

**WYROK**  
z dnia 18 czerwca 2014 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Członkowie: Agata Mikołajczyk**  
**Aneta Mlącka**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Warszawska Kolej Dojazdowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Batorego 23, 05-825 Grodzisk Mazowiecki,**

przy udziale wykonawcy **NEWAG Spółka Akcyjna, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1) oddala odwołanie;**

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu;

2.1 zasądza od wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** na rzecz zamawiającego **Warszawska Kolej Dojazdowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Batorego 23, 05-825 Grodzisk Mazowiecki,** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Warszawska Kolej Dojazdowa Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 6 sztuk nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych w ramach projektu „Rozwój systemu publicznego transportu pasażerskiego w aglomeracji warszawskiej poprzez zwiększenie wydajności, niezawodności i bezpieczeństwa Warszawskiej Kolei Dojazdowej”, o wartości większej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawa”, „Pzp” lub „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 listopada 2013 r., nr 2013/S 232-402343.

W dniu 23 maja 2014 r. zamawiający zawiadomił dwóch wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę - NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu.

Drugi wykonawca uczestniczący w postępowaniu - Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy - wniósł w dniu 2 czerwca 2014 r. odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności zamawiającego polegających na wyborze oferty NEWAG S.A. jako najkorzystniejszej, zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę oraz niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), jak również z uwagi na popełnienie w wyniku złożenia oferty przez NEWAG S.A. czynu nieuczciwej konkurencji [z ostrożności również - na zaniechaniu wykluczenia NEWAG S.A. z postępowania i zaniechaniu uznania oferty tego wykonawcy jako odrzuconej, względnie na zaniechaniu odrzucenia oferty, w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu] i zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

2. Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:

I. art. 89 ust. 1 pkt 4, w zw. z art. 90 ust. 1, ust. 2, ust. 3, w zw. z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień NEWAG S.A. z dnia 25 marca 2014 r., stanowiących

odpowieź na wezwanie zamawiającego z dnia 20 marca 2014 r. i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty NEWAG S.A. z powodu nieudzielenia wyjaśnień w zakresie oczekiwanym przez zamawiającego i tym samym nieobalanie domniemania zaproponowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia;

II. art. 87 ust. 1 oraz ust. 2, w zw. z art. 82 ust. 3, w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez niedopuszczalne uwzględnienie wyjaśnień NEWAG S.A. dotyczących oświadczenia zawartego w części III Szczegółowe Parametry Techniczne oferowanych pojazdów w rozdziale F pkt 59 ustęp/wiersz 3 kolumna 3 i 4 oraz w rozdziale L pkt 139 ustęp/wiersz 2 kolumna 3 i 2 załącznika nr 6 do SIWZ (oferty NEWAG S.A.) pomimo okoliczności, że stanowiły one niedopuszczalne uzupełnienie treści oferty, co winno prowadzić do oceny oferty NEWAG S.A. z ich pominięciem;

III. art. 87 ust. 1 oraz ust. 2, w zw. z art. 82 ust. 3, w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez niedopuszczalne uwzględnienie wyjaśnień NEWAG S.A. w zakresie części III Szczegółowe Parametry Techniczne oferowanych pojazdów rozdziału F punktu 59 ust. 3 kolumny 3 i 4 załącznika nr 6 do SIWZ (oferty NEWAG S.A.), zawierających w ocenie NEWAG S.A. „oczywistą omyłkę pisarską”, podczas gdy oczywiste omyłki pisarskie mogły być poprawione wyłącznie przez zamawiającego z własnej inicjatywy w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, nie zaś jak w tym przypadku na skutek wyjaśnień NEWAG S.A.;

IV. art. 89 ust. 1 pkt 2, w zw. z art. 87 ust. 1 oraz ust. 2, w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty NEWAG S.A. z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ w zakresie opisanym w zarzutach zawartych w punktach II, III, IV oraz w zakresie załącznika nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia - wymagania techniczne) - punkt III Wymagania techniczne dla elektrycznego zespołu trakcyjnego - punkt 6 ppkt 6.3 (odporność zderzeniowa) i punkt 12 ppkt 12.6 (usytuowanie i konstrukcja przyrządów i urządzeń sterowniczych) w zw. z punktem X ust. 4 lit. b SIWZ;

V. [z ostrożności procesowej] art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4, art. 25 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 i ust. 4, względnie w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wykluczenia NEWAG S.A. z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zaniechaniu uznania oferty tego podmiotu za odrzuconą, względnie odrzucenia oferty tego podmiotu w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu (z wymaganiami zamawiającego określonymi w załączniku nr 2 i 6 do SIWZ), bowiem oświadczenie NEWAG S.A. odnoszące się do wymagań wskazanych w części III Szczegółowe Parametry Techniczne oferowanych pojazdów w rozdziale F (Nadwozie pojazdu) pkt 59 (odporność zderzeniowa) ustęp/wiersz 3 kolumna 3 i 4 oraz w rozdziale L

(kabina maszynisty) pkt 139 (usytuowanie i konstrukcja przyrządów i urządzeń sterowniczych) ustęp/wiersz 2 kolumna 3 i 4 załącznika nr 6 do SIWZ (oferty NEWAG S.A.) nie wykazały spełnienia wymagań zamawiającego określonych w załączniku nr 6 oraz nr 2 do SIWZ [punkt III Wymagania techniczne dla elektrycznego zespołu trakcyjnego - punkt 6 ppkt 6.3 (odporność zderzeniowa) i punkt 12 ppkt 12 6 (usytuowanie i konstrukcja przyrządów i urządzeń sterowniczych) w zw. z punktem X ust. 4 lit b SIWZ], a zatem winny prowadzić do wykluczenia tego podmiotu z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, względnie na odrzuceniu oferty tego podmiotu;

VI. art. 91 ust. 1, w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez dokonanie czynności wyboru oferty NEWAG S.A. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w sytuacji, gdy oferta ta przy uwzględnieniu podstaw do jej odrzucenia nie powinna być brana pod uwagę przy ocenie punktowej, co w konsekwencji uniemożliwiło wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

VII. art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na nieusprawiedliwionym uznaniu wyjaśnień NEWAG S.A. złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp za wystarczające, nieuprawnionym uwzględnieniu wyjaśnień NEWAG S.A. w przedmiocie treści jego oferty i zaniechaniu odrzucenia oferty tego podmiotu, a w konsekwencji, na bezpodstawnym w tych okolicznościach uznaniu oferty NEWAG S.A. jako najkorzystniejszej w postępowaniu i zaniechaniu wybrania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

VIII. art. 89 ust. 1 pkt 3, w zw. z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp, w zw. z art. 3 ust. 1, w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez wybór oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

IX. innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

3. W związku z określonymi podstawami zaskarżenia, odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
- 2) unieważnienia czynności wyboru NEWAG S.A. jako najkorzystniejszej;
- 3) dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert;
- 4) odrzucenia oferty NEWAG S.A. z uwagi na zaproponowanie przez ten podmiot rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia;
- 5) odrzucenie oferty NEWAG S.A. z uwagi na niezgodność jej postanowień z postanowieniami SIWZ;
- 6) odrzucenie oferty NEWAG S.A. z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej

konkurencji,

z ostrożności:

- 7) wykluczenie NEWAG S.A, z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, względnie nakazanie odrzucenia oferty tego podmiotu w związku z jego uprzednim wykluczeniem,
- 8) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 9) dopuszczenie dowodu z dokumentów z akt postępowania o udzielenie zamówienia, w tym z dokumentów powołanych w uzasadnieniu odwołania, a także dokumentów załączonych do odwołania, na okoliczności tam wskazane;
- 10) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zastępstwa procesowego.

Odwołujący wskazał, że jest przedsiębiorcą specjalizującym się w produkcji taboru szynowego, posiadającym potencjał techniczny, a także wiedzę i doświadczenie umożliwiające należyte wykonanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania przetargowego. Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 Pzp - ma interes w uzyskaniu zamówienia, niewyeliminowanie z obrotu niezgodnych z prawem czynności i zaniechań zamawiającego może doprowadzić do powstania po stronie odwołującego szkody związanej z brakiem udzielenia zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał też zachowanie terminu do wniesienia odwołania.

Opis stanu faktycznego.

Przedmiotem postępowania jest dostawa 6 sztuk nowych jednego typu elektrycznych zespołów trakcyjnych, świadczenie usług utrzymaniowych w okresie 6 miesięcy od daty przekazania każdego pojazdu w zakresie spełnienia wymagania Dokumentacji Systemu Utrzymania, przeszkolenie pracowników w zakresie poziomu P1, P2, P3 i napraw bieżących taboru. Kryteria wyboru ofert, którymi kierował się zamawiający, były następujące: 1) cena 50%, 2) zużycie energii dla przejazdu teoretycznego 25%, 3) powierzchnia podłogi 15%, 4) liczba dodatkowych miejsc ponad 160 10%.

W wyniku oceny ofert: 1) spółka NEWAG S.A. uzyskała łącznie 93,33 punktów, 2) spółka Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA. 85,55 punktów.

W zakresie najistotniejszego kryterium, jakim była cena (o znaczeniu 50%), spółka NEWAG S.A. uzyskała 50 punktów, podczas gdy spółka PESA uzyskała 36,56 punktów.

Szacunkowa wartość zamówienia bez VAT określona w ogłoszeniu przez zamawiającego wyniosła 109.265.509,00 zł.

Dowód: ogłoszenie o zamówieniu; SIWZ wraz z załącznikami; oferta NEWAG S.A.,

oferta odwołującego; pismo z dnia 23 maja 2014 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty - w aktach sprawy.

W wyniku analizy złożonych ofert zamawiający wezwał NEWAG S.A. do wyjaśnienia treści oferty tego wykonawcy w zakresie potwierdzenia, czy rozdział F pkt 59 ust. 3 w kolumnie 4 oraz rozdział L pkt 139 ustęp 2 w kolumnie 4 (oferowane parametry/deklaracje wykonawcy) załącznika nr 6 do SIWZ „Opis techniczny oferowanych pojazdów” spełnia wymagania określone przez zamawiającego. W uzasadnieniu wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rozdziału F pkt 59 ustęp/wiersz 3 kol. 4 zamawiający oznajmił, że brak jest informacji, czy czoło pojazdu zawiera zadeklarowane przez NEWAG S.A. elementy, w konsekwencji czego zamawiający nie był w stanie określić jednoznacznie, czy oferowany pojazd spełnia jego wymagania. W odniesieniu do rozdziału L (kabina maszynisty) pkt 139 (usytuowanie i konstrukcja przyrządów i urządzeń sterowniczych) ustęp/wiersz 2 kol. 4 zamawiający wskazał, że zgodnie z wymaganiem zawartym w ust. 3 „główne urządzenia sterujące jazdą i hamowaniem pociągu (zadajniki) powinny być zlokalizowane po prawej stronie stanowiska maszynisty; pierwszym z zadajników jest zadajnik jazdy.” Zamawiający wskazał, że brak w ofercie NEWAG S.A. informacji, że oferowane pojazdy będą czynić zadość temu wymaganiu.

Dowód: wezwanie zamawiającego z dnia 17 marca 2014 r. do wyjaśnienia treści oferty przez NEWAG S.A. - w aktach sprawy.

Zamawiający pismem z dnia 17 marca 2014 r. poinformował NEWAG S.A. o poprawieniu „oczywistej omyłki pisarskiej” w złożonej przez NEWAG S.A. ofercie w zakresie rozdziału F pkt 73 kol. 4 (oferowane parametry/deklaracje wykonawcy) załącznika nr 6 do SIWZ.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 17 marca 2014 r. w przedmiocie poprawienia omyłki pisarskiej w treści oferty NEWAG S.A. - w aktach sprawy, pismo zamawiającego z dnia 17 marca 2014 r. w przedmiocie sprostowania omyłki w wersji utajnionej przekazanej odwołującemu.

W odpowiedzi na powyższe pisma, NEWAG S.A. poinformował zamawiającego w dniu 18 marca 2014 r. o wyrażeniu zgody na poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej wskazanej przez zamawiającego. Ustosunkowując się do wątpliwości zamawiającego dotyczących wymagań oferowanego pojazdu w zakresie odporności zderzeniowej określonych w rozdziale F pkt 59 ust. 3 kol. 3 i 4 załącznika nr 6 do SIWZ, NEWAG S.A. stwierdził, że wystąpiła w tym punkcie po jego stronie oczywista omyłka pisarska, polegająca na pominięciu pewnego słowa (nieznanego odwołującemu z uwagi na utajnienie wezwania),

zaś oferowane pojazdy spełniają wymagania zamawiającego w tym zakresie.

W odniesieniu do wymagania zamawiającego w zakresie usytuowania i konstrukcji przyrządów i urządzeń sterownych, określonego w rozdziale L pkt 139 ust. 3 kol. 3 i 4 załącznika nr 6 do SIWZ, NEWAG S.A. stwierdził, że i w tym zakresie oferowane pojazdy całkowicie spełniają wymagania zamawiającego.

Dowód: pismo NEWAG S.A. z dnia 18 marca 2014 r. - w aktach sprawy oraz w wersji utajnionej przekazanej odwołującemu.

Zamawiający w dniu 20 marca 2014 r. wezwał NEWAG S.A. do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia NEWAG S.A. winny były przedstawiać kalkulację elementów oferty, dotyczącą w szczególności następujących elementów: 1) główne urządzenia zasilania i napędu (w tym silniki, falowniki, odbieraki prądu, liczniki energii), 2) urządzenia pomocnicze (w tym m.in. przetwornice, sprężarki), 3) urządzenia sterowania (w tym m.in. oprogramowanie wraz z osprzętem, akumulatory), 4) urządzenia systemu hamowania, 5) wózki i zestawy kołowe, 6) konstrukcja pudła (materiały zastosowanie do produkcji pudła/nadwozia), 7) urządzenia wentylacji, klimatyzacji i ogrzewania, 8) wyposażenie wnętrza, 9) systemy monitoringu, 10) system liczenia pasażerów, 11) pakiet powypadkowy i technologiczny, 12) wytworzenie dokumentacji, uzyskanie pozwoleń, świadectw, dopuszczeń, koszty prób i badań, 13) koszty szkoleń personelu, 14) ceny usług serwisowych (P1, P2) i ich czasookres, w tym m.in. koszt roboczogodziny.

Dowód: pismo - wezwanie zamawiającego z dnia 20 marca 2014 r. - do udzielenia przez NEWAG S.A. wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - w aktach sprawy.

NEWAG S.A. złożył w dniu 25 marca 2014 r. wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny, zastrzegając jednocześnie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że z tego powodu nie jest w stanie w pełni odnieść się do przedstawionej w nich kalkulacji. Zatem, poniższe odniesienia dotyczą jedynie oświadczeń NEWAG S.A. nieutajnionych przez zamawiającego.

Dowód: pismo (wyjaśnienia) NEWAG S.A. z dnia 25 marca 2014 r. w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty - w aktach sprawy; to samo pismo w wersji utajnionej przez zamawiającego przekazanej odwołującemu.

NEWAG S.A. w wyjaśnieniach wskazał, że podstawowymi czynnikami składającymi się na cenę każdego produktu są koszty materiałów wraz z kosztami ich zakupu, wielkość



nakładów pracy za wykonanie i montaż pojazdów oraz ewentualne usługi obce. Przedstawił w załącznikach od 1 do 3 załączonych do wyjaśnień pewne (nieznane odwołującemu z wyjątkiem załącznika nr 2) oświadczenia mające na celu uzasadnienie realności zaoferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Podkreślił również, że prowadzona przez NEWAG S.A. polityka zakupowa, wieloetapowe negocjacje, długoletnia współpraca z dostawcami pozwalają uzyskać możliwie najniższe ceny zakupu komponentów. Przedstawił w ujęciu tabelarycznym w załączniku nr 2 do wyjaśnień, zestawienie cen zaoferowanych innym zamawiającym za podobne gabarytowo pojazdy typu 36WE, których koszty produkcji, w tym koszty materiałowe i robocizny były zbliżone.

Dowód: pismo NEWAG S.A. z dnia 25 marca 2014 r. w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty - w aktach sprawy.

W dniu 23 maja 2014 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty - NEWAG S.A. uznanej za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert.

Dowód: zawiadomienie o wyniku postępowania z dnia 23 maja 2014 r.

Analiza oferty NEWAG S.A. oraz wyjaśnień wykonawcy (pomimo częściowego utajnienia informacji) pozwala na postawienie tezy, że jego oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, pkt 2 i pkt 3 Pzp z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, ale również na niezgodność podmiotu oferty z postanowieniami SIWZ, jak również z uwagi na popełnienie w wyniku jej złożenia czynu nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił następującą argumentację.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, w zw. z art. 90 ust. 1, ust. 2, ust. 3, w zw. z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp.

Odwołujący złożył ofertę z ceną brutto 134.316.000,00 zł, w tym cena 1 szt. pojazdu szynowego brutto: 22.386.000,00 zł, netto 18.200.000,00 zł. Natomiast spółka NEWAG S.A. zaoferowała cenę brutto 98.227.800,00 zł, w tym cena 1 szt. pojazdu 18.367.800,00 zł, netto 13.310.000,00 zł. Zaoferowana przez spółkę NEWAG S.A. cena stanowi 73% budżetu przewidzianego przez zamawiającego, jak również ok. 73% zaoferowanej ceny przez odwołującego, co wskazuje, że zaoferowana cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Odwołujący zwrócił uwagę na obowiązek zaoferowania realnej ceny z uwagi na przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, obligujący zamawiającego do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (wyroki Izby: z dnia 2 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1984/09), z dnia 16 listopada 2012 r., sygn. KIO 2394/12; KIO 2395/12; 2415/12).

Podniósł, że uruchomienie procedury wyjaśniającej z art. 90 Pzp wiąże się z obowiązkiem wykonawcy w postaci złożenia wyczerpujących, popartych dowodami wyjaśnień (wyrok Izby z dnia 24 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1363/13).

Odwołujący stwierdził, że zamawiający słusznie wezwał NEWAG S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących zaproponowanej ceny oferty, jednakże niezasadnie uznał wyjaśnienia tego podmiotu za wystarczające i w istocie wypełniające obowiązek udowodnienia zaferowania rzeczywistej, odpowiadającej realnym kosztom ceny, w szczególności wobec treści wezwania wskazującego na dowody w świetle art. 90 ust. 3 Pzp oraz treść przywołanego wyroku S.O. w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09 - w przypadku nie złożenia wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający odrzuci ofertę, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, w związku z art. 90 ust. 3 Pzp.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z powołanym wyrokiem wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 2 Pzp nie mogą być uznane za wystarczające i spełniające wymogi tej normy, jeżeli zawierają tylko ogólne stwierdzenia i nie wyjaśniają, jaki wpływ mają poszczególne czynniki na konkretną wysokość zaferowanej ceny.

Odwołujący podniósł, że pomimo braku dostępu do korespondencji wymienianej pomiędzy zamawiającym, a NEWAG S.A. ze względu na jej utajnienie, w tym załączników 1 i 3 do wyjaśnień wykonawcy, to nie trudno wywnioskować, że złożony dokument nie odpowiada wymaganiom zamawiającego, nie ma charakteru wyczerpującego i nie potwierdza, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca NEWAG S.A. skupił się w wyjaśnieniach na 3 głównych aspektach, tj.:  
1. Przedstawienie kalkulacji elementów mających wpływ na cenę oferty, w tym kalkulacja kosztów materiałowych i innych wynikających z SIWZ. 2. Wieloletnia współpraca z poddostawcami uzasadniająca zaferowanie tak niskiej ceny. 3. Przedstawienie zestawienia cen zaferowanych zamawiającym w innych postępowaniach przetargowych.

Ad 1 i 2. Ustosunkowując się do wskazanych aspektów, odwołujący odniósł się do obowiązku przedstawienia pełnej kalkulacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami. Uznał, że wyjaśnienia wykonawcy nie czynią zadość wezwaniu zamawiającego. Odwołujący wskazał, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, powodujący konieczność uwzględnienia wszelkich kosztów związanych z realizacją zamówienia pod rygorem braku możliwości domagania się podwyższenia wynagrodzenia

w razie zwiększenia rzeczywistych kosztów wykonywania umowy.

Powołując się na protokół z posiedzenia i rozprawy przed Izbą w dniu 17 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2794/13 (w innej sprawie) wskazał, że sam zamawiający określił, iż obowiązkiem wykonawcy było chociażby wskazanie cen usług serwisowych, w tym kwoty jednej roboczogodziny, czy kosztów homologacji, które NEWAG S.A. wycenił na kwotę ok. około 1.300.000,00 złotych dla serii pojazdów - wycena taka nie została przedstawiona w tym postępowaniu.

Odwołujący powołując się na wyrok Izby z dnia 11 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZO 1521/09 KIO/UZP 1506/09, wskazał, że brak uwzględnienia któregośkolwiek z elementów świadczenia wykonawcy na rzecz zamawiającego prowadzi do wniosku, że wykonawca w toku realizacji zamówienia, nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia za zaoferowaną wcześniej cenę.

Wskazał, że według wyjaśnień NEWAG S.A., w cenie jego oferty zostały uwzględnione elementy w postaci kosztów wydziałowych, ogólnozakładowych, czynników ryzyka związanych z możliwą zmianą cen komponentów oraz ryzyka kursowego, co tym bardziej poddaje w wątpliwość jej realność. Rzeczywiste pełne uwzględnienie powyższych czynników uzasadniałoby wyższą cenę od zawartej w ofercie NEWAG S.A. Dodatkowo, skoro wedle twierdzeń NEWAG S.A. zaoferowana cena uwzględnia powyższe koszty, to winna być na tę okoliczność przedstawiona kalkulacja i stosowne dowody na jej poparcie.

Odwołujący wskazał, że w podobnej sprawie w postępowaniu na dostawę 11 EZT dla Kolei Dolnośląskich, w której odwołujący przedstawił tabelaryczne zestawienia, w tym szczegółowe rozbieżności kosztów jednostkowych (obszerniejsze od tabeli przedstawionej przez spółkę NEWAG S.A.), KIO orzekła o niewystarczającym charakterze przedstawionego dokumentu, jak również braku szczegółowego udowodnienia zaoferowanych cen - wyrok z dnia 20 grudnia 2013 r., sygn. akt. KIO 2794/13.

Odwołujący stwierdził, że taka sytuacja występuje w obecnym postępowaniu.

Wskazał, że z całokształtu wyjaśnień można wywnioskować, iż NEWAG S.A. nie przedłożył szczegółowych kalkulacji uwzględniających wszystkie elementy mogące mieć wpływ na cenę, zapytań i ofert cenowych bądź innych wiarygodnych dowodów potwierdzających realność wykonania zamówienia w zadeklarowanej cenie.

W zakresie prowadzonej przez Spółkę NEWAG S.A. polityki cenowej, odwołujący zwrócił uwagę na ogólne sformułowanie zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy, który wskazuje, że „prowadzona polityka zakupowa, wieloetapowe negocjacje, długoletnia współpraca z dostawcami pozwalają uzyskiwać możliwie najniższe ceny zakupu

komponentów”. Odwołujący wskazał na brak dowodów i potwierdzenia rzeczywistego wpływu na możliwość obniżenia ceny ofertowej przez podanie procentowej obniżki ceny, jaką uzyskano dzięki tym czynnościom.

Odwołujący podniósł, że podejmowanie opisanych przez NEWAG S.A. działań jest standardem na tynku kolejowym i mają one również wpływ na cenę oferowaną przez odwołującego, jak i innych producentów w innych zamówieniach, a NEWAG S.A. nie wykazał w wyjaśnieniach odmiennego ich wpływu na cenę oferowaną przez tę spółkę, jak też jakiegokolwiek wpływu. Uznał, że wyjaśnienia są niepodpartymi oświadczeniami, które nie udowadniają wpływu na zaoferowanie ceny oferty. Dodatkowo NEWAG S.A. nie wykazał, że dokonał jakiegokolwiek oszczędności w wykonaniu zamówienia, które mogłoby być uzasadnione prowadzoną polityką.

Ad 3. W zakresie porównania cen w innych postępowaniach, w załączniku nr 2 do wyjaśnień, NEWAG S.A. powołał się na zestawienie cen zaoferowanych innym zamawiającym za podobne gabaryty pojazdu typu 36WE, których koszty produkcji, w tym koszty materiałowe oraz robocizny zostały wskazane jako na zbliżonym poziomie do pojazdów stanowiących przedmiot zamówienia. Odwołujący uznał stwierdzenie wykonawcy za niejasne i uniemożliwiające dokonanie jakichkolwiek porównań. Zwrócił uwagę, że wykonawca wskazał, iż dla udowodnienia zaoferowanej ceny zostały zestawione pojazdy „podobne gabarytowo” - pojęcie wieloznaczne i nieprecyzyjne. Wskazał, że porównywanie pojazdów i cen zaoferowanych w innych przetargach miałyby rację bytu, gdyby wykonawca dokonał szczegółowego porównania wszelkich elementów, które składały się na przedmiot zamówienia, np. typ pojazdów, ilość pojazdów, ilość członów pojazdów, szkolenia, obowiązek przeprowadzenia certyfikacji, okres udzielonej gwarancji, czas i zakres usług utrzymania. Dopiero takie zestawienie mogłoby stanowić element istotny dla oceny, czy rzeczywiście zaoferowana cena odbiega od ceny rynkowych, jednakże wyłącznie pomocniczy, a niedecydujący - wyrok Izby z dnia 20 grudnia 2013 r., sygn. akt. KIO 2794/13.

Odwołujący dodał, że specyfika zamawianych pojazdów dalece odbiega od typowych elektrycznych zespołów trakcyjnych - produkowanego przez PESA ELFA, czy NEWAG 36WE. Jest to specyficzny typ taboru, mający znamiona jednostkowej produkcji, co powoduje brak możliwości wykorzystania zastosowanych rozwiązań w innych produktach, a co za tym idzie, konieczność poniesienia wysokich kosztów jednorazowych produkcji bez możliwości ich rozłożenia na większą serię pojazdów. O całkowitej nieprzydatności przedstawionego przez NEWAG S.A. porównania świadczy też znacznie większa ilość podstawowych komponentów, które będą musiały być użyte do budowy pojazdów będących

przedmiotem zamówienia w porównaniu z pojazdami 36WE.

Odwołujący wskazał, że pojazdy dla zamawiającego (WKD) powinny mieć: 1) 2 razy więcej wózków napędowych (pojazd NEWAG - 2 napędowe, 2 toczne; WKD - 4 napędowe, 2 toczne), a w konsekwencji - 2 razy więcej silników (Pojazd NEWAG - 4, WKD - 8); 2) 2 x więcej falowników; 3) podwójną baterię akumulatorów; każda „połówka” pojazdu musi mieć swoją baterię, a cena uzależniona jest od pojemności; 4) układ wysokiego napięcia z szafą WN, zabezpieczeniami itp.; 5) większą liczbę drzwi - 36WE co do zasady (z wyjątkiem pojazdów dla Województwa Małopolskiego) mają troje drzwi na każdą stronę, a WKD wymaga 8 drzwi na każdą stronę, co daje łącznie różnicę 10 sztuk drzwi na pojazd.

Powyższe niewyczerpujące porównanie wskazuje olbrzymi wzrost kosztów produkcji każdego pojazdu. Jednoznacznie oznacza, że koszt zaoferowanego pojazdu musi być znacznie wyższy od standardowego EZT typu 36WE. Dodatkowo większość elementów będzie wyprodukowana jednorazowo dla tego typu pojazdu, co wyklucza możliwość wykorzystania elementów produkowanych seryjnie dla pojazdów typu 36WE (pojazd NEWAG S.A.).

Odwołujący nadmienił, że NEWAG S.A. nie posiada doświadczenia w projektowaniu kolejowych pojazdów elektrycznych innych niż standardowe EZT we własnym zakresie, w czym można upatrywać przyczyn zaoferowania dla tak specyficznego produktu tak rażąco niskiej, nierealnej ceny.

Wskazał, że wprawdzie teoretycznie spółka NEWAG S.A. mogłaby zaoferować inną koncepcję pojazdu, jednakże według odwołującego w praktyce jest to niemożliwe. Z technicznego punktu widzenia w tym przetargu możliwe jest zaoferowanie jedynie pojazdu zbudowanego z dwóch oddzielnych trójczłonów, o jednakowej konstrukcji, z których każdy jest wyposażony w kabinę maszynisty oraz - na drugim końcu - w pulpit sterowniczy umożliwiający po rozdzieleniu dwóch trójczłonów pojazdu samodzielną jazdę manewrową w warunkach warsztatowych. Takie podejście wynika z tego, że zamawiający wymaga spełnienia przez pojazdy przejechania minimalnego łuku 22 metrów oraz powiązanego pośrednio parametru - wysokości przejścia nad wózkiem tocznym wynoszącym 700 mm nad główką szyny. W związku z tak dużym ograniczeniem wysokości podłogi nad wózkiem tocznym możliwe jest zastosowanie tylko wózka tocznego "nieobrotowego" względem pudła. W innym przypadku gdyby zamawiający nie narzucił wysokości podłogi nad wózkiem tocznym możliwe byłoby zastosowanie wózka obrotowego i zaoferowanie podobnej koncepcji pojazdu, który jest już eksploatowany przez WKD, a mianowicie EN94 zbudowanego z dwóch oddzielnych dwuczłonów o jednakowej konstrukcji, posiadającego

podłogę nad wózkiem tocznym na poziomie 1140 mm nad główką szyny.

Odwołujący podniósł, że powyższe w sposób jednoznaczny wskazuje, że aby ocenić realność zaofertowanej ceny należałoby wziąć pod uwagę szczegółowe wymagania techniczne dotyczące poszczególnych pojazdów i dokonać precyzyjnej kalkulacji poszczególnych ich elementów oraz usług wchodzących w zakres zamówienia. Przedstawione przez NEWAG S.A. wyjaśnienia i załącznik nr 2 do wyjaśnień nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia, że zadeklarowana cena nie ma przymiotu rażąco niskiej.

W zakresie przedstawionych zarzutów najistotniejsze jest to, że NEWAG S.A. zaniechał przedstawienia dowodów na poparcie tezy o braku rażąco niskiej ceny jego oferty. Podniósł kwestię rozkładu ciężaru dowodowego w toku postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wskazując, że zaistnienie przesłanki zastosowania przepisu oznacza w odniesieniu do oferty, której dotyczy, powstanie domniemania, że oferta zawiera rażąco niską cenę, a obalenie tego domniemania jest czynnością leżącą po stronie wykonawcy, którego obciąża obowiązek przedstawienia wyjaśnień popartych dowodami (art. 90 ust. 3 Pzp) - np. wyrok Izby z dnia 24 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1363/13, podobnie we wskazanym już wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2009 r., sygn. akt IV Ca 1299/09.

Odwołujący podkreślił, że analiza pisma wykonawcy w zakresie nieujawnionym zawiera jedynie oświadczenia tego podmiotu, zestawienia tabelaryczne (kalkulacja i porównanie cen pojazdów) załączone do wyjaśnień są również jedynie oświadczeniem tego podmiotu, a załącznik nr 3 zawiera list referencyjny od bliżej nieokreślonego podmiotu (treść zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa).

Uznał, że oświadczeń tych nie sposób utożsamić z dowodami na poparcie twierdzeń, co świadczy o zaniechaniu wykazania zgodności z rzeczywistością też zawartych w złożonych wyjaśnieniach.

Biorąc pod uwagę charakter złożonych wyjaśnień odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia NEWAG S.A. są ogólnikowe, ograniczają się do twierdzeń, w tym zawartych w tabelarycznych zestawieniach. NEWAG S.A. nie przedstawił kalkulacji ceny oferty, o jaką wnioskował zamawiający, a przede wszystkim nie przedłożył żadnych dowodów, czego wyraźnie żądał zamawiający. Odwołujący wskazał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 214/06 oraz wyroki Izby: z dnia 31 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1793/11 i z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt KIO 960/13.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że w bardzo podobnej sprawie w postępowaniu organizowanym przez Koleje Dolnośląskie Sp. z o.o. na dostawę 11 pojazdów w podziale na

zadania, w którym wzięli udział zarówno odwołujący, jak i wykonawca spółka NEWAG S.A., cena odwołującego została uznana jako rażąco niska. Oferta spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. stanowiła 73,93% wartości szacunkowej zamówienia (powiększonej o stawkę podatku VAT) dla części A oraz 63,71% dla części B, zaoferowana przez spółkę PESA cena została uznana za rażąco niską.

Biorąc pod uwagę całokształt złożonych wyjaśnień odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia w rzeczywistości nie zostały w ogóle złożone - wyrok Izby z dnia 1 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1424/13.

Przytoczone okoliczności dowodzą, że NEWAG S.A. nie wywiązał się z obowiązku udowodnienia braku rażąco niskiej ceny jego oferty i również nie obalił domniemania zaniżenia oferowanego wynagrodzenia, a zamawiający dokonał wadliwej oceny wyjaśnień wykonawcy. Odwołujący wskazał treść przepisu, podając - stosownie do art. 90 ust. 3 Pzp - zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Uznał, że to winno prowadzić do zastosowania przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp i zaniechania poddania oferty tego podmiotu ocenie punktowej. Uznanie przez zamawiającego wyjaśnień NEWAG S.A. za wystarczające i dowodzące poprawności sformułowanej ceny oferty tego podmiotu było nieuprawnione. Świadczy to o naruszeniu podstawowej zasady Prawa zamówień publicznych, jaką jest konieczność prowadzenia postępowania w sposób niezakłócający uczciwej konkurencji i zapewniający równe traktowanie wykonawców. Tym samym zasadny jest zarzut nieusprawiedliwionego zaniechania odrzucenia oferty NEWAG S.A. Wykonawca nie wykazał, aby cena jego oferty nie była rażąco niska. W ocenie odwołującego, zaoferowanie ceny przez NEWAG S.A., biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert i wagę przyznaną cenie (50%), było zorientowane wyłącznie na wygranie przetargu.

II. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 i art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

W ocenie odwołującego oferta NEWAG S.A. jest dotknięta również wadą innego rodzaju, a mianowicie oferta tego nie odpowiadała w swej warstwie merytorycznej postanowieniom SIWZ (narusza art. 82 ust. 3 Pzp), w konsekwencji czego winna była zostać odrzucona.

Odwołujący zacytował przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podnosząc, że w literaturze przedmiotu wskazano, iż odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim

w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Odwołujący powołał się na komentarz P. Graneckiego do art. 89 Pzp oraz wyroki Izby: z dnia 17 października 2013 r., sygn. akt KIO 2371/13 i z dnia 27 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1459/10.

Podniósł, że zamawiający wezwał NEWAG S.A. pismem z dnia 17.03.2014 r. do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w zakresie dwóch punktów załącznika nr 6 do SIWZ (Opis techniczny oferowanych pojazdów).

Odwołujący wskazał cel przepisu art. 87 Pzp - zniwelowanie wątpliwości zamawiającego dotyczących treści oferty i zapobieżenie odrzuceniu ofert z powodów nieistotnych z punktu widzenia wymagań zamawiających. Przyznał, że skorzystanie z wezwania do złożenia wyjaśnień jest jedynie uprawnieniem, nie obowiązkiem zamawiających, wskazując komentarze - W. Dzierżanowski i J. Pieróg i wykładnię językową art. 87 ust. 1 Pzp. Zacytował treść art. 87 ust. 2 Pzp wskazując cechy oczywistej omyłki i powołując się na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 30 listopada 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2862/06) oraz inną omyłkę niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

Podniósł, że treść art. 87 ust. 1 i 2 Pzp świadczy o rozgraniczeniu dwóch „trybów” procedowania zamawiającego przy ocenie ofert - wyjaśniania treści ofert nieprzewidującej zasadniczo zmiany oferty oraz trybu dokonywania zmian w treści oferty w drodze poprawiania omyłek. Powołał się na stanowisko W. Dzierżanowskiego oraz Słownik języka polskiego, red. M. Szymczak, t. II, Warszawa 1979, s. 440, także wyrok Izby z dnia 22 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1519/13.

Wskazał pojęcie oczywistej omyłki pisarskiej powołując się na wyrok Izby z dnia 4 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 662/13, Informator Urzędu Zamówień Publicznych 2013/6, uchwałę Izby z dnia 16 listopada 2010 r., KIO/KD 82/10, a także wyrok S.O. w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/2008.

Odwołujący przedstawił dodatkowo kwestię poprawienia w treści oferty NEWAG S.A. oczywistej omyłki pisarskiej dotyczącej rozdziału F punktu 73 kolumna 4 załącznika nr 6 do SIWZ, na co wykonawca wyraził zgodę pismem z dnia 18 marca 2014 r., jako przykład oczywistej omyłki pisarskiej właściwie poprawionej przez zamawiającego. Czynność ta nie była przedmiotem zarzutu, zatem brak jest podstaw do cytowania uzasadnienia odwołania w tym zakresie.

Uzasadniając zarzut z pkt II, odwołujący wskazał, że w dniu 17 marca 2014 r. zamawiający wezwał NEWAG S.A. do udzielenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń wykonawcy zawartych w części III Szczegółowe Parametry Techniczne oferowanych pojazdów w punkcie 59 ustępie 3 kol. 4 (odporność zderzeniowa) oraz punkcie 139 ust. 2



kol. 3 i 4 załącznika nr 6 do SIWZ.

NEWAG S.A. w dniu 18 marca 2014 r. w punkcie 2 swoich wyjaśnień oznajmiła, że oferowane pojazdy spełniają całkowicie wymagania zamawiającego w zakresie odporności zderzeniowej w odniesieniu do czoła pojazdu, informując jednocześnie, że „w tym punkcie wystąpiła oczywista omyłka pisarska polegająca na pominięciu słowa” [utajnione przez zamawiającego].

W ocenie odwołującego, wadliwość oświadczenia NEWAG S.A. w zakresie części III Szczegółowe Parametry Techniczne oferowanych pojazdów punktu 59 ust. 3 kol. 4 załącznika nr 6 do SIWZ nie polegała, wbrew twierdzeniom tego podmiotu, na oczywistej omyłce podlegającej poprawieniu, co zresztą potwierdził sam zamawiający wzywając NEWAG S.A. do wyjaśnienia treści oferty. Skoro wadliwość ta nie wypełniała znamion omyłki, wyjaśnienia wykonawcy dotyczące tego punktu załącznika nr 6 do SIWZ (treści oferty) stanowią niedopuszczalne uzupełnienie treści oferty i jako takie winny być pominięte przez zamawiającego. Z art. 87 ust. 1 Pzp wynika, że wyjaśnienie treści oferty nie może prowadzić do zmiany, w tym uzupełnienia treści oferty.

Nawet gdyby błędnie uznać, że w istocie oświadczenie NEWAG S.A. zawarte w części III Szczegółowe Parametry Techniczne oferowanych pojazdów w punkcie 59 ust. 3 kol. 4 stanowiło omyłkę pisarską w rozumieniu art. 87 ust. 2 Pzp, to należy mieć na uwadze, że samodzielne poprawianie oferty przez wykonawcę jest niedopuszczalne na gruncie tej normy. Poprawianie omyłek pisarskich zawartych w ofercie może nastąpić wyłącznie przez zamawiającego (J. Pieróg - wszelkie wyjaśnienia czy poprawki mogą nastąpić jedynie na skutek działania zamawiającego). Tymczasem w aktach postępowania brak jest wzmianki o poprawieniu „oczywistej omyłki pisarskiej” zawartej w punkcie 59 ust. 3 kolumnie 4 załącznika nr 6 do SIWZ (oferty NEWAG S.A.), a zatem ten brak oferty nie został uznany przez zamawiającego za podlegającą poprawieniu omyłkę i bezsprzecznie w ramach postępowania wyjaśniającego z art. 87 ust. 1 Pzp, brak ten nie mógł być zgodnie z prawem uzupełniony.

Zatem niezależnie od charakteru wadliwości, jaką jest dotknięte oświadczenie NEWAG S.A., uzupełnienie przez wykonawcę punktu 59 ust. 3 kol. 4 załącznika nr 6 do SIWZ przez dodanie pewnego słowa winno zostać pominięte przez zamawiającego przy ocenie ofert. Konsekwencją konieczności pominięcia uzupełnienia dokonanego przez NEWAG S.A. powinno być odrzucenie oferty z uwagi na jej niezgodność z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień wskazał, że bez wyjaśnienia treści oferty nie mógł jednoznacznie określić, czy oferowany pojazd

spełnia wymagania w zakresie odporności zderzeniowej w odniesieniu do czoła pojazdu (części III Szczegółowe Parametry Techniczne oferowanych pojazdów punkt 59 ust. 3 kolumna 3 załącznika nr 6 do SIWZ). W konsekwencji należało uznać, że oferta NEWAG S.A. nie spełnia merytorycznych wymagań określonych przez zamawiającego w części III Szczegółowe Parametry Techniczne oferowanych pojazdów w rozdziale F pkt 59 ust. 3 kol. 3 i 4 załącznika nr 6 do SIWZ, jak również w zakresie załącznika nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia - wymagania techniczne) - punkt III Wymagania techniczne dla elektrycznego zespołu trakcyjnego - punkt 6 ppkt 6.3 (odporność zderzeniowa) w zw. z punktem X ust. 4 lit. b SIWZ, implikując obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zaniechanie zamawiającego w tej mierze należy uznać za naruszenie tej normy.

Odnosząc się do wywołującego wątpliwości zamawiającego oświadczenia zawartego w części III Szczegółowe Parametry Techniczne oferowanych pojazdów rozdziale L punkcie 139 ust. 2 kol. 4 załącznika do SIWZ (usytuowanie i konstrukcja przyrządów i urządzeń sterowniczych), NEWAG S.A. nie dopatrując się już w tym zakresie omyłki pisarskiej stwierdził, że oferowane pojazdy całkowicie spełniają wymagania zamawiającego w zakresie usytuowania i konstrukcji przyrządów i złożył w tym zakresie oświadczenie (nieznane odwołującemu z uwagi na jego utajnienie).

Odwołujący wskazał, że i w tym zakresie oczywistym potwierdzeniem niedopuszczalnego uzupełnienia treści oferty jest sformułowanie użyte przez zamawiającego, z którego jednoznacznie wynika, że „brak jest w ofercie Wykonawcy informacji” - w tym zakresie odwołujący nie ma wprawdzie wiedzy w przedmiocie rzeczywistej treści wyjaśnień NEWAG S.A. odnoszących się do punktu 139 ust. 2 kol. 4 załącznika nr 6 do SIWZ, niemniej jednak już porównanie treści wezwania i treści wyjaśnień daje asumpt do tezy o jego niedopuszczalnym uzupełnieniu (długości oświadczenia zacytowanego przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień i długości oświadczenia zawartego w wyjaśnieniach NEWAG S.A. z dnia 18 marca 2014 r.).

Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 24 października 2013 r., sygn. akt KIO 2402/13.

Wyjaśnienia NEWAG S.A. z dnia 18 marca 2014 r. w zakresie punktu 139 ust. 2 kol. 2 załącznika nr 6 do SIWZ (jak również w zakresie punktu 59 załącznika nr 6 do SIWZ, o których mowa powyżej) zawierają niedopuszczalne uzupełnienie treści oferty. Wyjaśnienia te powinny być zatem pominięte jako wprost sprzeczne z art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 Pzp. Zamawiający winien był dokonać oceny oferty NEWAG S.A. z pominięciem bezprawnego

uzupełnienia. Skutkiem tego powinno być odrzucenie oferty NEWAG S.A. jako niezgodnej z treścią SIWZ. Z wezwania wystosowanego przez zamawiającego wynika, że brak było w załączniku nr 6 oferty NEWAG S.A. informacji, czy oferowane pojazdy będą spełniać wymagania określone w rozdziale L pkt 139 ust. 2 kol. 3 załącznika nr 6 do SIWZ. W konsekwencji należało uznać, że oferta NEWAG S.A. nie spełnia merytorycznych wymagań określonych w rozdziale L pkt 139 ust. 2 kol. 3 załącznika nr 6 do SIWZ oraz w zakresie załącznika nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia - wymagania techniczne) - punkt III Wymagania techniczne dla elektrycznego zespołu trakcyjnego - punkt 12 ppkt 12.6 (usytuowanie i konstrukcja przyrządów i urządzeń sterowniczych) w zw. z punktem X ust. 4 lit b SIWZ, co implikowało obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zaniechanie zamawiającego w tej mierze należy uznać za naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Z czystej ostrożności procesowej, odwołujący podniósł, że gdyby uznać, iż oświadczenia NEWAG S.A. odnoszące się do wymagań zamawiającego wskazanych w załączniku nr 6 [stanowiące załącznik do oferty NEWAG S.A. - opis techniczny oferowanych pojazdów] oraz wskazanych w załączniku nr 2 do SIWZ stanowią w istocie dokumenty mające potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, to zamawiający z uwagi na niespełnienie tych warunków, o czym świadczą wezwania do złożenia wyjaśnień i wyjaśnienia, winien był na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 Pzp wykluczyć NEWAG S.A. z udziału w postępowaniu, względnie odrzucić jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

III. Uzasadnienie zarzutu naruszenia oraz art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp.

Odwołujący zacytował podane przepisy Pzp, podnosząc znaczenie zasady równego traktowania wykonawców na każdym etapie postępowania.

Wskazał, że w świetle okoliczności sprawy, wyjaśnienia złożone przez NEWAG S.A. nie wykazały braku zaniżenia ceny oferty. Stąd obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty NEWAG S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę, również z uwagi na niezgodność jej postanowień z postanowieniami SIWZ. Zaniechanie stanowi naruszenie zasady równego traktowania oraz zasady poszanowania uczciwej konkurencji. Z kolei uznanie przez zamawiającego oferty NEWAG S.A. za najkorzystniejszą jest naruszeniem art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp, bowiem uniemożliwiło wybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

IV. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3, w zw. z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp, zw. z art. 3 ust. 1, w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez popełnienie w wyniku złożenia oferty czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący uzasadniając zarzut wskazał na zasady udzielania zamówień publicznych - uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, określonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Zacytował art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) wskazując, że definicja zawarta w przepisie ma charakter klauzuli generalnej, tj. przepisu o niesprecyzowanym charakterze, którego ocena należy do organu stosującego prawo w oparciu o pewne ramy prawne (ugruntowane w orzecznictwie i doktrynie). Wskazał wymóg kumulatywnego spełnienia przesłanek: - działanie poddane ocenie musi zostać podjęte w związku z działalnością gospodarczą, - czyn ten musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, - działanie to musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wskazał wyrok S.A. w Poznaniu z 24 czerwca 1992 r., I ACr 204/92. Podkreślił, że oprócz klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 uznk, ustawa ta określa dodatkowo wyspecjalizowane, nazwane czyny nieuczciwej konkurencji, do których zalicza się takie zachowania jak: utrudnianie dostępu do rynku (art. 15 uznk). Uznał, że skutkiem czynu nieuczciwej konkurencji, podjętego w ramach działalności gospodarczej, musi być naruszenie lub zagrożenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący wskazał, że istotą zamówienia publicznego jest konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia. Jednakże w sytuacji, w której dochodzi do tak znacznego zaniżenia kosztów, obniżenia tak znacznie oferty, aby uzyskać zamówienie, nie bacząc na dalsze konsekwencje związane z realizowaniem zamówienia (działanie celu wyeliminowaniu innego podmiotu), nie można mówić o postępowaniu zgodnym z przepisami prawa.

Wskazał, na kwestię współfinansowania postępowania przez Szwajcarię w ramach szwajcarskiego programu współpracy z nowymi krajami Unii Europejskiej w ramach projektu pn. „Rozwój systemu publicznego transportu pasażerskiego w aglomeracji warszawskiej poprzez zwiększenie wydajności, niezawodności i bezpieczeństwa Warszawskiej Kolei Dojazdowej”.

Odwołujący konkludując wskazał, że oferta NEWAG S.A. powinna być odrzucona, narusza zasady uczciwej konkurencji, również zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Powołując się na orzecznictwo Izby podniósł, że postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego jest jak rynkową konfrontacją oferowanych przez przedsiębiorców towarów i usług - wyrok z dnia 21 września 2009 r., KIO/UZP 1140/09, dodatkowo wyrok z dnia 9 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1363/08 i KIO/UZP 1392/08.

Z interpretacji przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240) wskazał: „Jeżeli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji”.

Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

Zatem oferta, która zawiera rażąco niską cenę i *de facto* stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, nie może być uznana przez zamawiającego jako oferta, która jest zgodna z przepisami ustawy. Odwołujący wskazał wyrok Izby z dnia 17 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1649/12.

Odwołujący uznał, że odwołanie i zarzuty w nim zawarte zasługują na uwzględnienie, w konsekwencji wniósł jak w *petitum* odwołania.

Załączył do odwołania pisma wskazane w treści uzasadnienia jako dowody w sprawie.

Zamawiający - Warszawska Kolej Dojazdowa Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim - w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wykonawcę wnoszącego odwołanie.

Wskazał następujące uzasadnienie stanowiska.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1, ust. 2, ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień NEWAG S.A. z dnia 25 marca 2014 r., stanowiących odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 20 marca 2014 r. i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty NEWAG S.A. z powodu nieudzielenia wyjaśnień w zakresie oczekiwanym przez zamawiającego i tym samym nie

obalenie domniemania zaproponowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie zamawiającego, nie znajduje podstaw zarzut zaniechania odrzucenia oferty NEWAG S.A. z uwagi na - jak twierdzi odwołujący - złożenie przez ww. wykonawcę oferty zawierającej rażąco niską cenę, która domniemywana jest przez odwołującego z faktu złożenia przez NEWAG S.A. wyjaśnień, które w ocenie odwołującego, są niewystarczające.

Na potwierdzenie tej okoliczności, odwołujący wskazał, że cena zaoferowana przez NEWAG S.A. (98 227 800 zł) odbiega od szacunkowej wartości zamówienia (134 396 576 zł) oraz od ceny oferty odwołującego (134 316 000 zł). Powyższe, zdaniem zamawiającego, nie może w sposób samodzielny i jednoznaczny być przesądzające dla uznania, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Co więcej, ewentualne powzięcie wątpliwości przez zamawiającego na podstawie tak dokonanej komparatystyki danych, może co najwyżej być podstawą do skierowania do wykonawców wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zaś dopiero ocena złożonych w tym trybie wyjaśnień pozwala na stwierdzenie, czy materializują się przesłanki wskazane w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ewentualnie w przepisie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie sposób zatem zgodzić się z zarzutem naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tylko na podstawie samego wskazania przez odwołującego, że cena zaoferowana przez NEWAG stanowi ok. 73% ceny oferty odwołującego i 73% wartości szacunkowej zamówienia, gdyż - jak wskazano - nie może to samoistnie prowadzić do twierdzenia, że jest ona ceną rażąco niską.

Na powyższe wskazywano wielokrotnie w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, jak choćby w wyroku z dnia 17 sierpnia 2011 r. (KIO 1665/11), również w uzasadnieniu wyroku z dnia z dnia 13 marca 2012 r. (KIO 406/12). Jednocześnie odwołujący, prowadząc szerokie rozważania na temat rozkładu ciężaru dowodu i domniemania powstającego w wyniku skorzystania przez zamawiającego z instytucji wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zdaje się całkowicie pomijać fakt, że w postępowaniu odwoławczym to na nim - zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu - spoczywa obowiązek udowodnienia swoich twierdzeń. Wbrew powyższemu, poprzestaje on jednak wyłącznie na odniesieniu się do kryterium arytmetycznego i adaptowaniu tez z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, jako własnego stanowiska w tej sprawie, bez odniesienia się do *meritum*. Co istotniejsze odwołujący - w sposób całkowicie nieuprawniony - w szerokim zakresie powołuje się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 grudnia 2013 r. (KIO 2794/13),

w którym cena na poziomie 70% została przez Izbę zakwalifikowana jako rażąco niska w okolicznościach sprawy, której orzeczenie dotyczy, czyniąc z zawartych w tymże wyroku wniosków i rozstrzygnięć precedens, na podstawie którego oczekuje podobnych skutków w tym postępowaniu. W tym kontekście zamawiający wskazuje, że powoływanie się przez odwołującego na inne postępowania prowadzone przez innych zamawiających, w których oferowana cena została uznana za rażąco niską, pozostaje bez znaczenia dla oceny okoliczności sprawy. Przede wszystkim dlatego, że oceny wysokości ceny zaoferowanej w postępowaniu w kategoriach jej ewentualnego rażącego zaniżenia dokonywana jest w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, który jest jedynym wyznacznikiem dla stwierdzenia czy zaoferowana cena pozwala na jego realizację w sposób prawidłowy i zgodnie z wymogami SIWZ. Na powyższe wskazano chociażby w wyroku KIO z dnia 14 października 2013 r. (KIO 2329/13). W tym zakresie odmienność każdego postępowania i różny jego zakres powoduje, że niemożliwym jest wywodzenie o wystąpieniu rażąco niskiej ceny, czy też potwierdzeniu jej zaoferowania w ramach składanych wyjaśnień, tylko na podstawie ocen dokonywanych w tym zakresie w innych postępowaniach.

Jak słusznie podniósł odwołujący, rażąco niską ceną jest cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i przedmiotu prac, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie - ceną nierynkową. Niemniej jednak w okolicznościach sprawy niezbędnym jest wyjaśnienie pojęcia ceny rynkowej, tj. ceny odzwierciedlającej realia panujące na rynku właściwym. Zważyć przy tym należy, że rynek właściwy producentów elektrycznych zespołów trakcyjnych, którzy są jednocześnie podmiotami wyznaczającymi kryteria rynkowości oferowanych cen - jest niewielki i składa się z 2 do 4 podmiotów, z czego głównymi, a nierzadko jedynymi, uczestnikami postępowań o udzielenie zamówienia publicznego są odwołujący i NEWAG S.A. W tym kontekście za prawidłowy i uzasadniony należy potraktować sposób w jaki wykonawca NEWAG S.A. dowodził o realności i rynkowości przedstawionej przez niego ceny, tj. przez zaprezentowanie zestawienia cen oferowanych przez tegoż wykonawcę na pojazdy zbliżone do stanowiących przedmiot tej dostawy. Jako że NEWAG S.A. jest jednym z dwóch wykonawców ubiegających się o zamówienia odpowiadające przedmiotowemu, ceny oferowane przez niego w innych jak i tym postępowaniu - wyznaczają standardy rynku.

Z tego też względu wywodzenie o rażąco niskiej cenie jednej oferty z powodu dokonania jej porównania z ceną jedyne go konkurenta na rynku, musi z oczywistych względów doznawać ograniczeń w okolicznościach sprawy. Sprowadzałoby się to bowiem jedynie do oceny kosztów możliwych do zaoferowania przez jednego wykonawcę

w kontekście możliwości drugiego z nich, co biorąc pod uwagę fakt konkurencji cenowej i indywidualnych uwarunkowań prowadzących do obniżenia kosztów produkcji i współpracy z poddostawcami, nie może prowadzić do uzyskania obiektywnych wniosków.

Uwzględniając powyższe, należy się opowiedzieć za nieprawidłowością twierdzeń odwołującego w postępowaniu, który z faktu zaoferowania przez NEWAG S.A. ceny niższej niż odwołujący, wywodzi o rażącym zaniżeniu ceny konkurenta. Powyższe w sposób nie pozostawiający wątpliwości obrazuje fakt, że punktem odniesienia dla formułowanych zastrzeżeń odnośnie rażącego zaniżenia cen przez NEWAG S.A. są własne wyobrażenia odwołującego o faktycznych możliwościach skalkulowania ceny oferty, które jednakże nie mogą być wyznacznikiem dla zamawiającego, przy czym złożone wyjaśnienia zamawiający ma obowiązek ocenić w sposób obiektywny i z uwzględnieniem sprzyjających warunków realizacji zamówienia właściwych dla każdego z wykonawców, z jednej strony przy zindywidualizowanych uwarunkowaniach, a z drugiej całego spektrum warunków rynkowych. Przyjmując za właściwy tok rozumowania odwołującego w tym postępowaniu, miarą możliwości NEWAG S.A. byłoby wyłącznie wyobrażenie PESA o możliwościach konkurenta, a nie rzeczywistych indywidualnych warunkach konkurenta.

W kontekście powyższego, zamawiający wskazał przede wszystkim na cel w jakim prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia, a mianowicie wybór oferty najkorzystniejszej. Biorąc pod uwagę, że w postępowaniu kryterium ceny - została przypisana największa waga - 50%, bezsprzecznym jest, że zamiarem zamawiającego było wyłonienie wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z SIWZ i jednocześnie najatrakcyjniejszą cenowo. Konsekwencją takiego ukształtowania kryteriów oceny ofert jest dążenie wykonawców do złożenia oferty konkurencyjnej właśnie pod względem zaoferowanej ceny, co nie może być poczytywane jako działanie sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Zwrócił na to uwagę skład orzekający KIO w wyroku z dnia 22 grudnia 2010 r. (KIO/UZP 2687/10). Na uwagę zasługuje również fakt, że odwołujący nie wykazał okoliczności, które świadczą o niemożliwości realizacji przedmiotowego zamówienia za ceny zaoferowane przez NEWAG S.A. w sposób, który kwestionowałby indywidualne możliwości w tym zakresie tego wykonawcy. Tymczasem, nie ulega wątpliwości, że wszelkie rozważania prowadzone przez odwołującego opierają się na jego własnych analizach i kalkulacjach, jak również dostępnych jemu możliwościach w zakresie konkurencyjnego prezentowania pewnych elementów cenowych, czemu dał wyraz chociażby na stronie 13 odwołania, twierdząc, że: „Wprawdzie teoretycznie spółka NEWAG S.A. mogłaby zaoferować inną koncepcję pojazdu, jednakże według odwołującego w praktyce jest to niemożliwe.”



Odnosząc się natomiast do zarzutu rzekomego zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy NEWAG S.A. na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, nie sposób uznać jego zasadności. Należy wskazać, że rolą wyjaśnień składanych w trybie przepisu art. 90 ustawy Pzp jest rozwianie wątpliwości zamawiającego co do rzetelnego skalkulowania ceny przez wykonawcę, stąd wyjaśnienia winny posiadać charakter konkretnych i precyzyjnych oraz pozwalających na dokonanie oceny elementów kosztotwórczych mających wpływ na ostateczną wysokość zaproponowanej ceny. Nie ulega wątpliwości, analiza złożonych wyjaśnień, odbywa się z uwzględnieniem właściwych każdemu wykonawcy okoliczności, zawartych przykładowo w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, nie zaś - jak próbuje to uczynić odwołujący - przez odniesienie do poziomu kosztów dla niego osiągalnych. Zwróciła na to uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 lipca 2013 r. (KIO 1567/13).

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zwrócił się do wykonawcy NEWAG S.A. o przedstawienie szczegółowych wyjaśnień, uwzględniających odpowiedzi na skonkretyzowane pytania. Dokonując oceny przedstawionych wyjaśnień stwierdził zaś, że odnoszą się one do wszelkich aspektów, o których wyjaśnienie prosił, poparte są szczegółowymi kalkulacjami i zaprezentowane z uwzględnieniem okoliczności, specyficznych dla danego wykonawcy, tym samym umożliwiającymi dokonanie kalkulacji na zaoferowanym poziomie. W kontekście powyższego należy mieć na względzie, że nawet konieczne koszty, wynikające z charakteru przedmiotu zamówienia, różnić się mogą w zależności od możliwości każdego z wykonawców ze względu na odmienne warunki umów zawartych z dostawcami, specyficzne metody organizacji pracy, czy też nowoczesny i zoptymalizowany proces produkcyjny. W przedmiotowym postępowaniu wezwany wykonawca złożył stosowne, tj. rzeczowe wyjaśnienia w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w których przedstawił właściwe im okoliczności umożliwiające prawidłową realizację zamówienia za zaoferowaną cenę, w terminach i jakości oczekiwanej przez zamawiającego, dodatkowo ze wskazaniem na oczekiwany zysk. Ocena tych wyjaśnień przez zamawiającego, przy uwzględnieniu znajomości przedmiotu zamówienia i szczegółów jego realizacji, której zamawiającemu nie można odmówić, doprowadziła do uznania, że przedstawione wyjaśnienia wykazują realność dokonanych przez wykonawcę kalkulacji, stąd też zamawiający nie uznał zaoferowanych cen za rażąco niskie.

Nie sposób zatem zgodzić się z twierdzeniami odwołującego, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia powinno się w okolicznościach sprawy rozpatrywać

z uwzględnieniem przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem ich merytoryczna wartość wyklucza uznanie ich braku albo potwierdzenie występowania rażąco niskiej ceny. Na tę okoliczność odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, uznając jedynie subiektywnie, a w zasadzie domniemując, że dowody przedstawione przez NEWAG S.A. nie wystarczają na poparcie zawartych w wyjaśnieniach twierdzeń.

W tym stanie rzeczy zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu.

II. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 przez niedopuszczalne uwzględnienie wyjaśnień NEWAG S.A. dotyczących oświadczenia zawartego w części III Szczegółowe Parametry Techniczne oferowanych pojazdów w rozdziale F pkt 59 ustęp/wiersz 3 kolumna 3 i 4 oraz w rozdziale L pkt 139 ustęp/wiersz 2 kolumna 3 i 4 załącznika nr 6 do SIWZ (oferty NEWAG S.A.) pomimo okoliczności, że stanowiły one niedopuszczalne uzupełnienie treści oferty, co winno prowadzić do oceny oferty NEWAG S.A. z ich pominięciem.

III. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 przez niedopuszczalne uwzględnienie wyjaśnień NEWAG S.A. w zakresie części III Szczegółowe Parametry Techniczne oferowanych pojazdów rozdziału F punktu 59 ust. 3 kolumny 3 i 4 załącznika nr 6 do SIWZ (oferty NEWAG S.A.) zawierających w ocenie NEWAG S.A. „oczywistą omyłkę pisarską” podczas, gdy oczywiste omyłki pisarskie mogły być poprawione wyłącznie przez zamawiającego z własnej inicjatywy w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, nie zaś jak w niniejszym przypadku na skutek wyjaśnień NEWAG S.A.

IV. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty NEWAG S.A. z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ w zakresie opisanym w punktach II, III, IV oraz w zakresie załącznika nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia - wymagania techniczne) - punkt III Wymagania techniczne dla elektrycznego zespołu trakcyjnego - punkt 6 ppkt 6.3. (odporność zderzeniowa) i punkt 12 ppkt 12.6 (usytuowanie i konstrukcja przyrządów i urządzeń sterowniczych) w zw. z punktem X ust. 4 lit. b SIWZ.

W kontekście powyższego na uwagę zasługuje fakt, że odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania dotyczącego rzekomo nieuprawnionego uwzględnienia wyjaśnień NEWAG S.A., które w ocenie odwołującego stanowiły nieuprawnioną zmianę treści oferty. Abstrahując już od faktu, że w ocenie zamawiającego pomiędzy treścią oferty NEWAG S.A., a treścią wyjaśnień nie ma merytorycznej rozbieżności, to wskazywana przez odwołującego konieczność uznania powyższej sytuacji, jako sprzecznej z normą wyrażoną w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, prowadziłyby do odrzucenia oferty odwołującego.

Wykonawca PESA w złożonej przez siebie ofercie omyłkowo skopiował opis kolumny nr 4 w rozdziale J punkt 130 wiersz 10, do kolumny nr 4 w rozdziale J punkt 131 wiersz 1. Jednakże na skutek wyjaśnień złożonych przez PESA w dniu 25 marca 2014 r. zamawiający uznał, że złożona przez niego oferta spełnia wymagania zamawiającego i nie sposób przekreślić tego stanu rzeczy na podstawie pewnych niedociągnięć w sporządzaniu oferty o charakterze technicznym, związanych z niedokładnym przekopiowaniem opisu wymagań. Gdyby zatem przyjąć, że zamawiający nie miał prawa zastosować tożsamego standardu do wykonawcy NEWAG S.A. - naruszyłby w sposób rażący i oczywisty przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - traktując w sposób odmienny wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji faktycznej i prawnej. Powyższe prowadzi do stwierdzenia, że w przypadku, gdyby odwołujący popierał zarzut odrzucenia oferty NEWAG S.A. w związku z rzekomym nieuprawnionym uzupełnieniem treści oferty, wówczas tożsama metoda winna być zastosowana wobec wykonawcy PESA, ze skutkiem odrzucenia jego oferty.

Powyższe w sposób niewątpliwy wskazuje na brak interesu odwołującego we wniesieniu odwołania, bowiem jego popieranie doprowadzi do sytuacji, w której nie uzyska on zamówienia.

Co więcej, z uwagi na fakt, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wpłynęły wyłącznie oferty odwołującego i NEWAG S.A., ewentualne uczynienie przez zamawiającego zadość żądaniu PESA względem odrzucenia oferty NEWAG S.A. z jednoczesnym odrzuceniem oferty odwołującego z uwagi na występujące w niej identyczne - co zarzucane NEWAG S.A. - nieodciągnięcia, prowadziłyby do konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Przy czym, co wielokrotnie zostało wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą, że nie można przypisać odwołującemu interesu we wniesieniu odwołania nakierowanego na unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż interes w unieważnieniu postępowania jest sprzeczny z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. A zatem działania odwołującego nakierowane na unieważnienie postępowania, zamykają mu drogę do uzyskania danego zamówienia, co jednoznacznie przesądza o braku interesu po stronie odwołującego. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak choćby w wyroku KIO z dnia 15 maja 2013 r. (KIO 977/13). W tożsamy sposób wyraziła się Izba w postanowieniu z dnia 18 lutego 2013 r. (KIO 246/13) wskazując wprost, że: wykonawca nie ma interesu w domaganiu się unieważnienia postępowania.

Gdyby jednak Izba uznała, że zachodzą podstawy do rozpoznania odwołania, jak i powyższych zarzutów (pkt II, III i IV), zamawiający wskazuje na ich całkowitą

bezzasadność, bowiem NEWAG S.A., wykazał, że złożona przez niego oferta i zaoferowany przedmiot świadczenia - odpowiada wymaganiom zamawiającego. W zakresie wymagania określonego w rozdziale F punkt 59 ust. 3 załącznika nr 6 do SIWZ „Parametry techniczne oferowanych pojazdów” - zamawiający wyartykułował następujące oczekiwanie co do odporności zderzeniowej: czoło pojazdu powinno być wyposażone w elementy pochłaniające energię, minimalizujące zniszczenia konstrukcji pudła pojazdu w przypadku zderzenia i konieczność odstawienia pojazdu na naprawę. W uzupełnionym przez NEWAG S.A. załączniku nr 6, złożonym wraz z ofertą wykonawca ten w kolumnie 4 scharakteryzował następująco: oferowane parametry/deklaracje Wykonawcy: czoło pojazdu w elementy pochłaniające energię, minimalizujące zniszczenia konstrukcji pudła pojazdu w przypadku zderzenia i konieczność odstawienia pojazdu na naprawę. W ocenie zamawiającego absurdalnym i przeczącym zasadom logiki jest twierdzenie odwołującego, jakoby pominięcie w przedstawionym przez NEWAG S.A. opisie - słowa „wyposażone” stanowiło o niezgodności zaoferowanego pojazdu z wymaganiami zamawiającego. Abstrahując już od faktu, że użyte przez NEWAG S.A. sformułowanie odpowiada w pełni, w zakresie przedmiotowym oczekiwaniom, zamawiający podkreślił, że użycie w zdaniu orzeczenia złożonego - „jest wyposażone”, czy też w ogóle poprawne zbudowanie zdania z punktu widzenia zasad gramatyki języka polskiego, nie jest - w kontekście oceny zgodności przedmiotowej oferty - determinujące dla zweryfikowania zgodności zaoferowanego produktu z oczekiwaniami zamawiającego co do jego parametrów, w szczególności, gdy analiza użytego wypowiedzenia pozwala na zidentyfikowanie wszystkich wymaganych elementów i pełne zrozumienie przekazywanych treści. Odkodowanie pełnego zakresu wyrażonej przez wykonawcę NEWAG S.A. treści nie wymaga sięgania do innych źródeł, ani dokonywania porównań i wywodzenia jego pełnej treści w powiązaniu z treścią SIWZ - w takiej sytuacji mamy zatem do czynienia z omyłką pisarską, którą wykonawca wyjaśnił w sposób nie pozostawiający wątpliwości.

W ocenie zamawiającego, w przedmiotowym przypadku zgodność treści oferty z treścią SIWZ nie powinna być odnoszona do tożsamości w zakresie szyku użytych wyrazów, ale do treści merytorycznej i zakresu świadczenia, na co wskazuje również treść uzasadnienia wyroku KIO z dnia 1 lipca 2013 r. (KIO 1414/13). Jeżeli oba oświadczenia woli, jakimi są SIWZ i oferta, są ze sobą zgodne co do przedmiotu świadczenia, wówczas niezależnie od użytych sformułowań wyrażających oświadczenia woli - nie mamy do czynienia ze zmaterializowaniem się sytuacji, skutkującej odrzuceniem oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tezę powyższą potwierdzała niejednokrotnie

również Krajowa Izba Odwoławcza, jak choćby w wyroku z dnia 19 marca 2013 r. (KIO 454/13).

Podobnie sytuacja ma się w przypadku wymagania zawartego w rozdziale L pkt 139 ustęp 2 kolumna 3 i 4. Zamawiający wskazał, że: „ostateczne rozmieszczenie urządzeń pulpitu zatwierdza Zamawiający na podstawie przedłożonego przez Wykonawcę projektu z zastrzeżeniem, że główne urządzenia sterujące jazdą i hamowaniem pociągu (zadajniki) powinny być zlokalizowane po prawej stronie stanowiska maszynisty; pierwszym z zadajników jest zadajnik jazdy.” Wykonawca NEWAG S.A. w złożonej ofercie potwierdził, że usytuowanie i konstrukcja przyrządów i urządzeń sterowniczych będzie zgodna z przepisami Międzynarodowego Związku Kolei UIC 617-3 oraz UIC 651, które odnoszą się do ukształtowania kabin maszynisty lokomotyw, wagonów napędnych, jednostek trakcyjnych i pojazdów sterujących oraz wskazał, że: „ostateczne rozmieszczenie urządzeń pulpitu zatwierdzi Zamawiający na podstawie przedłożonego przez Wykonawcę projektu.” W złożonych wyjaśnieniach wykonawca potwierdził, że oferowane przez niego pojazdy całkowicie spełniają wymagania zamawiającego w zakresie usytuowania i konstrukcji przyrządów i urządzeń sterowniczych, również w odniesieniu do zastrzeżenia uczynionego przez zamawiającego.

Wobec powyższych okoliczności, nie mamy w sprawie - w odniesieniu do zarzucanego naruszenia - do czynienia z niedopuszczalnym uzupełnieniem treści oferty, a jedynie z wyjaśnieniem jej treści, które ma przy tym wymiar bardziej formalny - bowiem wskutek złożonych wyjaśnień nie uległa zmianie treść oferty. Co więcej, wyjaśnienia powyższe nie stanowią również oświadczenia wykonawcy NEWAG S.A. o „samodzielnym poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej”, jak nie trafnie próbuje wywodzić odwołujący. Są to bowiem wyjaśnienia dotyczące dotychczas zawartej treści oferty, które nie powodują jej zmiany.

Za nietrafny należy uznać również zarzut naruszenia przepisu art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem adresatem normy prawnej wyrażonej w tym przepisie jest wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - to on decyduje o treści oferty. Tezę powyższą potwierdza również wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2011 r. (KIO 1548/11). Nie sposób bowiem odnaleźć w powyższej normie wzorca kontroli dla działań zamawiającego, który nie ma wpływu - poza określeniem wymagań co do formy i oczekiwanej treści - na faktyczny sposób przygotowywania oferty przez wykonawcę, a tym bardziej na okoliczność, czy będzie ona zgodna z wymaganiami zamawiającego. Gdyby przyjąć, że jest odwrotnie, wówczas odpadłaby w ogóle potrzeba przeprowadzania postępowań w trybach

konkurencyjnych, skoro zamawiający byłby w stanie *a priori* określić, który wykonawca oferuje produkt satysfakcjonujący zamawiającego, bądź też zamawiający w drodze negocjacji mógłby ingerować w treść oferty i zakres świadczenia wykonawcy, co na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

W związku z tym, zamawiający wniósł o oddalenie powyższego zarzutu jako bezprzedmiotowego, bowiem to na wykonawcy - w tym również na odwołującym - ciąży obowiązek dołożenia należytej staranności w przygotowaniu oferty, z którego to ewentualnego zaniedbania nie można czynić zarzutu zamawiającemu.

Wobec powyższego, z uwagi że odwołujący jedyną niezgodność treści oferty NEWAG S.A. z treścią SIWZ wywodzi z faktu, że w sposób niedopuszczalny uznano wyjaśnienia NEWAG S.A., w sprawie nie występuje sytuacja niezgodności treści oferty NEWAG S.A. z treścią SIWZ.

Tym samym zamawiający wniósł o oddalenie całej grupy przywołanych powyżej zarzutów z uwagi na ich niezasadność.

V. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 Pzp, art. 25 ust. 1 Pzp oraz art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, względnie w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wykluczenia NEWAG S.A. z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zaniechaniu uznania oferty tego podmiotu za odrzuconą, względnie odrzucenia oferty tego podmiotu w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu (z wymaganiami zamawiającego określonymi w załączniku 2 i 6 do SIWZ), bowiem oświadczenie NEWAG S.A. odnoszące się do wymagań wskazanych w części III Szczegółowe Parametry Techniczne oferowanych pojazdów w rozdziale F (Nadwozie pojazdu) pkt 59 (odporność zderzeniowa) ustęp/wiersz 3 kolumna 3 i 4 oraz w rozdziale L (kabina maszynisty) pkt 139 (usytuowanie i konstrukcja przyrządów i urządzeń sterowniczych) ustęp/wiersz 2 kolumna 3 i 4 załącznika nr 6 do SIWZ (oferty NEWAG S.A.) nie wykazały spełnienia wymagań zamawiającego określonych w załączniku nr 6 oraz nr 2 do SIWZ (...), a zatem winny prowadzić do wykluczenia tego podmiotu z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, względnie do odrzucenia oferty tego podmiotu.

Odnosząc się do dotychczasowej treści odpowiedzi na odwołanie, zamawiający wskazał, że podnoszone przez odwołującego okoliczności faktyczne nie mogłyby stanowić o zasadności zarzutu zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, gdyż skutki tych naruszeń na gruncie ustawy Pzp są odmienne od zarzucanego zamawiającemu naruszenia i nie prowadzą do wykluczenia wykonawców. Co więcej, odwołujący nie kwestionuje spełnienia przez NEWAG S.A. podmiotowych

warunków udziału w postępowaniu, a jedynie kwestionuje zgodność przedmiotową oferty, zatem powyższy zarzut jest bezprzedmiotowy.

VI. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez dokonanie czynności wyboru oferty NEWAG S.A. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w sytuacji, gdy oferta ta przy uwzględnieniu podstaw do jej odrzucenia nie powinna być brana pod uwagę przy ocenie punktowej, co w konsekwencji uniemożliwiło wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W odniesieniu do powyższego zarzutu, zamawiający wskazał, że wobec niepotwierdzenia się trafności zarzutów dotyczących braku odrzucenia oferty wykonawcy NEWAG S.A., jego oferta została słusznie uznana za najkorzystniejszą zgodnie z kryteriami oceny oferty określonymi przez zamawiającego. W tym stanie rzeczy, wobec nieudowodnienia przez odwołującego w sposób odmienny, zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu.

VII. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp przez przeprowadzenie przez zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na nieusprawiedliwionym uznaniu wyjaśnień NEWAG S.A. złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp za wystarczające, nieuprawnionym uwzględnieniu wyjaśnień NEWAG S.A. w przedmiocie treści jego oferty i zaniechania odrzucenia oferty tego podmiotu, a w konsekwencji, na bezpodstawnym w tych okolicznościach uznaniu oferty NEWAG S.A. jako najkorzystniejszej w postępowaniu i zaniechaniu wybrania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ustosunkowując się do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wskazał, że nie stanowi on zarzutu w rozumieniu przepisu art. 180 ust. 3 ustawy Pzp.

Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przepis art. 7 ustawy Pzp nie może być powołany jako samodzielna podstawa odwołania. Wskazuje na to chociażby uzasadnienie przedstawione w wyroku KIO z dnia 28 stycznia 2011 r. (KIO 101/11). Podobne stwierdzenie zostało zawarte w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 11 czerwca 2012 r. (KIO 1095/12). Podkreślenia wymaga również, że do zmaterializowania się podstaw powyższego naruszenia niezbędne jest wykazanie, że zamawiający potraktował odmiennie wykonawców znajdujących się w identycznych okolicznościach faktycznych i prawnych, któremu to obowiązкови odwołujący nie uczynił zadość.

W związku zatem z błędnym skonstruowaniem powyższego zarzutu, a także brakiem wskazania dowodów na poparcie naruszenia przez zamawiającego przywoływanych

naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający wnioś jego o oddalenie, jako nie zasługującego na uwzględnienie.

Powyższa argumentacja pozostaje aktualna również w odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie wskazał, naruszenie której normy prawnej mogłoby świadczyć o udzieleniu zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, a co za tym idzie nie podjął próby udowodnienia takiego naruszenia. W związku z powyższym na uwagę zasługuje stanowisko przedstawione w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 27 października 2011 r. (KIO 2238/11).

Ponadto, czego odwołujący zdaje się nie dostrzegać, zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp mógłby znaleźć zastosowanie dopiero na etapie udzielania zamówienia publicznego, tj. zawierania umowy z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, co na obecnym etapie postępowania nie nastąpiło. Brak zatem działania zamawiającego, któremu można by ewentualnie zarzucić niezgodność z normą prawną wskazaną w przepisie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Znajduje to potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 6 kwietnia 2012 r. (KIO 542/12). W związku z tym, zarzut ten należy uznać za przedwczesny i jako taki nie zasługujący na uwzględnienie. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

VIII. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez wybór oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W opinii zamawiającego zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie. Z treści odwołania wynika bowiem, że powyższe rzekome zaniechanie zamawiającego nie może zostać w żaden sposób przez odwołującego udowodnione. Nie ulega wątpliwości, że zaprezentowana przez odwołującego argumentacja może stanowić co najwyżej o zaprezentowaniu ciągu domniemań w zakresie ewentualnego popełnienia przez wykonawcę NEWAG S.A. czynu nieuczciwej konkurencji w wyniku złożenia oferty. Przede wszystkim zamawiający zwrócił uwagę na sposób argumentacji przedstawiany w tej kwestii przez odwołującego, który pozostaje w sprzeczności z ugruntowanym stanowiskiem prezentowanym w tej materii przez Krajową Izbę Odwoławczą. Otóż, nie sposób - jak czyni to odwołujący - z hipotezy o złożeniu przez NEWAG S.A. oferty z rażąco niską ceną wysnuwać wniosków o jednoczesnym dopuszczeniu się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji wypełniającym znamiona czynu z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Argumentacja odwołującego sprowadza się do nieuprawnionego twierdzenia, że fakt zaoferowania elementu przedmiotu zamówienia za cenę niższą niż



uczynili to inni wykonawcy, przesądza o konieczności skorzystania z dyspozycji normy prawnej wyrażonej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Twierdzenie takie jest jednak sprzeczne z ugruntowaną linią orzeczniczą, w której dominuje pogląd, wyrażony chociażby w wyroku KIO z dnia 29 lutego 2012 r. (KIO 342/12).

Wobec powyższego nie sposób mówić o możliwości przypisania działaniu wykonawcy cech wypełniających hipotezę normy prawnej wyrażonej w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który definiuje czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 23 lutego 2011 r. (KIO 281/11): „Jako zamiar wyeliminowania innych przedsiębiorców (będący elementem koniecznym czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) nie może być postrzegane działanie ukierunkowane na wygranie przetargu, poprzez złożenie możliwie najtańszej oferty (...). Konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert w celu wygrania postępowania i otrzymania zamówienia jest bowiem istotą postępowań o zamówienia publiczne”. Nie ulega wątpliwości, że w postępowaniach, w których zasadniczym kryterium oceny oferty - jest kryterium ceny, na tej płaszczyźnie rozegra się rywalizacja między konkurującymi wykonawcami, a zatem z samego faktu, iż cena wskazana w ofercie wykonawcy NEWAG S.A. jest niższa, niż cena odwołującego, nie można czynić zarzutu naruszenia konkurencji. Stanowisko w tym zakresie zajął skład orzekający w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia z dnia 13 marca 2012 r. (KIO 406/12). Zamawiający wskazał również, że gdyby uznać argumentację odwołującego, każda sytuacja złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wykonawcy konkurują cenowo, stanowiłaby o zmaterializowaniu się czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem oczywistym jest, że celem każdego wykonawcy jest uzyskania zamówienia, co samo w sobie nie może przesądzać o działaniu w celu wyeliminowania konkurencji z rynku. Mając powyższe na uwadze, w szczególności uwzględniając fakt, że sama czynność złożenia oferty w danym postępowaniu powinna stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, nie sposób w okolicznościach niniejszej sprawy mówić o zaistnieniu podstaw do odrzucenia oferty NEWAG S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Jak wynika z literalnego brzmienia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 - to sam fakt złożenia oferty w postępowaniu musi stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, a zatem odwołujący obowiązany jest udowodnić, że elementy oświadczenia woli wyrażone w treści oferty wypełniają znamiona czynu wskazanego w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a więc, że działanie wykonawcy NEWAG S.A. jest nakierowane na utrudnianie innym

wykonawcom dostępu do rynku, co wyklucza sytuacje, w których nawet ewentualna możliwość przypisania wykonawcy popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie nastąpiła w wyniku złożenia oferty, ale jest od tej czynności niezależna. Mając na uwadze, że odwołujący wskazuje na stypizowany w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1 czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, w celu prawidłowego udowodnienia stawianego zarzutu obowiązany jest udowodnić łączne wystąpienie trzech przesłanek: 1) faktu sprzedaży przez NEWAG S.A. towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, 2) w celu eliminacji konkurencji oraz 3) okoliczności, że powyższe dwie przesłanki materializują się przez złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu, czego w sprawie nie uczynił.

Odwołujący nie podjął próby dowodzenia we wskazanym powyżej zakresie, wobec czego, nie ulega wątpliwości, przedmiotowy zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest bezzasadny, bowiem stosownie do wyroku KIO z dnia 13 sierpnia 2012 r. (KIO 1603/12): „odrzućenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. możliwe jest wyłącznie wtedy, gdy zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji został udowodniony oraz uzasadniony, w tym także przez przytoczenie konkretnego przepisu u.z.n.k., który został naruszony”. Wobec powyższego nie sposób mówić o możliwości przypisania działaniu NEWAG S.A. cech wypełniających hipotezę normy prawnej wyrażonej w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który definiuje czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku, bowiem po pierwsze - okoliczność ta nie została udowodniona, po drugie fakt, że odwołujący skalkulował swoją ofertę w sposób odmienny i skutkujący wyższą ceną ostateczną nie może oznaczać, że wykonawcy dokonujący kalkulacji z uwzględnieniem innych właściwych im czynników naruszają konkurencję, prowadząc do ograniczenia dostępu do rynku konkurentom.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający stwierdził, że odwołujący nie jest w stanie wykazać, iż cena zaoferowana przez wykonawcę NEWAG S.A. jest ceną rażąco niską, bowiem argumentacja w tej materii sprowadza się jedynie do porównania tych wartości z własnymi kalkulacjami odwołującego, z całkowitym pominięciem faktu, że czynniki cenotwórcze - choć obiektywnie narzucone charakterem przedmiotu zamówienia - mogą zostać w sposób różny zaadaptowane przez wykonawców, z uwzględnieniem dostępnych im metod i środków mających wpływ na obniżenie kosztów.

Ze względu na powyższe, zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu z uwagi na jego nieudowodnienie oraz całkowitą bezzasadność.

#### IX. Zarzut naruszenia innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odnosząc się do ostatniego z zarzutów wskazanych w odwołaniu wniesionym przez wykonawcę PESA, zamawiający podniósł, że nie spełnia on wymogów wskazanych w przepisie art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Wydawać by się mogło, że odwołujący pominął całkowicie okoliczność, że postępowanie przez Izbą ma charakter kontradyktoryjny, a precyzyjne sformułowanie zarzutów i prawidłowe ich udowodnienie spoczywa na odwołującym stosownie do zasady wyrażonej w przepisie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, z której wynika, że: „strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne”. Jak słusznie wskazano w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 16 czerwca 2010 r. (KIO/UZP 1055/10): zarzuty winny być sformułowane w sposób precyzyjny, ze wskazaniem konkretnych postanowień specyfikacji oraz p.z.p., które potwierdzają wskazane podstawy prawne zarzutu. Zarzuty prawne konkretyzują się dopiero przez podanie kwestionowanych czynności zamawiającego lub zaniechania czynności przez zamawiającego, czego w odwołaniu wniesionym przez wykonawcę PESA nie sposób odnaleźć. Zarzucanie zamawiającemu naruszenia innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia nie może być w żadnej mierze, z uwzględnieniem wcześniejszych rozważań dotyczących zasad konstruowania zarzutów, poczytane jako skuteczne postawienie zarzutu. Do kwestii tej odniosła się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 lipca 2011 r. (KIO 1512/11; KIO 1515/11), w którym skład orzekający stwierdził: zarzut naruszenia przez zamawiającego wszystkich innych przepisów, jakie wynikają z treści uzasadnienia odwołania nie może być rozpoznawany przez Izbę, gdyż nie spełnia wymogów z art. 180 ust. 3 p.z.p. Tak sformułowany zarzut nie nadaje się do rozpoznania przez Izbę, gdyż nie tylko nie wskazuje naruszonych czynności, a ponadto Izba przy orzekaniu nie może domyślać się czy przywołany w uzasadnieniu odwołania przepis, jest przywołany dla wskazania nowego zarzutu, czy stanowi wskazanie podstawy prawnej dla zarzutu wcześniej sprecyzowanego w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - NEWAG S.A. w zgłoszeniu przystąpienia i w piśmie złożonym na rozprawie, wniósł o oddalenie odwołania, wskazując następującą argumentację.

1. Poprawienie oczywistej omyłki w treści oferty przystępującego.

Przystępujący wskazał, że zarzut zmiany oferty w wyniku rzekomego poprawienia przez zamawiającego oczywistej omyłki w treści oferty przystępującego w zakresie wymogów zawartych w rozdziale F pkt 59 ust. 3 oraz rozdziale L pkt 139 ust. 2 załącznika nr 6 do SIWZ, jest całkowicie chybiony.

Podniósł, że już w formularzu oferty oświadczył o zapoznaniu się z wymaganiami dotyczącymi przedmiotu zamówienia oraz o zaoferowaniu pojazdu spełniającego wszystkie parametry techniczne i eksploatacyjne (pkt 1 i pkt 2 formularza oferty), zatem już w samej treści oferty potwierdził, iż zaoferowany pojazd spełnia wszystkie wymagania techniczne zamawiającego opisane w załączniku nr 6 do SIWZ, w tym zawarte w rozdziale F pkt 59 ust. 3 oraz w rozdziale L pkt 139 ust. 2 załącznika.

Co do zarzutu obejmującego wymóg opisany w rozdziale F pkt 59 ust. 3, stwierdził, że pobieżna analiza treści wpisanej do formularza załącznika, wskazuje na popełnienie przez przystępującego oczywistej omyłki pisarskiej, polegającej na przeoczeniu wyrazu w treści opisu. Analiza zdania potwierdza, że uzupełnienie o brakujący wyraz powoduje, iż zdanie jest logiczne, poprawne gramatycznie, a ponadto o identycznej treści jak opisane w poprzedzającej kolumnie - wymogu zamawiającego. Taka też była intencja przystępującego, który w formularzu, ustanowionym załącznikiem nr 6, w uzupełnianych przez siebie kolumnach *de facto* przepisywał treść wymogu, ustanowionego przez zamawiającego.

Co do zarzutu obejmującego wymóg opisany w rozdziale L pkt 139 ust. 2, wyjaśnienie jest analogiczne do zawartego w poprzednim akapicie pisma. Osoba przepisująca treść wymogu do kolumny zawierającej treść deklaracji wykonawcy co do oferowanych parametrów pojazdu, pominęła, przy przenoszeniu na kolejną stronę, wyrazy zawarte w treści wymogu. Jednakże i w tym przypadku omyłka ta pozostaje bez wpływu na treść oferty. Dodatkowo przystępujący wskazał, że w pkt 139 ust. 2 zostało potwierdzone oczekiwanie zamawiającego, iż ostateczne rozmieszczenie urządzeń zostanie przez niego zatwierdzone. Zatem, pomimo nawet oczywistej omyłki, wykonawca i tak nie mógłby zaoferować innego rozwiązania, niż wynikające z SIWZ (w tym z załącznika nr 6) bez zgody zamawiającego (który *nota bene* też jest związany treścią SIWZ, a zatem nie mógłby udzielić zgody na zastosowanie rozwiązania innego niż opisane w załączniku nr 6).

Wobec powyższego przystępujący stwierdził, że w świetle opisanego charakteru omyłek, jak też wobec faktu, iż ich poprawienie w żaden sposób nie wpłynęło na treść oferty (nawet w sposób nieistotny), zamawiający był całkowicie uprawniony do poprawienia omyłek na zasadzie art. 87 *ust. 3* ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego wobec zaferowania rażąco niskiej ceny.

Przystępujący podkreślił, że zgodnie z treścią pisma zamawiającego z dnia 20.03.2014 r. - wezwanie przystępującego do przedstawienia kalkulacji elementów oferty mających wpływ na cenę oferty, zamawiający wskazał elementy jakie powinna kalkulacja zawierać. W odpowiedzi na wezwanie przystępujący przedstawił zamawiającemu nie tylko szczegółową kalkulację kosztów składających się na zaferowaną cenę (uwzględniając także zysk przystępującego), ale udzielił obszernych wyjaśnień dotyczących kalkulacji, jak też przedstawił porównanie ceny zaferowanej z cenami na analogiczne pojazdy oferowanymi innym zamawiającym. Zatem przystępujący stwierdził, że uczynił zadość wezwaniu zamawiającego.

Wobec zarzutu, że wyjaśnienie dotyczące rażąco niskiej ceny nie zawierało dowodów na poparcie wyjaśnień, przystępujący podniósł, co następuje.

Przede wszystkim nie zasługują na uwzględnienie twierdzenia odwołującego w zakresie obowiązku dowodowego, jaki zdaniem odwołującego spoczywał na przystępującym. Przytoczone przez odwołującego orzecznictwo KIO oraz Sądu dotyczyło sytuacji zgoła odmiennej od tego postępowania. Otóż w tych przypadkach, będących podstawą orzeczeń przytoczonych przez odwołującego, doszło do odrzucenia oferty wykonawcy (odwołującego) na skutek niewykazania przez niego, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Złożone w tamtych postępowaniach wyjaśnienia odwołującego były na tyle ogólnikowe i niekonkretne, że Izba doszła do wniosku, iż aby obalić decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty, wykonawca winien udowodnić, że nie zaferował ceny rażąco niskiej, a nie poprzestawać na ogólnikowych wyjaśnieniach.

Przenosząc rozważania na grunt tej sprawy, zgodnie z przyjętym orzecznictwem KIO, wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień co do zaferowanej ceny, nie ma obowiązku przedstawiać dowodów na wykazanie, że zaferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Ma jedynie podjąć takie działania i udzielić zamawiającemu takich wyjaśnień, by przekonać, że zaferowana cena nie jest rażąco niska. Tytułem przykładu wskazał wyrok Izby z dnia 24.10.2013 r., sygn. KIO 2396/13: „Ustawodawca nie określił, jaką formę winny przybrać wyjaśnienia składane na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, niemniej winny one w sposób umotywowany uzasadniać wysokość zaproponowanej ceny.”

Podobnie KIO wypowiedziała się w sprawie sygn. akt KIO 2350/13 (wyrok z 17.10.2013 r.): „Ustawodawca nie zakreślił żadnych wymogów co do zakresu udzielanych

wyjaśnień i ograniczył się jedynie do wskazania, że ich przedmiotem są obiektywne czynniki, mające wpływ na cenę oferty (art 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). Przepis nie kreuje także obowiązku przedstawienia dowodów przez wezwanego wykonawcę, co nie zmienia faktu, iż wyjaśnienia służą skutecznemu obaleniu domniemania rażąco niskiej ceny. Po stronie wykonawcy leży wybór sposobu udowodnienia realności zastosowanej ceny; nie jest on przy tym związany ściśle treścią wezwania zamawiającego.” Zatem, z orzeczenia tego wynika i taki wniosek, że wykonawca nie jest związany treścią wezwania zamawiającego i od uznania wykonawcy zależy dobór środków, którymi wykaże zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

W tym postępowaniu przystępujący przedstawił na wezwanie zamawiającego rzetelne i konkretne informacje. Wbrew twierdzeniom odwołującego, przystępujący nie poprzestał na kilku wierszach tabelki (zawartej w samym piśmie z wyjaśnieniami), a wraz z pismem przekazał zamawiającemu załącznik, który zawierał ceny poszczególnych podzespołów niezbędnych do wyprodukowania pojazdu. Przystępujący przedstawił również porównanie zaoferowanej ceny za pojazd do cen pojazdu 36WE (bardzo zbliżony jeśli chodzi o konstrukcję i koszty wytworzenia do pojazdu zamawianego w tym postępowaniu). Z porównania wynika, że cena zaoferowana obecnie jest najwyższa spośród sześciu innych przetargów, w których przystępujący składał oferty (pięć z tych przetargów było prowadzonych w 2013 roku). Co więcej, w przetargach przedstawionych przez przystępującego dla porównania, obok dostawy pojazdów, wykonawca zobowiązany był do świadczeń dodatkowych o znacznie większym zakresie w stosunku do wymaganego w tym postępowaniu, w szczególności co do okresu gwarancji, jak i usług związanych z utrzymaniem i serwisowaniem pojazdów.

Wyjaśnienia te dały wystarczający materiał dla uznania przez zamawiającego, że przedstawiona przez przystępującego cena nie jest rażąco niska. Stąd też należy uznać wybór oferty przystępującego za jak najbardziej prawidłowy.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby cena zawarta w ofercie przystępującego, była nierealną, nierynkową, rażąco niską. Główny zarzut oparty jest wyłącznie na stwierdzeniu, że przystępujący nie udowodnił, że cena ta nie jest rażąco niska. Tymczasem to na odwołującym ciążył obowiązek wykazania, zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, że przystępujący zaoferował cenę rażąco niską. Zgodnie ze stanowiskiem KIO, wyrażonym m. in. w wyroku z 16.07.2013 r., sygn. akt 1540/13, to odwołujący ma obowiązek wykazania, że oferta innego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i zamawiający winien był tę ofertę odrzucić, nawet wówczas, gdy dane tej oferty są zastrzeżone jako tajemnica

przedsiębiorstwa („Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą problem dowodowy sprowadza się do tego, czy wezwany wykonawca w sposób właściwy wykazał, że zaoferowana cena jest ceną realną, tzn. że ponoszone na wykonanie zamówienia koszty zostaną pokryte z ceny oferty, a wykonawca na zamówieniu osiągnie jeszcze zysk. Z kolei prowadzenie takiego dowodu względem wyjaśnień objętych skutecznie tajemnicą przedsiębiorstwa jest istotnie utrudnione, gdyż odwołujący nie ma wiedzy na temat okoliczności wskazanych przez wykonawcę. W konsekwencji przedmiotem dowodu w takiej sytuacji winien być nierealny charakter ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, co potwierdzałoby rażąco niski charakter zaoferowanej ceny.”),

Odwołujący nie przedstawił chociażby pobieżnej kalkulacji wskazującej na to, że cena przedstawiona przez przystępującego jest nierealna, nie wspominając o jakichkolwiek dowodach na tę okoliczność.

Mając na uwadze powyższe, przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na posiedzeniu Izby z udziałem stron i wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu - Izba uznała, że wykonawca ten wobec spełnienia przesłanek skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego - w zakresie terminu i formy zgłoszenia przystąpienia, wykazania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, strony, do której przystąpił i przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania - stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zwanym w uzasadnieniu też „przystępującym”.

Na rozprawie Izba uznała, że odwołujący - Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy - jedyny wykonawca uczestniczący w postępowaniu obok wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza - spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp, jest wykonawcą czynnie legitymowanym do wniesienia odwołania.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego w przedmiocie braku legitymacji czynnej do przedstawienia zarzutu dotyczącego potwierdzenia parametrów, wymaganego w załączniku nr 6 do SIWZ, ze względu na dążenie przez odwołującego do unieważnienia postępowania, uznając, że takie okoliczności nie występują w sprawie.

Po rozpoznaniu odwołania w granicach przedstawionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp), Izba uznała, że odwołujący nie udowodnił naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia - art. 192 ust. 2 Pzp.

Obaj wykonawcy są znanymi producentami pojazdów szynowych, uczestniczą w postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych ocenianych w postępowaniach odwoławczych - z reguły - w przedmiocie ceny oferty wybranej, zarzutów sprowadzających się do rażąco niskiej ceny, czynu nieuczciwej konkurencji (wielokrotnie przywoływana w postępowaniu odwoławczym sprawa zakończona wyrokiem z dnia 20 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2794/13), czy też parametrów charakterystycznych dla przedmiotu zamówienia, także standardowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przy wzajemnym respektowaniu dokonywanych zastrzeżeń - przykładowo sprawa zakończona wyrokiem z dnia 19 marca 2014 r., sygn. akt KIO 444/14.

W aktualnym postępowaniu odwoławczym, mimo wielokrotnego podnoszenia kwestii braku pełnego dostępu do treści wybranej oferty i korespondencji zamawiającego z przystępującym na skutek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego, odwołujący nie kwestionował czynności zamawiającego w zakresie utrzymania zastrzeżenia, nie wnosił też w stosownym czasie o zdjęcie klauzuli utajnienia, mimo powzięcia wiadomości na różnych etapach postępowania o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa przez konkurenta (dokumenty i oświadczenie odwołującego złożone na rozprawie).

W dniu rozprawy odwołujący złożył pismo z dnia 17 czerwca 2014 r., w którym przedstawił dodatkową argumentację na poparcie zarzutów odwołania. Wskazał sposób prowadzenia korespondencji z zamawiającym, załączając kopie kierowanych do siebie nawzajem pism. Przedstawił analizę sposobu kształtowania się cen za pojazdy EZT w latach 2009, 2010, 2014 dla Warszawskiej Kolei Dojazdowej. Złożył opinię Zespołu Doradców Gospodarczych TOR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 16 czerwca 2014 r. Złożył też wykres kształtowania się cen na rynku dostaw pojazdów szynowych w postępowaniach przetargowych w latach 2013-2014 wraz z wyciągami z ofert odwołującego i przystępującego.

Odnosnie zarzutów przedstawionych w odwołaniu w pkt 2, w kolejności oznaczeń I-IX, Izba ustaliła stan faktyczny dotyczący każdego zarzutu i oceniła je następująco.

Ad I. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4, w zw. z art. 90 ust. 1, ust. 2, ust. 3, w zw. z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień NEWAG S.A. z dnia 25



marca 2014 r., stanowiących odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 20 marca 2014 r. i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty NEWAG S.A. z powodu nieudzielenia wyjaśnień w zakresie oczekiwanym przez zamawiającego i tym samym nieobalanie domniemania zaproponowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia (...) „zgodnie z art. 32 ust. 1 i art. 34 ustawy Prawo zamówień publicznych, na podstawie cen dostarczonych w 2012 r. 14 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN97 w ramach umowy nr 5/WKD10/2010 z dnia 26 marca 2010 r., powiększoną o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2011 r. oraz w 2012 r., a także w oparciu o aktualną wartość rynkową systemów zliczania pasażerów oraz wideo monitoringu (...)” - dokument pt. Sposób i zasady ustalenia szacunkowej wartości zamówienia - Przedmiot zamówienia „Dostawa 6 sztuk nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych”, z dnia 18 listopada 2013 r. - przyjmując w konsekwencji wartość brutto przedmiotu zamówienia na kwotę 134 396 576 PLN.

Zaoferowane przez wykonawców ceny przedstawione w odwołaniu, to - cena oferty odwołującego 134 316 000,00 zł i cena oferty przystępującego 98 227 800,00 zł (różnica cen ofert w stosunku do ustalonej przez zamawiającego wartości brutto zamówienia wynosi 25,85%).

Zamawiający korzystając z uprawnienia wynikającego z przepisu art. 90 ust. 1 Pzp - zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do przystępującego o złożenie wyjaśnień, wskazując w piśmie z dnia 20.03.2014 r. zakres wyjaśnień - kalkulacja elementów oferty mających wpływ na cenę oferty, w szczególności - przedstawił zakres poczynając od głównych urządzeń zasilania i napędu, skończywszy na cenach usług serwisowych, wymieniając w sumie 14 pozycji, co do których oczekiwał wyjaśnień. Zamawiający określił, że wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe, winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę oferty, jednocześnie powołując się na przepis art. 90 ust. 3 Pzp stanowiący o dowodach i wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09 wskazał, że wyliczenia nie powinny opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy. Podał ponadto, że nie złożenie wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wówczas zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, w związku z art. 90 ust. 3 Pzp.

Przystępujący złożył wyjaśnienia (pismo z dnia 25 marca 2014 r.) z dokumentami wskazanymi w pkt 1-3 jako dowody potwierdzające oświadczenie wykonawcy: załączniki 1-3 (załącznik 1 - szczegółowa kalkulacja kosztów materiałowych i innych wynikających z SIWZ, załącznik 2 - zestawienie oferowanych przez NEWAG cen na pojazdy 36WE, załącznik 3 - początkowo tytuł utajniony, później ujawniony jako referencje udzielone firmie).

W części zasadniczej wyjaśnień przystępujący utajnił części składowe kosztów tworzących cenę jednego pojazdu netto, wskazując końcową kwotę netto 13 310 000 zł. Utajnione zostały również elementy dotyczące kształtowania zysku oraz elementy dotyczące rozwiązań technologicznych i technicznych. Utajniony w całości został załącznik 1 - szczegółowa kalkulacja kosztów materiałowych i innych wynikających z SIWZ oraz załącznik 3 - referencje udzielone firmie.

Zamawiający pozytywnie ocenił wyjaśnienia, wybierając ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą. Odwołujący natomiast zarzucił, że ocena wyjaśnień jest niewłaściwa, stwierdzając w konsekwencji, że przystępujący wyjaśnień nie złożył, co skutkuje zastosowaniem art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp - odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego z następujących powodów.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 Pzp 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. Prawo do żądania wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, stanowi kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wystąpił do przystępującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, zatem zarzut naruszenia tego przepisu jest bezpodstawny.

Wobec określenia w wezwaniu zakresu oczekiwanych wyjaśnień, zamawiający zobowiązany był ocenić wyjaśnienia z uwzględnieniem załączników wskazanych jako dowody, w kontekście okoliczności przykładowo wymienionych w art. 90 ust. 2 Pzp. Przepis art. 90 ust. 3 Pzp stanowi o odrzuceniu oferty wyłącznie w dwóch przypadkach - wykonawca nie złożył wyjaśnień lub ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca złożył wyjaśnienia, więc nie może mieć zastosowanie przepis wskazujący konsekwencje niezłożenia wyjaśnień. Izba nie podziela poglądu, że wyjaśnienia nierozwiewające

wątpliwości zamawiającego należy uznać, jako niezłożone. Przeczy temu treść art. 90 ust. 3 Pzp oraz właściwa interpretacja przepisu przedstawiona w orzecznictwie, chociażby w wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10 - *brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”, a także kierunek interpretacji przepisów art. 90 Pzp w kontekście postanowień art. 55 ust. 1 dyrektywy klasycznej, przedstawiony w opinii prawnej zamieszczonej w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2013 r. pt. „Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia”, stanowiący istotną wskazówkę dla uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - *Zamawiający może zatem odrzucić ofertę wykonawcy dopiero po uzyskaniu wyjaśnień i tylko wówczas, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien zatem mieć możliwość uzyskania w ramach wyjaśnień składanych przez wykonawcę pełni wiedzy umożliwiającej mu podjęcie decyzji co do istnienia podstaw (bądź ich braku) do odrzucenia oferty stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. (...)* *Możliwość wielokrotnego wzywania przez zamawiającego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę została uregulowana w przepisach p.z.p. w sposób jednoznaczny - działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny” nie mogą się ograniczać się do jednorazowej czynności, tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości.**

Drugi przypadek odrzucenia oferty wynikający z art. 90 ust. 3 Pzp i mający miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy wyjaśnienia zamawiającego potwierdzają rażąco niską cenę (rzadkie przypadki, gdyż wykonawcy zazwyczaj nie potwierdzają rażąco niskiej ceny, w większości zaprzeczają istnieniu takich okoliczności, znane potwierdzenia rażąco niskiej ceny, to np. wskazanie ceny oferty jako wyniku błędu, skutkującego niemożnością wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę), również nie występuje w tym postępowaniu.

Z przepisu art. 90 ust. 3 Pzp nie wynika, że wezwany wykonawca ma obalić domniemanie rażąco niskiej ceny, gdyż przepis ust. 1 art. 90 Pzp nie wskazuje na żadne domniemanie. Przepis wskazuje wyłącznie uprawnienie zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień, którego podstawę stanowią wyłącznie wątpliwości zamawiającego. Ponadto Izba podnosi, że z treści art. 90 ust. 1-3 Pzp

nie wynika, że zamawiający zwracając się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w określonym terminie wzywa do załączenia dowodów. Kwestia dowodów pojawia się w ust. 3 przepisu - w toku oceny wyjaśnień. Wielokrotnie podnoszono w orzecznictwie, że załączenie dowodów, jest jak najbardziej wskazane, jednakże z powodu ich braku nie można formułować zarzutu naruszenia któregośkolwiek z przepisów art. 90 Pzp, brak może stanowić co najwyżej wpływ na ocenę wyjaśnień wykonawcy.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, że odwołujący przede wszystkim akcentował kwestię braku dowodów w jego rozumieniu, o jakich stanowi przepis art. 90 ust. 3 Pzp. Odwołujący nie wskazał, jakie dowody winien załączyć przystępujący, poprzestając na twierdzeniu, że oświadczenia wykonawcy nie stanowią dowodu.

Izba oceniając tę kwestię uznała, że należy uwzględnić uregulowania zawarte w ustawie Pzp, w tym w przepisie art. 190 ust. 3, który wymienia przykładowe rodzaje dowodów wskazywane przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, przywoływane dla stwierdzenia faktów, z których wnioskujący wywodzą skutki prawne. Zgodnie z przepisem dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchania stron. W postępowaniu o udzielenie zamówienia na etapie badania i oceny ofert, najbardziej właściwymi dowodami, chociażby ze względu na pisemność postępowania, są dokumenty. Pojęcie dokumentów w rozumieniu cywilistycznym definiują przepisy Kodeksu postępowania cywilnego. W myśl przepisów art. 244 i 245 Kpc dokumentami są zarówno -dokumenty urzędowe, sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania, stanowiące dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone, -sporządzone również przez organizacje zawodowe, samorządowe, spółdzielcze i inne organizacje społeczne w zakresie zleconych im przez ustawę spraw z dziedziny administracji publicznej oraz -dokumenty prywatne stanowiące dowód tego, że osoba, która je podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie.

Przyjmując cywilistyczną definicję dowodu, należy stwierdzić brak podstaw do odmowy mocy dowodowej dokumentowi pochodzącemu od wykonawcy, sporządzonemu zgodnie z zasadami reprezentacji podmiotu i zawierającemu informacje właściwe dla zakresu prowadzonej działalności.

Podnoszony na rozprawie wątek szerokiego rozumienia pojęcia dowodu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na przykładzie wyników kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP (oświadczenie wykonawcy) ocenianych przez Izbę, jest jak najbardziej przekonujący, że oświadczenie wykonawcy stanowi również dowód

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z zestawieniem, załączył - szczegółową kalkulację kosztów materiałowych i innych wynikających z SIWZ, zestawienie oferowanych przez NEWAG cen na pojazdy 36WE oraz list referencyjny - potwierdzające treść wyjaśnień, a wyjaśnienia zostały ocenione przez podmiot do tego uprawniony i zobowiązany, jako rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do ceny oferty i nie potwierdzające rażąco niskiej ceny.

Ocena wyjaśnień wykonawcy, jako niepotwierdzających zaoferowania rażąco niskiej ceny oferty, skutkuje po stronie wykonawcy kwestionującego czynność zamawiającego, obowiązkiem udowodnienia rażąco niskiej ceny, stanowiącym podstawę odrzucenia oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba podzieliła w pełni stanowisko przedstawione w wyroku z dnia 20 grudnia 2013 r. w kwestii dowodzenia - a mianowicie obowiązek udowodnienia zarzutu obciąża tę stronę, czy uczestnika postępowania odwoławczego, który z tego faktu wywodzi skutki prawne, co odpowiada normie art. 190 ust. 1 Pzp i zasadzie wyrażonej w art. 6 Kc.

Z dowodów złożonych przez odwołującego, w tym załączonych do pisma z dnia 17 czerwca 2014 r. złożonego na rozprawie, tj. analizy sposobu kształtowania się cen za pojazdy EZT w latach 2009, 2010, 2014 dla Warszawskiej Kolei Dojazdowej (różnica cen w ofertach odwołującego i przystępującego, na korzyść przystępującego - w 2009 r. 29,18% (oferta nieważna) i w 2014 r. 36,84%), opinii Zespołu Doradców Gospodarczych TOR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 16 czerwca 2014 r. (przedstawiającej ocenę dotrzymania terminu w zakresie opracowania i zrealizowania niezbędnych zmian konstrukcyjnych pojazdu typu 36WE, przeprowadzenia badań i uzyskania dopuszczenia do eksploatacji, zakładającą w tym kontekście bardzo prawdopodobny wzrost kosztów produkcji pojedynczego, nowego pojazdu), wykresu kształtowania się cen na rynku dostaw pojazdów szynowych w innych postępowaniach przetargowych w latach 2013-2014, wyciągów z ofert odwołującego i przystępującego składanych w odrębnych postępowaniach

- wynika fakt oferowania różnych cen w poszczególnych postępowaniach, w tym niższych cen wykonawcy NEWAG S.A., ewentualność zwiększonych nakładów na produkcję pojazdów stanowiących przedmiot zamówienia, natomiast

- nie wynika, że zaoferowana przez przystępującego cena jest nierealna, niewiarygodna, niezapewniająca wykonania zamówienia, więc nie wynika potwierdzenie rażąco niskiej ceny oferty NEWAG S.A. w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dysponując danymi dotyczącymi cen ofert składanych w innych postępowaniach

przez obu wykonawców, w tym wyciągiem z 12 ofert przystępującego, odwołujący podnosząc różnice w stosunku do cen podanych w załączniku nr 2 do wyjaśnień przystępującego z dnia 25 marca 2014 r., w kolumnie „zaoferowana cena”, nie przedstawił dowodu na wykazanie różnic (porównania), z których wynikałyby jakiegokolwiek wnioski dla oceny zarzutu. Na rozprawie *ad hoc* wskazał orientacyjne różnice w niektórych pozycjach.

Izba miała na uwadze, że wskazywanie cen z innych postępowań, w których ceny ofert obu wykonawców przedstawione są różnych konfiguracjach, w sytuacji, gdy przedmiotem oferowanej przez przystępującego dostawy jest nowy pojazd, nie może stanowić dowodu na potwierdzenie rażąco niskiej ceny w tym postępowaniu.

Wobec zróżnicowanego orzecznictwa sądowego, w ocenie Izby, trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt 179/13, że na chwilę oceny oferty, jedynym rzeczywiście obiektywnym miernikiem tego, czy cena jest niska, jest wartość zamówienia z podatkiem VAT. Zakładając, że zamawiający prawidłowo oszacował wartość zamówienia (...).

Z dokumentacji postępowania prowadzonego przez zamawiającego, potwierdzenia faktu na rozprawie wynika, że podstawę ustalenia wartości zamówienia stanowiły ceny oferowane przez odwołującego w 2012 r. Cena oferty tego wykonawcy w tym postępowaniu jest idealnie zgodna z ustaleniami zamawiającego. Nie można na tej podstawie w przedstawionej sytuacji, na zasadzie różnicy ceny oferty przystępującego odniesionej do kwoty ustalonej przez zamawiającego i ceny oferty odwołującego, uznać, że cena oferty przystępującego, niższa od wskazanych kwot, jest ceną rażąco niską w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę - wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07, jeden z wcześniejszych wyroków w tym zakresie i ze względu na swą trafność często przywoływany w orzecznictwie Izby i Sądów Okręgowych.

Słusznie zamawiający podniósł, że odwołujący zarzucając naruszenie przepisu nakazującego odrzucenie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie wskazał chociażby minimalnej ceny za jaką możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem możliwości przystępującego, w sposób odpowiadający oczekiwaniom zamawiającego.

W stanie faktycznym rozpoznanym w sprawie sygn. akt KIO 2794/13, zakończonej wyrokiem z dnia 20 grudnia 2013 r., wystąpiły inne okoliczności sprawy, Izba wówczas oceniała czynność zamawiającego, który oceniając wyjaśnienia odwołującego w trybie art. 90 ust. 3 Pzp uznał, że wyjaśnienia potwierdziły rażąco niską cenę oferty.

Ad II. Naruszenie art. 87 ust. 1 oraz ust. 2, w zw. z art. 82 ust. 3, w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez niedopuszczalne uwzględnienie wyjaśnień NEWAG S.A. dotyczących oświadczenia zawartego w części III Szczegółowe Parametry Techniczne oferowanych pojazdów w rozdziale F pkt 59 ustęp/wiersz 3 kolumna 3 i 4 oraz w rozdziale L pkt 139 ustęp/wiersz 2 kolumna 3 i 2 załącznika nr 6 do SIWZ (oferty NEWAG S.A.) pomimo okoliczności, że stanowiły one niedopuszczalne uzupełnienie treści oferty, co winno prowadzić do oceny oferty NEWAG S.A. z ich pominięciem;

Ad III. Naruszenie art. 87 ust. 1 oraz ust. 2, w zw. z art. 82 ust. 3, w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez niedopuszczalne uwzględnienie wyjaśnień NEWAG S.A. w zakresie części III Szczegółowe Parametry Techniczne oferowanych pojazdów rozdziału F punktu 59 ust. 3 kolumny 3 i 4 załącznika nr 6 do SIWZ (oferty NEWAG S.A.), zawierających w ocenie NEWAG S.A. „oczywistą omyłkę pisarską”, podczas gdy oczywiste omyłki pisarskie mogły być poprawione wyłącznie przez zamawiającego z własnej inicjatywy w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, nie zaś jak w tym przypadku na skutek wyjaśnień NEWAG S.A.;

Ad IV. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, w zw. z art. 87 ust. 1 oraz ust. 2, w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty NEWAG S.A. z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ w zakresie opisanym w zarzutach zawartych w punktach II, III, IV oraz w zakresie załącznika nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia - wymagania techniczne) - punkt III Wymagania techniczne dla elektrycznego zespołu trakcyjnego - punkt 6 ppkt 6.3 (odporność zderzeniowa) i punkt 12 ppkt 12.6 (usytuowanie i konstrukcja przyrządów i urządzeń sterowniczych) w zw. z punktem X ust. 4 lit. b SIWZ,

- zarzuty II, III i IV - jest to grupa zarzutów dotycząca tych samych okoliczności faktycznych, a mianowicie żądania od przystępującego wyjaśnień - na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, dokonania oceny oferty z uwzględnieniem wyjaśnień wykonawcy i zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - dotyczących treści złożonej oferty w przedmiocie oświadczenia zamieszczonego w załączniku nr 6 do SIWZ - Opis techniczny oferowanych pojazdów, część III - Szczegółowe parametry techniczne oferowanych pojazdów, w 4 kolumnie - Oferowane parametry/deklaracje Wykonawcy, w pozycjach: F - Nadwozie pojazdu, pkt 59 - Odporność zderzeniowa oraz L- Kabina maszynisty, pkt 139 -

Usytuowanie i konstrukcja przyrządów i urządzeń sterowniczych.

Dla porządku, Izba wskazuje, że opisy przedstawione w pkt 59 i pkt 139 są odpowiednikami tożsamyh opisów zamieszczonych w załączniku nr 2 - Opis przedmiotu zamówienia - wymagania techniczne, część III - Wymagania techniczne dla elektrycznego zespołu trakcyjnego, pkt 6 - Nadwozie, ppkt 6.3 - Odporność zderzeniowa i pkt 12 - Kabina maszynisty, ppkt 12.6 - Usytuowanie i konstrukcja przyrządów i urządzeń sterowniczych.

W zarzutach odwołania wskazywano oba załączniki, pierwszy z nich - nr 2 jest Opisem przedmiotu zamówienia, drugi - nr 6 Opisem technicznym oferowanych pojazdów. Zarzuty dotyczą załącznika nr 6 - deklaracji wykonawcy w przedmiocie parametrów: F - Nadwozie pojazdu, pkt 59 - Odporność zderzeniowa oraz L - Kabina maszynisty, pkt 139 - Usytuowanie i konstrukcja przyrządów i urządzeń sterowniczych.

W załączniku nr 6, w części III - Szczegółowe parametry techniczne oferowanych pojazdów, zamawiający opisał w kolumnie 3 - Wymagania zamawiającego, w kolumnie 4 pozostawił wolne pola dla zamieszczenia opisów przez wykonawców - Oferowane parametry/deklaracje Wykonawcy.

W pkt 59, w kolumnie 3, w trzecim ustępie, zamawiający zamieścił następujące wymagania: „czoło pojazdu powinno być wyposażone w elementy pochłaniające energię, minimalizujące zniszczenia konstrukcji pudła pojazdu w przypadku zderzenia i konieczność odstawienia pojazdu na naprawę”; w pkt 139, w kolumnie 3, w drugim ustępie, wymaganie zamawiającego brzmiało: „ostateczne rozmieszczenie urządzeń pulpitu zatwierdza Zamawiający na podstawie przedłożonego przez wykonawcę projektu z zastrzeżeniem, że główne urządzenia sterujące jazdą i hamowaniem pociągu (zadajniki) powinny być zlokalizowane po prawej stronie stanowiska maszynisty; pierwszym z zadajników jest zadajnik jazdy.”

Przystępujący zamieścił w swojej ofercie w pkt 59, ust. 3, kolumna 4 opis, którego sensowne i logiczne odczytanie pozwala przyjąć, że potwierdza on wymagania zamawiającego zamieszczone w kolumnie 3, aczkolwiek dla literalnego porównania opisów brakuje wyrazu - „wyposażone”.

W pkt 139, ust. 2, kolumna 4 przystępujący zamieścił opis z pominięciem końcowej jego części - „z zastrzeżeniem, że główne urządzenia sterujące jazdą i hamowaniem pociągu (zadajniki) powinny być zlokalizowane po prawej stronie stanowiska maszynisty; pierwszym z zadajników jest zadajnik jazdy”. Z części zamieszczonej w tej kolumnie wynika, potwierdzenie złożenia projektu przez wykonawcę i poddanie ostatecznego rozmieszczenia urządzeń pulpitu decyzyjności zamawiającego.



Zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, czy oferowane pojazdy spełniają wymagania zamawiającego w zakresie: 1) odporności zderzeniowej w odniesieniu do czoła pojazdu, określone w Rozdziale F pkt 59 ust. 3 kol. 3 załącznika nr 6 do SIWZ „Opis techniczny oferowanych pojazdów”, 2) usytuowania i konstrukcji przyrządów i urządzeń sterowniczych, określone w Rozdziale L pkt 139 ust. 2 kol. 3 załącznika nr 6 do SIWZ „Opis techniczny oferowanych pojazdów” (pismo z dnia 17.03.2014 r.).

Przystępujący złożył wyjaśnienia, dostosowane do treści pytania: 2) że oferowane pojazdy całkowicie spełniają wymagania zamawiającego w zakresie odporności zderzeniowej w odniesieniu do czoła pojazdu określone w Rozdziale F pkt 59 ust. 3 kol. 3 załącznika nr 6 do SIWZ „Opis techniczny pojazdów” tj. (...). W tym punkcie wystąpiła oczywista omyłka pisarska polegająca na pominięciu słowa (...), 3) że oferowane pojazdy całkowicie spełniają wymagania zamawiającego w zakresie usytuowania i konstrukcji przyrządów i urządzeń sterowniczych, określone w Rozdziale L pkt 139 ust. 2 kol. 3 załącznika nr 6 do SIWZ „Opis techniczny oferowanych pojazdów” tj. (...) - pismo z dnia 18 marca 2014 r., z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie opisu parametrów *stricte*.

Zamawiający uwzględniając wyjaśnienia uznał, że treść oferty przystępującego odpowiada treści SIWZ. Poprawił w ofercie przystępującego oczywistą omyłkę pisarską wyłącznie w wierszu pkt 73 załącznika nr 6 do SIWZ, zakres ten nie stanowił przedmiotu odwołania.

Oceniając zarzuty odwołania Izba uznała, że deklaracje przystępującego co do parametru opisanego w pkt 59 nie budziły wątpliwości, treść oświadczenia pozwalała w pełni uznać potwierdzenie zgodności deklaracji z wymaganiami zamawiającego, zważywszy na fakt, że zamawiający nie żądał deklaracji w sposób zdefiniowany. W SIWZ w części „X. Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, w punkcie „4. Pozostałe dokumenty wymagane przez Zamawiającego:”, zamawiający wymagał załączenia: „a) formularz oferty wg wzoru załącznika nr 1 do SIWZ” (w którym przystępujący zamieścił wszelkie oświadczenia o tzw. klauzuli generalnej zgodności oferty z wymaganiami zamawiającego), „b) wypełniony formularz **Opisu Technicznego Ofertowanych Pojazdów** wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ.” Zamawiający zamieścił przy tym wskazanie: „Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia wszystkich punktów prawej kolumny”.

Nie ulega wątpliwości, że zamawiający pozostawiając prawą kolumnę, określaną również jako kolumna 4, dla opisu zamieszczanego przez wykonawcę, wymagał zachowania wzorów formularzy oraz wypełnienia wszystkich punktów prawej kolumny, bez wskazywania jakiegokolwiek sposobu jej wypełniania.

Na rozprawie wskazano, w tym odwołujący, że wykonawcy wpisywali w kolumnie 4, opisy zamawiającego zamieszczone w kolumnie 3, a więc przepisywali opisy z kolumny 3 do kolumny 4. Z analizy wymagań zamawiającego nie wynika obowiązek przepisania opisu z kolumny 3 do kolumny 4. W kolumnie 4 wykonawca miał wpisać oferowane parametry, czyli przedstawić deklarację wykonawcy, wyłącznie z jedną koniecznością, tj. wypełnienia wszystkich punktów kolumny 4.

Przy opisie zamawiającego „czoło pojazdu powinno być wyposażone w elementy (...)”, deklaracja wykonawcy powinna brzmieć przykładowo: „czoło pojazdu będzie wyposażone w elementy”, czy też „czoło pojazdu wyposażone w elementy”, deklaracja „czoło pojazdu w elementy”, mimo braku wyrazu „wyposażone”, w kontekście opisu oraz pozostałych deklaracji przystępującego, nie stanowi podstawy by uznać, że wykonawca mógł deklarować „nie zostanie wyposażone”.

Opis zamawiającego zamieszczony w pkt 139 w ust. 2, powiązany jest ściśle z opisem zamieszczonym w ust. 1. W kolumnie 3 ust. 1 zamawiający zamieścił opis: „Usytuowania i konstrukcja przyrządów i urządzeń - zgodnie z UIC 617-3 oraz UIC 651”. Natomiast w ust. 2 zamawiający zamieścił informację o sposobie zaakceptowania usytuowania i konstrukcji przyrządów i urządzeń zaproponowanych przez wykonawcę w przedłożonym projekcie, zastrzegając, że akceptację zyska projekt, w którym „główne urządzenia sterujące jazdą i hamowaniem pociągu (zadajniki) powinny być zlokalizowane po prawej stronie stanowiska maszynisty; pierwszym z zadajników jest zadajnik jazdy”. Na rozprawie potwierdzono, że „przedłożenie przez Wykonawcę projektu” nastąpi po zawarciu umowy, w umowie zgodnie z § 3 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) określono obowiązek wykonawcy: „2. W ramach dostawy Pojazdów Wykonawca zobowiązuje się: a) dokonać z Zamawiającym wszelkich niezbędnych uzgodnień ostatecznych rozwiązań w zakresie projektu Pojazdu, wizualizacji zewnętrznej i wewnętrznej Pojazdu oraz materiałów wykończeniowych wnętrza Pojazdu (*design*) - na każdym etapie potwierdzonych obustronnie podpisanym protokołem odbioru”.

Przystępujący potwierdził w kolumnie 4 załącznika nr 6 w pkt 139 usytuowanie i konstrukcję przyrządów i urządzeń zgodnie z UIC 617-3 oraz UIC 651, poddając ich akceptację dalszym czynnościom zamawiającego i na warunkach zamawiającego

określonych po wyrazach „z zastrzeżeniem”, i w ocenie Izby, to ma istotne znaczenie w tej kwestii. Izba akceptuje w pełni stanowisko zamawiającego: „Wykonawca NEWAG S.A. w złożonej ofercie potwierdził, że usytuowanie i konstrukcja przyrządów i urządzeń sterowniczych będzie zgodna z przepisami Międzynarodowego Związku Kolei UIC 617-3 oraz UIC 651, które odnoszą się do ukształtowania kabin maszynisty lokomotyw, wagonów napędnych, jednostek trakcyjnych i pojazdów sterujących oraz wskazał, że: „ostateczne rozmieszczenie urządzeń pulpitu zatwierdzi Zamawiający na podstawie przełożonego przez Wykonawcę projektu.” (strona 9 odpowiedzi na odwołanie).

Oceniając powyższe, Izba nie znajduje podstaw, by uznać, że deklaracje przystępującego w zakresie parametrów opisanych w pkt 59 i pkt 139 załącznika nr 6 do SIWZ, stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3). Izba podnosi w ślad za odwołującym, że „w literaturze przedmiotu wskazano, iż odmienność ta (*oferty w stosunku do SIWZ*) powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji.” Odmienność/niezgodność, o której stanowi przepis musi być jednoznaczna, istotna i wskazująca na zupełną rozbieżną deklaracji wykonawcy w stosunku do oczekiwań zamawiającego.

W przedstawionym stanie faktycznym okoliczności takie nie wystąpiły.

Brak jest również uzasadnienia do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez czynność zamawiającego żądania od przystępującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty (pismo z dnia 17 marca 2014 r.).

Izba wskazuje, że zastosowanie art. 87 ust. 1 Pzp, jest uprawnieniem zamawiającego, możliwym do korzystania w każdej sytuacji, kiedy okoliczności sprawy, w ocenie zamawiającego, tego wymagają. W orzecznictwie przyjęto jednoznaczne stanowisko, że zastosowanie przepisu lub zaniechanie jego zastosowania nie stanowią podstawy do formułowania roszczeń wykonawcy z tego tytułu. Zatem, żądanie od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert lub zaniechanie żądania, nie może stanowić naruszenia przepisów Pzp. Wskazany przepis mający na celu wyjaśnienie treści oferty, jednocześnie zakazuje prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W rozpoznawanej sprawie w wyniku wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień i udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień, nie doszło do negocjacji między

zamawiającym a wykonawcą, również nie doszło do zmiany lub uzupełniania oferty. Czynność wezwania dokonana przez zamawiającego, mieszcząca się w granicach uprawnień a nie zobowiązań zamawiającego, zgodnie z przepisem art. 180 ust. 1 Pzp (bierna legitymacja procesowa - zakres zaskarżenia) nie podlega zaskarżeniu w drodze odwołania. Niemniej jednak, zdaniem Izby, oświadczenie wykonawcy dotyczące kwestionowanych parametrów - ocenione w kontekście przykładowo wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 102/09 Sądu Okręgowego w Krakowie, w którym orzekając w przedmiocie „Kwalifikatora - istotnych zmian - o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.”, Sąd wskazał, że ocenę oferty należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty - było odpowiednie do wymagań zamawiającego.

Odwołujący przywołując przepis art. 87 ust. 2 Pzp w trzech przedstawionych zarzutach, nie wykazał na czym polega jego naruszenie, w sytuacji, gdy zamawiający nie dokonał poprawienia żadnych omyłek w ofercie przystępującego w zakresie parametrów wskazanych w pkt 59 i pkt 139 załącznika nr 6 do SIWZ.

W krańcowym przypadku, gdyby przyjąć, że oświadczenie przystępującego przykładowo jak w pkt 139 nosi znamiona innej omyłki podlegającej poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, należałoby stwierdzić, że poprawienie takiej omyłki nie miałyby wpływu na wynik tego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący nie wykazał również naruszenia przepisu art. 82 ust. 3 Pzp, którego adresatem jest, jak wskazał zamawiający, wykonawca. Wobec nie wykazania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, brak jest podstaw do przypisania zamawiającemu dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy.

Ad V. Wskazanie naruszenia [z ostrożności procesowej] art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4, art. 25 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 i ust. 4, względnie w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wykluczenia NEWAG S.A. z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zaniechaniu uznania oferty tego podmiotu za odrzuconą, względnie odrzucenia oferty tego podmiotu w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu (z wymaganiami zamawiającego określonymi w załączniku nr 2 i 6 do SIWZ), bowiem oświadczenie NEWAG S.A. odnoszące się do wymagań wskazanych w części III Szczegółowe Parametry Techniczne oferowanych pojazdów w rozdziale F (Nadwozie pojazdu) pkt 59 (odporność zderzeniowa) ustęp/wiersz 3 kolumna 3 i 4 oraz w rozdziale L (kabina maszynisty) pkt 139 (usytuowanie i konstrukcja przyrządów i urządzeń

sterowniczych) ustęp/wiersz 2 kolumna 3 i 4 załącznika nr 6 do SIWZ (oferty NEWAG S.A.) nie wykazały spełnienia wymagań zamawiającego określonych w załączniku nr 6 oraz nr 2 do SIWZ [punkt III Wymagania techniczne dla elektrycznego zespołu trakcyjnego - punkt 6 ppkt 6.3 (odporność zderzeniowa) i punkt 12 ppkt 12 6 (usytuowanie i konstrukcja przyrządów i urządzeń sterowniczych) w zw. z punktem X ust. 4 lit b SIWZ], a zatem winny prowadzić do wykluczenia tego podmiotu z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, względnie na odrzuceniu oferty tego podmiotu.

Zarzut nieuzasadniony. W wyniku wezwania odwołującego do sprecyzowania zarzutu w świetle przywołanych przepisów Pzp i sugestii o omyłce polegającej na wskazaniu oświadczeń dotyczących warunków udziału wykonawcy w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, których brak skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, uznaniem oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą - ust. 4 oraz odrzuceniem oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu - art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp) oraz oświadczeń potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, których brak skutkuje odrzuceniem oferty), odwołujący przyznał przedstawienie zarzutu w mylnym przekonaniu, i nie poparł zarzutu na rozprawie.

Ad VI. Naruszenie art. 91 ust. 1, w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez dokonanie czynności wyboru oferty NEWAG S.A. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w sytuacji, gdy oferta ta przy uwzględnieniu podstaw do jej odrzucenia nie powinna być brana pod uwagę przy ocenie punktowej, co w konsekwencji uniemożliwiło wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

Ad VII. Naruszenie art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na nieusprawiedliwionym uznaniu wyjaśnień NEWAG S.A. złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp za wystarczające, nieuprawnionym uwzględnieniu wyjaśnień NEWAG S.A. w przedmiocie treści jego oferty i zaniechaniu odrzucenia oferty tego podmiotu, a w konsekwencji, na bezpodstawnym w tych okolicznościach uznaniu oferty NEWAG S.A. jako najkorzystniejszej w postępowaniu i zaniechaniu wybrania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,

- zarzuty VI i VII - jest to grupa zarzutów dotycząca zbieżnych okoliczności faktycznych.

W odniesieniu do wskazanych zarzutów Izba podzieliła stanowisko zamawiającego,

że wobec niepotwierdzenia się trafności zarzutów dotyczących braku odrzucenia oferty wykonawcy NEWAG S.A., jego oferta została słusznie uznana za najkorzystniejszą, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Ustosunkowując się do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, Izba również akceptuje stanowisko zamawiającego, że naruszenie tych przepisów nie stanowi zarzutu w rozumieniu przepisu art. 180 ust. 3 Pzp. Przepis art. 7 ust. 1 Pzp nie może być powołany jako samodzielna podstawa odwołania. Dla zmaterializowania się podstaw naruszenia przepisów niezbędne jest wykazanie, że zamawiający potraktował odmiennie wykonawców znajdujących się w identycznych okolicznościach faktycznych i prawnych i wykazanie któremu ustawowemu obowiązkowi zamawiający nie uczynił zadość.

W związku z błędnym skonstruowaniem zarzutu, a także brakiem wskazania dowodów na poparcie naruszenia przez zamawiającego przywoływanych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedstawiona argumentacja jest adekwatna także w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp. Odwołujący nie wskazał, której normy prawnej naruszenie mogłoby świadczyć o udzieleniu zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w sytuacji gdy naruszenie przepisu art. 7 ust. 3 Pzp mogłoby nastąpić dopiero na etapie udzielania zamówienia publicznego, tj. zawierania umowy z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

Ad VIII. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3, w zw. z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp, w zw. z art. 3 ust. 1, w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez wybór oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzut nie znajduje uzasadnienia. Odwołujący wskazał naruszenie, jako wiodącego w tym zarzucie przepisu art. 3 ust. 1 uznk. Przepis ten stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W orzecznictwie sądowym podkreśla się, że uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz odpowiedniej kwalifikacji pod względem prawnym.

Aby przyjąć popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji niezbędne jest kumulatywne spełnienie przesłanek: związku działania podlegającego ocenie z działalnością gospodarczą, sprzeczności czynu z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrożenia tym działaniem interesu innego przedsiębiorcy lub klienta (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6

czerwca 2007 r., sygn. akt V ACa 253/07).

Natomiast dobre obyczaje, to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r., sygn. akt V ACa 371/07).

Przy ocenie działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami dającymi podstawy do kwalifikacji danego zachowania, jako uczciwej lub nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 uznk) istotne znaczenie ma sposób rywalizacji pomiędzy konkurentami, podlegający weryfikacji w konkretnych okolicznościach przy uwzględnieniu, zasługujących na aprobatę w świetle norm moralnych i etycznych zwyczajów dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągnięcia korzyści gospodarczych (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 maja 2007 r., sygn. akt V ACa 328/07).

Utrudnianie dostępu do rynku to nic innego, jak stawienie barier, przeszkód, które nie wynikają ani z rodzaju działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę oferującego nabywcom swoje towary albo usługi (strona podaży), ani też z uwarunkowań kształtujących zapotrzebowanie na dany towar albo usługi (strefa popytu), lecz są efektem nieuczciwych działań podejmowanych przez innych przedsiębiorców, które przykładowo zostały wymienione w kolejnych punktach art. 15 ust. 1 uznk (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 2 października 2012 r., sygn. akt I ACa 359/12).

Czyny konkurencyjne powinny być badane przede wszystkim w świetle przesłanek określonych w przepisach art. 5-17 ustawy i dopiero, gdy nie mieszczą się w dyspozycji któregośkolwiek z tych przepisów, podlegają ocenie według klauzuli generalnej z art. 3 (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 30 września 1998 r., sygn. akt I ACa 281/98).

Delikt ujęty w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zasadniczo dookreślony jest przez dwa elementy, są nimi: utrudnienie przedsiębiorcy dostępu do rynku oraz nieuczciwy charakter takiego utrudnienia (sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami). Te dwa elementy mają zasadnicze znaczenie dla konstruowania omawianego czynu (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 listopada 2009 r., sygn. akt VI ACa 432/09).

Zaoferowanie przez wykonawcę dostawy za niższą cenę nie może zostać uznane za popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji. Konkurowanie cenowe przy zachowaniu procedur postępowania jest przejawem działania wolnego rynku, a nie ograniczaniem dostępu do zamówienia.

Izba podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego, że przywołane okoliczności stanowią efekt konkurencji wykonawców o uzyskanie zamówienia i sposób

rywalizacji nie przekracza jej granic.

Odwołujący oświadczył na rozprawie, że zarzut czynu nieuczciwej konkurencji sprowadza się w tym przypadku do zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba podziela stanowisko zamawiającego, że fakt zaoferowania przedmiotu zamówienia za cenę niższą niż uczynił to inny wykonawca, nie wypełnia hipotezy normy prawnej wyrażonej w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który definiuje czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku, nie stanowi więc czynu nieuczciwej konkurencji i nie przesądza o obowiązku zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Ad IX. Zarzut naruszenia innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący nie sprecyzował zarzutu. Izba podziela stanowisko przedstawione w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 16 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1055/10, że zarzuty winny być sformułowane w sposób precyzyjny, ze wskazaniem konkretnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przepisów Pzp. Również w wyroku z dnia 29 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1512/11; KIO 1515/11, w którym Izba trafnie wskazała: zarzut naruszenia przez zamawiającego wszystkich innych przepisów, jakie wynikają z treści uzasadnienia odwołania nie może być rozpoznawany przez Izbę, gdyż nie spełnia wymogów z art. 180 ust. 3 Pzp. Tak sformułowany zarzut nie nadaje się do rozpoznania przez Izbę, gdyż nie wskazuje naruszonych czynności.

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne i ich ocenę prawną, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....