

Sygn. akt: KIO 1294/13

WYROK

z dnia 13 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2013r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2013r. przez **wykonawcę:** Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna ul. Zygmunta Augusta 11; 85-082 Bydgoszcz w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** „PKP Intercity” Spółka Akcyjna; 00-848 Warszawa; ul. Żelazna 59 a

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NEWAG Spółka Akcyjna – lider konsorcjum ul. Wyspiańskiego 3; 33-300 Nowy Sącz i NEWAG Gliwice Spółka Akcyjna – członek konsorcjum ul. Chorzowska 58; 44-100 Gliwice zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1294/13 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności zamawiającego wezwania z dnia 22 maja 2013r. odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art.90 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. kosztami postępowania obciąża „PKP Intercity” Spółka Akcyjna; 00-848 Warszawa; ul. Żelazna 59 a i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna ul. Zygmunta Augusta 11; 85-082 Bydgoszcz tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od „PKP Intercity” Spółka Akcyjna; 00-848 Warszawa; ul. Żelazna 59 a na rzecz Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna ul. Zygmunta Augusta 11; 85-082 Bydgoszcz kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Pismem z dnia 29 maja 2013r. odwołujący wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił, że wezwanie jest niepełne, nieprecyzyjne, stanowi bezpodstawne żądanie informacji z dokumentów nieobjętych postanowieniami SIWZ i obowiązującymi przepisami prawa.

Czynnościom zamawiającego zarzucono naruszenie art.90 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawy) poprzez niewłaściwe i bezzasadne jego zastosowanie w celu ustalenia czy cena oferty odwołującego w stosunku do przedmiotu zamówienia zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu art.89 ust.1 pkt 4 ustawy.

Również odwołujący zarzucił, iż wezwanie nie wskazuje jakie okoliczności powodują wątpliwości zamawiającego co do złożonej oferty, a także żąda się wyjaśnień ponad treść złożonej oferty, czym narusza się art. 90 ust.1 i ust.2 ustawy.

Ponadto odwołujący zarzucił naruszenie art.25 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy w związku z art.90 ust.1 i 2 ustawy poprzez niewłaściwe ich zastosowanie polegające na wezwaniu odwołującego do udzielenia wyjaśnień zgodnie z Dokumentacją Utrzymania Technicznego, pojęcia nieznanego SIWZ (Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) oraz ogólnie obowiązującym przepisom prawa, także wobec braku obowiązku sporządzenia takiej dokumentacji.

Zarzucono również naruszenie art.90 ust.1 w związku z art.180 ust.1 w zw. z art.182 ust.1 pkt 1 ustawy poprzez wyznaczenie terminu do złożenia wyjaśnień krótszego niż termin do wniesienia odwołania, czym narażono odwołującego na złożenie wyjaśnień, pomimo oczywistej wadliwości złożonych wyjaśnień.

Zaskarżone przez odwołującego czynności zamawiającego w ocenie odwołującego naruszają art.7 ust.1 ustawy w związku z art. 90 ust.1 ustawy poprzez wezwanie odwołującego do wyjaśnień.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący zażądał:

1. uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania odwołującego pismem z dnia 22 maja 2013r. do złożenia wyjaśnień w trybie art.90 ust.1 ustawy,

2. przeprowadzenia dowodu z dokumentów z akt postępowania prowadzonego przez zamawiającego w tym dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania,
3. obciążenia zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano na następujące okoliczności sprawy oraz wniesiono o przeprowadzenie następujących dowodów.

Zamawiający i przystępujący po stronie zamawiającego wnieśli o oddalenie odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 11 czerwca 2013r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego. Zdaniem zamawiającego dostawa 10 lokomotyw i utrzymanie ich stanu technicznego stanowią dwa odrębne świadczenia, które nie mają charakteru kompleksowego, rozliczane są w ramach odrębnego wynagrodzenia.(...) „Zamawiający nawet nie żądał wskazania łącznej ceny obu świadczeń. Powyższe w sposób bezsporny świadczy o okoliczności rozdzielenia obu cen, istoty i wagi jaka przyznana jest cenie świadczenia usług utrzymania”(…) „Przepis art.90 ust.1 ustawy stanowi o prawie zwrócenia się do „wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”. Ustawodawca w tym ogólnym przepisie nie ograniczył prawa Zamawiającego wyłącznie do ceny w znaczeniu sumy poszczególnych cen za odrębne przedmioty świadczenia, tj. tzw. łącznej ceny”(…)”Mając na uwadze powyższe, w okolicznościach niniejszej sprawy skorzystanie przez Zamawiającego z uprawnienia wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny było uzasadnione i zgodne z przepisami Pzp.”.

Pełnomocnik przystępującego w dniu 11 czerwca 2013r. wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc między innymi, że odwołujący złożył wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego z dnia 22 maja 2013r. Tak więc orzekanie w sprawie jest bezprzedmiotowe. W ocenie przystępującego zamawiający podzielił zamówienie na dwie odrębne części to jest dostawę i utrzymanie (usługę). Zamawiający także określił odrębne kryteria cenowe to jest dla dostawy jak i usługi utrzymania, a także dwa odrębne postanowienia dotyczące wynagrodzenia wykonawcy, jak również zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 29 stycznia 2013r. pod poz. 2013/S 020-031639 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na dostarczenie fabrycznie nowych, jednego typu 10 lokomotyw wraz z napędem silnikiem spalinowym z przekładnią elektryczną oraz świadczenie usług ich utrzymania. Wraz z dostawą pierwszej z lokomotyw wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia zamawiającemu części zamiennych i podzespołów wchodzących w skład tzw. zestawu antyawaryjnego szczegółowo opisanego w SIWZ. Zamawiający również żąda przeprowadzenia szkolenia 40 pracowników z obsługi dostarczonych lokomotyw. Z kolei w ramach usługi utrzymania lokomotyw wykonawca jest zobowiązany do utrzymania technicznego lokomotyw o zakresie spełniającym cztery pierwsze poziomy utrzymania pojazdów kolejowych (poziom 1, poziom 2, poziom3, poziom 4) wg Załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. Nr 212, poz. 1771 z późn. zm.) oraz zgodnie z Dokumentacją Utrzymania Technicznego, a także zobowiązany będzie do świadczenia usług utrzymania nieplanowanego, korekcyjnego, oraz czyszczenia Pojazdów. Ponadto, wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia we własnym zakresie i na własny koszt wyposażenia Zaplecza Technicznego, w którym będzie świadczył usługi utrzymania.

W tak prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący wniósł o unieważnienie wezwania zamawiającego z dnia 22 maja 2013r. skierowanego do odwołującego o złożenie wyjaśnień w trybie art.90 ust.1 ustawy.

Izba na rozprawie przeprowadziła następujące dowody w sprawie:

Z wezwania z dnia 22.05. 2013r. skierowanego do odwołującego na podstawie art. 90 ust.1 ustawy w celu ustalenia, „czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. W tym celu zamawiający zwrócił się „z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez Państwa ceny”. Z uzasadnienia wezwania wynika, że cena świadczenia usług utrzymania lokomotyw spalinowych w szczególności wzbudza wątpliwość. Z tych względów wzywa się odwołującego do wskazania stanu faktycznego lub innych okoliczności uzasadniających cenę a w szczególności wyjaśnienia ceny brutto jednego przeglądu okresowego na poziomie P1, P2, P3, P4, jednostkowej ceny brutto poszczególnych podzespołów, części, akcesoriów i materiałów eksploatacyjnych.

Z ogłoszenia o zamówienia oraz SIWZ wynika jak poniżej.

Przedmiot zamówienia został określony w ogłoszeniu o zamówieniu następująco:

Nazwa "dostawa 10 lokomotyw spalinowych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania".

Z krótkiego opisu przedmiotu zamówienia wynika, że "przedmiotem zamówienia jest dostarczenie fabrycznie nowych, jednego typu 10 lokomotyw wraz z napędem spalinowym z przekładnią elektryczną oraz świadczenie usług ich utrzymania. Wraz z dostawą pierwszej lokomotywy zamawiający jest zobowiązany do dostarczenia części zamiennych i podzespołów wchodzących w skład tzw. zestawu antyawaryjnego szczegółowo opisany w SIWZ. Wykonawca także będzie zobowiązany do przeszkolenia 40 pracowników z obsługi dostarczonych lokomotyw. W ramach świadczenia usług utrzymania wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia usług utrzymania technicznego lokomotyw o zakresie utrzymania 4 pierwszych poziomów utrzymania pojazdów kolejowych według załącznika nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych oraz zgodnie z Dokumentacją Utrzymania Technicznego a także będzie zobowiązany do świadczenia usług utrzymania nieplanowanego, korekcyjnego oraz czyszczenia pojazdów. Wykonawca będzie także zobowiązany do utrzymania we własnym zakresie wyposażonego Zaplecza Technicznego, w którym będzie świadczył usługi utrzymania.

Z Ogłoszenia o zamówieniu wynika, że zamówienie nie jest podzielone na części.

Konsekwentnie do koncepcji braku podziału zamówienia na części zamawiający ustalił jedno wadium na postępowanie objęte przedmiotowym ogłoszeniem to jest wadium wynoszące pięć milionów złotych.

Z kolei ustalając warunki udziału w postępowaniu w tym doświadczenie i wiedzę zamawiający żądał wykazania odrębnie doświadczenia w zakresie dostawy lub naprawy głównej lokomotyw oraz doświadczenia w zakresie usług utrzymania technicznego lokomotyw spalinowych.

Termin realizacji zamówienia zamawiający określił następująco: dostawa 10 pojazdów w terminie nie dłuższym niż 24 miesiące od dnia wejścia w życie umowy a usługi utrzymania technicznego liczone od dnia dostawy pierwszej lokomotywy do momentu skierowania ostatniej lokomotywy do planowanej naprawy głównej silników w okresie zaproponowanym przez wykonawcę ale nie krócej niż 12 lat i nie dłużej niż 16 lat.

W SIWZ zamawiający w rozdz. IV Opis przedmiotu zamówienia” określił dostawę pojazdów. W którym opisał co wchodzi w zakres dostawy lokomotyw w tym zakres szkolenia pracowników zamawiającego. Przy czym tylko w pozycji koszty szkolenia wskazał jakie koszty powinien wykonawca uwzględnić (pkt 14 IV.I. dostawa pojazdów str.4 SIWZ np. koszty przejazdu pociągiem do miejsca szkolenia tam i z powrotem).

I dalej w punkcie IV.II – usługi utrzymania pojazdów: w tym rozdziale zamawiający określił na czym polegają usługi utrzymania technicznego, czasookres ich trwania, Jeżeli chodzi o uwzględnianie kosztów to zamawiający wskazał, że koszty dostarczenia pojazdów do miejsca wykonania usługi utrzymania pokrywa zamawiający, a koszt powrotu pojazdu pokrywa wykonawca.

W rozdz. XIII SIWZ opisującym sposób obliczenia ceny zamawiający zawarł następujące wymagania co do kształtowania ceny.

W ust.1 pkt od 1 do 4 zawarte są postanowienia zgodnie z którymi „Cenę oferty należy określić poprzez wskazanie w Formularzu Oferty następujących cen: 1) ceny dostawy jednego pojazdu, ceny dostawy 10 pojazdów, 2) ceny jednostkowej świadczenia usług utrzymania za 1 km przebiegu Pojazdu, będącej podstawą do obliczenia kosztów świadczenia usług utrzymania, przy założeniu minimalnego przebiegu 80 300 km rocznie oraz średniorocznego przebiegu 100 000 km rocznie dla jednego pojazdu, 3) szacowanej wartości świadczenia usług utrzymania wyliczonej według następującego wzoru $C=100\ 000\text{ km} \times \text{stawka za świadczenie usług utrzymania za 1 km przebiegu Pojazdu} \times 10\text{ Pojazdów} \times \text{przyjęty przez wykonawcę okres świadczenia usług utrzymania}$, 4) Szacowanej wartości

świadczenia usług utrzymania za okres 12 lat według następującego wzoru: $C=100\ 000\ \text{km} \times$
stawka za świadczenie usług utrzymania za 1 km przebiegu Pojazdu $\times 10$ Pojazdów $\times 12$ lat.

Z kolei w ust.2 tegoż rozdziału XIII zamawiający zawarł zapis, że „Wartość, o której mowa w ust.1 pkt 4 będzie służyła wyłącznie do porównania i oceny ofert jak również do zweryfikowania wartości oferty pod kątem kwoty jaka zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Z dalszych uregulowań SIWZ wynika, że zarówno dostawa lokomotyw jak ich utrzymanie ma charakter stawek ryczałtowych, które mają obejmować wszelkie koszty wykonania zamówienia według obowiązków wymienionych w SIWZ w tym również koszty towarzyszące wykonaniu tych obowiązków, które są wymienione przykładowo (np. ust.5 tegoż rozdziału XIII).

Z ostatniego pkt- u 10 tegoż rozdziału XIII SIWZ pn. Opis sposobu obliczenia ceny wynika, że „Cena za dostawę Pojazdów nie będzie podlegała waloryzacji natomiast cena za świadczenie usług utrzymania będzie podlegała waloryzacji zgodnie z formułą ceny indeksowanej zawartej w załączniku nr 3 do SIWZ.

Zgodnie z przedłożoną ofertą przez odwołującego: wartość dostawy 10 lokomotyw spalinowych brutto to 173 122 500,00 złotych.

Szacowana wartość świadczenia usług utrzymania to 147.600zł.

Cena jednostkowa świadczenia usług utrzymania za 1 km przebiegu lokomotywy wynosi zgodnie z ofertą 0.01 zł/km.

Powyższa oferta daje kwotę 173 270 100 złotych.

Z przedłożonej przez zamawiającego w poczet dowodów uchwały nr 61/2013 zarządu zamawiającego z dnia 25.01.2013r. w sprawie wyrażenia zgody na przeprowadzenie przedmiotowego postępowania wynika, że wyraża się zgodę na przeprowadzenie przetargu celem wyłonienia oferty na dostawę 10 lokomotyw spalinowych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania a wartość zobowiązania finansowego z tego tytułu wyniesie do kwoty brutto 207 378 000,00 złotych w tym dostawa 10 lokomotyw – brutto 165 312 000,00złoty i świadczenie usług utrzymania 10 lokomotyw spalinowych brutto 42 066 000,00 złotych.

Z kolei z Dokumentu otwarcia ofert wynika, że zamawiający na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 207 378 000,00 złotych.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący skutecznie zarzucił czynnościom zamawiającego naruszenie art.90 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawy) poprzez niewłaściwe i bezzasadne jego zastosowanie w celu ustalenia czy cena oferty odwołującego w stosunku do przedmiotu zamówienia zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu art.89 ust.1 pkt 4 ustawy.

Skutecznie również odwołujący zarzucił naruszenie art.25 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy w związku z art.90 ust.1 i 2 ustawy poprzez niewłaściwe ich zastosowanie polegające na wezwaniu odwołującego do udzielenia wyjaśnień zgodnie z Dokumentacją Utrzymania Technicznego, pojęcia nieznanego SIWZ (Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) oraz ogólnie obowiązującym przepisom prawa, także wobec braku obowiązku sporządzenia takiej dokumentacji. Co do samego pojęcia Dokumentacji Utrzymania Technicznego to pojęcie to zostało przywołane w Ogłoszeniu o zamówieniu, ale nie zostało tak jak twierdzi odwołujący ani zdefiniowane w SIWZ, ani w przywołanych przepisach prawa. Poza tym obowiązek sporządzenia Dokumentacji Utrzymania Technicznego na etapie sporządzenia oferty nie wynika z obowiązującej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzucono również naruszenie art.90 ust.1 w związku z art.180 ust.1 w zw. z art.182 ust.1 pkt 1 ustawy poprzez wyznaczenie terminu do złożenia wyjaśnień krótszego niż termin do wniesienia odwołania, czym narażono odwołującego na złożenie wyjaśnień, pomimo oczywistej wadliwości złożonych wyjaśnień. Izba tego zarzutu nie uwzględnia, ponieważ z obowiązującej ustawy nie wynika ani nie można z niej wywieść, że termin na wyjaśnienia musi być co najmniej równy terminowi na wniesienie środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie.

Konsekwencją uwzględnienia odwołania z tytułu nieuprawnionego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 jest naruszenie art.7 ust.1 ustawy.

Zaskarżone przez odwołującego czynności zamawiającego w ocenie odwołującego naruszają art.7 ust.1 ustawy w związku z art. 90 ust.1 ustawy poprzez wezwanie odwołującego do wyjaśnień.

Wskazana w wezwaniu zamawiającego podstawa prawna to jest art.90 ust.1 obliguje zamawiającego do wezwania w celu złożenia wyjaśnień, ponieważ „Zamawiający w celu

ustalenia, czy oferta zawiera rażąco 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”. Z kolei „Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów” zgodnie z treścią art.90 ust.2 ustawy.

Źródłem wezwania do złożenia wyjaśnień jest art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Zarówno art.90 jak i art.89 ustawy operuje pojęciem „przedmiotu zamówienia”.

Ze zgromadzonego w sprawie materiału wynika, że przedmiotem zamówienia jest dostawa 10 lokomotyw spalinowych wraz z ich utrzymaniem.

Natomiast nie jest odrębnym przedmiotem zamówienia dostawa 10 lokomotyw spalinowych i odrębnym przedmiotem zamówienia usługa ich utrzymania.

Przemawia za tym okoliczność, że zamawiający przedmiotowe zamówienie objął jednym postępowaniem o udzielenie zamówienia, również nie dzieląc go na części, co umożliwiłoby składanie odrębnych ofert na poszczególne części (dostawa lub utrzymanie).

Natomiast okoliczność, że zamawiający w formularzu ofertowym wymaga podania odrębnie cen na utrzymanie oraz na dostawę lokomotyw nie oznacza, że zamówienie jest podzielone na części, ponieważ podstawowym wyznacznikiem jednolitości zamówienia jest określenie przedmiotu w Ogłoszeniu i okoliczność nie podzielenia zamówienia na części (jedno wadium, jedna kwota podana przez zamawiającego na otwarciu ofert).

W tych okolicznościach podanie kilku kwot w formularzu ofertowym ma jedynie znaczenie dla określenia świadczenia zamawiającego czyli dla rozliczeń, a nie kwalifikacji co do przedmiotu zamówienia.

W związku z pojęciem rażąco niskiej ceny podanej w ofercie, zarzut w myśl art. 89 i art.90 ustawy można przedstawić wykonawcy w stosunku do „przedmiotu zamówienia” a nie jego elementów składowych. Elementami składowymi ceny są dostawa lokomotyw, cena utrzymania za 1 km przebiegu lokomotywy.

Ponadto sam zamawiający na rozprawie przyznał, że ceny utrzymania funkcjonują na rynku ale jako odrębnych zamówień a nie w związku z dostawą lokomotyw jak to ma miejsce w przedmiotowej sprawie.(wyciąg z protokołu str.9. od góry „Na pytanie przewodniczącej pełnomocnik zamawiającego wyjaśnia, że kalkulował cenę i według jego symulacji cena ta wynosiła w skali europejskiej 4 zł, a w skali polskiej 2.85 zł, powodem jest np. tańsza siła robocza. Poza tym też wyliczył też swoją kwotę 42 mln zł i przy przyjęciu stawki 2,85 zł ostatecznie, przy czym były to zamówienia, gdzie zamawiający sam realizował usługi utrzymania lub też na podstawie kosztów jakie ponosił przy zleceniu utrzymania na zewnątrz. Połączyliśmy te usługi utrzymania dlatego, że nikt poza producentem nie jest w stanie przeprowadzić utrzymania. Muszę stwierdzić, że gwarancja wchodzi w to 12 lat i stanowi to w pewnym sensie przedłużenie gwarancji. Gwarancja oczywiście jest płatna.)

Z kolei z samej treści SIWZ brak podstaw do możliwości sprawdzenia prawidłowości kalkulacji ceny, ponieważ wywodzenie ich z samej treści obowiązków wchodzących w zakres utrzymania technicznego lokomotyw jest niewystarczające.

Zamawiający może sprawdzać prawidłowość kalkulacji a tym samym ceny gdy ustali zasady kalkulacji w SIWZ, co z reguły czyni się także w przypadku cen ryczałtowych a nie tylko kosztorysowych. Przy czym kalkulacją (kosztorysem) przy cenie ryczałtowej zamawiający posługuje się nie do rozliczeń tylko do sprawdzania wyliczenia ceny i ewentualnie jej weryfikacji również pod kątem ceny rażąco niskiej.

W powyższym stanie rzeczy wezwanie do składania wyjaśnień w trybie art.90 ust.1 ustawy nie znajduje usprawiedliwienia zarówno w kontekście wynikającego z Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ przedmiotu zamówienia (dostawa wraz z utrzymaniem technicznym, które w toku rozprawy zamawiający nazwał „przedłużoną gwarancją”) a dodatkowo z braku wskazania zasad kalkulacji wynagrodzenia.

Natomiast argumentację przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie oraz w piśmie przystępującego do postępowania odwoławczego Izba uznała za nietrafioną w tym co do twierdzeń, że przedmiotem zamówienia są dwa przedmioty zamówienia to jest dostawa lokomotyw i utrzymanie techniczne lokomotyw.

W związku z powyższym Izba stwierdza naruszenie przez zamawiającego art. 90 ust.1 w tym art.7 ust.1 ustawy poprzez nieuprawnione wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny, co ma wpływ na wynik postępowania, ponieważ

zagroza pozycji odwołującego w uzyskaniu zamówienia, co uzasadnia interes odwołującego w złożeniu odwołania w myśl art. 179 ust.1 ustawy oraz podstawę uwzględnienia odwołania w myśl art.192 ust.2 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzać uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzać od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00 złotych.

Przewodniczący: