rzekomego czynu nieuczciwej konkurencji, Izba stwierdza jego niezasadność. Nie znalazł bowiem potwierdzenia podnoszony w odwołaniu zarzut zastosowania przez Newag nieuprawnionej inżynierii cenowej polegającej na przerzuceniu kosztów pomiędzy ceną za Pojazd (podwyższenie tych kosztów) a ceną za usługi utrzymania (obniżenie kosztów) albowiem był on oparty na twierdzeniu rzekomego zaoferowania rażąco niskiej ceny za usługę utrzymania Pojazdów. Jak już wskazano zarzutu tego nie potwierdziły złożone wyjaśnienia przez wykonawcę Newag oraz załączone dowody, a także warunki realizacji tego zamówienia, które zostały uwzględnione w wymaganiach w ofercie dokumentem opisującym „system i zakres

utrzymania eksploatacyjnego oferowanych Pojazdów" i, który to dokument był także - jak wskazywał w trakcie rozprawy - przedmiotem analizy Zamawiającego w kontekście oferowanej ceny.

Wobec powyższych ustaleń podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp ustawy Pzp oraz jego pkt 4 a także art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp należało uznać za niezasadne.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).