

Sygn. akt: KIO 719/22

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik
Ernest Klauziński
Anna Osiecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 4 kwietnia 2022 r. oraz 21 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Serwis Pojazdów Szynowych spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Lisim Ogonie oraz PUBLIC TRANSPORT SERVICE spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Koleje Mazowieckie – KM spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, przy udziale wykonawcy **PESA Mińsk Mazowiecki spółki akcyjnej z siedzibą w Mińsku Mazowieckim** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z pkt 4 litera c) *petitum* odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wobec jego wycofania przez Odwołującego.
2. Oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset

złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą oraz **34 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy), stanowiącą poniesiony przez Zamawiającego koszt z tytułu opłaty od pełnomocnictwa.

- 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **3 634 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset trzydzieści cztery złote, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą oraz opłaty od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Koleje Mazowieckie – KM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Naprawy w poziomie utrzymania P4 33 ezt serii EN57 zmodernizowanych według dokumentacji serii EN57AKM”, znak: MWZ5.27.2.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 10 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/S 006-012834.

Przedmiotowe postępowanie jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Serwis Pojazdów Szynowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Lisim Ogonie oraz PUBLIC TRANSPORT SERVICE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) 14 marca 2022 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę PESA Mińsk Mazowiecki S.A., ul. gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki (dalej: „PESA”, poprzednia nazwa Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A.), jako najkorzystniejszej oferty,
- 2) czynności badania i oceny oferty przez wykonawcę PESA,
- 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy PESA z przyczyn wskazanych w odwołaniu,
- 4) zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, ewentualnie
- 5) zaniechania czynności wezwania PESA do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PESA mimo tego, iż zaoferowany przez niego maksymalny termin wykonania naprawy w poziomie utrzymania P4 wraz z modyfikacją każdego ezt w terminie nie dłuższym niż 35 dni kalendarzowych, licząc od dnia przekazania ezt do naprawy, jest nierealny i miał na

celu jedynie uzyskanie najwyższej liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego, a tym samym uniemożliwienie dostępu do zamówienia pozostałym wykonawcom, co stanowi czyn nie-uczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- 2) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PESA, w sytuacji, gdy zaoferowana przez ww. wykonawcę cena jest pozorna, nierealna, zaniżona, poniżej kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia, wskazana przez PESA na takim poziomie wyłącznie w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia i uniemożliwienie innym przedsiębiorcom dostęp do rynku,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PESA, która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej polegającej na wylegitymowaniu się przez wykonawcę, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie co najmniej jedną usługę obejmującą swoim zakresem wykonanie czynności przeglądowych zgodnie z trzecim, czwartym lub piątym poziomem utrzymania co najmniej pięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjną co najmniej 120 km/h, o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł netto (słownie: jeden milion złotych 00/100 netto).
- 4) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 204 ust. 1 ustawy Pzp, przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy PESA jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty,

ewentualnie naruszenie

- 5) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a mianowicie poprzez zaniechanie wezwania PESA do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do istotnych części składowych ceny, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy PESA jako najkorzystniejszej,
- 2) ponownego badania i oceny oferty złożonej przez PESA,
- 3) odrzucenie oferty wykonawcy PESA na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) odrzucenie oferty wykonawcy PESA na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
- 5) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

ewentualnie

- 6) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy PESA jako najkorzystniejszej oferty;
- 7) wezwanie PESA do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do istotnych części składowych ceny, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i odrzucenia oferty tego wykonawcy w przypadku wystąpienia ku temu przesłanek po weryfikacji ww. wyjaśnień.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący argumentował że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to odrzuciłby ofertę PESA lub ewentualnie dokonałby wezwania PESA do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, a następnie odrzucenia oferty złożonej przez PESA z postępowania z powodów opisanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Odwołujący wskazał, że posiada legitymację do kwestionowania prawidłowości badania oferty złożonej przez PESA i podnoszenia przesłanek i podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy z postępowania. Zdaniem Odwołującego w przypadku uznania przez Izbę zasadności niniejszego odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołujący ma realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wniósł o wystąpienie przez Krajową Izbę Odwoławczą do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego o udostępnienie złożonych przez PESA

Mińsk Mazowiecki S.A. (wcześniejsza nazwa: Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A.) wyjaśnić w zakresie rażąco niskiej ceny oferty złożonej w przetargu nieograniczonym pn. „Wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania dla 5. elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN57AL” (2021/S 046-115882). Odwołujący wskazał, że według jego wiedzy ww. wyjaśnienia objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa PESA i z tego względu Odwołujący nie ma możliwości ich pozyskania.

Odwołujący wyjaśnił, że w ww. przetargu (którego przedmiot był zbieżny z niniejszym postępowaniem) PESA złożyła 14.04.2021 roku ofertę na kwotę 7.896.600,00 zł brutto (6.420.000 zł netto), co przekłada się na koszt wykonania przeglądu na jednym pojeździe na kwotę 1.284.000,00 zł netto, a więc za kwotę wyższą niż w niniejszym postępowaniu przetargowym (1.230.700,00 zł netto). W ocenie Odwołującego wyjaśnienia złożone przez PESA Mińsk Mazowiecki S.A. ww. przetargu umożliwią ustalenie przez Krajową Izbę Odwoławczą jakie koszty wykonania przeglądu i tym samym jaki zysk zostały wówczas przyjęte przez PESA i tym samym, czy możliwe było zaoferowanie ceny jeszcze niższej w niniejszym postępowaniu, mając na uwadze diametralną zmianę sytuacji gospodarczej w Polsce i na Świecie pomiędzy dniem 14.04.2021 roku, a dniem 07.02.2022 roku.

Ad zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający dwukrotnie przeprowadził postępowanie na realizację przedmiotowego zamówienia. Pierwsze postępowanie zostało unieważnione z uwagi na fakt, że najkorzystniejsza oferta przekraczała budżet Zamawiającego. W obydwu postępowaniach oferty złożyli ci sami wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert (Rozdział XVI SWZ):

Kryterium cena – 90%

Kryterium Twn – termin wykonania naprawy P4 każdego elektrycznego zespołu trakcyjnego – 10%.

Odwołujący wyjaśnił, że wykonawca PESA, w formularzu ofertowym przedmiotowego postępowania wskazał, w pkt 7, że zobowiązuje się wykonać naprawę w poziomie utrzymania P4 wraz z modyfikacją każdego ezt w terminie nie dłuższym niż 35 dni kalendarzowych, licząc od dnia przekazania ezt do naprawy. Powyższy termin jest aż o 10 dni krótszy niż ten, zaoferowany przez PESA w ofercie z dnia 5 listopada 2021 r. Wynikałoby z tego, że w okresie od dnia 5 listopada 2021 r. (pierwsza oferta PESA) do dnia 5 lutego 2022 r. (druga oferta PESA) wystąpiły jakieś nadzwyczajne okoliczności, które umożliwiły ww. wykonawcy skrócenie terminu realizacji naprawy ezt aż o 10 dni (czyli to przede wszystkim producenci, autoryzowani serwisanci musieliby zupełnie zmienić dotychczasowy

czas realizacji) – czemu Odwołujący stanowczo zaprzecza. Poniżej tabela wskazująca na skalę zmian w zakresie terminu w ofertach złożonych przez PESA na ten przedmiot zamówienia na przestrzeni 3 miesięcy.

I oferta PESA złożona w unieważnionym postępowaniu MWZ5.27.55.2021

Data podpisania oferty

5 listopada 2021 r.

Zadeklarowany przez PESA maksymalny termin naprawy ezt

45 dni kalendarzowych

Cena oferty brutto

68 166 848 zł

II oferta PESA złożona w aktualnym postępowaniu MWZ5.27.2.4.22

Data podpisania oferty

5 lutego 2022 r.

Zadeklarowany przez PESA maksymalny termin naprawy ezt

35 dni kalendarzowych

Cena oferty brutto

49 954 113 zł

Przez zaoferowanie maksymalnego terminu realizacji naprawy na poziomie 35 dni wykonawca PESA otrzymał maksymalną ilość punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert – tj. 10.

Odwołujący zauważył, że Wykonawca PESA w drugim postępowaniu zaoferował termin wykonania krótszy o ponad 20% przy jednoczesnej obniżce ceny o blisko 30%. Zdaniem Odwołującego jest to trudne do wytłumaczenia z punktu widzenia ekonomiczno-gospodarczego, w szczególności w dobie pandemii oraz zmian wprowadzonych w Polsce chociażby poprzez przepisy Nowego Ładu.

Odwołujący wskazał, że zadeklarowany przez PESA termin wykonania naprawy w poziomie utrzymania P4 wraz z modyfikacją każdego ezt w terminie nie dłuższym niż 35 dni kalendarzowych, licząc od dnia przekazania ezt do naprawy jest terminem nierealnym dla PESA i zaniżonym wyłącznie na potrzeby kryterium oceny ofert. Wskazać przy tym należy także, że w okresie 35 dni kalendarzowych może być aż 5 weekendów, co powoduje, że termin ten może wynosić 25 dni robocze.

Odwołujący wskazał, że naprawa ezt na czwartym poziomie utrzymania polega na przeprowadzeniu naprawy okresowej o zakresie prac obejmującym przegląd podzespołów i zespołów połączonych z częściowym ich demontażem z pojazdu trakcyjnego oraz naprawę lub wymianę elementów zużytych bądź uszkodzonych. Czynności jakie należy podjąć celem naprawy w poziomie utrzymania P4 wraz z modyfikacją ezt oraz czas niezbędny na ich dokonanie obrazuje tabela stanowiąca załącznik nr 5 do odwołania.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z projektem umowy - § 2 Zakres naprawy w poziomie utrzymania P4:

1. W zakres naprawy w poziomie utrzymania P4 wchodzi zespół czynności niezbędnych do uzyskania stanu technicznego i parametrów technicznych określonych w przepisach i warunkach technicznych odbioru dla danej serii EZT i rodzaju naprawy.

2. Zakres naprawy w poziomie utrzymania P4 EZT, zgodnie z obowiązującą „Dokumentacją systemu utrzymania ezT EN57 z napędem asynchronicznym” zatwierdzoną Decyzją Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego nr DBK-512-166/2013 z dnia 16 sierpnia 2013 r. podzielono na:

1) stały zakres naprawy, tj. prace wykonywane zawsze podczas każdej naprawy zgodnie z postanowieniami właściwej dla danego pojazdu dokumentacji systemu utrzymania,

2) prace wykraczające poza stały zakres naprawy w poziomie utrzymania P4 (zwane pracami dodatkowymi), czyli prace konieczne do wykonania w czasie naprawy dla uzyskania stanu technicznego określonego w przepisach i warunkach technicznego odbioru, lecz nie występujące w każdej naprawie np. obręczowanie zestawu kołowego. Wykaz prac zaliczanych do grupy prac wykraczających poza stały zakres naprawy oraz zestawienie oferowanych cen jednostkowych za wykonanie tych prac stanowi załącznik nr 2 do umowy,

3) uzupełnienie braków, na które Zamawiający zamierza przeznaczyć dla jednego EZT kwotę w wysokości średnio 5 000,00 zł netto.

3. Zamawiający przewiduje wykonanie prac wykraczających poza stały zakres naprawy w poziomie utrzymania P4 elektrycznego zespołu trakcyjnego wg założeń prognostycznych z załącznika nr 2 do umowy, a także inne prace w zależności od potrzeb lub wskazane przez Zamawiającego, na które Zamawiający zamierza przeznaczyć dla jednego EZT kwotę w wysokości średnio 3 000,00 zł netto.

4. Zamawiający wymaga, aby w stałym zakresie naprawy, w trakcie wykonywanych napraw w poziomie utrzymania P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych, Wykonawca wykonał wszystkie prace wyszczególnione w dokumentacji systemu utrzymania, a także:

1) dokonał poprawek malarskich uszkodzonych powierzchni całego EZT za wyjątkiem podwozia, które należy zabezpieczyć w całości. Malowanie powinno być zgodne z obowiązującymi kartami UIC 842-2 „Warunki techniczne dla metod badań materiałów malarskich i szpachli.”, 842-5 „Wykonawcze warunki techniczne dotyczące zabezpieczenia antykorozyjnego oraz malowania wagonów i pojazdów trakcyjnych.” oraz 842-6 „Warunki techniczne kontroli jakości systemów malowania pojazdów kolejowych.” Wszelkie uszkodzenia malatury oraz wady mechaniczne pudła, np. porysowania, wykwyty korozji i wgniecenia powinny być usunięte. W przypadku konieczności wykonania poprawek malarskich elementów demontowalnych z EZT malowanie elementów należy wykonać

natryskowo (np. drzwi automatyczne, międzywagonowe, osłony, poręcze, klapy inspekcyjne i inne) po uprzednim przygotowaniu powierzchni,

2) wykonał powłoki lakiernicze „antygraffiti” na pudłach EZT,

3) dokonał przeglądu układów napędowych (silników trakcyjnych, przekładni), umożliwiającego eksploatację pojazdu do kolejnej naprawy w poziomie utrzymania P4 oraz dokonał wymiany na nowe wszystkich elementów metalowo-gumowych sprzęgieł podatnych, tj. CENTAFLEX-T 052T-CF-T-460-SS1, a także elementów metalowo-gumowych zawieszenia przekładni wraz z silnikiem,

4) dostosował urządzenia radiołęczności pociągowej do pracy w systemie GSM-R,

5) wykonał inne czynności – zgodnie z DTR producentów poszczególnych elementów pojazdów oraz niewyszczególnione w dokumentacji systemu utrzymania.

Nadto zgodnie z § 4 ust. 6 projektu umowy:

Podczas wykonywania napraw w poziomie utrzymania P4 EZT – w ramach stałego zakresu naprawy, Wykonawca zobowiązuje się również do:

1) wykonania wszystkich czynności przewidzianych dla poziomu utrzymania P4 EZT zgodnie z „Dokumentacją systemu utrzymania EZT EN57 z napędem asynchronicznym” zatwierdzoną przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego Decyzją nr DBK-512-166/2013 z dnia 16 sierpnia 2013 r.

2) wymiany na nowe wszystkich elementów uznanych za normalia. Za normalia uznaje się takie elementy połączeń rozłącznych zespołów i podzespołów taboru, które w czasie naprawy podlegają demontażowi i nie kwalifikują się do ponownego wykorzystania tj.: podkładki, śruby, wkręty, blachowkręty, nakrętki, zawlecзки, sworznie, pierścienie uszczelniające (tzw. Simmeringi), pierścienie uszczelniające o przekroju kołowym (tzw. O-ringi), pozostałe uszczelnienia, pierścienie osadcze sprężyste (tzw. Segera), wszelkie osłony elektryczne (np. przewodów NN, WN, miechy doprowadzające powietrze do chłodzenia silników trakcyjnych), elementy gumowe zawiesznień maszyn elektrycznych, sprężarek itp.,

3) w przypadku wystąpienia konieczności, do obręczowania zestawów kołowych przy zastosowaniu obręczy wykonanych ze stali zgodnej z dokumentacją techniczną pojazdu,

4) wykonania naprawy EZT, zgodnie z dokumentacjami: Systemu Utrzymania, techniczną, konstrukcyjną, technologiczną oraz Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru (WTW i O), a także odpowiednimi Polskimi Normami, Europejskimi Normami, Normami Branżowymi i Zakładowymi, obowiązującymi w okresie trwania umowy oraz standardami w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego określonymi w IRIS (ISO/TS 22163). Zamawiający wyklucza stosowanie materiałów, produktów chemicznych, petrochemicznych i innych niezgodnych z obowiązującymi normami w zakresie objętym przedmiotem umowy. Zestawienie obowiązujących dokumentów i

przepisów w zakresie napraw elektrycznych zespołów trakcyjnych stanowi załącznik nr 4 do umowy,

5) wykonania prób i badań wszystkich urządzeń podlegających dozorowi technicznemu, zgodnie z przepisami Transportowego Dozoru Technicznego (TDT) zapewniających eksploatację ww. urządzeń do następnej naprawy okresowej,

6) wykonania w trakcie napraw w poziomie utrzymania P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych wszystkich badań i prób przewidzianych w obowiązujących w okresie trwania umowy przepisach, instrukcjach i dokumentach, wyszczególnionych w załączniku nr 4 do umowy,

7) wykonania próby szczelności układu pneumatycznego pojazdu na stanowisku z wydrukiem komputerowym – protokół z próby szczelności zostanie przekazany Zamawiającemu.

Odwołujący w nawiązaniu do powyższego wskazał, że na zakres naprawy składa się szereg czynności. Przede wszystkim naprawa ma się odbywać zgodnie z obowiązującą „Dokumentacją systemu utrzymania ezT EN57 z napędem asynchronicznym” zatwierdzoną Decyzją Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego nr DBK-512-166/2013 z dnia 16 sierpnia 2013 r. (dalej: „DSU”). Z DSU wynika, że określone naprawy muszą być realizowane bezpośrednio przez producenta albo też u autoryzowanego serwisanta. Nie jest zatem możliwa realizacja przedmiotu zamówienia wyłącznie własnymi siłami wykonawcy. Wykonawca musi realizować przedmiot zamówienia poprzez wykonanie niektórych prac u producenta albo w autoryzowanym serwisie. Wobec tego wykonawca, ustalając maksymalny czas konieczny na dokonanie naprawy musi brać pod uwagę czas dokonania określonych działań przez podmioty trzecie takie jak producent czy autoryzowany serwisant.

W ocenie Odwołującego zadeklarowany przez PESA maksymalny termin realizacji naprawy – 35 dni jest nierealny, nieprawdopodobny i niemożliwy do dotrzymania przez tego wykonawcę, czego wykonawca PESA, ale także Zamawiający musi mieć świadomość. Przeprowadzona przez Odwołującego analiza jakości i terminowości wykonywania umów o zamówienie publiczne realizowanych obecnie przez PESA prowadzi do jednoznacznego wniosku, że PESA wykonuje przeglądy pojazdów w sposób nieterminowy. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał na umowy realizowane na rzecz:

1) „Koleje Mazowieckie – KM” Sp. z o.o. – umowa nr M-01-MEN-13/21 z dnia 01.02.2021 roku dotycząca napraw utrzymania w poziomie P4 12 elektrycznych zespołów trakcyjnych serii 45WE – napraw pierwszego z pojazdów wykonana została po terminie wskazanym w harmonogramie (informacja na dzień 05.08.2021 roku);

Dowód: pismo „Kolei Mazowieckich - KM” Sp. z o.o. z dnia 05.08.2021 roku.

2) „Koleje Małopolskie” Sp. z o.o. – umowa na wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania (P4) i prac dodatkowych dla pięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT)

typu 32WE serii EN77 o numerach inwentarzowych 001, 002, 003, 004 i 005) – naprawy trzech pierwszych pojazdów były opóźnione względem terminów wskazanych z umowie; zamawiający naliczył kary umowne w wysokości 400.000 zł (informacja na dzień 10.09.2021 roku);

Dowód: pismo „Kolei Małopolskich” Sp. z o.o. z dnia 10.09.2021 roku.

3) Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o. – umowa na wykonanie obsługi 4-tego poziomu utrzymania na dwóch elektrycznych zespołach trakcyjnych typu 14WE zgodnie z DSU dla EZT typu 14WE – naprawa wykonana została niezgodnie z terminem umowy; zamawiający naliczył karę umowną w wysokości 996,32 zł (informacja na dzień 09.09.2021 roku),

Dowód: pismo z Szybkiej Kolei Miejskiej Sp. z o.o. z dnia 09.09.2021 roku.

4) Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o. – umowa na wykonanie trzynastu obsługi technicznych poziomu P4 utrzymania pojazdów typu 27WE zgodnie z DSU dla EZT typu 27WE wraz z wykonaniem prac dodatkowych związanych z obsługą techniczną poziomu P4 EZT typu 27WE – zamawiający naliczył karę umowną w wysokości 992.027,21 zł (informacja na dzień 09.09.2021 roku)

Dowód: pismo z Szybkiej Kolei Miejskiej Sp. z o.o. z dnia 09.09.2021 roku.

Ww. informacje wskazują bezsprzecznie, że PESA wykonuje przeglądy pojazdów w sposób nieterminowy.

W ocenie Odwołującego zadeklarowany przez PESA w niniejszym postępowaniu przetargowym termin 35 dni kalendarzowych na wykonanie przeglądu w poziomie P4 jest nierealny dla PESA i określony został wyłącznie na potrzeby przyjętego przez „Koleje Mazowieckie – KM” Sp. z o.o. kryterium oceny ofert i zmierzało wyłącznie do sztucznego zawyżania punktacji ofercie PESA, a w konsekwencji do uzyskania zamówienia mimo braku realnej możliwości wywiązania się ze zobowiązania. Termin wykonania naprawy w poziomie utrzymania P4 bezspornie jest elementem oferty, który wpływał na ostateczną ocenę ofert. Z tego względu Zamawiający zobowiązany był do weryfikacji tego czasu pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający mając wiedzę na temat opóźnień w realizacji napraw przez PESA (przede wszystkim na podstawie własnych doświadczeń) nie miał podstaw do bezrefleksyjnego zaakceptowania tak znacznie zaniżonego terminu realizacji napraw. Zamawiający miał uzasadnione powody poddać w wątpliwość realność zaoferowanego przez PESA czasu naprawy, tymczasem nie podjął on żadnych działań, do których zobowiązuje go ustawa Pzp – tj. do odrzucenia oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji ani też nawet nie podjął jakiegokolwiek próby wyjaśnienia, czy realizacja naprawy w terminie maksymalnym 35-dni jest możliwa w warunkach zamówienia. Powyższe zaniechania wprost przeczą zasadzie przejrzystości postępowania oraz nie zapewniają zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Odwołującego Zadeklarowany przez PESA w niniejszym postępowaniu przetargowym termin 35 dni kalendarzowych na wykonanie przeglądu w poziomie P4 wyczerpuje znamiona czynów nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W myśl art. 15 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Czyn ten, zgodnie z art. 15 ust. 2 pkt 1 ww. ustawy, może polegać w szczególności na ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy.

Odwołujący wskazał na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z 17 listopada 2016 r. KIO 2091/16. Odwołujący wskazał również, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż za czyn nieuczciwej konkurencji można między innymi uznać manipulację przez wykonawcę cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w sytuacji gdy zaoferowane ceny jednostkowe są nierynkowe, nierealne i nakierowane wyłącznie na uzyskanie lepszej punktacji (tak np. w wyrokach Izby: z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 473/17; z dnia 18 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 7/13; z dnia 14 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1240/13, KIO 1246/13, KIO 1248/18; z dnia 26 września 2012 r. sygn. akt KIO 1934/18; z dnia 5 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 640/11). Podobne stanowisko zostało wyrażone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (Kontrola UZP nr UZP/DKD/KND/14/13). W ocenie Odwołującego w przedmiotowej sytuacji doszło nie tylko do zniżenia ceny poniżej rynkowej, ale właśnie do manipulacji w zakresie kryterium oceny ofert jakim był termin realizacji naprawy P4 ezt.

Oferta PESA nie będzie mogła zostać wykonana na zaproponowanych w niej warunkach w zakresie terminu przeprowadzenia naprawy, a więc na warunkach, które bezpośrednio wpływają na ocenę oferty PESA. Okoliczność ta stanowi naruszenie dobrych obyczajów oraz pozbawia Odwołującego możliwości konkurencji na realnych warunkach rynkowych. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza (KIO 944/21) „działania nakierowane były na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, zmierzały do wygrania za wszelką cenę przetargu prowadzonego przez zamawiającego, nawet jeśli w tym celu podano nierealny czas dojazdu, co w istocie stanowiło zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami w działalności gospodarczej, godzące w zasady uczciwej konkurencji. Takim zachowaniem z całą pewnością jest oferowanie świadczenia w konkretnych warunkach niewykonalnego do spełnienia po to tylko, by uzyskać zamówienie.”

Odwołujący argumentował również, że Wykonawca PESA jest zdeterminowany do uzyskania za wszelką cenę niniejszego zamówienia, albowiem w ten sposób doprowadzi do ograniczenia konkurencji na rynku napraw elektrycznych zespołów trakcyjnych, uniemożliwiając innym podmiotom jego realizację oraz zdobycie adekwatnego doświadczenia. Ponadto podkreślić należy, że termin wykonania naprawy w poziomie utrzymania P4 musi mieć dla Zamawiającego bardzo istotne znaczenie, jeśli uczynił go elementem składającym się na kryterium wyboru oferty i Zamawiający de facto premiuje szybkość wykonania naprawy. Z tego względu Zamawiający powinien ze szczególną uwagą zweryfikować realność terminu zaproponowanego przez PESA (czego ewidentnie nie uczynił), mając na uwadze nieterminowość wykonywania analogicznych napraw na rzecz tego Zamawiającego, jak i innych zamawiających. Oczywiście Zamawiający zastrzegł kary umowne w przypadku nieterminowego wykonania naprawy przez wykonawcę, niemniej nawet naliczenie kar umownych nie spowoduje, że Zamawiający dysponować będzie na czas taborem przeznaczonym do przewozu pasażerów.

Odwołujący wskazał w treści odwołania na jakich poziomach w analogicznych postępowaniach określany był czas naprawy w poziomie utrzymania P4 wraz z modyfikacją każdego ezt. I na tej podstawie wskazał, że generalnie na rynku usług analogicznych do przedmiotu zamówienia, czas naprawy określany jest w przedziale od 45 dni roboczych do 120 dni kalendarzowych. Odwołującemu nie są znane przypadki ustalania terminów przeglądów P4 na poziomie 35 dni kalendarzowych. Z powyższego wynika bezsprzecznie, że zaoferowany przez PESA maksymalny termin realizacji naprawy wynoszący 35 dni kalendarzowych jest nierealny dla PESA i oceniać go należy jako czyn nieuczciwej konkurencji zmierzający do wyeliminowania konkurencji z możliwości skutecznego ubiegania się o zamówienie.

Ad zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 49 750 800,00 zł netto. Wykonawca PESA, w okresie 3 miesięcy złożył 2 oferty (pierwsza w unieważnionym postępowaniu, druga w przedmiotowym) na ten sam przedmiot zamówienia różniące się między sobą o niebagatelną kwotę 18 212 733,00 zł(!), przy czym wbrew niebudzącemu żadnych wątpliwości wzrostowi ogólnych cen (jak choćby energii, paliwa), oferta późniejsza jest tańsza od tej złożonej 3 miesiące wcześniej o 18 212 733,00 zł!. Wykonawca PESA obniżył wartość swojej oferty aż o 27%, sprowadzając ją do poziomu nie

pozwalającego na realizację zamówienia w tej kwocie, ale zapewniającego uniemożliwienie dostępu do tego zamówienia wszystkim innym wykonawcom.

Odwołujący wskazał, że oczywistym jest, że koszty realizacji przedmiotowego zamówienia rosną z upływem czasu. Wskazać tutaj należy chociażby wzrost cen paliwa, który ma bezpośrednie przełożenie na realizację tego konkretnego zamówienia, albowiem powiększa koszty transportu pojazdów do serwisu. Wzrost kosztów energii również determinuje konieczność zwiększania kosztów tego zamówienia z uwagi na testy pojazdów, które są elektryczne czy też koszty utrzymania hali.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, będący podmiotem profesjonalnym, realizującym tego typu zamówienia od 2005 r. (17 lat), oszacował wartość zamówienia w dniu 17 czerwca 2021 r. na kwotę 49 750 800 zł netto (61 193 484,00 zł brutto) po przeprowadzeniu wstępnych konsultacji rynkowych. Zatem uznać należy, że na dzień 17 czerwca 2021 r. (8 miesięcy temu) wartość zamówienia wynosiła około 61 193 484,00 zł brutto. Naturalnym zjawiskiem jest to, że ceny realizacji zamówienia rosną w miarę upływu czasu. Tymczasem z oferty wykonawcy PESA wynikałoby, że po upływie 8 miesięcy od oszacowania wartości zamówienia na poziomie 61 193 484,00 zł brutto nastąpiły okoliczności umożliwiające realizację zamówienia w kwocie 49 953 113,00 zł brutto (niższej niż w listopadzie 2021 r. o 18 212 733 zł!). Odwołujący wskazał również jak kształtowały się ceny ofertowe w tym postępowaniu.

Z powyższego Odwołujący wywiódł, że złożenie przez PESA oferty z terminem realizacji naprawy wynoszącym maksymalnie 35 dni kalendarzowych oraz na kwotę zdecydowanie odbiegającą od realiów rynkowych, niemożliwą do zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący przytoczył obszernie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej poświęcone tematyce czynu nieuczciwej konkurencji oraz w konkluzji stwierdził, że oferta wykonawcy PESA powinna zostać odrzucona z uwagi na brzmienie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Działanie PESA było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, która by nie wystąpiła w przypadku zaoferowania realnej ceny oraz realnego terminu wykonania naprawy P4 każdego ez.

Ad zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp

Odwołujący wyjaśnił, że o udzielenie niniejszego zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in. zdolności technicznej i zawodowej, którą Zamawiający w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ określił jako wymóg wykazania się stosownym doświadczeniem:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie co najmniej jedną usługę obejmującą swoim zakresem wykonanie czynności przeglądowych zgodnie z trzecim, czwartym lub piątym poziomem utrzymania co najmniej pięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjną co najmniej 120 km/h, o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł netto (słownie: jeden milion złotych 00/100 netto).”

Wykonawca PESA w wykazie usług powołał się na doświadczenie w wykonaniu czynności czwartego poziomu utrzymania i prac modernizacyjnych dla 7. elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN76 z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjną 160 km/h, która to usługa została wykonana na rzecz Województwa Wielkopolskiego. Potwierdzeniem tej okoliczności zdaniem PESA miał być dokument referencji z dnia 03.07.2020 roku, potwierdzający, że umowa nr DT/II/114/2019 z dnia 23.10.2019 roku została wykonana należycie.

Odwołujący zakwestionował twierdzenie PESA, że umowa nr DT/II/114/2019 z dnia 23.10.2019 roku została wykonana należycie na rzecz Województwa Wielkopolskiego. Ww. umowa przewidywała obowiązek wykonania przeglądów czwartego poziomu utrzymania zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania pojazdu EN76, która jest podstawowym dokumentem związanym z przeprowadzeniem przeglądu czwartego poziomu utrzymania co wynika z przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych. Zgodnie z pkt 9.4 (Wózki) lp. 16 (str. 109 DSU) oraz z pkt 9.5 (Zestawy kołowe napędowe i toczne) lp. 13 (str. 111 DSU) wykonanie przeglądu na czwartym poziomie utrzymania pojazdu EN76 obejmuje wymianę na nowe wszystkich elementów metalowo gumowych oraz wymianę na nowe łożysk.

Wedle posiadanej przez Odwołującego wiedzy PESA wykonując przeglądy czwartego poziomu utrzymania pojazdów EN76 na rzecz Województwa Wielkopolskiego nie wymieniła na nowe elementów metalowo-gumowych oraz łożysk. Tym samym nie sposób uznać, że usługa czynności czwartego poziomu utrzymania i prac modernizacyjnych dla 7. elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN76 z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjną 160 km/h została przez PESA Bydgoszcz S.A. wykonana należycie. Ww. usługa została wykonana w niepełnym zakresie, który szczegółowo określony jest w Dokumentacji Systemu Utrzymania pojazdu.

Wedle najlepszej wiedzy Odwołującego nie został zawarty aneks, ani żadna inna forma uzgodnienia pomiędzy Województwem Wielkopolskim i PESA modyfikujący powyższy zakres czynności czwartego poziomu utrzymania lub który miałby pierwszeństwo przed zapisami DSU.

Zdaniem Odwołującego dokument referencji wystawiony w dniu 03.07.2020 roku przez Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego zawiera nieprawdziwą informację na temat należytego wykonania ww. usługi. Oświadczenie zawarte w ww. dokumencie jest niezgodne ze stanem faktycznym. Co istotne, PESA jako wykonawca ww. usługi ma pełną wiedzę na temat wynikającego z DSU jej zakresu przedmiotowego oraz zakresu, który rzeczywiście został wykonany. Zatem PESA podała w wykazie usług nieprawdziwe informacje, które rozumieć należy jako świadome wskazanie informacji odbiegających od rzeczywistości, które miały na celu wprowadzenie w błąd zamawiającego w celu uzyskania zamówienia publicznego (tak: Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w wyroku KIO 64/13). Nie sposób uznać, że PESA nie miała wiedzy, że nie wykonała w pełnym zakresie przeglądów pojazdów EN76 na rzecz Województwa Wielkopolskiego.

W ocenie Odwołującego przedstawiony powyżej sposób wykonywania przeglądów przez PESA nie jest niczym wyjątkowym, lecz koresponduje z polityką tego wykonawcy. Odwołujący wskazał, że w innym postępowaniu przetargowym zorganizowanym przez Koleje Śląskie Sp. z o.o. na wykonanie przeglądów na czwartym poziomie utrzymania Krajowa Izba Odwoławcza (KIO 2459/21) nakazał ww. zamawiającemu odrzucenie oferty PESA m.in. z powodu rażąco niskiej ceny oferty, która nie uwzględniała wymianę na nowe wszystkich elementów gumowych i metalowo-gumowych. KIO w pkt 1 sentencji ww. wyroku wskazała m.in. że oferta tego wykonawcy „zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z powodu nieuwzględnienia kosztów wymiany wszystkich elementów gumowych i gumowo-metalowych wózków na nowe, co jest wymagane zgodnie z pkt 4.8. Wózki, lp. 19.”

Wobec powyższego w ocenie Odwołującego uznać należy, że PESA nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci wymaganej przez Zamawiającego zdolności technicznej i zawodowej. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 174/21) „Brak posiadania przez wykonawcę wymaganego doświadczenia do realizacji przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ stanowi o braku możliwości zaoferowania przez wykonawcę realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z jednoznacznie określonymi wymaganiami.”

Zdaniem Odwołującego nie może budzić również żadnych wątpliwości, że próby wylegitymowania się przez PESA nierzetelnym wykazem wykonanych usług nie można kwalifikować jako omyłki tego wykonawcy, lecz jako celowe działanie ukierunkowane na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Nie sposób uznać, że PESA nie miała wiedzy na temat niepełnego wykonania przeglądów na czwartym poziomie utrzymania pojazdów EN76 na rzecz Województwa Wielkopolskiego.

Działanie PESA bez wątpienia miało istotny wpływ na decyzje podjętą przez Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty tego wykonawcy w następstwie uznania, że

wykonawca ten spełnia wymogi udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Gdyby bowiem Zamawiający zakwestionował wykaz usług, to PESA nie byłaby w stanie wylegitymować się stosownym doświadczeniem. Oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Ad zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 204 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że powyższe zarzuty są konsekwencją naruszeń opisanych w pkt I, II i III odwołania.

Ad zarzutu ewentualnego – tj. zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że jak wynika z przedstawionego stanu faktycznego, wykonawca PESA w przeciągu 3 miesięcy złożył w postępowaniu 2 oferty, w dokładnie takich samych warunkach zamówienia, w których to oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu jest aż o 18 212 733,00 tańsza od oferty złożonej w poprzednim, unieważnionym postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia. Cena jednostkowa zaoferowana przez PESA została obniżona aż o 450 300,00 zł. Kwota zamówienia zaoferowana przez PESA w przedmiotowym postępowaniu jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia aż o 11 239 371,00 zł.

Wobec powyższego zdaniem Odwołującego oczywistym jest, że zmiana ceny oferty przez PESA na tak dużym poziomie oraz fakt, że kwota zaoferowana przez PESA w przedmiotowym postępowaniu jest aż o 11 239 371,00 zł niższa od szacunkowej wartości zamówienia powinny skłonić racjonalnego zamawiającego do wezwania wykonawcy PESA do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że Zamawiający widząc rozbieżność między zaoferowaną przez wykonawcę PESA ceną za realizację przedmiotowego zamówienia, a cenami ofert w analogicznych wcześniejszych postępowaniach, znacząco przewyższających cenę PESA, powinien podjąć działania zmierzające do wyjaśnienia ceny ofert PESA. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób przejrzysty. Brak wezwania wykonawcy PESA do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w okolicznościach tej sprawy przeczy ww. zasadom oraz uniemożliwia zarówno Zamawiającemu jak i Odwołującemu weryfikację prawidłowości oszacowania oferty PESA oraz prawidłowości określonego przez PESA maksymalnego terminu naprawy P4 każdego ezt.

Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołujący wskazał, że w wyroku z dnia 31 maja 2016 r., KIO 820/16, skład orzekający zwrócił uwagę, że zwroty „Wydaje się” czy „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostrymi i należy uznać, że celowo zostały te pojęcia wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaoferowaną cenę rzeczywiście może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego.” Wątpliwości muszą być zatem uzasadnione (i zdecydowanie w przedmiotowym postępowaniu są uzasadnione) na gruncie cen rynkowych, które były podstawą ustalania wartości zamówienia. Cena całkowita oferty złożonej w terminie jest bowiem porównywana z wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, ustaloną przed wszczęciem postępowania lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych. Jest wiedzą powszechną, że na przestrzeni okresu od 5 listopada 2021 r. do 5 lutego 2022 r. nastąpił znaczny wzrost cen energii, gazu, paliw, kosztów prowadzenia działalności w związku z wejściem w życie „Nowego Ładu”. Wobec tego złożenie oferty w dniu 5 lutego 2022 r. niższej od tej z 5 listopada 2022 r. o 18 212 733,00 zł nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia. Okoliczność ta powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i skłonić go do uzyskania wyjaśnień wykonawcy PESA w zakresie sposobu oszacowania oferty popartego dowodami na okoliczność tego czy: - należyta realizacja zamówienia jest możliwa w zaoferowanej przez PESA kwocie, - czy należyta realizacja zamówienia jest możliwa w zaoferowanym przez PESA terminie maksymalnym 35 dni kalendarzowych na naprawę P4 każdego ezt.

Za Krajową Izbą Odwoławczą (KIO 115/18) Odwołujący wskazał, że „Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, jednakże w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pod tym pojęciem rozumie się cenę nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będącą ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej

otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających etc. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia to cena odbiegająca od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać.

Wyjaśnienia składane w trybie art. 204 ust. 1 ustawy Pzp mają na celu wykazanie, iż oferta znacząco odbiegająca od cen pozostałych ofert (oferta PESA jest niższa od oferty Odwołującego o 8 901 387,00 zł) lub szacowanych przez Zamawiającego kosztów (oferta PESA jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia o 11 239 371,00 zł), nadal jest ceną realną, umożliwiającą wykonanie zamówienia w warunkach rynkowych i z zyskiem.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Odwołującego przedmiotowe odwołanie jest zasadne i konieczne.

18 marca 2022 r. wykonawca PESA Mińsk Mazowiecki spółka akcyjna z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego.

W złożonej 31 marca 2022 r. odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o zamówienie, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba uznała, że przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego przez PESA Mińsk Mazowiecki spółkę akcyjną z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, po stronie Zamawiającego, zostało dokonane skutecznie.

Izba wskazuje, że wobec wycofania przez Odwołującego zarzutu wskazanego w pkt 4 litera c) *petitum* odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w

zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze zostało w tym zakresie umorzone, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji wyroku.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane w pismach procesowych oraz złożone dowody.

W tym miejscu Izba wskazuje, że działając na podstawie art. 541 ustawy Pzp, oddaliła zgłoszone przez Odwołującego wnioski dowodowe, tj. wniosek wskazany pkt 9 str. 5 odwołania dotyczący wystąpienia do Urzędu Marszałkowskiego województwa Wielopolskiego o udostępnienie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, z uwagi na okoliczność iż wyjaśnienia te jako złożone w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu rażąco niskiej ceny w tym postępowaniu oraz w zakresie wniosku o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia dokumentacji DSU, z uwagi na okoliczność, że nie jest to dokumentacja postępowania, ponadto treść na którą powołuje się Odwołujący jest między Stronami i Przystępującym niesporna.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne, jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba ustaliła, że postępowanie o udzielenie zamówienia będące przedmiotem sprawy odwoławczej jest drugim postępowaniem wszczętym przez Zamawiającego. Istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy ma okoliczność, że Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Naprawy w poziomie utrzymania P4 33 ezt serii EN 57”, znak: MWZ5.27.55.2021, które następnie zostało unieważnione. Jak wynika ze złożonego przez Przystępującego podczas posiedzenia z udziałem stron i uczestników 4 kwietnia 2022 r. Dowodu 1, w postępowaniu tym Zamawiający opisał następujące kryteria oceny ofert Cena – 70% oraz Termin wykonania naprawy P4 każdego elektrycznego zespołu trakcyjnego – 30%. W ramach kryterium dotyczącego Terminu wykonania naprawy P4 każdego elektrycznego zespołu trakcyjnego, Zamawiający przewidział następujący sposób przyznawania punktacji: 55 dni kalendarzowych: 0 pkt, 54 dni kalendarzowych: 1 pkt, 53 dni kalendarzowych: 3 pkt, 52 dni kalendarzowych: 5 pkt, 51 dni kalendarzowych: 5 pkt, 50 dni

kalendaryzowanych 10 pkt, 49 dni kalendarzowych: 13 pkt, 48 dni kalendarzowych 16 pkt, 47 dni kalendarzowych 20 pkt, 46 dni kalendarzowych 25 pkt, 45 dni kalendarzowych i mniej: 30 pkt. Ponadto, jak wynika z treści §2 „Zakres naprawy w poziomie utrzymania P4” projektowanych postanowień umowy w postępowaniu znak: MWZ5.27.55.2021, ust. 4 „Zamawiający wymaga aby w stałym zakresie naprawy, w trakcie wykonywanych napraw w poziomie utrzymania P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych, Wykonawca wykonał wszystkie prace wyszczególnione w dokumentacji systemu utrzymania, a także: (...) pkt 3) dokonał przeglądu układów napędowych (silników teakcyjnych, przekładni) u producenta umożliwiającego eksploatację pojazdy do kolejnej naprawy w poziomie utrzymania P4 i dokonał wymiany wszystkich sprzęgieł podatnych, tj. CENTAFLEX-T 052T-CF-T-460-SS1 oraz elementów metalowo-gumowych zawieszenia przekładni wraz z silnikiem zamontowanych przed 2019 r.”

Natomiast w tym postępowaniu kryteria oceny ofert, jak wynika z rozdziału XVI SWZ, jest następujący, Cena: 90% oraz Termin wykonania naprawy P4 każdego elektrycznego zespołu trakcyjnego: 10%, gdzie w drugim kryterium punktacja była przyznawana w sposób: 55 dni kalendarzowych: 0 pkt, 45 dni kalendarzowych: 5 pkt, 35 dni kalendarzowych: 10 pkt.

Jak wynika z treści oferty złożonej przez Przystępującego, w spornym kryterium zaoferował on termin wykonania 35 dni kalendarzowych. Ponadto Przystępujący złożył w tym postępowaniu ofertę z ceną 49 954 113,00 zł brutto, w tym Naprawy w poziomie utrzymania P4 EZT(stały zakres) zostały wycenione na kwotę 47 681 073,00 brutto, a Prace wykraczające poza stały zakres naprawy w poziomie utrzymania P4 EZT oraz uzupełnienie braków na kwotę 2 273 040,00 zł brutto.

Ponadto wskazać należy, że stan faktyczny opisany przez Odwołującego a dotyczący w szczególności cen zaoferowanych w postępowaniu znak: MWZ5.27.55.2021 jest niesporny między Stronami i Przystępującym.

W postępowaniu tym Zamawiający nie wszczął procedury wyjaśnienia cen ofert, o której mowa w art. 224 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba przytoczy przepisy ustawy Pzp będące podstawą orzekania.

art. 16

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

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

3) proporcjonalny.

art. 204 ust. 1

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

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

art. 224 ust. 1

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”)

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Odwołanie zostało oddalone z następujących powodów.

Ad zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy.

Zarzut został oddalony jako nieuzasadniony i niewykazany. Istota zarzutu sprowadza się do twierdzenia, że termin 35 dniowy jest dla Przystępującego niemożliwy do dotrzymania z uwagi na fakt, że podczas realizacji 4 umów wskazanych w treści odwołania, Przystępujący zrealizował niektóre naprawy z opóźnieniem. Dostrzec należy, że w treści SWZ Zamawiający nie zastrzegł żadnych możliwości weryfikacji prawdziwości oświadczenia co do zadeklarowanego przez wykonawców terminu naprawy. Nawet sam Odwołujący wskazał podczas rozprawy, że w jego ocenie Zamawiający powinien bazować na doświadczeniach własnych z nieterminowej realizacji napraw, jakie ma z Przystępującym i na tej podstawie odrzucić jego ofertę (*vide*: str. 5 protokołu posiedzenia i rozprawy z 21 kwietnia 2022 r.). Niemniej jednak w tym miejscu Izba wskazuje, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie str. 6 akapit 3 wykazał, że Przystępujący jest w stanie zrealizować naprawę w 35 dni. Nie ma przy tym znaczenia, jak podniósł Odwołujący w piśmie procesowym z 4 kwietnia 2022 r. w pkt 11-14, że udało się taki termin realizacji osiągnąć Przystępującemu jedynie dwukrotnie. Kluczowe bowiem w świetle granic rozpoznawanego zarzutu jest to, że Zamawiający wykazał, że dla Przystępującego jest w ogóle możliwe zrealizowanie naprawy w terminie nawet 32 czy też 33 dni (jak również 36 i 38 dni). Pozwala to na wyciągnięte wniosku, że termin 35 dni będzie również dla Przystępującego realny. Powyższe doświadczenia skłoniły Zamawiającego do ustalenia w kryterium oceny ofert m.in. tego terminu naprawy. Wreszcie wskazać należy, że nie bez znaczenia były również złożone przez Przystępującego z pismem z 20 kwietnia 2022 r. dowody objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze stanowisko Odwołującego wskazane w piśmie procesowym z 4 kwietnia 2022 r. str. 15 akapit pierwszy, Izba wskazuje ponadto, że nie byłoby racjonalnym działanie wykonawcy polegające na zaoferowaniu terminu niemożliwego do dotrzymania nie tylko z uwagi na grożące kary umowne (*vide*: §10 ust. 2 projektowanych postanowień umowy), ale również z uwagi na narażenie się na nienależyte wykonanie umowy, co z kolei może mieć przełożenie dla wykonawcy na udział w postępowaniach o zamówienie publiczne. Dodatkowo nie sposób oprzeć się wrażeniu, że sam Odwołujący nie jest konsekwentny w swojej argumentacji, bowiem raz twierdzi, że termin 35 dni jest nierealny do dotrzymania dla Przystępującego, a innym razem, że termin ten jest w ogóle nierealny (*vide*: pkt 5 uzasadnienia odwołania oraz pkt 15 drugi akapit pisma z 4 kwietnia 2022 r.), jednak podkreślenia wymaga, że tego rodzaju argumentacja na tym etapie postępowania jest spóźniona, bowiem Odwołujący powinien był kwestionować odpowiednie postanowienia SWZ w przewidzianym do tego terminie.

Dostrzec również należy, że w treści zarzutu Odwołujący nie skonkretyzował powodów, dla których w tym postępowaniu zaoferowany przez Przystępującego termin miałby być dla niego niemożliwy do dotrzymania. Argumentacja wskazana w treści pkt 6 str. 11 i następane jest skonstruowana na dużym poziomie ogólności. Odwołujący wskazał

bowiem, że „(...) określone naprawy muszą być zrealizowane bezpośrednio przez producenta albo też u autoryzowanego serwisanta. Nie jest zatem możliwa realizacja przedmiotu zamówienia wyłącznie własnymi siłami wykonawcy. (...)”. Jednak dopiero podczas rozprawy i w piśmie procesowym z 4 kwietnia 2022 r. pkt 6 – 8 oraz pkt 18 ostatni akapit na str. 17, Odwołujący podjął próbę konkretyzacji tych przyczyn wskazując na konieczność realizacji naprawy/przebiegu u autoryzowanego producenta takich elementów jak falownik, przetwornica statyczna, zasilacz buforowy (pkt 6 pisma) urządzeń hamulcowych (pkt 7 pisma) silnika (pkt 8 pisma), przewrotnica statyczna (pkt 18 pisma, ostatni akapit, str. 17) jednak Izba wskazuje, że na tym etapie twierdzenia te są nieuprawnioną próbą rozszerzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu. Przypomnieć w tym miejscu należy, że na zarzut składają się bowiem nie tylko przywołanie podstawy prawnej, ale również wszystkich okoliczności faktycznych, z których Odwołujący wywodzi skutki prawne, dlatego też powoływanie na późniejszym etapie postępowania odwoławczego nowych okoliczności faktycznych nie może być przez Izbę brane pod uwagę przy rozpatrywaniu zarzutów odwołania. Innymi słowy, Izba jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Jeżeli więc Odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to nie mogą być one brane przez Izbę pod uwagę jako spóźnione i to również w sytuacji, gdy Odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie opisanymi w uzasadnieniu odwołania okolicznościami faktycznymi. Z tego też względu argumentacja ta nie mogła zostać wzięta przez Izbę pod uwagę, a złożone z pismem dowody 1 – 6 zostały oddalone.

Odnosząc się do samego faktu zaoferowania przez Przystępującego najkrótszego możliwego w tym postępowaniu terminu realizacji, zauważyć należy, że z porównania postępowań wskazanych przez Odwołującego w tabeli na str. 15-17 uzasadnienia odwołania wynika, że strategia Przystępującego polega co do zasady na oferowaniu najkrótszego możliwego terminu realizacji. Ponadto podkreślić należy, że Odwołujący nie wykazał aby spełniły się przesłanki, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk. Tym samym nie sposób uznać aby złożenie oferty przez Przystępującego z 35 dniowym terminem realizacji naprawy stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Izba nie przeczy, że zabieg ten pozwolił Przystępującemu uzyskać korzystane rozstrzygnięcie tego postępowania o udzielenie zamówienia, ale wobec konstrukcji rozpoznawanego zarzutu na takim poziomie ogólności i przy jednoczesnym wykazaniu przez Zamawiającego i Przystępującego, że zaoferowany termin 35 dni jest możliwy do dotrzymania, nie było możliwe stwierdzenie, że złożenie przez Przystępującego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W nawiązaniu do stanowiska Odwołującego wskazanego w pkt 3 uzasadnienia odwołania, wskazać należy, że w unieważnionym postępowaniu znak: MWZ5.27.55.2021 najkrótszym możliwym do zaoferowania terminem realizacji, za który przyznawane były punkty, był termin 45 dni i mniej i choć potencjalnie również wówczas Przystępujący mógł zaoferować 35 dni, to w ocenie Izby nie można na tym etapie wyciągać wobec niego negatywnych konsekwencji, skoro wówczas było to już bez znaczenia dla przyznanej w tym kryterium punktacji. Nie sposób więc nie dostrzec, że w swojej argumentacji Odwołujący zupełnie pomija okoliczności każdego z porównywanych postępowań, tj. tego postępowania i unieważnionego, znak: MWZ5.27.55.2021. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Zamawiającego wskazane w odpowiedzi na odwołanie (*vide*: str. 5 ostatni akapit i nast.).

Z tych względów zarzut został oddalony.

Ad zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp oraz

Ad zarzutu ewentualnego – tj. zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp.

Następnie wskazać należy, że jak wynika z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontrydiktoryjnym co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przypadku rozpoznania zarzutu rażąco niskiej ceny, czy też zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (*vide*: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bądź też że cena nie budzi wątpliwości, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Skład orzekający w tej sprawie podziela prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, bądź zaniechania do wezwania w zakresie wyjaśnienia zaoferowanej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał

wątpliwości co do realności ceny oferty. Innymi słowy treść art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerwania na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodu.

Mając na uwadze opisane wyżej reguły dowodowe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał w treści odwołania zasadności podniesionych zarzutów i z tego powodu odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów podlegało oddaleniu.

Istota zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp sprowadza się do tego, że Przystępujący obniżył wartość swojej oferty o 27%, sprowadzając ją do poziomu nie pozwalającego na realizację zamówienia w tej kwocie, ale zapewniającego uniemożliwienie dostępu do tego zamówienia wszystkim innym wykonawcom.

Argumentacja wskazana w pkt 13 uzasadnienia odwołania jest ogólna i Odwołujący nie wskazał jak podane tam okoliczności takie jak wzrost cen paliwa, wzrost kosztów energii czy koszty utrzymania hali wpływa na wysokość zaoferowanych w postępowaniu cen, w tym nie podjął chociażby próby wykazania o ile oferta Przystępującego jest z tego powodu niedoszacowana. Stanowisko wskazane w pkt 14 odwołania nie mogło spowodować uwzględnienia zarzutu, ponieważ Odwołujący zupełnie pominął, że okolicznościami mogącymi wpłynąć na obniżenie ceny w stosunku do cen zaoferowanych w unieważnionym postępowaniu znak: MWZ5.27.55.2021 była zmiana wymagań Zamawiającego, np. co do wymagań w zakresie gwarancji, czy możliwości zrealizowania części napraw siłami własnymi wykonawcy (*vide*: str. 6 protokołu posiedzenia i rozprawy z 21 kwietnia 2022 r.). Twierdzenie zawarte w pkt 17 uzasadnienia odwołania dotyczące dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaoferowanie ceny nierealnej jest gołosłowne, ponieważ nie zostało przez Odwołującego w żaden sposób wykazane. Cała wskazana w odwołaniu argumentacja sprowadza się *de facto* do wywodzenia rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji z faktu zaoferowania ceny niższej niż w unieważnionym postępowaniu znak: MWZ5.27.55.2021. W tym miejscu Izba ponownie wskazuje, że stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego w piśmie procesowym z 4 kwietnia 2022 r. (*vide*: pkt 15 str. 20 i nast.) zostało przez Izbę ocenione jako stanowiące nieuprawnione rozszerzenie zarzutów odwołania. Z tego powodu dowód w postaci opinii Instytutu Studiów Podatkowych nie mógł zostać wzięty przez Izbę pod uwagę. Po pierwsze wskazać należy, że dowód ten dotyczy argumentacji nowej, niepodniesionej w treści odwołania. Dostrzeżenia wymaga, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 marca 2022 r. i zawiera w porównaniu ze stanowiskiem zaprezentowanym w ww. opinii, szczątkową argumentację na dużym poziomie ogólności, natomiast opinia datowana jest na 31 marca

2022 r. i została wobec tego sporządzona już po wniesieniu odwołania. Dowód w postaci załącznika nr 9 do pisma z 4 kwietnia 2022 r. również został oddalony jak odnoszący się do argumentacji wykraczającej poza sformułowany w odwołaniu zarzut.

Ponadto podkreślić należy, że w tym postępowaniu Zamawiający nie wszczął procedury wyjaśnienia ceny z Przystępującym, a nie jest rolą Izby wyręczać w tym zakresie Zamawiającego. To Zamawiający przeprowadza procedurę wyjaśnienia ceny, w tym decyduje o treści wezwania i zakresie wymagającym wyjaśnienia oraz ocenia złożone mu wyjaśnienia. Wyjaśnienie zaoferowanej ceny jest czynnością poprzedzająca ewentualną czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. Rolą Izby jest natomiast weryfikacja podjętych przez Zamawiającego czynności i to tylko w granicy podniesionego w odwołaniu zarzutu. Zatem również z tego powodu zarzut nie mógł zostać uwzględniony i to nawet w zakresie w jakim Odwołujący wywodził zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji w związku z zaoferowaniem nierealnej ceny.

Z tego względu zarzut został oddalony.

W ramach rozpoznawanego zarzutu ewentualnego Odwołujący wywodził, że Przystępujący w przeciągu 3 miesięcy złożył w postępowaniu 2 oferty w dokładnie takich samych warunkach zamówienia. Jednak Izba wskazuje, że już w tym miejscu nie sposób zgodzić się z Odwołującym, ponieważ jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i podczas rozprawy i wykazał Przystępujący złożonym na posiedzeniu 4 kwietnia 2022 r. dowodem nr 1 warunki obu postępowań nie były takie same. Dlatego też Izba nie podziela argumentacji wskazanej w pkt 20 uzasadnienia odwołania, ponieważ znaczenie dla ewentualnego porównania mają również warunki zamówienia. Ponadto Odwołujący jest niekonsekwentny, ponieważ w sytuacji gdy Zamawiający takiego porównania dokonuje w odpowiedzi na odwołanie, Odwołujący to kwestionuje, wskazując że nie jest zasadne porównanie z cenami zaoferowanymi w 2017 r.

Stanowisko zawarte w uzasadnieniu odwołania pkt 21 akapit 3 str. 27 jest natomiast w ocenie Izby zbyt ogólne i wobec tego nieprzekonujące. Odwołujący nie wskazuje chociażby kwoty niedoszacowania oferty Przystępującego. Tak naprawdę zarzut sprowadza się do tego, że wątpliwości Zamawiający powinien powziąć z samego faktu wystąpienia różnicy w cenach ofertowych Przystępującego między pierwszym a drugim postępowaniem oraz z uwagi na wprowadzone zmiany związane z wejściem „Polskiego Ładu”, czy też „Nowego Ładu” jak wskazał w treści odwołania, Odwołujący oraz wzrostem cen paliwa, energii, gazu. Zarzut został więc sformułowany na dużym poziomie ogólności. Izba w tym miejscu wskazuje ponownie, że również co do tego zarzutu argumentacja wskazana w piśmie procesowym Odwołującego z 4 kwietnia 2022 r. nie została wzięta pod uwagę jako wykraczająca poza granice tego zarzutu wskazane w treści odwołania, a złożony dowód w

postaci opinii Instytutu Studiów Podatkowych i Analiz został oddalony z powodów wskazanych wyżej.

Z uwagi na treść zarzutu sformułowanego w odwołaniu, dowody złożone przez Przystępującego pismem z 20 kwietnia 2022 r. objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, choć potwierdzające przewagę konkurencyjną Przystępującego (tam, gdzie porównanie ofert było możliwe) oraz zasadność stanowiska Zamawiającego co do braku wątpliwości w zakresie zaoferowanej przez Przystępującego ceny, miały drugorzędne znaczenie w tej sprawie. Kluczowa bowiem dla rozpoznania była treść, w tym granice zarzutu.

Z tych względów zarzut został oddalony.

Ad zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 204 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji oddalenia wyżej rozpoznanych zarzutów, zarzut ten również został oddalony.

Ponadto mając na uwadze pozostałe zgłoszone w sprawie dowody, tj. załączniki nr 10, 11 do pisma Odwołującego z 4 kwietnia 2022 r., Izba wskazuje, że nie miały one znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy gdyż nie dotyczyły tego postępowania. Dowód 1 złożony przez Odwołującego podczas posiedzenia i rozprawy również przedstawiał znikomą przydatność dla rozstrzygnięcia zarzutu ponieważ dotyczył kwestii związanej z podwyżką biletów za przejazd, ponadto nie jest dla Izby jasne jak dowód ten miałby się przekładać na sytuację Przystępującego i jego możliwości zaoferowania ceny w tym postępowaniu. Dowód z załącznika nr 12 do pisma Odwołującego z 4 kwietnia 2022 r. został oddalony gdyż dotyczył zarzutu, który został wycofany.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) związku z § 2 ust. 1 pkt 2) i § 5 ust. 1) i 2) lit. b) i d) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....