

WYROK

z dnia 30 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 stycznia 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2019 r. przez odwołującego: Konsorcjum: 1) Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. – Lider Konsorcjum ul. Sosnkowskiego 34; 85-300 Mińsk Mazowiecki i 2) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. ul. Zygmunta Augusta 11; 85-082 Bydgoszcz – Członek Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o. ul. Morska 350 A; 81-002 Gdynia

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego: Konsorcjum: 1) Serwis Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. ul. Szczecińska 15-19; 86-065 Lisi Ogon i 2) P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.M. Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych Trzeciewnica ul. Powstańców Wielkopolskich 13; 89-100 Nakło nad Notecią

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oczywistej omyłki rachunkowej dotyczącej ceny zaoferowanej w zadaniu nr 1 w ofercie przystępującego po stronie zamawiającego. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: 1) Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. – Lider Konsorcjum ul. Sosnkowskiego 34; 85-300 Mińsk Mazowiecki i 2) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. ul. Zygmunta Augusta 11; 85-082 Bydgoszcz – Członek Konsorcjum i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum: 1) Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. – Lider Konsorcjum ul. Sosnkowskiego 34; 85-300 Mińsk Mazowiecki i 2) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. ul. Zygmunta Augusta 11; 85-082 Bydgoszcz – Członek Konsorcjum tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od Konsorcjum: 1) Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. – Lider Konsorcjum ul. Sosnkowskiego 34; 85-300 Mińsk Mazowiecki i 2) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. ul. Zygmunta Augusta 11; 85-082 Bydgoszcz – Członek Konsorcjum na rzecz PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o. ul. Morska 350 A; 81-002 Gdynia kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione na wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Izba ustaliła

Pismem z dnia 14 stycznia 2019 roku Odwołujący Konsorcjum: 1. Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. - lider konsorcjum ul. Sosnkowskiego 34; 85-300 Mińsk Mazowiecki, 2. Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. zwane dalej „Konsorcjum odwołujące” lub „Odwołującym” wniosły odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o. ul. Morska 350 A 81-002 Gdynia zwany dalej „zamawiającym”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 listopada 2018 roku, nr ogłoszenia 496583-2018-PL.

Przedmiotem postępowania jest udzielenie zamówienia na „Wykonanie”:

- obsługi technicznej poziomu P3.2 spalinowych zespołów trakcyjnych (szt.) typu 219 M serii SA136 nr 013, 014, 015, 016 - ZADANIE nr 1;

- obsługi technicznej poziomu P3.2 spalinowych zespołów trakcyjnych (szt.) typu 219 M serii SA136 nr 017, 018, 019 - ZADANIE nr 2",

znak sprawy nadany przez zamawiającego: SKMMU.086.47.18.

Odwołujący złożył odwołanie od czynności zamawiającego, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm. - dalej jako Pzp), polegającej na dokonaniu w dniu 3 stycznia 2019 r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu przez Konsorcjum Wykonawców: Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą Lisi Ogon oraz P.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.M. Serwis Pojazdów Szynowych ASO P. M. zwane dalej „Konsorcjum przystępujące”, „przystępujący” lub „wykonawca wybrany”

- I. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie badania czy oferta zawiera rażąco niską cenę, pomimo że zaoferowana przez Konsorcjum cena wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ,
- II. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo że podlegała ona odrzuceniu ze względu na to, że zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- III. art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r (Dz.U.2018.419.tj.) zwana dalej „ustawą ZNK” przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez

- Konsorcjum, pomimo że podlegała ona odrzuceniu, ze względu na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom przez oferowanie wykonania usług poniżej kosztów ich realizacji.
- IV. art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że jest niezgodna z SIWZ w zakresie, w jakim oferuje wykonanie próby sterowania wielokrotnego z każdego czoła z pojazdem serii SA136 i SA133, którego to świadczenia Konsorcjum nie może wykonać z obiektywnych przyczyn technicznych,
 - V. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum przystępujące, pomimo że była niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co spowodowane było zaniechaniem poprawienia omyłki dotyczącej ceny zaoferowanej w zadaniu 1,
 - VI. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez stworzenie jednemu z wykonawców (członkowi Konsorcjum) korzystniejszych warunków realizacji zamówienia, ponieważ wykonawca ten przed wszczęciem Postępowania dokonywał oceny stanu technicznego silników w pojazdach, których obsługa jest przedmiotem Postępowania, przez co uzyskał wiedzę na temat przedmiotu zamówienia, której nie posiadają pozostali wykonawcy, wskutek czego doszło do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący wnosi o:

- I. uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
- II. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum przystępujące,
- III. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i w jej ramach odrzucenia oferty Konsorcjum,
- IV. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i jedynej niepodlegającej odrzuceniu oferty złożonej w Postępowaniu,
- V. przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania lub złożonych podczas rozprawy na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia,
- VI. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania znalazła się następująca argumentacja formalna i prawna.

Odwołujący w następujący sposób uzasadnił swoje prawo do wniesienia odwołania.

Odwołujący jest przedsiębiorcą działającym na rynku produkcji pojazdów szynowych, złożył ofertę i gdyby Zamawiający nie dopuścił się zaskarżonego naruszenia przepisów

postępowania Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, w czym przejawia się jego interes oraz poniesiona szkoda. 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).

Co do zachowania terminu wniesienia odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności.

Informacja Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu wpłynęła do Odwołującego za pośrednictwem poczty elektronicznej oraz została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego dnia 03.01.2019 r. Zgodnie z art. 185 ust. 8 Pzp, jeżeli koniec terminu na wykonanie czynności przypada na dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego. W związku z tym termin do wniesienia odwołania określony w art. 182 ust. 1 pkt.1 Pzp został zachowany.

Co do Wypełnienie wymogów formalnych odwołania zarówno co do jego formy wniesienia jak i powiadomienia zamawiającego o wniesieniu odwołania (art. 180 ust. 4 i 5 Pzp).

Niniejsze odwołanie wnoszone jest do Prezesa KIO zgodnie z treścią art. 180 ust. 4 tj. w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania pocztą elektroniczną na adres wskazany w petitum odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania przywołał następującą argumentację formalną i prawną.

1.

Przedmiotem postępowania jest udzielenie zamówienia na wykonanie obsługi technicznej poziomu P3.2 spalinowych zespołów trakcyjnych typu 219M serii SA136 nr 013-019. Zamówienie obejmuje wykonanie czynności utrzymania planowego pojazdów szynowych tj. przeglądu na poziomie P3.2 według Dokumentacji Systemu Utrzymania, dokumentacji techniczno- ruchowej i dokumentacji konstrukcyjnej pojazdów. Szczegółowy zakres czynności wchodzących w zakres zamówienia określony jest w ww. dokumentacji, która z kolei sporządzona jest zgodnie z wymogami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów

kolejowych. W postępowaniu Zamawiający oczekuje dodatkowo wykonania prac, które nie są objęte zakresem przeglądu na poziomie P3.2 tj.:

- a) wymiana uszkodzonych lub brakujących elementów tapicerki i galanterii wyposażenia wnętrza (na identyczne lub uzgodnione z Zamawiającym),
- b) naprawa główna zespołu napędowego powerpack przewidziana dokumentacją techniczno-ruchową producenta zespołu dla etapu konserwacji PI5, wymiana kompletów głowic silników, zwrot starych głowic silników,
- c) próba sterowania wielokrotnego z każdego czoła z pojazdem serii SA136 i SA133 będących w dyspozycji PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. - usunąć wszelkie problemy w sterowaniu.

Wykonanie czynności wymienionych w punktach a i c powyżej nie mieści się w zakresie standardowych czynności utrzymania planowego pojazdów. Wykonanie czynności określonej w punkcie c wymaga dysponowania specjalistycznym oprogramowaniem i dokumentacją projektową o znacznej wartości, którymi dysponuje jedynie Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA. (dalej: PESA) jako producent przedmiotowych pojazdów, o czym będzie mowa szczegółowo w dalszej części niniejszego odwołania. Natomiast Konsorcjum tymi zasobami nie dysponuje.

2.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zwraca się do wykonawcy, którego zaoferowana cena lub koszt wydają się rażąco niskie, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: „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 przy UZP z 21.09.2009 r., KIO/UZP 1126/09, LEX nr 522170). W ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącym Postępowania Zamawiający nie podał szacunkowej wartości zamówienia. Zakładając jednak, że kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, podana przed otwarciem ofert, została obliczona na podstawie szacunkowej wartości zamówienia, można stwierdzić, że ceny oferty złożonej przez Konsorcjum przystępujące są w obu zadaniach niższe od wartości szacunkowej zamówienia o odpowiednio 16 i 17 %. Natomiast różnica między ofertami złożonymi w Postępowaniu wynosi

ponad 30 %. Takie rozbieżności powinny przynajmniej spowodować u Zamawiającego wątpliwości co do prawidłowości ceny zaoferowanej przez Konsorcjum przystępujące.

Z uwagi na brak innych porównywalnych zamówień na usługi utrzymania podobnych pojazdów szynowych, nie można wprost odnieść ceny oferty złożonej przez Konsorcjum do ofert złożonych w innych postępowaniach. Taki stan rzeczy nie uprawnia jednak Zamawiającego do zaniechania badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, skoro nie można w prosty sposób stwierdzić, że cena oferty znacznie odbiega od cen rynkowych. Przeciwnie - powinno to wręcz wzbudzić czujność Zamawiającego i skłonić go do skrupulatnego zbadania ceny oferty z uwzględnieniem innych znanych mu okoliczności. Podstawową z tych okoliczności, fundamentalną dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie jest fakt, że w Postępowaniu Zamawiający wymaga, aby w ramach obsługi wykonać próbę sterowania wielokrotnego z każdego czoła z pojazdem serii SA136 i SA133 będących w dyspozycji PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o., usunąć wszelkie problemy w sterowaniu (załącznik nr 1 do wzoru umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia).

3.

Przywołany powyżej wymóg Zamawiającego wymaga omówienia, jako że odnosi się do specjalistycznej czynności technicznej. Otóż prawidłowe działanie pojazdów w trakcji wielokrotnej (tj. zespołów trakcyjnych połączonych ze sobą bez osobnej obsługi dla każdego z nich) wymaga otrzymywania przez pojazd sygnałów informujących o aktualnym stanie obu pojazdów. Sygnał ten opracowywany jest przez system sterowania pojazdu odpowiedzialny za funkcje bezpieczeństwa funkcjonalnego, na podstawie sygnałów pochodzących z różnych części pojazdu. System ten, zwany CPU SIL, opracowany został przez producenta pojazdów SA133 i SA136 - PESA. Wyłącznie PESA dysponuje dokumentacją (jest to dokumentacja projektowa pojazdów, która nie jest przekazywana podmiotom zamawiającym pojazdy, ponieważ nie jest niezbędna w procesie planowego utrzymania pojazdów) pozwalającą na sprawdzenie poprawności sygnałów systemu. Bez dokumentacji projektowej, dostępu do kodu źródłowego oprogramowania sterownika bezpieczeństwa funkcjonalnego i dokumentacji interfejsów weryfikacja taka nie będzie możliwa, a tym bardziej nie będzie możliwe „usunięcie wszelkich problemów w sterowaniu”, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Bez tej wiedzy nie można mówić o wymaganej przez Zamawiającego diagnostyce systemu sterowania.

4.

Jedynym podmiotem, który dysponuje zasobami niezbędnymi do wykonania tej części zamówienia, jest Odwołujący. Zasoby te, takie jak dokumentacja projektowa czy kody źródłowe, mogą być przedmiotem obrotu gospodarczego i Odwołujący dopuszcza możliwość udzielenia licencji na korzystanie z tych utworów. Jednakże do tej pory żaden z członków

Konsorcjum przystępujące, ani sam Zamawiający, nie zwrócił się do Odwołującego z wnioskiem o udzielenie stosownej licencji czy przekazanie jakichkolwiek danych dotyczących systemu sterowania, które umożliwiłyby weryfikację sterowania wielokrotnego przez podmiot trzeci. W związku z tym Odwołujący ma pewność, że oferta złożona przez Konsorcjum nie uwzględnia tego istotnego elementu kosztotwórczego i co więcej, Konsorcjum nie może zaoferować Zamawiającemu należytego wykonania zamówienia w podanej cenie. Gdyby bowiem Konsorcjum zwróciło się do Odwołującego z zapytaniem o przedstawienie oferty na wykonanie usługi weryfikacji sterowania wielokrotnego pojazdów SA133 i SA136 albo o przedstawienie oferty na udostępnienie dokumentacji i zasobów niezbędnych do samodzielnego przeprowadzenia tej weryfikacji przez Konsorcjum, cena oferty Konsorcjum musiałaby być znacząco wyższa.

5.

Co istotne w niniejszej sprawie, Zamawiający powinien mieć świadomość, że w zaoferowanej cenie Konsorcjum przystępujące nie mogło uwzględnić tego istotnego elementu, mającego znaczący wpływ na cenę. Zamawiający wie, że do tej pory żaden podmiot poza Odwołującym nie przeprowadził poprawnie pełnej weryfikacji sterowania wielokrotnego pojazdów SA133 i SA136, zgodnie z procedurami, jak również zna zakres dokumentacji i oprogramowania, które otrzymał wraz z dostawą tych pojazdów. Akceptując bez żadnych wyjaśnień ofertę Konsorcjum, które oferuje wykonanie zamówienia w cenie rażąco niskiej, nie uwzględniającej wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Zamawiający narusza art. 90 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji również art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Ewentualne wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum nie mogłyby bowiem udowodnić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, z uwagi na brak uwzględnienia istotnego elementu ceny mającego wpływ na wysokość oferty - jest to brak w ofercie Konsorcjum, którego nie można już usunąć.

6.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum przystępujące do złożenia wyjaśnień oraz przedłożenia dowodów również na podstawie art. 90 ust. 1, ponieważ przy zachowaniu przez Zamawiającego należytej staranności przy badaniu i wyborze najkorzystniejszej oferty, zaoferowana przez Konsorcjum przystępujące cena powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Zauważyć tu należy, że oferty składane przez jednego z członków Konsorcjum były już odrzucane w wyniku przeprowadzonego przed KIO postępowania odwoławczego, ze względu na to, że oferta zawierała rażąco niską cenę (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 kwietnia 2018 r. Sygn. akt KIO 731/18)

7.

Zdaniem Odwołującego postępowanie Zamawiającego doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna podlegać odrzuceniu również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, tj. ze względu na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interesy innego przedsiębiorcy lub klienta. Według sformułowanej przez doktrynę definicji za "dobre obyczaje" uważa się zachowanie "zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji, poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi (...) cechami oferowanych towarów i usług". (J. Szwaja, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - Komentarz, C.H. Beck, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 157). Zakazy zawarte w przedmiotowej ustawie mają za cel przeciwdziałanie posługiwania się przez przedsiębiorców nieuczciwymi praktykami, które pozwoliłyby im osiągnąć lepszą pozycję na rynku kosztem konkurentów (por. m.in. wyrok SN z dnia 2 lutego 2001 r. IV CKN 255/00, OSNC 2001, nr, poz. 137). W tym kontekście - w ocenie odwołującego - zaoferowanie przez Konsorcjum określonej ceny w postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ tego rodzaju postępowanie spełnia przesłanki określone w art. 15 ust. 1 pkt 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto narusza podstawowe zasady uczciwości kupieckiej i prowadzi do wypaczenia cen na rynku - albowiem "zachowaniem godzącym w zasady uczciwej konkurencji jest oferowanie świadczenia w konkretnych warunkach niewykonalnego do spełnienia po to tylko by uzyskać zamówienie" (por. wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1059/10).

8.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Odwołujący podkreśla, że w przyczyn opisanych szczegółowo powyżej, Konsorcjum przystępujące nie może prawidłowo wykonać próby sterowania wielokrotnego z każdego czoła z pojazdem serii SA136 i SA133. Tego świadczenia Konsorcjum nie może wykonać z obiektywnych przyczyn technicznych. Przedmiotowa niezgodność ma charakter istotny, merytoryczny i odnosi się do zakresu oferowanego świadczenia, zatem zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty Konsorcjum. Konsorcjum oferuje w istocie świadczenie inne, niż oczekuje Zamawiający. Konsorcjum nie ma zasobów pozwalających na samodzielne opracowanie metodyki kontroli sterowania wielokrotnego i nie poczyniło żadnych starań w celu pozyskania tych zasobów przed złożeniem oferty.

9.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 Pzp Odwołujący wskazuje, że oferta Konsorcjum przystępujące w zadaniu pierwszym obejmowała wykonanie przedmiotu zamówienia na czterech pojazdach:

- | | | | | |
|----|-----------------------------------|---|-----|------------|
| a) | pojazd SA136-013 - za cenę brutto | 1 | 293 | 345,00 zł, |
| b) | pojazd SA136-014 - za cenę brutto | 1 | 293 | 345,00 zł, |
| c) | pojazd SA136-015 - za cenę brutto | 1 | 293 | 345,00 zł, |
| d) | pojazd SA136-016 - za cenę brutto | 1 | 293 | 345,00 zł, |

co daje sumę 5 173 380,00 zł, a nie 5 173 800,00 PLN.

W informacji o wyborze oferty Zamawiający podał, że cena brutto oferty Konsorcjum złożonej w zadaniu 1 wynosi 5173 800,00 zł, co świadczy o tym, że zaniechał poprawienia omyłki. Tym samym Zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie. W konsekwencji doprowadziło to do wyboru oferty, w której cena łączna zamówienia została podana niezgodnie z wymogami określonymi w rozdziale X punkt 8 SIWZ - cena brutto oferty nie jest tożsama z ceną wykonania całego przedmiotu oferty. Oferta taka powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

10.

W Postępowaniu doszło również do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców została złamana, ponieważ przed wszczęciem Postępowania Zamawiający zlecił jednemu z członków Konsorcjum dokonanie oceny stanu technicznego silników pojazdów SA136-014, SA136-015 i SA136-016 oraz wykonanie naprawy silników w pojazdach SA136-014 i SA136-016, przy czym informacje uzyskane przez tego wykonawcę w toku dokonanej weryfikacji nie zostały ujawnione w dokumentacji Postępowania. W związku z tym, Konsorcjum dysponowało szczegółową wiedzą na temat aktualnego stanu technicznego silników pojazdów, których obsługa jest przedmiotem Postępowania, której nie posiadają pozostali wykonawcy, wskutek czego doszło do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Co więcej, Konsorcjum wykonało już prace naprawcze dwóch silników ww. pojazdów, podczas gdy naprawa główna zespołu napędowego pojazdów jest objęta zakresem postępowania. Odwołujący oczekuje na udzielenie dalszych informacji w trybie dostępu do informacji publicznej i pozyskane w ten sposób dowody przedłoży w dalszym toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Mając na uwadze powyższe odwołanie uznać należy za uzasadnione, w związku z czym powinno ono zostać uwzględnione.

Odpowiedź zamawiającego na odwołanie

W dniu 25 stycznia 2019 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

- 1) oddalenie odwołania złożonego przez Odwołującego się, w zakresie nieuwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów,
- 2) przeprowadzenie dowodów z zestawień załączonych do niniejszej odpowiedzi na odwołanie,
- 3) zwrot kosztów udziału pełnomocnika zgodnie z załączonymi rachunkami,

W uzasadnieniu przedstawił następująca argumentację formalną i prawną.

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na „Wykonanie obsługi technicznej poziomu P3.2. spalinowych zespołów trakcyjnych typu 219 m serii SA 136 nr 13, 014, 015, 016” — zadanie nr 1 oraz zadanie nr 2 „Wykonanie obsługi technicznej poziomu P3.2. spalinowych zespołów trakcyjnych typu 219 m serii SA 136 nr 17, 018, 019”, zostało złożone odwołanie od czynności Zamawiającego-polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej w obu zadaniach oferty złożonej przez konsorcjum

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania złożonego Odwołującego się, w zakresie nieuwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów,
- 2) przeprowadzenie dowodów z zestawień załączonych do niniejszej odpowiedzi na odwołanie,
- 3) zwrot kosztów udziału pełnomocnika zgodnie z załączonymi rachunkami,

Następująco swoje stanowisko uzasadniając.

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na „Wykonanie obsługi technicznej poziomu P3.2. spalinowych zespołów trakcyjnych typu 219m serii SA 136 nr 13, 014, 015, 016” — zadanie nr 1 oraz zadanie nr 2 „Wykonanie obsługi technicznej poziomu P3.2. spalinowych zespołów trakcyjnych typu 219m serii SA 136 nr 17, 018, 019”, zostało złożone odwołanie od czynności Zamawiającego-polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej w obu zadaniach oferty złożonej przez konsorcjum „Serwis Pojazdów Szynowych sp. z o.o.” sp. komandytowa oraz P. M. Autoryzowana Stacja Obsługi Pojazdów Szynowych (zwani dalej Konsorcjum przystępujące).

Odwołujący się wskazał na następujące uchybienia Zamawiającego:

1. naruszenie art. 90 ust.1 Pzp poprzez zaniechanie badania czy oferta Konsorcjum przystępującego zawiera rażąco niską cenę,
2. naruszenie art. 89 ust.1pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum przystępujące z powodu rażąco niskiej ceny tej oferty,
3. naruszenie art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust.1 i art.15 ust.1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum przystępujące ze względu na to, iż jego oferta stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu dostępu do rynku poprzez zaoferowanie wykonania usługi poniżej kosztów jej realizacji,
4. art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum przystępujące jako niezgodnej z SIWZ w zakresie zaoferowania możliwości wykonania próby sterowania wielokrotnego, których to czynności Konsorcjum przystępujące nie może wykonać z przyczyn technicznie obiektywnych,
5. art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum przystępujące pomimo iż była ona niezgodna z SIWZ, co spowodowane było zaniechaniem poprawienia omyłki dotyczącej ceny,
6. Art. 87 ust.2 Pzp (zarzut zawarty w pkt 9 uzasadnienia odwołania) poprzez zaniechanie poprawienia w zadaniu omyłki rachunkowej,
7. Art. 7 ust.1 Pzp poprzez stworzenie członkowi Konsorcjum przystępujące korzystniejszych warunków jego wykonania, ponieważ przystępujący ten uzyskał wiedzę na temat przedmiotu zamówienia, której nie posiadają pozostali wykonawcy.

powołując się na powyższe zarzuty Odwołujący zażądał dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum przystępujące oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego się. Zamawiający wskazuje, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I.

Odnosząc się do zarzutów związanych z podnoszoną przez Zamawiającego kwestią rażąco niskiej ceny wskazuje iż niezasadny jest zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie badania czy oferta Konsorcjum przystępujące zawiera rażąco niską cenę a co za tym idzie zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum przystępujące z powodu rażąco niskiej ceny tej oferty

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, iż nie widział i nadal nie widzi podstaw prawnych ani faktycznych, które wskazywałyby iż cena zaoferowana w zadaniach nr 1 i nr 2 była rażąco niska.

Cena zaoferowana przez Konsorcjum przystępujące:

w zadaniu nr 1 wynosiła — 5 173 800zł. (wartość szacowana tej części to 5 052 800zł.)

a w zadaniu nr 2 — 3 880 035zł. (wartość szacowana 3 789 600zł.)

Jak wynika z powyższego zaoferowana cena najniższa przewyższała szacunki Zamawiającego. Cena była też jedynie o ok 16 % niższa od średniej arytmetycznej ofert (w zadaniu nr 1) oraz o ok 18 % niższa w zadaniu nr 2.

Nie zachodziły więc okoliczności, świadczące o konieczności wyjaśnienia wątpliwości w tym zakresie. Zdaniem Zamawiającego zaproponowana cena jest ceną rynkową, porównywalną z wartością szacowaną przez Zamawiającego.

Sam Odwołujący się nie precyzuje także, jakie konkretnie zarzuty formułuje wobec ceny zaoferowanej przez Konsorcjum. Powołuje się natomiast na — jego zdaniem fundamentalną kwestię — jaką jest wymóg Zamawiającego co do wykonania próby sterowania wielokrotnego z każdego czoła (...) i usunięcie wszelkich problemów w sterowaniu. Odwołujący się wskazuje, iż tę część zamówienia może wykonać tylko PESA SA lub podmiot, który nabyłby licencję na korzystanie z „dokumentacji projektowej systemu CPU SIL, dostępu do kodu źródłowego oprogramowania sterownika bezpieczeństwa funkcjonalnego, dokumentacji interfejsów”. Odwołujący wskazuje więc, iż Wykonawca nie uwzględnił w swojej ofercie tego „istotnego elementu kosztotwórczego”, a więc cena przez niego zaproponowana jest rażąco niska.

Jak pisze Odwołujący „Gdyby bowiem konsorcjum zwróciło się do Odwołującego z zapytaniem o przedstawienie oferty na udostępnienie dokumentacji i zasobów niezbędnych do samodzielnego przeprowadzenia tej weryfikacji przez konsorcjum, cena oferty konsorcjum musiałaby być znacząco wyższa”

Nie chcąc w tym miejscu (szczegółowo kwestię tę Zamawiający przedstawia w pkt. II niniejszej odpowiedzi na odwołanie) analizować oświadczeń Odwołującego się, wskazuję jedynie iż Zamawiający formułując oczekiwanie „co do wykonania próby sterowania wielokrotnego z każdego czoła (...) i usunięcie wszelkich problemów w sterowaniu”, nie zamierzał powierzać ewentualnym wykonawcom, kwestii jakichkolwiek ingerencji w system CPU SIL. Przedmiotem zamówienia nie była więc modyfikacja oprogramowania zarówno sterownika jak i interfejsów.

Pojazdy wydawane do przeglądu P.3.2 wydawane miały być ze sprawnym sterowaniem w trakcji wielokrotnej i Zamawiający oczekiwał że z równie sprawnym powrócą. Opisana w SIWZ „próby sterowania wielokrotnego z każdego czoła (...) i usunięcie wszelkich problemów w sterowaniu” odnosiła się do tego, iż po powrocie z przeglądu P 2.3 każdy pojazd zostanie sprawdzony również pod kątem tego, czy nie uległo np. mechanicznemu uszkodzeniu w

trakcie przeglądu, działanie tego systemu. Pojazdy zostaną więc „szczepione” ze sobą i nastąpi sprawdzenie techniczne działania systemów. Do przeprowadzenia tej próby i usunięcia ew. problemów w sterowaniu nie jest niezbędny dostęp do oprogramowania. Nie zakładano też występowania błędów w oprogramowaniu i ingerencji w to oprogramowanie a jedynie możliwość wystąpienia np. uszkodzeń mechanicznych wskutek prac na pojeździe. Te ew. uszkodzenia miał naprawić Wykonawca (o ile wystąpiłyby po przeglądzie).

Zauważyć też należy, iż do dnia zamówienia Zamawiający zlecał kilkakrotnie czynności w trakcji wielokrotnej i naprawy te dotyczyły przede wszystkim usterek technicznych np. naprawy uszkodzonego wtyku przewodu sterowania, wyczyszczenie gniazd sterowania, poprawy w instalacji elektrycznej itp. Problemy te były rozwiązywane nie poprzez przeprogramowanie systemu, lecz poprzez usuwanie techniczne usterek. W załączeniu zestawienie reklamacji dot. trakcji.

Załącznik: zestawienie reklamacji

II.

Odwołujący się wskazuje także, iż postępowanie Zamawiającego doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art.89 ust.1 pkt 2, ze względu na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący uzasadnia swój zarzut tym iż „zaoferowanie przez Konsorcjum określonej ceny w postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji ponieważ tego rodzaju postępowanie spełnia przesłanki określone w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto narusza podstawowe zasady uczciwości kupieckiej i prowadzi do wypaczenia cen na rynku.”

Czytając uzasadnienie niniejszego odwołania, trudno oprzeć się wrażeniu, że dla Zamawiającego samo składanie ofert na przeglądy wyprodukowanych przez nich pojazdów szynowych (Odwołujący jest bowiem ich producentem) stanowi naruszenie uczciwości kupieckiej. Duża część argumentacji sprowadza się bowiem do tego, iż Odwołujący uważa się za jedyny podmiot mogący sprostać zamówieniu. Odwołujący rzuca bowiem, nie poparte dowodami sformułowania „Konsorcjum przystępujące nie może prawidłowo wykonać próby sterowania”, „Konsorcjum przystępujące nie ma zasobów pozwalających na samodzielne opracowanie metodyki kontroli sterowania wielokrotnego...” () do tej pory żaden podmiot poza Odwołującym się nie przeprowadził poprawnie pełnej weryfikacji sterowania wielokrotnego zgodnie z procedurami.

Jednocześnie dla odwołującego stwierdzenie, że oferta danego wykonawcy zawiera cenę poniżej kosztów jej wytworzenia oznacza jednocześnie, że jej złożenie stanowi czyn

nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z czym zgodzić się nie sposób. Przepisy PZP - art. 89 ust. 1 zawierają dwie rozłączne podstawy odrzucenia oferty — gdy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarówno w zakresie rażąco niskiej ceny jak i w zakresie tego, czy oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Odwołujący się nie przedstawił, zdaniem Zamawiającego przekonujących argumentów na poparcie swojego stanowiska. Zauważyć należy iż, art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako czyn nieuczciwej konkurencji określa sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia co istotne — w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Tymczasem odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że taki właśnie był cel Konsorcjum. Brak wykazania celu z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie pozwala uznać, że usługa konsorcjum jest poniżej kosztów jej świadczenia oraz że stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

III

Zaprzeczamy, iż konsorcjum nie może prawidłowo wykonać próby sterowania wielokrotnego z każdego czoła z obiektywnych przyczyn technicznych. Oczekiwania Zamawiającego co do tej części przedmiotu zamówienia zawarto w pkt. I powyżej.

IV

Odnosnie naruszenia art. 7 ust.1 PZP i rzekomego złamania przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców, Zamawiający zaprzecza temu, iż konsorcjum dysponowało szczegółową wiedzą na temat aktualnego stanu technicznego silników, której nie posiadali pozostali wykonawcy. Nie jest prawdą iż konsorcjum wykonywało oceny stanu technicznego silników pojazdów SA 136-014, SA 136-015 oraz SA 136-016.

Istotnie konsorcjum wykonywało czynności na części silników ale nie była to ocena ich stanu technicznego, lecz po prostu prace przy usuwaniu awarii tych silników. Dodatkowo upłynął już znaczny okres czasu, pomiędzy tymi pracami - duża część silników podlegała naprawom ponad 12 miesięcy temu. Ewentualna wiedza wykonawcy na temat stanu tych silników jest już zdezaktualizowana. Również, nie sposób brać pod uwagę stanu silników, które stosunkowo niedawno poddawano przeglądowi (9-3 miesięcy temu), gdyż te pojazdy są w ciągłej eksploatacji, a ich przekazanie do naprawy w ramach niniejszego postępowania planowane jest w ostatniej kolejności — około lipca — września 2019 r.

Wskazujemy także, iż aby zapewnić sobie długotrwałą i objętą pełną gwarancją pracę silników, postanowiono iż w każdym przekazywanym pojeździe Zamawiający wymaga wymiany kompletów głowic (niezależnie od ich stanu) oraz zwrotu starych głowic (głowice są najbardziej podatnym na uszkodzenia elementem silnika). Tym samym każdy z wykonawców winien był skalkulować wymianę głowicy oraz zużytych elementów silnika. Wykonanie prac w przeszłości (zwłaszcza tych sprzed kilku miesięcy) nie może przesądzać o posiadaniu szczegółowej wiedzy na temat aktualnego stanu technicznego silników (dodam że aktualnego na dzień ich przekazania do przeglądu a więc dopiero w przyszłości).

Na marginesie wskazuję natomiast, iż zupełnie bezpodstawny jest argument, iż Odwołujący się nie posiada wiedzy na temat stanu technicznego silników. Wiedzę tę posiada i to znacznie bardziej szczegółową i co ważne aktualną. Przypominam że to Odwołujący się jest producentem pojazdów, których dotyczy postępowanie. Dzięki temu, Odwołujący się posiada pełny dostęp do interfejsu aplikacji zawierającej pełne (aktualne na każdy dzień i dane historyczne) dane dotyczące pracy każdego pojazdu Zamawiającego (w tym dane o pracy silników, przebiegu, obciążeniach silnika, dane o pracy układów chłodzenia, klimatyzacji, poziomów olejów i ew. problemów). Program ten umożliwia też podgląd co do aktualnych alarmów i błędów w pracy każdego z pojazdów. Są to nie tylko szczegółowe dane ale też co ważne dane na bieżąco przekazywane przez pojazd. Nie sposób tej wiedzy porównywać z tym, że jakiś podmiot w przeszłości dokonał naprawy silnika. W załączeniu wykaz parametrów znanych Odwołującemu się wraz z przykładowym widokiem interfejsu aplikacji.

Załącznik: zestawienie parametrów W tym stanie rzeczy zamawiający wnosi jak w petitum odpowiedzi na odwołanie.

Pismem z dnia 24 stycznia 2019 przedstawiło stanowisko Konsorcjum przystępującego.

Odnosząc się do zarzutów i żądań odwołania Konsorcjum przystępujące wszystkie postawione w odwołaniu zarzuty i żądania uznał za nieuzasadnione. Według Przystępującego przesądzają o tym następujące względy.

W pierwszej kolejności Przystępujący odniósł się do wymogu odwołania jakim jest przedstawienie zarzutu i wskazał, że stosownie do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 czerwca 2012 r. Sygn. akt KIO 12251/12, Sygn. akt KIO 12291/12 cyt.: „Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie musi wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Formułowanie zarzutów odwołania leży wyłącznie w sferze uprawnień podmiotowych wykonawcy, który sam decyduje jakie czynności lub zaniechania zamawiającego oraz z jakich przyczyn faktycznych i prawnych kwestionuje. Zarzuty odwołania nie mogą być domniemane przez Izbę. Mogą jedynie podlegać ewentualnemu uzupełnieniu na podstawie art. 187 ust. 3 Pzp jedynie w sytuacji, gdy niemożliwe jest nadanie odwołaniu

prawidłowego biegu. Zarzut stanowi zespół okoliczności faktycznych i prawnych, zatem zaniechanie odwołującego wskazania wszystkich przyczyn odrzucenia oferty jako osnowy faktycznej zarzutu oraz brak odniesienia się w treści odwołania powoduje, iż zarzut wobec nich nie został podniesiony w ogóle i Izba stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp nie może się odnieść do tej podstawy odwołującego z postępowania."

Przenosząc twierdzenia zawarte w ww. orzeczeniu na grunt niniejszej sprawy Przystępujący poddał pod wątpliwość okoliczność, czy podniesione w odwołaniu zarzuty spełniają przesłanki konieczne do tego, aby je za takie uznać. Przystępujący zwraca uwagę, że o ile na stronie 2 odwołania wymieniono przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Zamawiającemu Odwołujący, o tyle uzasadnienie tych zarzutów stanowi pomieszanie różnych okoliczności i podstaw prawnych. W szczególności powyższa uwaga Przystępującego odnosi się do pkt 7 uzasadnienia odwołania, gdzie Odwołujący jedynie skonstatował, że postępowanie doprowadziło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, przywołując fragment komentarza do o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz fragmenty dwóch orzeczeń (SO Najwyższego oraz Krajowej Izby Odwoławczej), bez wskazania jakichkolwiek okoliczności faktycznych dowodzących naruszenia przez Zamawiającego ww. artykułu. Następnie, podnoszone w pkt 8 uzasadnienia odwołania twierdzenie o niezgodności oferty z treścią SIWZ odsyła lakonicznie do „przyczyn opisanych szczegółowo powyżej”, podczas gdy okoliczności podane powyżej był podnoszone w kontekście zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień niskiej ceny. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że wprowadzane do odwołania odesłania i skróty myślowe Odwołującego mogą wywołać chaos, nie bowiem, które konkretnie okoliczności przypisane są do konkretnego zarzutu odwołania,

II. Odnośnie zarzutu naruszenia art 90 ust 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Punktem wyjścia przy rozstrzyganiu niniejszego zarzutu jest początkowe brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w którym wyraźnie wskazano, że zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 (...) A contrario zatem, jeżeli powyższe podstawowe i zasadnicze przesłanki nie zostaną spełnione, to Zamawiający nie ma obowiązku przeprowadzić procedury z 90 ust 1 Pzp. Odmierna wykładnia powyższego przepisu prowadziłaby do absurdalnych i niemożliwych do zaakceptowania konsekwencji. W ocenie przystępującego zamawiający zasadnie uznał, że cena oferty za Zadania 1 i 2 nie wydaje się w stosunku do przedmiotu zamówienia i że nie budzi wątpliwości co do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z "wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Przede wszystkim podkreślić trzeba, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest nieznacznie, tj. o kilkanaście procent niższa od szacunkowej wartości zamówienia jak i od kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Powyższe powoduje, że miał obowiązek wezwać do wyjaśnień ceny na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nie został przekroczony „próg różnicy” wskazany w tym artykule. Co więcej, nieznaczna, kilkunastoprocentowa różnica pomiędzy ceną oferty Przystępującego a wartością zamówienia w żaden sposób nie uzasadnia

wezwania do wyjaśnień ceny na podstawie art 90 ust 1 ustawy Pzp. to bowiem słusznie wskazano w wyroku KIO z dnia 22 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1929/13: „wartość szacunkowa zamówienia jest pewną projekcją zamawiającego, opartą o założenia i szacunki, która nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składanych w warunkach konkurencji. Oczywistą i nie budzącą wątpliwości jest przy tym konieczność dokonywania oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z uwzględnieniem zasady ostrożnej wyceny przedmiotu zamówienia, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny, skoro odnosi ona do nie dających się przewidzieć zachowania wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego. Ta konkurencja jest wręcz wkomponowana w postępowanie o zamówienie publiczne, którego istotą przy kryterium stanowiącym cenę, jest - z perspektywy wykonawcy - konkurowanie ceną. Oczywistym jest zatem, że wartość szacunkowa zamówienia zwykle nie znajduje bezpośredniego przełożenia w cenach ofert jakie zostają złożone. Istotne jest czy ceny złożonych w postępowaniu ofert mają charakter realnych, pozwalających za nie wykonać zamówienie. Powyższe powinno odnosić się nie tyle do wartości szacunkowej ale do cen oferowanych na rynku, kosztów i nakładów koniecznych do poniesienia na realizację zamówienia”

Trzeba też podkreślić, że w świetle orzecznictwa zarówno Sądów jak i Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawcy w ogóle mają prawa domagać się od Zamawiającego, aby przeprowadził procedurę przewidzianą w art 90 ust 1 Pzp, jeżeli sam Zamawiający nie powziął wątpliwości co do wysokości zaoferowanej mu ceny. Pogłębione rozważania w tym zakresie zawiera wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 r. X Ga 652/13. orzekł mianowicie, że: „zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Rację ma skarżący, że z literalnego brzmienia przywołanych przepisów wynika, że zamawiający występuje do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące złożonej przez niego oferty wyłącznie w przypadku, gdy na podstawie okoliczności ustalonych w toku postępowania, w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, uzasadnione jest podejrzenie, że zaproponowana przez wykonawcę cena jego oferty jest rażąco nieadekwatna do kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Słuszne jest stanowisko skarżącego, że ustalenia zamawiającego mają opierać się na różnych okolicznościach, które mogą zostać powzięte w trakcie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących porównania badanej oferty do: wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, średnich cen złożonych ofert w danym postępowaniu lub ceny kolejnej, oferty złożonej w postępowaniu. Prawo do żądania wyjaśnień w celu zbadania czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania że na decyzje zamawiającego w tym zakresie mogą mieć wykonawcy. Uprawnienia wykonawców w tym zakresie nie sposób wywieść również z innych przepisów ustawy Pzp w szczególności w świetle przepisu art. 7 ustawy Pzp wskazującego na wyłączną kompetencję zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tej sytuacji uznanie przez izbę, że dopuszczalne jest wykonanie czynności wyjaśniających w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z inicjatywy wykonawców, uznać należy za nieprawidłowe”.

Na powyższe orzeczenie powołała się Izba w wyroku z dnia 19 marca 2014 r., sygn. akt KIO 444/14, oddalając odwołanie dotyczące m.in. braku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień oferty zawierającą rażąco niską cenę a następnie nieodrzczenia oferty tego wykonawcy ze względu na rażąco niską cenę oferty. Zatem także ze względów przedstawionych powyżej zarzut postawiony przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

2. Dalej wskazać należy, że w ocenie Przystępującego Odwołujący mógł rozmyślnie i celowo złożyć ofertę z zawyżoną ceną, tj. ceną wyższą zarówno od ceny oferty Przystępującego jak i od szacunków samego Zamawiającego, po to aby próbować następnie wymusić na Zamawiającym przeprowadzenie procedury z art 90 ust 1a pkt 1 ustawy Odwołujący liczył zapewne na to, że tańszy wykonawca, wezwany do wyjaśnienia ceny, nie wytłumaczy się wystarczająco z zaoferowanej w ceny, co w rezultacie pozwoliłoby Odwołującemu uzyskać zamówienie bądź doprowadzić do postępowania na podstawie art 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp. Patrząc na podobne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, organizowane w ubiegłych latach, nie sposób dostrzec, że normalna praktyką Odwołującego jest składanie ofert z ceną przekraczającą możliwości finansowe Zamawiającego, a następnie próba wymuszenia wyboru oferty Odwołującego albo doprowadzenia do unieważnienia całego postępowania. Jedynie tytułem przykładu wskazujemy na następujące postępowania:

Koleje śląskie - przetarg prowadzony pod nazwą usługa przeglądu 3 poziomu utrzymania 3 (słownie: trzech) elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN57AKŚ o nr 224, 1533 i 1563, KS/ZP/12/2017 (wykonawca: Zakłady Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” SA) - dowód nr 1

Koleje Dolnośląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Legnicy - przetarg nieograniczony pn. wykonanie obsługi technicznej poziomu utrzymania P4 wraz z pracami dodatkowymi w autobusach szynowych SA134-006, SA134-007, SA135-002 (wykonawca: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A.) - dowód nr 2

Koleje Dolnośląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Legnicy – przetarg nieograniczony pn.

Wykonanie obsługi technicznej poziomu utrzymania P4 autobusów szynowych SA134-003, SM 34-004, SM 34-005, SAI 35-003 - (wykonawca: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA) - dowód nr 3

3. Przystępujący pragnie podkreślić, że dysponuje wieloletnim doświadczeniem w zakresie wykonywania obsługi technicznej różnych poziomów utrzymania i wykonał szereg przeglądów na poziomie utrzymania P3.2 spalinowych zespołów trakcyjnych. Tytułem przykładu wskazujemy, że w ostatnich trzech latach Przystępujący zrealizował bądź realizuje następujące przeglądy na poziomie utrzymania P3.2 : Przewozy Regionalne Oddział Podkarpacki w Rzeszowie zamówienie w toku jak i zrealizowane zamówienie w 2019 roku oraz Koleje Dolnośląskie S.A. w Legnicy – trzy zamówienia w latach 2016/2017 wykonane.

Wszystkie te przeglądy zostały wykonane, bądź są wykonywane, z należytą starannością i za cenę jednostkową niższą niż zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie doświadczenie, wiedza i umiejętności posiadane przez Przystępującego pozwoliły mu ustalić rzeczywistą, rynkową cenę za usługi stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia. Cena zaoferowana przez jest zwykłą ceną

rynkową obliczoną przy wykorzystaniu standardowych metod, bez wpływu jakichkolwiek nadzwyczajnych okoliczności czy warunków.

4. Odnosząc się do twierdzeń w pkt 1-5 uzasadnienia odwołania Odwołujący stanowczo oponuje przeciwko twierdzeniu, jakoby do wykonania próby sterowania wielokrotnego z każdego czoła z pojazdem serii SA136 i SA 133 będących w dyspozycji Zamawiającego — usunąć wszelkie problemy w sterowaniu niezbędna była dokumentacja projektowa oraz dostęp do kodu źródłowego oprogramowania sterownika bezpieczeństwa funkcjonalnego i dokumentacji interfejsów.

Zawarty w treści SIWZ wymóg usunięcia wszelkich problemów w sterowaniu, mając na uwadze wieloletnie doświadczenie Przystępującego w obsłudze technicznej spalinowych zespołów trakcyjnych na różnych poziomach, rozumieć należy jako naprawę przewodów, gniazd elektrycznych, elementów tzw. mechanicznych, które mogą ulec uszkodzeniu podczas przeglądowych wykonywanych na pojazdach. W konsekwencji, dokumentacja projektowa systemu CPU SIL nie jest niezbędna w procesie wykonywania próby sterowania wielokrotnego. Przystępujący podkreśla również, że w postanowieniach SIWZ Zamawiający nie wymaga diagnostyki systemu sterowania, lecz wskazuje na próbę sterowania. Takie próby przeprowadza każdorazowo maszynista podczas przygotowania pojazdów do jazdy wielokrotnej zgodnie z instrukcją i do wykonania tej czynności nie jest mu potrzebna dokumentacja projektowa systemu CPU SIL. Przystępujący wskazuje również, że posiada wykwalifikowanych pracowników, którzy znają system CPU SIL, brali udział przy budowie pojazdów z tym systemem, jak również brali udział w jazdach próbnych w trakcji wielokrotnej pojazdów.

5. Niezależnie od powyższego, przyglądając się działalności prowadzonej przez Odwołującego, w szczególności w odniesieniu do Pojazdów Szynowych PESA Bydgoszcz S.A., zdaniem Przystępującego to właśnie PESA posiada wyższe koszty prowadzenia działalności, a co za tym idzie - nie jest w stanie, bądź nie chce, oferować będących przedmiotem niniejszego zamówienia na poziomie cenowym oferowanym przez Przystępującego. Wskazać należy, że przy wykonaniu przeglądu pojazdu szynowego jest zaangażowanych większość zakładów wchodzących w skład przedsiębiorstwa. W każdym z zakładów nad pracownikiem nadzór sprawuje brygadzysta, mistrz, zastępca kierownika ora kierownik. Jak widać struktura ta jest rozbudowana, a koszty każdego z ww. pracowników Odwołujący zobowiązany jest w kalkulować w cenę oferty. Nadto, Odwołujący wiele prac zleca w ramach kooperacji, np. naprawę zespołu napędowego podczas gdy Przystępujący samodzielnie wykonuje naprawy silników, unikając niepotrzebnej marży zewnętrznych podmiotów. Także te okoliczności świadczą o tym, że Odwołujący funkcjonuje na co dzień na zupełnie innym poziomie cenowym niż Przystępujący, a koszty prowadzenia działalności Odwołującego i Przystępującego są nieporównywalne.

Odnosząc zarzutu naruszenia art 89 ust 1 pkt 3) ustawy w z art 3 ust 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy ZNK

6. Jak już wyżej podnoszono, w pkt 7 uzasadnienia odwołania ograniczył się jedynie do lakonicznego twierdzenia, że postępowanie Zamawiającego doprowadziło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, oraz przytoczenia fragmentów komentarza do ustawy o zwalczaniu konkurencji oraz orzeczeń Najwyższego i Krajowej Izby Odwoławczej. Takie sformułowanie zarzutu czyni go wtórnym w stosunku do zarzutu

dotyczącego niskiej ceny i powoduje niemożliwość jego samodzielnego rozpoznania w jakimkolwiek innym ujęciu (tak m.in. w wyroku KIO z dnia 16 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1603/13 oraz wyroku KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 2239/13, KIO 2240/13). Innymi słowy: oddalenie zarzutu ceny rażąco niskiej pociąga za sobą oddalenie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powiązał bowiem zarzut czynu nieuczciwej konkurencji z zarzutem rażąco niskiej ceny tak ściśle, jak to tylko możliwe, w rezultacie czego zarzuty te stanowią praktycznie jeden zarzut. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest poniżej kosztów (przedmiotu zamówienia). Ponieważ cena oferty Przystępującego nie jest ceną rażąco niską to tym samym jej zaoferowanie nie stanowi i nie może stanowić czynu nieuczciwej konkurencji.

Podkreślenia wymaga także fakt, że formułowanie zarzutów w zakresie popełnienia przez wykonawcę rywalizującego o zamówienie publiczne czynu stanowiącego nieuczciwą konkurencję, a w szczególności jeżeli budowany jest on w oparciu o klauzulę generalną z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, powinno być stwierdzone dowodami i nie może opierać się wyłącznie na hipotezach nie znajdujących odzwierciedlenia w rzeczywistości (m.in. wyrok z dnia 19 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2740/12). Odwołujący zaś nie przedstawił dowodów, na podstawie których można byłoby stwierdzić, że działania noszą znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

7. Przystępujący wskazuje również, że odwołujący zarzucając rzekome popełnienie przez czynu nieuczciwej konkurencji, najwyraźniej chce doprowadzić do sytuacji, w której bez zastosowania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp Izba miałaby rozstrzygać, czy cena oferty Przystępującego jest niska czy nie. Tymczasem taka ocena na obecnym etapie postępowania nie jest po prostu możliwa, zarówno przy rozstrzygnięciu o zarzucie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jak i przy rozstrzygnięciu o zarzucie naruszenia art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przystępujący na żadnym etapie postępowania nie składał bowiem wyjaśnień co do tego, w jaki sposób skalkulował swoją cenę, abstrahując od tego, że takie wyjaśnienia są w okolicznościach niniejszej sprawy w ogóle niepotrzebne.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp

8. Jak już wyżej podnoszono Odwołujący w pkt 8 uzasadnienia odwołania ograniczył się jedynie do lakonicznego odesłania do „przyczyn opisanych szczegółowo powyżej” i wskazania, że tego świadczenia Konsorcjum nie może "wykonać z obiektywnych przyczyn technicznych.

Niezależnie od tego, podkreślenia wymaga okoliczność, że Odwołujący nie sprecyzował z którym konkretnie punktem SIWZ oferta przystępującego rzekomo pozostaje niezgodna. Zdaniem Przystępującego zarzut ten w istocie nie odnosi się do merytorycznej niezgodności oferty z treścią SIWZ, lecz stanowi on hipotezę, że Przystępujący nie jest w stanie zrealizować umowy w sprawie zamówienia. Zarzut ten odnosi się zatem do okoliczności przyszłej i niepewnej.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp.

9. Bezsporna pozostaje okoliczność, że w ofercie Przystępującego znajduje się omyłka rachunkowa powstała w wyniku sumowania cen za poszczególne pojazdy. Dalej, Przystępujący zgadza się z twierdzeniem Odwołującego podnoszonym na stronie 7 odwołania, że Zamawiający zaniechał

poprawienia omyłki w tym zakresie. Jednak podnieść należy, że przywoływane w petitum odwołania podstawy prawnej z art 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp, a co za tym idzie żądania odrzucenia oferty Przystępującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny, są całkowicie bezzasadne, nieuprawnione i nie korespondują w jakikolwiek sposób z popełnionym uchybieniem (omyłką rachunkową).

W konsekwencji nie można zgodzić się z zarzutem z pkt V petitum odwołania, skoro sam odwołujący w pkt 9 uzasadnienia odwołania kwalifikuje rozbieżność występującą w formularzu oferty Przystępującego jako omyłkę rachunkową podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art 7 ust. 1 ustawy Pzp.

10. Przedmiotowy zarzut należy uznać za niezrozumiały, niezasadny, co więcej nie mający żadnego wpływu na wynik prowadzonego postępowania- Przystępujący przede wszystkim oponuje przeciwko twierdzeniu Odwołującego, że jeden z członków konsorcjum Przystępującego dokonywał oceny stanu silników pojazdów SA136-014, SA136-015, SA136-016. Okoliczność ta została udowodniona, a Przystępującemu trudno stwierdzić, na jakiej podstawie Odwołujący formułuje takie wnioski.

Dalej wskazać należy, że jeżeli Odwołujący w treści odwołania odnosi się do zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, to uprzywilejowaną pozycję w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia posiada co najwyżej Odwołujący, a nie Przystępujący. To bowiem członek konsorcjum Odwołującego Pojazdy PESA Bydgoszcz S.A. jest producentem spalinowych zespołów trakcyjnych (SZT), których obsługa techniczna jest przedmiotem niniejszego postępowania, a zatem jako producent przed złożeniem oferty przetargowej dysponował i dysponuje nadal większą ilością informacji o stanie silników poszczególnych SZT.

Wreszcie, szczególnego podkreślenia wymaga okoliczność, że za formalnym sformułowaniem zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie stoi żadne konkretne żądanie Odwołującego.

Odwołujący nie domaga się we wniesionym odwołaniu odrzucenia oferty bądź wykluczenia Przystępującego z postępowania, jak również nie postawił takiego zarzutu ani nie podał w tym zakresie żadnej podstawy prawnej. Zatem zarzut naruszenia art. 7 ust 1 ustawy Pzp funkcjonuje w odwołaniu samodzielnie, bez możliwości jego uwzględnienia z uwagi na przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Przystępujący popiera Zmawiającego i wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Izba zważyła

Na podstawie ustaleń dokonanych w wyniku przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego z zawnioskowanych dokumentów z uwzględnieniem dowodów przedłożonych w odwołaniu, w odpowiedzi na odwołanie jak i w piśmie przystępującego i zgłoszonych na rozprawie oraz uwzględniając argumentację formalną i prawną stron oraz uczestnika odnoszącą się do podniesionych zarzutów odwołania, Izba zważyła jak poniżej.

Odwołujący wniósł odwołanie składając następujące zarzuty co do naruszenia przepisów Pzp w związku z czynnościami jak i zaniechaniami zamawiającego.

1. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie badania czy oferta zawiera rażąco niską cenę, pomimo że zaoferowana przez Konsorcjum cena wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Odwołujący uzasadniając zarzut odwołania w zakresie art.90 ust.1 Pzp przywołał okoliczność, iż w postępowaniu zamawiający oczekuje dodatkowo wykonania prac, które nie są objęte zakresem przeglądu spalinowych pojazdów szynowych na poziomie P3.2, będącego przedmiotem zamówienia to jest:

- a) wymiana uszkodzonych lub brakujących elementów tapicerki i galanterii wyposażenia wnętrza (na identyczne lub uzgodnione z Zamawiającym),
- b) naprawa główna zespołu napędowego powerpack przewidziana dokumentacją techniczno-ruchową producenta zespołu dla etapu konserwacji PI5, wymiana kompletów głowic silników, zwrot starych głowic silników,
- c) próba sterowania wielokrotnego z każdego czoła z pojazdem serii SA136 i SA133 będących w dyspozycji PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. - usunąć wszelkie problemy w sterowaniu.

Wyżej wymieniony zakres dodatkowych prac w ramach przeglądu na poziomie P3.2. odwołujący wskazuje jako okoliczności zaniżenia ceny przez Konsorcjum przystępujące/ wykonawca wybrany.

Odwołujący podnosi, że wykonanie czynności wymienionych zwłaszcza w powyższych punktach a i c nie mieści się w zakresie standardowych czynności utrzymania planowego pojazdów i ma decydujące znaczenie przy zarzucie zaniżenia ceny przez Konsorcjum przystępujące. I tak wykonanie czynności określonej w punkcie c) próba sterowania wielokrotnego z każdego czoła z pojazdem wymaga dysponowania specjalistycznym oprogramowaniem i dokumentacją projektową o znacznej wartości, którymi dysponują jedynie Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA. (dalej: PESA) jako producent przedmiotowych pojazdów. I tak w uzasadnieniu odwołania odwołujący przybliżył zasadę sterowania wielokrotnego z każdego czoła z pojazdem: „Przywołany powyżej wymóg Zamawiającego wymaga omówienia, jako że odnosi się do specjalistycznej czynności technicznej. Otóż prawidłowe działanie pojazdów w trakcji wielokrotnej (tj. zespołów trakcyjnych połączonych ze sobą bez osobnej obsługi dla każdego z nich) wymaga otrzymywania przez pojazd sygnałów informujących o aktualnym stanie obu pojazdów. Sygnał ten opracowywany jest przez system

sterowania pojazdu odpowiedzialny za funkcje bezpieczeństwa funkcjonalnego, na podstawie sygnałów pochodzących z różnych części pojazdu. System ten, zwany CPU SIL, opracowany został przez producenta pojazdów SA133 i SA136 - PESA. Wyłącznie PESA dysponuje dokumentacją (jest to dokumentacja projektowa pojazdów, która nie jest przekazywana podmiotom zamawiającym pojazdy, ponieważ nie jest niezbędna w procesie planowego utrzymania pojazdów) pozwalającą na sprawdzenie poprawności sygnałów systemu. Bez dokumentacji projektowej, dostępu do kodu źródłowego oprogramowania sterownika bezpieczeństwa funkcjonalnego i dokumentacji interfejsów weryfikacja taka nie będzie możliwa, a tym bardziej nie będzie możliwe „usunięcie wszelkich problemów w sterowaniu”, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Bez tej wiedzy nie można mówić o wymaganej przez Zamawiającego diagnostyce systemu sterowania”. Jak twierdzi odwołujący i nie zaprzecza temu na rozprawie Konsorcjum przystępujące do tej pory wykonawca wybrany nie zgłosił się do PESA celem nabycia koniecznej dokumentacji projektowej i oprogramowania. Tak więc oczywistym jest, że Konsorcjum przystępujące/wykonawca wybrany nie dysponuje zasobami aby wykonać przegląd w zakresie sterowania wielokrotnego z każdego czoła z pojazdem. Odwołujący dalej uzasadniając stanowisko zarzutu opartego na art.90 ust.1 Pzp podnosi, że naprawa główna zespołu napędowego powerpack przewidziana dokumentacją techniczno-ruchową producenta zespołu dla etapu konserwacji PI5 (powyższy punkt b) również świadczy o zaniżeniu ceny z uwagi na to, że naprawa zespołu napędowego może być wykonywana przez autoryzowane stacje producenta zespołu napędowego a Konsorcjum przystępujący nie posiada jego autoryzacji. Reasumując odwołujący posługując się tymi okolicznościami wywodzi, że wykonawca wybrany nie tylko zaniżył koszty w których nie uwzględnił kosztu nabycia od PESA licencji w zakresie sterowania wielokrotnego z każdego czoła z pojazdem ale także kosztu nabycia naprawy głównej zespołu napędowego powerpack od podmiotu trzeciego autoryzowanego przez producenta dla etapu konserwacji PI5. Nadmienić w tym miejscu należy, że z powyższych okoliczności, to jest braku licencji na oprogramowanie PESA do systemu sterowania wielokrotnego jak również braku autoryzacji producenta naprawy głównej zespołu napędowego powerpack, odwołujący wywodzi kolejny zarzut. Tym zarzutem jest sprzeczność treści oferty wykonawcy wybranego z treścią SIWZ, czyli zarzut naruszenia przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2 Pzp. w związku z nieodrzuconiem oferty Konsorcjum przystępującego/wykonawcy wybranego.

W tym miejscu Izba odnosząc się do tej części zarzutów to jest zarzutów przywołanych przez odwołującego do naruszenia art.90 ust.1 Pzp w związku z zaniżeniem wyceny przeglądu sterowania wielokrotnego z każdego czoła z pojazdem oraz naprawy głównej zespołu napędowego powerpack stwierdza brak udowodnienia podniesionego zarzutu. Bowiem podniesiona w odwołaniu jak i na rozprawie argumentacja nie wystarcza do udowodnienia

zaniżenia ceny w taki sposób, że wykonawca nie gwarantuje wykonania zamówienia w ramach zaoferowanej ceny zgodnie ze sztuką w tym zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa a w konsekwencji do zasadności podniesionego żądania wezwania wykonawcy wybranego do złożenia wyjaśnień.

Sam odwołujący w odwołaniu przyznaje: (...) W ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącym Postępowania Zamawiający nie podał szacunkowej wartości zamówienia. Zakładając jednak, że kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, podana przed otwarciem ofert, została obliczona na podstawie szacunkowej wartości zamówienia, można stwierdzić, że ceny oferty złożonej przez Konsorcjum przystępujące są w obu zadaniach niższe od wartości szacunkowej zamówienia o odpowiednio 16 i 17 %. Natomiast różnica między ofertami złożonymi w Postępowaniu wynosi ponad 30 %. Takie rozbieżności powinny przynajmniej spowodować u Zamawiającego wątpliwości co do prawidłowości ceny zaoferowanej przez Konsorcjum przystępujące(...) Podstawową z tych okoliczności, fundamentalną dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie jest fakt, że w Postępowaniu Zamawiający wymaga, aby w ramach obsługi wykonać próbę sterowania wielokrotnego z każdego czoła z pojazdem serii SA136 i SA133 będących w dyspozycji PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o., usunąć wszelkie problemy w sterowaniu(...).

Z kolei zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawiając kwoty wynikające ze złożonych ofert oświadcza: Odnosząc się do zarzutów związanych z podnoszoną przez Zamawiającego kwestią rażąco niskiej ceny wskazuje iż niezasadny jest zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie badania czy oferta Konsorcjum przystępujące zawiera rażąco niską cenę a co za tym idzie zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum przystępujące z powodu rażąco niskiej ceny tej oferty.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, iż nie widział i nadal nie widzi podstaw prawnych ani faktycznych, które wskazywałyby iż cena zaoferowana w zadaniach nr 1 i nr 2 była rażąco niska.

Cena zaoferowana przez Konsorcjum przystępujące:

w zadaniu nr 1 wynosiła — 5 173 800zł. (wartość szacowana tej części to 5 052 800zł.)

a w zadaniu nr 2 — 3 880 035zł. (wartość szacowana 3 789 600zł.)

Jak wynika z powyższego zaoferowana cena najniższa przewyższała szacunki Zamawiającego. Cena była też jedynie o ok 16 % niższa od średniej arytmetycznej ofert (w zadaniu nr 1) oraz o ok 18 % niższa w zadaniu nr 2.

Nie zachodziły więc okoliczności, świadczące o konieczności wyjaśnienia wątpliwości w tym zakresie. Zdaniem Zamawiającego zaproponowana cena jest ceną rynkową, porównywalną z wartością szacowaną przez Zamawiającego.

Sam Odwołujący się nie precyzuje także, jakie konkretnie zarzuty formułuje wobec ceny zaoferowanej przez Konsorcjum. Powołuje się natomiast na — jego zdaniem fundamentalną kwestię — jaką jest wymóg Zamawiającego co do wykonania próby sterowania wielokrotnego z każdego czoła (...) i usunięcie wszelkich problemów w sterowaniu. Odwołujący się wskazuje, iż tę część zamówienia może wykonać tylko PESA SA lub podmiot, który nabyłby licencję na korzystanie z „dokumentacji projektowej systemu CPU SIL, dostępu do kodu źródłowego oprogramowania sterownika bezpieczeństwa funkcjonalnego, dokumentacji interfejsów”. Odwołujący wskazuje więc, iż Wykonawca nie uwzględnił w swojej ofercie tego „istotnego elementu kosztotwórczego”, a więc cena przez niego zaproponowana jest rażąco niska.

W innym miejscu odwołania odwołujący stwierdza: „Co istotne w niniejszej sprawie, Zamawiający powinien mieć świadomość, że w zaoferowanej cenie Konsorcjum przystępujące nie mogło uwzględnić tego istotnego elementu, mającego znaczący wpływ na cenę. Zamawiający wie, że do tej pory żaden podmiot poza Odwołującym nie przeprowadził poprawnie pełnej weryfikacji sterowania wielokrotnego pojazdów SA133 i SA136, zgodnie z procedurami, jak również zna zakres dokumentacji i oprogramowania, które otrzymał wraz z dostawą tych pojazdów. Akceptując bez żadnych wyjaśnień ofertę Konsorcjum, które oferuje wykonanie zamówienia w cenie rażąco niskiej, nie uwzględniającej wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Zamawiający narusza art. 90 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji również art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Ewentualne wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum nie mogłyby bowiem udowodnić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, z uwagi na brak uwzględnienia istotnego elementu ceny mającego wpływ na wysokość oferty - jest to brak w ofercie Konsorcjum, którego nie można już usunąć”.

Izba podziela pogląd, że są to tylko sugestie o zaniżeniu ceny bez wskazania o jaką kwotę rzeczywistą cena Konsorcjum przystępującego powinna wzrosnąć w związku z brakiem wyceny pełnej weryfikacji sterowania wielokrotnego pojazdów SA133 i SA136.

Jak pisze Odwołujący „Gdyby bowiem konsorcjum zwróciło się do Odwołującego z zapytaniem o przedstawienie oferty na udostępnienie dokumentacji i zasobów niezbędnych do samodzielnego przeprowadzenia tej weryfikacji przez konsorcjum, cena oferty konsorcjum musiałaby być znacząco wyższa”.

Reasumując w ocenie Izby stanowisko zamawiającego w tym zakresie jest słuszne. To po stronie odwołującego ciążył obowiązek udowodnienia rażąco niskiej ceny a nie tylko wysuwania w tym kierunku podejrzeń do czego ograniczył się odwołujący zarówno w odwołaniu i w czasie rozprawy.

W ocenie Izby trudno nie zgodzić się z argumentacją odwołującego zawartą w odwołaniu: "Jedynym podmiotem, który dysponuje zasobami niezbędnymi do wykonania tej części zamówienia, jest Odwołujący. Zasoby te, takie jak dokumentacja projektowa czy kody źródłowe, mogą być przedmiotem obrotu gospodarczego i Odwołujący dopuszcza możliwość udzielenia licencji na korzystanie z tych utworów. Jednakże do tej pory żaden z członków Konsorcjum przystępujące, ani sam Zamawiający, nie zwrócił się do Odwołującego z wnioskiem o udzielenie stosownej licencji czy przekazanie jakichkolwiek danych dotyczących systemu sterowania, które umożliwiłyby weryfikację sterowania wielokrotnego przez podmiot trzeci. W związku z tym Odwołujący ma pewność, że oferta złożona przez Konsorcjum nie uwzględnia tego istotnego elementu kosztotwórczego i co więcej, Konsorcjum nie może zaoferować Zamawiającemu należytego wykonania zamówienia w podanej cenie. Gdyby bowiem Konsorcjum zwróciło się do Odwołującego z zapytaniem o przedstawienie oferty na wykonanie usługi weryfikacji sterowania wielokrotnego pojazdów SA133 i SA136 albo o przedstawienie oferty na udostępnienie dokumentacji i zasobów niezbędnych do samodzielnego przeprowadzenia tej weryfikacji przez Konsorcjum, cena oferty Konsorcjum musiałaby być znacząco wyższa".

Co do racji tej argumentacji samej w sobie również nie zaprzecza ani zamawiający ani Konsorcjum przystępujące niemniej nie uważają oni, że odwołujący właściwie interpretuje zakres usługi przeglądu przedstawionej przez odwołującego co do zakresu przeglądu w zakresie sterowania wielokrotnego pojazdów.

I tak zamawiający wyjaśnia, że zakres wykonania próby sterowania wielokrotnego z każdego czoła (...) i usunięcie wszelkich problemów w sterowaniu nie oznacza powierzenia ewentualnym wykonawcom, kwestii jakichkolwiek ingerencji w system CPU SIL. Bowiem przedmiotem zamówienia nie jest modyfikacja oprogramowania zarówno sterownika jak i interfejsów a co należy do kompetencji PESA jako producenta pojazdu. Stanowisko w tej kwestii zamawiający przedstawił następująco: „Nie chcąc w tym miejscu (szczegółowo kwestię tę Zamawiający przedstawia w pkt. II niniejszej odpowiedzi na odwołanie) analizować oświadczeń Odwołującego się, wskazuję jedynie iż Zamawiający formułując oczekiwanie „co do wykonania próby sterowania wielokrotnego z każdego czoła (...) i usunięcie wszelkich problemów w sterowaniu”, nie zamierzał powierzać ewentualnym wykonawcom, kwestii jakichkolwiek ingerencji w system CPU SIL. Przedmiotem zamówienia nie była więc

modyfikacja oprogramowania zarówno sterownika jak i interfejsów. Pojazdy wydawane do przeglądu P.3.2 wydawane miały być ze sprawnym sterowaniem w trakcji wielokrotnej i Zamawiający oczekiwał że z równie sprawnym powrócą. Opisana w SIWZ „próby sterowania wielokrotnego z każdego czoła (...) i usunięcie wszelkich problemów w sterowaniu” odnosiła się do tego, iż po powrocie z przeglądu P 2.3 każdy pojazd zostanie sprawdzony również pod kątem tego, czy nie uległo np. mechanicznemu uszkodzeniu w trakcie przeglądu, działanie tego systemu. Pojazdy zostaną więc „szczepione” ze sobą i nastąpi sprawdzenie techniczne działania systemów. Do przeprowadzenia tej próby i usunięcia ew. problemów w sterowaniu nie jest niezbędny dostęp do oprogramowania. Nie zakładano też występowania błędów w oprogramowaniu i ingerencji w to oprogramowanie a jedynie możliwość wystąpienia np. uszkodzeń mechanicznych wskutek prac na pojeździe. Te ew. uszkodzenia miał naprawić Wykonawca (o ile wystąpiłyby po przeglądzie). Zauważyć też należy, iż do dnia zamówienia Zamawiający zlecał kilkakrotnie czynności w trakcji wielokrotnej i naprawy te dotyczyły przede wszystkim usterek technicznych np. naprawy uszkodzonego wtyku przewodu sterowania, wyczyszczenie gniazd sterowania, poprawy w instalacji elektrycznej itp. Problemy te były rozwiązywane nie poprzez przeprogramowanie systemu, lecz poprzez usuwanie techniczne usterek. W załączeniu zestawienie reklamacji dot. trakcji. Załącznik: zestawienie reklamacji”.

Tak więc w tym miejscu w odpowiedzi na odwołanie zamawiający, w ocenie Izby skutecznie usunął wątpliwości odwołującego, co do zakresu usługi będącej przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie zamawiający potwierdził, że każdy potencjalny wykonawca, aby wykonać próbę sterowania wielokrotnego z każdego czoła z pojazdem serii SA136 i SA133 będących w dyspozycji PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. - usunąć wszelkie problemy w sterowaniu, nie musi posiadać na ten zakres usługi licencji od PESA.

Zbieżne stanowisko co do rozumienia zakresu usługi w zakresie sterowania wielokrotnego, odmiennie rozumianego od odwołującego prezentuje również Konsorcjum przystępujące/wykonawca wybrany, który w piśmie złożonym na rozprawie oświadcza: „Zawarty w treści SIWZ wymóg usunięcia wszelkich problemów w sterowaniu, mając na uwadze wieloletnie doświadczenie Przystępującego w obsłudze technicznej spalinowych zespołów trakcyjnych na różnych poziomach, rozumieć należy jako naprawę przewodów, gniazd elektrycznych, elementów tzw. mechanicznych, które mogą ulec uszkodzeniu podczas przeglądowych wykonywanych na pojazdach. W konsekwencji, dokumentacja projektowa systemu CPU SIL nie jest niezbędna w procesie wykonywania próby sterowania wielokrotnego. Przystępujący podkreśla również, że w postanowieniach SIWZ Zamawiający nie wymaga diagnostyki systemu sterowania, lecz wskazuje na próbę sterowania. Takie próby przeprowadza każdorazowo maszynista podczas przygotowania pojazdów do jazdy wielokrotnej zgodnie z instrukcją i do wykonania tej czynności nie jest mu potrzebna dokumentacja projektowa systemu CPU SIL. Przystępujący wskazuje również, że posiada wykwalifikowanych

pracowników, którzy znają system CPU SIL, brali udział przy budowie pojazdów z tym systemem, jak również brali udział w jazdach próbnych w trakcji wielokrotnej pojazdów”.

W ocenie Izby powyższe skutkuje nie udowodnieniem zarzutu zaniżenia wyceny usługi w zakresie próby sterowania wielokrotnego, do wykonania którego nie jest niezbędne nabycie licencji od PESA na oprogramowanie i dokumentację projektową.

Również w ocenie Izby odwołujący nie wykazał zaniżenia ceny w zakresie „naprawa główna zespołu napędowego powerpack przewidziana dokumentacją techniczno-ruchową producenta zespołu dla etapu konserwacji PI5, wymiana kompletów głowic silników, zwrot starych głowic silników”.

Bowiem jak oświadczył zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zakres naprawy zespołu napędowego obejmuje: „Wskazujemy także, iż aby zapewnić sobie długotrwałą i objętą pełną gwarancją pracę silników, postanowiono iż w każdym przekazywanym pojeździe Zamawiający wymaga wymiany kompletów głowic (niezależnie od ich stanu) oraz zwrotu starych głowic (głowice są najbardziej podatnym na uszkodzenia elementem silnika). Tym samym każdy z wykonawców winien był skalkulować wymianę głowicy oraz zużytych elementów silnika. Wykonanie prac w przeszłości (zwłaszcza tych sprzed kilku miesięcy) nie może przesądzać o posiadaniu szczegółowej wiedzy na temat aktualnego stanu technicznego silników (dodam że aktualnego na dzień ich przekazania do przeglądu a więc dopiero w przyszłości).

Natomiast na rozprawie odwołujący podniósł nowy zarzut nie ujęty w odwołaniu co do „naprawy głównej zespołu napędowego powerpack przewidzianej dokumentacją techniczno-ruchową producenta zespołu dla etapu konserwacji PI5, wymiana kompletów głowic silników, zwrot starych głowic silników” w kontekście podmiotu uprawnionego do wykonania naprawy głównej. W tym celu przedstawił dowody w postaci pisma z dnia 12.11.14 od VOITH dot. ASO Piotr Mieczkowski potwierdzone za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika odwołującego w dniu 24.01.2019r. z którego wynika, że ww serwis nie posiadał w 2014 roku autoryzacji. Na rozprawie odwołujący podniósł zagadnienie braku upoważnienia do naprawy głównej, która wymaga autoryzacji producenta zespołu napędowego powerpack, według twierdzenia odwołującego obowiązującego również po upływie terminu okresu gwarancji. W szczególności odwołujący składa na rozprawie następujące oświadczenie:” Z kolei odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 90 ust 1, gdzie na str. 3 odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podważa takie okoliczności iżby miał wezwać, to przede wszystkim z racji różnicy cen wskazuje na taką konieczność, bo porównując cenę Przystępującego z oszacowaniem Zamawiający waha się już na poziomie 17%, a różnica między naszą ofertą a Przystępującego, czyli średnią arytmetyczną przekracza 30%. Natomiast w kontekście RNC zwracam uwagę na str. 68 DSU. W tym miejscu pełnomocnik Odwołującego uszczegóławia swoje oświadczenia, co do tajności

dokumentów, a mianowicie objęty tajemnicą jest: 1. Listy kablowe, 2. Schematy elektryczne, 3. Protokoły testów. Natomiast okazana do wyglądu Izbie DSU (dokumentacja systemu utrzymania), to Zamawiający przede wszystkim nią dysponuje i na jej 70 pozycji, tabeli w poz. 8 przy naprawie głównej wymagania zapis przeprowadza autoryzowany serwis przez producenta pojazdu i w związku z tym tą argumentację podaję na tę okoliczność, że Przystępujący nie jest autoryzowaną stacją obsługi udzieloną przez producenta systemu napędowego, tj. silnika i przekładni, który w naszym pojeździe jest firma VOITH. Ciężar dowodu, że cena nie jest RNC spoczywa na Zamawiającym i Przystępującym, ja natomiast wskazuję, iż koszt zwiększa się o fakt, iż Przystępujący nie jest autoryzowany przez producenta, co powinno zbudzić zainteresowanie Zamawiającego. Reasumując odnosząc się do odpowiedzi na odwołanie, zauważam, że na stronie 3 pisma Zamawiający dokonuje niejako próby zmiany SIWZ i mówi o tym, że nie chodzi mu o próbę sterowania wielokrotnego tylko o gwarancję, że z przeglądu wrócą pojazdy sprawne”.

W ocenie Izby odwołujący dopiero na rozprawie a nie w odwołaniu podnosi zarzut po pierwsze wymogu posiadania autoryzacji producenta co do naprawy głównej zespołu napędowego powerpack, a po drugie zarzut ceny oferty wykonawcy wybranego niższej o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W tym miejscu należy wskazać na stanowisko pełnomocnika zamawiającego, który na rozprawie odpierając zarzuty nie zawarte w odwołaniu odniósł się jednak do nich do protokołu następująco: „na zarzut, iż naprawy główne ma wykonywać autoryzowany przedstawiciel producenta systemu napędu, tj. silnika i przekładni, ponieważ ujęcie w zał. Nr 1 „naprawa główna zespołu napędu powerpack” nie jest naprawą główną w rozumieniu podanym w DSU (Dokumentacja Systemu Utrzymania), może to potwierdzić Odwołujący, że w okresie gwarancji, jak i później, bardzo często były wymieniane głowice we wszystkich silnikach i przewidziana naprawa systemu napędu ma przede wszystkim dotyczyć wymiany głowic wraz z obowiązkiem zwrotu zużytych głowic na dowód kompletnego wykonania przeglądu.(...)Odnosząc się do zarzutu, że cena jest zaniżona z racji, iż naprawę a właściwie wymianę głowic w systemie napędym w silniku ma wykonać na dzień dzisiejszy Przystępujący. Nie jest zarzutem uprawnionym w związku z kwestią braku autoryzacji dla P. Mieczkowskiego przez producenta systemu napędu VOITH, bowiem jest to przede wszystkim po okresie gwarancyjnym, który zakończył się co do zasady w 2017r. i nie jest to naprawa główna systemu napędowego”.

Również trafnie odniósł się pełnomocnik zamawiającego na rozprawie co do obciążenia ciężarem dowodu w zakresie rażąco niskiej: ”Z kolei, co do zarzutu RNC to stwierdzam, że jeżeli chodzi o różnice cenowe między szacunkiem Zamawiającego, a ceną Przystępującego,

to waha się na poziomie 17%, jak i podobnie średnia arytmetyczna również na tym poziomie waha się, natomiast różnica między ceną Odwołującego i Przystępującego wynosi 25%. W tym stanie rzeczy przywołuję wyrok KIO 476/17, w którym mówi się, że ciężar dowodu w przypadku różnicy cenowej poniżej 30% nie kształtuje się tak, jak w okolicznościach, gdy różnica wynosi ponad 30% i na te stany prawne dzisiaj pełnomocnik Odwołującego właśnie się powołuje. W związku z tym uważam, że w różnym stopniu ciężar dowodu na RNC obciąża Odwołującego”.

Izba również przywołuje stanowisko przystępującego, który odniósł się do ciężaru dowodu jak i potrzeby dostępu do oprogramowania sterowania wielokrotnego.” Tak jak Zamawiający podnoszę, że nie zaistniała RNC tj. o wartości różnicy wyższej niż 30%. Uważam, że stanowisko Odwołującego, co do ciężaru dowodu nie przystaje do stanu faktycznego, a w szczególności, iż na podstawie art. 90 ust 1 nie byliśmy do dnia dzisiejszego wzywani. W przeciwnym dopiero wypadku można byłoby mówić o obowiązku, ciężarze dowodów po naszej stronie, tj. po stronie Zamawiającego i Przystępującego. Dzisiaj są po stronie Odwołującego. Odnosząc się do przeglądów to uważam, że te zakresy mogą być wykonywane nawet bez dokumentacji. Poza tym wykonując przeglądy firma p. M., jeżeli chodzi o dostęp do systemu sterowania wielokrotnego na etapie P 3.1 i P 3.2 nie miała potrzeby zaglądnania do tego systemu, poza jakimiś elementami usterek w postaci zużycia wtyczek czy innych tego typu elementów tego systemu, co może sprawdzić nawet maszynista eksploatujący pojazd, tj. sprawdzić sprawność tego systemu.

Izba obydwu zarzuty uznaje za spóźnione w stosunku do zarzutów w złożonym odwołaniu, w którym to odwołujący podnosi naruszenie art.90 ust.1Pzp (odwołanie) a nie art.90 ust.1 a pkt 1) Pzp.(co wynika z oświadczeń odwołującego na rozprawie) jak i co do braku autoryzacji firmy VOITH zwłaszcza, że oświadczenie nosi datę z roku 2014r i zarzut braku autoryzacji firmy VOITH nie został podniesiony w odwołaniu. Powyższe okoliczności mają wpływ na zakres rozpoznania zarzutów w myśl art. 192 ust.7 Pzp jak i ciężaru dowodowego, który obciąża wykonawcę albo zamawiającego na okoliczność, „że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”. W niniejszej sprawie zarzut podniesiony w odwołaniu dotyczy twierdzenia, że oferta wykonawcy wybranego zawiera rażąco niską cenę z przywołaniem w odwołaniu art.90 ust.1 Pzp. Dlatego ciężar dowodu opiera się na art.6 k.c. a nie na art.190 ust.1a Pzp. i obciąża osobę, która z faktu rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego wywodzi skutki prawne czyli obciąża odwołującego a nie zamawiającego i wykonawcę.

Podsumowując w ocenie Izby już sama kwalifikacja zarzutów odwołania przez odwołującego do art.90 ust.1 Pzp a nie do art. 90 ust.1a Pzp decyduje o obowiązku dowodowym, który obciąża w tym przypadku odwołującego w myśl art.6 k.c. w zw. z art.14 ust.1 Pzp, jak zresztą

powyżej Izba już określiła swoje stanowisko co do ciężaru dowodu na rażąco niską cenę. Skoro odwołujący uważa, że wykonawca wybrany/Konsorcjum przystępujące nie jest w stanie wykonać za zaoferowaną cenę zamówienia to powinien to udowodnić. Udowodnić zniżenie ceny w związku z koniecznością zaangażowania np. podwykonawcy w zakresie naprawy głównej zespołu napędowego power pack czy też konieczności zakupu licencji na dokumentację projektową jak i oprogramowanie w tym kody źródłowe dostępu do wykonania próby sterowania wielokrotnego z każdego czoła z pojazdem serii SA136 i SA133 wraz z usunięciem wszelkich problemów w sterowaniu. Samo podniesienie zarzutu, że oferta Konsorcjum przystępującego nie uwzględnia kosztu naprawy systemu napędu silnika power pack ani systemu sterowania wielokrotnego bez podania kosztów (kwot) jakie wiążą się z przywołanymi przez odwołującego okolicznościami jest niewystarczające do udowodnienia rażąco niskiej ceny.

Reasumując zarzut odwołania nie został udowodniony przez wskazanie o jaką kwotę cena wykonawcy wybranego została zniżona. Odwołanie w tym zakresie nie zawiera żadnych dowodów poza twierdzeniami o rażąco niskiej cenie w ofercie Konsorcjum przystępującego.

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo że podlegała ona odrzuceniu ze względu na to, że zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

Zarzut jest przedwczesny i nieuprawniony, ponieważ wykonawca wybrany nie został wezwany do wyjaśnienia zarzutu rażąco niskiej ceny a takie uprawnienie każdemu wykonawcy przysługuje przed czynnością zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powyższe wynika z treści art.90 ust.3 Pzp zobowiązującego zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli nie udzielono wyjaśnień w związku z zwróceniem się zamawiającego o ich udzielenie w myśl art.90 ust.1 Pzp.

Tym samym zarzut nie został udowodniony.

3. art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r (Dz.U.2018.419.tj.) zwana dalej „ustawą ZNK” przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo że podlegała ona odrzuceniu, ze względu na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom przez oferowanie wykonania usług poniżej kosztów ich realizacji.

Zarzut jest przedwczesny i nieuprawniony, ponieważ z okoliczności wniesionego odwołania wynika, że został złożony w związku z podniesionym w odwołaniu zarzutem rażąco niskiej ceny i zarzutem nie wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art.90 ust.1 Pzp.

W związku z nie uwzględnieniem zarzutu wniesionego na podstawie art.90 ust.1 Pzp co do nakazania zamawiającemu wezwania Konsorcjum przystępującego do wezwania celem wyjaśnienia zarzutu rażąco niskiej ceny zarzut jest nieuprawniony.

Na przedwcześnieść zarzutu wskazuje również stanowisko zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie:” Zarówno w zakresie rażąco niskiej ceny jak i w zakresie tego, czy oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Odwołujący się nie przedstawił, zdaniem Zamawiającego przekonujących argumentów na poparcie swojego stanowiska. Zauważyć należy iż, art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako czyn nieuczciwej konkurencji określa sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia co istotne — w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Tymczasem odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że taki właśnie był cel Konsorcjum. Brak wykazania celu z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie pozwala uznać, że usługa konsorcjum jest poniżej kosztów jej świadczenia oraz że stanowi czyn nieuczciwej konkurencji”.

Zarzut nie został udowodniony.

art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że jest niezgodna z SIWZ w zakresie, w jakim oferuje wykonanie próby sterowania wielokrotnego z każdego czoła z pojazdem serii SA136 i SA133, którego to świadczenia Konsorcjum nie może wykonać z obiektywnych przyczyn technicznych,

zarzut ten jest również powiązany z zarzutem opartym o art.90 ust.1 Pzp i odwołujący wywodzi go z twierdzenia, że w związku z zaoferowaną rażąco niską ceną wykonawca wybrany nie wykona przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Świadczy o tym chociażby następujący fragment uzasadnienia zarzutu zamieszczony w odwołaniu: ”W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Odwołujący podkreśla, że w przyczyn opisanych szczegółowo powyżej, Konsorcjum przystępujące nie może prawidłowo wykonać próby sterowania wielokrotnego z każdego czoła z pojazdem serii SA136 i SA133. Tego świadczenia Konsorcjum nie może wykonać z obiektywnych przyczyn technicznych. Przedmiotowa niezgodność ma charakter istotny, merytoryczny i odnosi się do zakresu oferowanego świadczenia, zatem zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty Konsorcjum. Konsorcjum oferuje w istocie świadczenie inne, niż oczekuje Zamawiający. Konsorcjum nie ma zasobów pozwalających na samodzielne opracowanie metodyki kontroli sterowania wielokrotnego i nie poczyniło żadnych starań w celu pozyskania tych zasobów przed złożeniem oferty”.

Zarzut nie został udowodniony w związku przede wszystkim z okolicznością nie udowodnienia konieczności wezwania wykonawcy do wyjaśnienia wątpliwości zamawiającego co do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez

zamawiającego. Jak przystępujący podniósł: "Niezależnie od tego, podkreślenia wymaga okoliczność, że Odwołujący nie sprecyzował z którym konkretnie punktem SIWZ oferta przystępującego rzekomo pozostaje niezgodna. Zdaniem Przystępującego zarzut ten w istocie nie odnosi się do merytorycznej niezgodności oferty z treścią SIWZ, lecz stanowi on hipotezę, że Przystępujący nie jest w stanie zrealizować umowy w sprawie zamówienia. Zarzut ten odnosi się zatem do okoliczności przyszłej i niepewnej".

Zarzut nie został udowodniony.

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum przystępujące, pomimo że była niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co spowodowane było zaniechaniem poprawienia omyłki dotyczącej ceny zaoferowanej w zadaniu 1,

Postępowanie w zakresie tego zarzutu zostało umorzone z uwagi na uwzględnienie zarzutu i przyznanie zamawiającego co do konieczności poprawienia omyłki jako omyłki rachunkowej na podstawie art.87 ust.2 pkt 2. Wbrew wskazaniu odwołującego charakter tej omyłki jako błąd w sumowaniu kwot nie podlega kwalifikacji do art.89 ust.1 pkt 6 to jest błędu w obliczaniu ceny. Niemniej na wewnątrznie sprzeczną argumentację w tym zakresie wskazać należy chociażby:" W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 Pzp Odwołujący wskazuje, że oferta Konsorcjum przystępującego w zadaniu pierwszym obejmowała wykonanie przedmiotu zamówienia na czterech pojazdach:

- | | | | | |
|----|-----------------------------------|---|-----|------------|
| a) | pojazd SA136-013 - za cenę brutto | 1 | 293 | 345,00 zł, |
| b) | pojazd SA136-014 - za cenę brutto | 1 | 293 | 345,00 zł, |
| c) | pojazd SA136-015 - za cenę brutto | 1 | 293 | 345,00 zł, |
| d) | pojazd SA136-016 - za cenę brutto | 1 | 293 | 345,00 zł, |

co daje sumę 5 173 380,00 zł, a nie 5 173 800,00 PLN.

W informacji o wyborze oferty Zamawiający podał, że cena brutto oferty Konsorcjum złożonej w zadaniu 1 wynosi 5173 800,00 zł, co świadczy o tym, że zaniechał poprawienia omyłki. Tym samym Zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie. W konsekwencji doprowadziło to do wyboru oferty, w której cena łączna zamówienia została podana niezgodnie z wymogami określonymi w rozdziale X punkt 8 SIWZ - cena brutto oferty nie jest tożsama z ceną wykonania całego przedmiotu oferty. Oferta taka powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp".

Z kolei zamawiający na rozprawie oświadczył do protokołu: "Zamawiający w tym miejscu uwzględnia zarzut nr 3 o naruszenie art. 87 ust 2 Pzp uznając, iż nastąpiła omyłka rachunkowa

wskazana w art. 87 ust. 1 pkt 2 omyłka rachunkowa, którą Zamawiający powinien z urzędu poprawić, co Zamawiający przyznaje ale nie przyznaje, iż nastąpiło to w trybie art. 89 ust 1 pkt 2, tym samym zaprzecza zarzutowi naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2. Poprawimy omyłkę rachunkową dotyczącą sumowania kosztów naprawy pojazdów”.

Postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu zostało umorzone z racji uwzględnienia zarzutu co do omyłki rachunkowej w ofercie Konsorcjum przystępującego.

5. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez stworzenie jednemu z wykonawców (członkowi Konsorcjum) korzystniejszych warunków realizacji zamówienia, ponieważ wykonawca ten przed wszczęciem Postępowania dokonywał oceny stanu technicznego silników w pojazdach, których obsługa jest przedmiotem Postępowania, przez co uzyskał wiedzę na temat przedmiotu zamówienia, której nie posiadają pozostali wykonawcy, wskutek czego doszło do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji,

Na rozprawie zamawiający przedłożył szereg dowodów wskazujących na okoliczność, że wykonawca wybrany/Konsorcjum przystępujące nie miał uprzywilejowanej pozycji jako rzekomo podmiot, który kwalifikował pojazdy do przeglądu będącego przedmiotem niniejszego sporu. Wykonawca wybrany wykonywał na przestrzeni kilkunastu ostatnich miesięcy usługi w ramach napraw awaryjnych silników zamawianych w trybie zapytania o cenę. Zresztą zapytania o cenę były kierowane także do PESA ale nie było z jej strony składanych ofert tak wyjaśniał zarzut zamawiający. Odnosząc się do postawionego zarzutu odwołania należy przywołać istotny fragment jego uzasadnienia: „W Postępowaniu doszło również do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców została złamana, ponieważ przed wszczęciem Postępowania Zamawiający zlecił jednemu z członków Konsorcjum dokonanie oceny stanu technicznego silników pojazdów SA136-014, SA136-015 i SA136- 016 oraz wykonanie naprawy silników w pojazdach SA136-014 i SA136-016, przy czym informacje uzyskane przez tego wykonawcę w toku dokonanej weryfikacji nie zostały ujawnione w dokumentacji Postępowania. W związku z tym, Konsorcjum dysponowało szczegółową wiedzą na temat aktualnego stanu technicznego silników pojazdów, których obsługa jest przedmiotem Postępowania, której nie posiadają pozostali wykonawcy, wskutek czego doszło do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Co więcej, Konsorcjum wykonało już prace naprawcze dwóch silników ww. pojazdów, podczas gdy naprawa główna zespołu napędowego pojazdów jest objęta zakresem postępowania. Odwołujący oczekuje na udzielenie dalszych

informacji w trybie dostępu do informacji publicznej i pozyskane w ten sposób dowody przedłoży w dalszym toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą”.

Odwołujący odpierając zarzut naruszenia art. 7 ust.1 Pzp w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie prezentował następujące stanowisko: ”Odnosnie naruszenia art. 7 ust.1 PZP i rzekomego złamania przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców, Zamawiający zaprzecza temu, iż konsorcjum dysponowało szczegółową wiedzą na temat aktualnego stanu technicznego silników, której nie posiadali pozostali wykonawca. Nie jest prawdą iż konsorcjum wykonywało oceny stanu technicznego silników pojazdów SA 136-014, SA 136-015 oraz SA 136-016.

Istotnie konsorcjum wykonywało czynności na części silników ale nie była to ocena ich stanu technicznego, lecz po prostu prace przy usuwaniu awarii tych silników. Dodatkowo upłynął już znaczny okres czasu, pomiędzy tymi pracami - duża część silników podlegała naprawom ponad 12 miesięcy temu. Ewentualna wiedza wykonawcy na temat stanu tych silników jest już zdezaktualizowana. Również, nie sposób brać pod uwagę stanu silników, które stosunkowo niedawno poddawano przeglądowi (9-3 miesięcy temu), gdyż te pojazdy są w ciągłej eksploatacji, a ich przekazanie do naprawy w ramach niniejszego postępowania planowane jest w ostatniej kolejności — około lipca — września 2019r.

Na marginesie wskazuję natomiast, iż zupełnie bezpodstawny jest argument, iż Odwołujący się nie posiada wiedzy na temat stanu technicznego silników. Wiedzę tę posiada i to znacznie bardziej szczegółową i co ważne aktualną. Przypominam że to Odwołujący się jest producentem pojazdów, których dotyczy postępowania. Dzięki temu, Odwołujący się posiada pełny dostęp do interfejsu aplikacji zawierającej pełne (aktualne na każdy dzień i dane historyczne) dane dotyczące pracy każdego pojazdu Zamawiającego (w tym dane o pracy silników, przebiegu, obciążeniu silnika, dane o pracy układów chłodzenia, klimatyzacji, poziomów olejów i ew. problemów). Program ten umożliwia też podgląd co do aktualnych alarmów i błędów w pracy każdego z pojazdów. Są to nie tylko szczegółowe dane ale też co ważne dane na bieżąco przekazywane przez pojazd. Nie sposób tej wiedzy porównywać z tym, że jakiś podmiot w przeszłości dokonał naprawy silnika. W załączeniu wykaz parametrów znanych Odwołującemu się wraz z przykładowym widokiem interfejsu aplikacji”.

Również istotne jest w tym zarzucie stanowisko Konsorcjum przystępującego, który oświadczył między innymi:” Przystępujący przede wszystkim oponuje przeciwko twierdzeniu Odwołującego, że jeden z członków konsorcjum Przystępującego dokonywał oceny stanu silników pojazdów SA136-014, SA136-015, SA136-016. Okoliczność ta nie została udowodniona, a Przystępującemu trudno stwierdzić, na jakiej podstawie Odwołujący formułuje takie wnioski. To bowiem członek konsorcjum Odwołującego Pojazdy PESA Bydgoszcz S.A.

jest producentem spalinowych zespołów trakcyjnych (SZT), których obsługa techniczna jest przedmiotem niniejszego postępowania, a zatem jako producent przed złożeniem oferty przetargowej dysponował i dysponuje nadal większą ilością informacji o stanie silników poszczególnych SZT”.

Również złożona przez zamawiającego w poczet dowodu odpowiedź Urzędu Marszałka Województwa Pomorskiego nie potwierdza, że Konsorcjum przystępujące dokonało przeglądu silników przed ogłoszeniem zamówienia i na jego cele: Pismo PESA 10.01.2014r. I.dz. ZOP/KK/3/1/2019 w ramach dostępu do informacji publicznej do Urzędu Marszałkowskiego województwa pomorskiego oraz udzielona odpowiedź w dn.21.01.2019r. I. dz. DO-ZO. 14.31.3.2019 skierowanej do członka konsorcjum PESA Bydgoszcz S.A., na okoliczność wykazania, że Przystępujący dokonywał w okresie poprzedzającym weryfikację zespołów napędowych pojazdów przedmiotowych to jest skierowanych do przeglądu w niniejszym zamówieniu (mowa jest o okresie ostatnich 6 miesięcy o weryfikacji trzech silników i o naprawie dwóch silników przez Konsorcjum przystępujące).

Z kolei zamawiający przedstawił następujące dowody na brak uprzywilejowania Konsorcjum przystępującego:

1. Zestawienie parametrów – na okoliczność dostępności danych, które posiada Odwołujący, jest to zdalny dostęp zachowywania się parametrów wymienionych w tym wykazie, dotyczy to każdego pojazdu, który był dostarczony przez Odwołującego, jak również należy zwrócić uwagę na przykładowy widok sygnałów, tj. błędów pojazdów w ujęciu historycznym jak i ówczesnym. Jest to dowód na twierdzenie przeciwne Odwołującego, że nie miał on dostępu do informacji na okoliczność, w jakim stanie technicznym znajdowały się pojazdy będące przedmiotem tej naprawy, przeglądem P3.2 ad contrario do zarzutu naruszenia art.7Pzp.
2. Spis reklamacji do PESA dot. trakcji wielokrotnej (polega na tym, że pojazdy, które zostaną połączone, maszynista widzi sytuacje zarówno w pojeździe, który on prowadzi, jak i pojazdach połączonych np. czy drzwi są otwarte czy są zamknięte, posiada informację czy klimatyzacja działa, reasumując połączenie pojazdów skutkuje tym jakoby był to 1 pojazd w zakresie informacji n. t. zachowywania się parametrów technicznych w tych połączonych pojazdach), jest to dowód na to, że uszkodzenia, które występowały w pojazdach dostarczonych przez Odwołującego a będących przedmiotem niniejszego postępowania dotyczą raczej uszkodzeń mechanicznych a nie oprogramowania, na powyższe wskazuje rodzaj wymienionych zgłoszeń w 5 kolumnie pod tytułem TREŚĆ ZGŁOSZENIA, albo w kolumnie 7 pt. SPOSÓB USUNIĘCIA USTERKI.

3. Prace wykonywane na zespole pędnym, czyli na silnikach, z kolumny 4 wynika, że naprawy systemu pędnego nie były kierowane tylko do P. M., ale również do innych oferentów wykonawców, wytłuszczonym drukiem wskazujemy w kolumnie 4. Kolumny oznaczone 1, 2, 3, 4 są nazwy oferentów natomiast wytłuszczone nazwy wskazują na oferentów, którzy wygrali przetarg, to były ze względu na wartość zamówienia realizowane w trybie poza ustawą z uwzględnieniem zamówień sektorowych, zestawienie napraw silników (systemów pędnych).

Również na rozprawie pełnomocnik zamawiającego oświadczył do protokołu:

„co do wniosków dowodowych Odwołującego i poparcia wniosków Przystępującego stwierdza, co następuje: Ja w tym miejscu chciałabym zaznaczyć, że przez okres 2 letniej gwarancji na stałe byli oddelegowani pracownicy PESA, którzy na bieżąco usuwali usterki czy też awarie, które unieruchamiały komunikację pojazdów szynowych i sprowadzało się to do konieczności zwożenia pojazdów do naszej zajezdni Cisowa w Gdyni. Też chciałabym zaznaczyć, że nadal są problemy związane z wózkami, na których ulokowane są pudła (jak w samochodach podwozie). Obecnie są problemy z podwoziem, na którym ulokowane jest pudło i w związku z tym w drodze porozumienia z Marszałkiem Województwa Pomorskiego lub też z nami jest przedłużony okres gwarancyjny na to podwozie. Z tego, co jest mi wiadomo to są rzeczy nieodpłatne w związku z problemami w eksploatacji. W związku z tym podaje to na okoliczność twierdzenia, że tylko p. M. mógł znać szczegółowy zakres stanu technicznego pojazdów, które mają teraz być poddane przeglądowi P 3.2.”

Zarzut nie został udowodniony.

Reasumując, po dokonanej ocenie przedstawionych zarzutów odwołania, Izba nie znajduje podstaw do uwzględnienia odwołania co czyni w myśl art.192 ust.2 Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba uwzględni odwołanie, jeżeli nastąpiło naruszenie przepisów ustawy Pzp mogących lub mających istotny wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby zarzuty się nie potwierdziły się więc odwołanie nie zostaje uwzględnione.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i pkt. 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz zobowiązując odwołującego do

zwrotu zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600 zł.

Przewodniczący: