

Sygn. akt: KIO 730/23

WYROK
z dnia 31 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 marca 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 marca 2023 roku** przez wykonawcy **Public Transport Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Koleje Śląskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **PESA Mińsk Mazowiecki Spółka Akcyjna z siedzibą w Mińsku Mazowieckim**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Public Transport Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, w następujący sposób:
 - a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Public Transport Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od **Odwołującego - Public Transport Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** na rzecz - **Zamawiającego – Kolei Śląskich Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Koleje Śląskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej progi unijne pn. „Usługa naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych 5 szt. pojazdów serii EN57AKŚ wraz z wykonaniem prac dodatkowych”. Postępowanie prowadzone za pośrednictwem Platformy Zakupowej Kolei Śląskich Sp. z o.o. pod adresem: <https://kolejeslaskie.eb2b.com.pl>.

Dnia 16 marca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022r., poz. 1710 ze zmianami, dalej: „PZP”) odwołanie złożył wykonawca Public Transport Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego z dnia 06 marca 2023 roku polegających na niezgodnych z przepisami prawa:

1) odrzuceniu z postępowania oferty Odwołującego,

2) unieważnieniu postępowania,

podczas, gdy w rzeczywistości wobec oferty Odwołującego nie zaistniały podstawy dla odrzucenia jego oferty i nie zachodzą merytoryczne podstawy do unieważnienia postępowania albowiem cena oferta Odwołującego nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący zarzucał naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia, w szczególności w zakresie naprawy silnika trakcyjnego TMF 50-29-4 na 4 poziomie utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN57AKŚ zgodnie z Dokumentacją Techniczno - Ruchową tych silników, tj. z pominięciem wymiany na nowy rotoru tego silnika (zwanego zamiennie wirnikiem silnika),

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego i nieprawidłową ocenę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny polegającą na uznaniu, że Odwołujący nie uwzględnił w ofercie kosztów wymiany na nowy rotoru silnika trakcyjnego TMF 50-29-4 w zakresie opisanym przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, podczas gdy w rzeczywistości zakres naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych pojazdów serii EN57AKŚ nie wymaga wymiany wirnika na nowy i tym samym cena oferty złożonej przez Odwołującego nie jest rażąco niska w

stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny należycie oraz wyczerpująco wykazał i wyjaśnił podaną w ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia,

3) art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego i nieprawidłową ocenę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny polegającą na uznaniu, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu jako nieuwzględniająca kosztów wymiany na nowy rotoru silnika trakcyjnego TMF 50-29-4 w zakresie opisanym przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, podczas gdy w rzeczywistości zakres naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych pojazdów serii EN57AKŚ nie wymaga wymiany wirnika na nowy i tym samym cena oferty złożonej przez Odwołującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny i kosztu,

4) art. 255 pkt 3 PZP poprzez niezgodne z prawem unieważnienie postępowania, podczas gdy oferta Odwołującego, w przypadku jej prawidłowej oceny przez Zamawiającego, nie podlegała odrzuceniu i jej cena nie przekraczała kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,

5) art. 239 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie uznania oferty Odwołującego za ofertę najkorzystniejszą, która w przypadku prawidłowej oceny przez Zamawiającego nie podlegała odrzuceniu i była najkorzystniejsza na podstawie kryterium oceny ofert, a w konsekwencji nieudzieleniu zamówienia Odwołującemu.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Oferta złożona przez Odwołującego jest najkorzystniejsza w postępowaniu według kryteriów oceny ofert przewidzianych przez Zamawiającego:

- 1) Kryterium 1 - cena – waga 60%;
- 2) Kryterium 2 – gwarancja – waga 30%;
- 3) Kryterium 3 – termin realizacji zamówienia – waga 10%.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty: oferta Odwołującego oraz oferta PESA Mińsk Mazowiecki S.A. (dalej: PESA). Cena oferty Odwołującego jest znacząco niższa od ceny oferty PESA. Odwołujący zaoferował również krótszy niż PESA termin realizacji

zamówienia oraz dłuższy okres gwarancji. Ponadto oferta Odwołującego jako jedyna nie przekroczyła kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W związku z naruszeniem przepisów PZP przez Zamawiającego i bezprawnym odrzuceniem oferty Odwołującego, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia i tym samym poniesienie szkodę polegającą na utracie możliwości osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że dowiedział się o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w dniu 06 marca 2023 roku, tj. w dniu, w którym Zamawiający opublikował pismo – Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, w którym poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania. W związku z tym odwołanie wniesione zostało w ustawowym terminie. Wpis od odwołania uiszczony został na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jej treścią przed upływem tego terminu.

Co do zarzutów odwołania Odwołujący podniósł, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty w zakresie podstawy przewidzianej w art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP Zamawiający wskazał, że Odwołujący w ramach naprawy silników trakcyjnych TMF 50-29-4 nie przewidział wymiany rotora (wirnika) tych silników, co zdaniem Zamawiającego jest sprzeczne w warunkami Zamówienia.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty w zakresie podstawy przewidzianej w art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie przewidując wymiany rotora (wirnika) w ramach naprawy silników trakcyjnych TMF 50-29-4 nie uwzględnił wszystkich kosztów realizacji zamówienia, co świadczyć ma o tym, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty w zakresie podstawy przewidzianej w art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie przewidując wymiany rotora (wirnika) w ramach naprawy silników trakcyjnych TMF 50-29-4 nie uwzględnił wszystkich kosztów realizacji zamówienia, co czyni cenę nieprawidłową, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot zamówienia.

Konsekwencją odrzucenia oferty Odwołującego było unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 PZP, albowiem druga ze złożonych ofert przekraczała kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia.

NARUSZENIE 226 UST. 1 PKT 5 PZP W ZW. Z ART. 16 PKT 1 I 2 PZP

Okolicznością bezsporną w sprawie jest to, że zapisy Dokumentacji Systemu Utrzymania (DSU) dla elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN57AKŚ przewidują w ramach naprawy 4 poziomu utrzymania tych pojazdów wymianę na nowy rotora (wirnika) silników trakcyjnych TMF 50-29-4, a także to, że zapisy Dokumentacji Techniczno-Ruchowej

(DTR) silników trakcyjnych TMF 50-29-4 nie przewidują wymiany na nowy rotora (wirnika) silników trakcyjnych TMF 50-29-4.

Okolicznością bezsporną w sprawie jest również to, że Odwołujący w swojej kalkulacji kosztowej wykonania zamówienia przyjął zakres naprawy silnika trakcyjnego wynikający z DTR, a zatem nie uwzględnił wymiany rotoru (wirnika) silnika trakcyjnego. Odwołujący nie zamierzał wykonać wymiany wirnika w silniku trakcyjnym.

Zarówno DSU pojazdu, jaki DTR poszczególnych podzespołów zamontowanych na pojeździe mają charakter równorzędny wobec siebie oraz mają charakter nadrzędny wobec innych dokumentów określających sposób wykonania zamówienia. Zgodnie z § 2 ust. 1 projektu umowy stanowiącej Załącznik nr 2 do SWZ „Wykonawca zobowiązuje się do wykonania wszystkich czynności objętych przedmiotem Umowy zgodnie z opisem Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z Załącznikami w postępowaniu KS/ZP/48/2022 oraz zgodnie z wymogami wynikającymi z:

- a. *Obowiązującego DSU, zatwierdzonego przez Koleje Śląskie i Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego;*
- b. *Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (dalej: DTR);*
- c. *Warunków Technicznych Wykonania i Odbioru;*
- d. *Instrukcji określającej ogólne zasady eksploatacji i utrzymania pojazdów kolejowych spółki K- 1;*
- e. *Instrukcji określającej metody i sposoby wykonywania pomiarów geometrycznych zestawów kołowych K-3;*
- f. *Przepisów oraz Polskich i Europejskich Norm obowiązujących w trakcie trwania Umowy;*
- g. *Procedury P/05;*
- h. *Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 3 stycznia 2013 r. w sprawie sposobu prowadzenia rejestru oraz sposobu oznakowania pojazdów kolejowych (tj. z dnia 11 kwietnia 2019 r.: Dz.U. z 2019 r. poz. 918 ze zm.); przy czym, dokumentacja, o której mowa w lit. a i b jest nadrzędna w stosunku do dokumentacji z lit. d i e. Zamawiający wskazuje, że może wprowadzić w trakcie postępowania oraz realizacji umowy zmiany w DSU nie wpływające na zwiększenie zakresu prac Wykonawcy przy naprawie 4 poziomu utrzymania.”*

Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rzekomej niezgodności jej treści z warunkami zamówienia potwierdził istnienie rozbieżności pomiędzy zapisami DSU pojazdu oraz DTR silnika trakcyjnego TMF 50-29-4. Jednak Zamawiający w sposób dowolny uznał, że DSU ma charakter nadrzędny wobec DTR silnika trakcyjnego, choć pozostaje to w sprzeczności z przywołanym § 2 ust. 1 projektu umowy.

Sam Zamawiający nie wykluczył możliwości wystąpienia rozbieżności pomiędzy postanowieniami DSU i DTR. W takim przypadku, zgodnie z § 2 ust. 2 projektu umowy, zastosowanie znajdą te postanowienia, które są korzystniejsze dla Zamawiającego. Reguła kolizyjna zastrzeżona przez Zamawiającego na jego korzyść nie była przez nikogo kwestionowana na etapie ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób jednoznaczny wskazał, że dokonał kalkulacji ceny w oparciu o DTR silnika trakcyjnego, albowiem wobec rozbieżności pomiędzy DSU i DTR uznał, że jest to rozwiązanie najkorzystniejsze dla Zamawiającego. Jak bowiem wskazano w wyjaśnieniach Odwołującego złożonych w trybie art. 224 PZP, wymiana wirników wiązać się będzie z dodatkowym kosztem, który musiałby zostać uwzględniony w cenie oferty obciążając budżet Zamawiającego (łącznie ponad 1,336 mln PLN) i przede wszystkim przekraczając go. Jednak co najistotniejsze, wymiana wirnika wiązałaby się ze kilkukrotnym wydłużeniem czasu wykonania przeglądów każdego z pojazdów.

Nie należy również pomijać stanowiska producenta przedmiotowych silników trakcyjnych i jednocześnie autora DTR tj. Traktionssysteme Austria GmbH (TSA), które zostało załączone do wyjaśnień Odwołującego z dnia 13.02.2023 roku w zakresie rażąco niskiej ceny. Z oświadczenia tego jednoznacznie wynika, że dla tego rodzaju przeglądu nie jest wymagana wymiana rotoru silnika trakcyjnego.

Zgodnie z ofertami pozyskanymi przez Odwołującego w zakresie naprawy silnika obejmującego również wymianę wirnika czas wykonania przeglądu całego pojazdu wynosiłby co najmniej 8 miesięcy. Tymczasem Zamawiający wymagał w SWZ, że maksymalny termin wykonania usługi nie może być dłuższy niż 70 dni kalendarzowych licząc od dnia przekazania danego pojazdu do naprawy. Zatem Zamawiający oczekiwał wykonania pojedynczego przeglądu pojazdu w okresie krótszym niż 2,5 miesiąca, tj. w okresie ponad 3-krotnie krótszym niż minimalny czas potrzebny na wykonanie przeglądu pojazdu w przypadku wymiany wirnika silnika trakcyjnego przez Odwołującego (8 miesięcy).

Nie sposób uznać, że Zamawiający jako profesjonalny przewoźnik, a także wykonawca przeglądów utrzymaniowych pojazdów szynowych nie miał wiedzy na temat czasu oczekiwania na naprawę silnika trakcyjnego obejmującego wymianę wirnika. Nawet jednak gdyby takowej wiedzy nie miał w chwili ogłaszania przetargu, to uzyskał ją jeszcze na etapie postępowania przed złożeniem ofert. Pismem z dnia 16.01.2023 roku drugi z oferentów (PESA Mińsk Mazowiecki S.A.) poinformował Zamawiającego, że czas wykonania naprawy silników trakcyjnych z uwzględnieniem wymiany wirnika wynosi około 10 miesięcy. Wykonawca ten zwrócił się równocześnie z wnioskiem o wykreślenie z warunków zamówienia konieczności wymiany wirnika, ewentualnie wprowadzenie do

Umowy zapisu, że pierwszy pojazd do naprawy P4 zostanie przekazany do Wykonawcy nie wcześniej niż 10 miesięcy od daty zawarcia Umowy.

Zamawiający nie zajął jednak żadnego stanowiska wobec powyższego pisma. Uznać zatem należy, że Zamawiający nie oczekiwał od wykonawców wymiany wirnika w ramach naprawy silników trakcyjnych na pojazdach. W przeciwnym wypadku Zamawiający, w oparciu o wiedzę własną oraz wiedzę przekazaną przez wykonawcę jeszcze przed otwarciem ofert, uczyniłby zamówienie niemożliwym do wykonania. Nie sposób jest bowiem wykonać naprawy 4 poziomu utrzymania obejmującej wymianę wirnika w silniku trakcyjnym w terminie 70 dni kalendarzowych w sytuacji, gdy wiedzą wręcz notoryjną jest czas naprawy wirnika wynoszący od 8 do 10 miesięcy.

Okolicznością mającą ogromne znaczenie w sprawie są również okresy między przeglądowe pojazdów, w tym również elektrycznych zespołów trakcyjnych EN57AKŚ. Każdy pojazd szynowy podlega obowiązkowemu przeglądowi w przypadku upływu określonego czasu od poprzedniego przeglądu lub po przejechaniu określonej ilości kilometrów od poprzedniego przeglądu – w zależności od tego co nastąpi szybciej. Nieprzeprowadzenie takiego przeglądu obliguje przewoźnika do wyłączenia pojazdu z eksploatacji.

Wedle wiedzy Odwołującego pierwsze pojazdy serii EN57AKŚ, których dotyczy postępowanie będą wyłączone z eksploatacji już w czerwcu 2023 roku, jeśli nie zostanie przeprowadzony przegląd na tych pojazdach. Wobec tego nie sposób uznać, że Zamawiający, dokonując otwarcia ofert w połowie stycznia 2023 roku i tym samym mając realną możliwość zawarcia umowy w lutym 2023 roku, oczekiwał wykonania naprawy trwającej w zależności od wykonawcy od 8 do 10 miesięcy, jeśli pojazdy zostałyby wyłączone z eksploatacji już w czerwcu 2023 roku. Pojazdy te muszą pozostawać w ciągłej eksploatacji z uwagi na ich przeznaczenie, jakim jest przewóz osób.

Przedstawione okoliczności jednoznacznie w ocenie Odwołującego świadczą o tym, że Zamawiający określając maksymalny termin 70 dni na wykonanie przeglądu pojedynczego pojazdu zdeterminował brak obowiązku wymiany wirnika w silniku trakcyjnym. Inna interpretacja nie daje się pogodzić z założeniem o racjonalności działania Zamawiającego.

Odwołujący zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w *Zawiadomieniu*, że wszelkie wątpliwości dotyczące zapisów SWZ powinny zostać usunięte jeszcze przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający pomija jednak, że to on jest gospodarzem postępowania, który ma wyłączny wpływ na treść SWZ i to Zamawiający powinien być strażnikiem zgodności SWZ z prawem, a także jego kompletności, logiczności i wewnętrznej spójności. Jeżeli sprzeczności SWZ nie zostały przez Zamawiającego usunięte do chwili

otwarcia ofert, to nie mogą one działać i być interpretowane na niekorzyść wykonawcy (tak wyroku Sąd Najwyższy z dnia 4 lipca 2019 roku, sygn. akt IV CSK 363/18).

Nie sposób obecnie obciążać Odwołującego negatywnymi konsekwencjami istnienia rozbieżności pomiędzy zapisami DSU i DTR. Odwołujący rozbieżność tę rozwiązał dokonując interpretacji opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z nakazem wynikającym z § 2 ust. 2 projektu umowy i dokonał wyboru rozwiązania nie tylko korzystniejszego dla Zamawiającego, ale przede wszystkim jedyne go możliwego do wykonania w świetle warunków postawionych przez Zamawiającego w SWZ.

Odwołujący potwierdził, że dokonał samodzielnej wykładni umowy, z pominięciem Zamawiającego. Nie sposób jednak czynić zarzutu Odwołującemu z tego powodu. Co istotne, sam Zamawiający nie oświadczył, że wykładnia dokonana przez Odwołującego na podstawie § 2 ust. 2 projektu umowy jest wadliwa i przede wszystkim niekorzystna dla Zamawiającego. Sam Zamawiający nie oświadczył jednoznacznie w *Zawiadomieniu*, że oczekiwał od oferentów wymiany wirników w silnikach trakcyjnych.

Zamawiający popada w sprzeczność w uzasadnieniu rozstrzygnięcia o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyprowadza wniosek nielogiczny. Z jednej bowiem strony Zamawiający potwierdza istnienie wewnętrznej sprzeczności w dokumentacji zamówienia (*„pomimo zaistnienia rozbieżności pomiędzy treścią DSU i DTR”*) potwierdzając, że przedmiot zamówienia nie jest precyzyjnie opisany, ale jednocześnie wyprowadza wniosek, że oferta Odwołującego jest z nim sprzeczna.

Nie jest prawdziwe twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący ograniczył zakres świadczonej usługi. Odwołujący zaoferował i skalkulował usługę zgodnie z warunkami zamówienia, w szczególności DTR silników trakcyjnych, oświadczenia producenta tych silników oraz całokształtu warunków zamówienia, w tym maksymalnego wymaganego przez Zamawiającego terminu wykonania naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych EN57AKŚ.

Odwołujący miał również na względzie kwestie bezpieczeństwa i z tego powodu zweryfikował u producenta silników trakcyjnych ewentualną konieczność wymiany wirnika, co producent zanegował w ramach tego przeglądu.

Również czynienie Odwołującemu zarzutu, że powinien był wystąpić z pytaniem do Zamawiającego w celu usunięcia rozbieżności nie wytrzymuje krytyki. Na niespójność SWZ zwrócił uwagę drugi z oferentów jeszcze przed otwarciem ofert, jednak nie skłoniło to Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień bądź zmiany SWZ. Ta okoliczność tym bardziej potwierdza, że Zamawiający nie oczekiwał wymiany wirnika w silniku trakcyjnym. Gdyby tego oczekiwał, zamówienie byłoby niewykonalne na warunkach przez niego ustalonych, zwłaszcza w odniesieniu do maksymalnego terminu wykonania naprawy.

Mając na względzie przedstawione stanowisko zdaniem Odwołującego w pełni zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, albowiem jej treść była zgodna z warunkami zamówienia.

NARUSZENIE ART. 226 UST. 1 PKT 8 I 10 PZP W ZW. Z ART. 224 UST. 5 I 6 PZP W ZW. Z ART. 16 PKT 1 I 2 PZP

Przedstawione stanowisko w zakresie zgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia ma bezpośredni związek z zarzutami naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP.

Odwołujący kwestionuje stanowisko Zamawiającego, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Na wezwaniem Zamawiającego Odwołujący złożył w dniu 13.02.2023 roku wyjaśnienia na podstawie art. 224 PZP. Co istotne, wyjaśnienia Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny zostały zakwestionowane przez Zamawiającego wyłącznie w zakresie nie uwzględnienia w kalkulacji kosztów wymiany wirników w silnikach trakcyjnych. Pozostałe elementy kalkulacji, zarówno w zakresie ich rodzaju, jak i ich wysokości nie zostały zakwestionowane przez Zamawiającego i nie stanowiły podstawy do odrzucenia jego oferty. Mając na względzie wiążącą Zamawiającego treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego uznać należy, że Odwołujący obalił domniemanie rażąco niskiej ceny w pozostałym zakresie. Istotna z punktu widzenia tego zarzutu jest wyłącznie kwestia kosztów wymiany wirników w silnikach trakcyjnych.

Odwołujący w ramach wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego nie miał obowiązku wymiany wirników w silnikach trakcyjnych. Naturalną konsekwencją takiego stanu rzeczy jest brak obowiązku uwzględnienia w ofercie kosztów z tym związanych. Bezsprene bowiem Odwołujący nie zamierza wymienić wirników w silnikach trakcyjnych, albowiem nie widział takiego obowiązku. Również sam Zamawiający z *Zawiadomieniu* rozstrzygającym postępowanie przetargowe nie wyartykułował jednoznacznie, że oczekiwał wymiany wirników.

Nie można zatem skutecznie zarzucić Odwołującemu, że wobec nie uwzględnienia kosztów wymiany wirników jego oferta zawiera rażąco niską cenę oraz że jego oferta zawiera błędy w jej obliczeniu.

Odwołujący dokonał kalkulacji oferty w oparciu o prawidłowo ustalony zakres przedmiotu zamówienia wynikający z dokumentów zamówienia. Odwołujący uwzględnił w cenie oferty wszystkie elementy cenotwórcze, zaś z oczywistych powodów nie uwzględnił w niej czynności, które nie musiały być przez niego obligatoryjnie wykonane. Nie można zatem uznać, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza (KIO 2483/20) *„Błędem w obliczeniu ceny nie jest z całą pewnością rzekome nieuwzględnienie w ofercie wykonawcy całości zakresu zamówienia czy rzekome*

pominięcie kosztów materiałów pomocniczych w sytuacji, gdy brak jasnych wymagań w dokumentacji przetargowej w tym zakresie, a ustalone w tym postępowaniu wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy.”

Nie można również uznać, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska. Odbiega ona od budżetu Zamawiającego zaledwie o 9%. Nie nosi ona zatem znamion ceny niewiarygodnej, nierealistycznej w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Nie wskazuje ona również na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów.

NARUSZENIE ART 239 UST. 1 I 2 PZP W ZW. Z ART. 17 UST. 2 PZP ORAZ ART. 255 PKT 3 PZP.

Konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego zarzutów dotyczących bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego było również naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP oraz art. 255 pkt 3 PZP.

W przypadku nieodrzucenia oferty Odwołującego byłaby ona najkorzystniejsza w postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, co skutkować powinno jej wyborem przez Zamawiającego i udzieleniem zamówienia Odwołującemu.

W przypadku nieodrzucenia oferty brak byłoby również podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 PZP, albowiem oferta Odwołującego zawierająca najniższą cenę nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Mając na względzie przedstawione powyżej stanowisko, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron I Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Odrzucenie oferty Odwołującego i w konsekwencji unieważnienie całego postępowania, co uniemożliwia Odwołującemu

uzyskanie zamówienia, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci uzyskania zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca PESA Mińsk Mazowiecki Spółka Akcyjna z siedzibą w Mińsku Mazowiecki (dalej jako „Przystępujący”). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Zamawiający podtrzymał argumentację przedstawioną w informacji o wynikach postępowania.

Na podstawie przesłanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba ustaliła że:

Zamawiający prowadzi postępowanie na Usługę naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych 5 szt. pojazdów serii EN57AKŚ wraz z wykonaniem prac dodatkowych.

W toku postępowania, w dniu 16 stycznia 2023 roku Zamawiający otrzymał następujące pytanie: *„zwracamy się z prośbą o udzielenie wyjaśnień na poniższe pytanie oraz wprowadzenie stosownych zmian do treści SWZ:*

1. DSU (silnik trakcyjny TMF 50 29-4) oraz Załącznik nr 2 do SWZ § 2 ust. 9 punkt 8 – mając na uwadze zapisy DSU dotyczące obowiązkowej konieczności wymiany wirnika „wymienić i wyrównoważyć rotor silnika” oraz wymianę stojana „sprawdzić stan izolacji uzwojenia stojana. Jeżeli uszkodzone wymienić.”, a także mając na uwadze zapisy Umowy mówiące o konieczności naprawy m.in. silników u Producenta tj. w firmie TSA i oferowane przez ten podmiot terminy dostaw wirników i stojanów wynoszące do 10 miesięcy zwracamy się z wnioskiem o wykreślenie z przedmiotu Umowy konieczności wymiany ww. podzespołów (wirnik oraz stojan) lub wprowadzenie zapisu do Umowy, że pierwszy pojazd do naprawy P4 zostanie przekazany do Wykonawcy nie wcześniej niż 10 miesięcy od daty zawarcia Umowy”.

Zamawiający nie miał obowiązku udzielenia odpowiedzi na to pytanie, wpłynęło ono po upływie ustawowego terminu na zadawanie pytań. Termin składania ofert upływał w dniu 17 stycznia 2023 roku.

W postępowaniu oferty złożyły dwa podmioty: Odwołujący oraz Przystępujący.

Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 12.373.800,00 zł. Oferta Odwołującego opiewała na kwotę 11.223.750,00 zł. Przystępujący zaś złożył ofertę na kwotę 21.494.250,00 zł.

Zamawiający w dniu 20 stycznia 2023 r., na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie ceny. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie ceny realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności do wyjaśnienia przyjętych do wyceny oferty kosztów czynności dotyczących silnika trakcyjnego wykonywanych w ramach naprawy czwartego poziomu utrzymania tj. czynności wynikających z DSU pojazdów objętych przedmiotem zamówienia. Ponadto Zamawiający wezwał do potwierdzenia możliwości wykonania zamówienia w terminach określonych w SWZ, w tym w szczególności w Załączniku nr 2 do SWZ.

Odwołujący złożył wyjaśnienia objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Do wyjaśnień dołączono szczegółową kalkulację oraz inne dowody.

Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Podano, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie 226 ust. 1 pkt 5), pkt 8) i pkt 10) ustawy Pzp, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i nie zawiera wszystkich kosztów, których poniesienie jest niezbędne do realizacji zamówienia.

Analiza wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę wskazuje że:

1. W zakresie silników trakcyjnych Wykonawca informuje, że do kalkulacji kosztowej wykonania P4 przyjął zakres naprawy silnika wynikający z DTR silnika, który nie obejmuje wymiany rotoru silnika trakcyjnego.

2. Wykonawca stwierdził rozbieżność pomiędzy zapisami DSU a DTR silnika. DSU pojazdu wymaga w zakresie P4 wymiany rotoru silnika. Natomiast DTR silnika w zakresie P4 wymaga demontażu, wstępnego montażu i wyważania, montażu i instalacji rotoru (zwanego zamiennie w DTR wirnikiem).

3. Wykonawca, mając na względzie rozbieżność, o której mowa w pkt 2, w oparciu o treść załącznika nr do 2 do SWZ tj. Wzór Umowy § 2 ust. 2 rozstrzygnął, że rozwiązanie opisane w DTR są korzystniejsze dla Zamawiającego i w konsekwencji to rozwiązanie Wykonawca przyjął do kalkulacji oferty. Wykonawca, w załączniku nr 7 do Wyjaśnień z dnia 13 lutego 2023 r. przedstawił porównanie kosztowe i czasowe dla wykonania przeglądu silników trakcyjnych zgodnie z zakresem wynikającym z DTR silnika (wariant nr 1) oraz DSU (wariant nr 2) wraz z ofertą podmiotu, który wykona czynności. Z załączonego porównania jednoznacznie wynika, że w przypadku realizacji zakresu P4 wynikającego z DSU Zamawiający poniósłby dodatkowy koszt w łącznej wysokości 1,336 mln zł netto a termin wykonania P4 wynosiłby łącznie ok. 8 miesięcy (7 miesięcy wymiana rotoru i dodatkowy czas

potrzebny na montaż silnika i jego dostawę silnika po naprawie do PTS, a następnie montaż wózków, zaosiuwanie pojazdu, uruchomienia, odbiory i sprzedaż).

4. Dodatkowo PTS załączył oświadczenie podmiotu, który wykona czynności, które stwierdza, iż dla tego rodzaju przeglądu nie jest wymagana wymiana rotora silnika trakcyjnego.

5. Dodatkowo Wykonawca wskazał, że § 2 ust. 1 Załącznika nr 2 do Umowy zawiera postanowienie, iż Zamawiający może wprowadzić w trakcie postępowania oraz realizacji umowy zmiany w DSU nie wpływające na zwiększenie zakresu prac Wykonawcy przy naprawie 4 poziomu utrzymania. Zdaniem Wykonawcy Zamawiający w sposób prosty i zarazem nie budzący żadnych wątpliwości może na każdym etapie postępowania i realizacji Umowy jako ECM przeprowadzić zmianę DSU w taki sposób, aby zaistniałą powyższą rozbieżność usunąć, tj. dostosować zakres naprawy silnika trakcyjnego z DSU do zakresu wynikającego z DTR silnika.

Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis ten jest skorelowany z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp który stanowi, że treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Przy czym według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warunki zamówienia opisywane lub określone są w dokumentach zamówienia, przy czym z definicji zawartej w art. 7 pkt 3 ustawy Pzp wynika, że w szczególności jest nim specyfikacja warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega oferta, której treść - rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) - nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji tj. zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy, nie budzi wątpliwości fakt, że:

- Wykonawca nie zamierza wymienić rotora silnika,
- DSU pojazdu przewiduje wymianę rotora silnika (DSU str. 63, pkt 11),
- Wymiana rotora wiąże się z wydłużeniem naprawy do ok. 8 miesięcy (str. 4 wyjaśnień Wykonawcy z dnia 13 lutego 2023 r.), podczas gdy Wykonawca zobowiązał się do wykonania naprawy w terminie 50 dni kalendarzowych od dnia przekazania pojazdu do naprawy (Oferta Wykonawcy).

Stanowisko Wykonawcy przedstawione w wyjaśnieniach z dnia 13 lutego 2023 r. nie zasługuje na uwzględnienie.

Prawdą jest, że zgodnie z § 2 ust 2 Załącznika nr 2 do SWZ- Wzoru Umowy: Ustala się, że w razie rozbieżności pomiędzy postanowieniami DSU i DTR a także Umowy, załącznikami do Umowy lub SWZ zastosowanie znajdą te postanowienia, które są korzystniejsze dla Zamawiającego oraz, że Zamawiający może wprowadzić w trakcie postępowania oraz realizacji umowy zmiany w DSU nie wpływające na zwiększenie zakresu prac Wykonawcy przy naprawie 4 poziomu utrzymania. Opisane jednak fragmenty Wzoru umowy nie przyznają Wykonawcy uprawnienia do przeprowadzenia samodzielnej wykładni Umowy – tj. z pominięciem Zamawiającego.

Jeżeli w toku przygotowania oferty Wykonawca stwierdził rozbieżność pomiędzy dokumentami, powinien on wystąpić o wyjaśnienia treści SWZ. *Wszelkie wątpliwości dotyczące zapisów SWZ powinny zostać usunięte jeszcze przed upływem terminu składania ofert. Również wszelkie wady treści SWZ powinny zostać naprawione w tym okresie. W przeciwnym wypadku SWZ, nawet jeśli będzie zawierała wady bądź niejasności, będzie musiała być stosowana w brzmieniu, jakie pozostawało aktualne na dzień upływu terminu składania ofert.* (Komentarz do art. 135 PZP red. Jaworska 2022, wyd. 4/D. Grześkowiak-Stojek). Wykonawca nie może zakładać, że Zamawiający dokona zmian w dokumentacji i w oparciu o takie założenie przygotować oferty. Bez zmiany dokumentacji przez Zamawiającego, Wykonawca nie jest w stanie wykonać naprawy w cenie i w terminie określonym w zamówieniu, a Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie zobowiązał się do zmiany dokumentacji. Tym samym należy stwierdzić, że oferta PTS jest niezgodna z warunkami zamówienia, co zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP stanowi podstawę do odrzucenia oferty Wykonawcy.

Wykonawca błędnie przyjął, że wybór zakresu czynności naprawy silnika zgodnie z DTR silnika jest jednoznacznie korzystniejszy dla Zamawiającego. Wykonawca całkowicie pominął w swojej argumentacji kwestie bezpieczeństwa i konieczności utrzymania pojazdów zgodnie z DSU. Zamawiający jest podmiotem odpowiedzialnym za utrzymanie pojazdów i równocześnie podmiotem uprawnionym do kształtowania DSU zgodnie z własnym uznaniem. Nie oznacza to jednak pełnej dowolności treści tego dokumentu. Każda zmiana DSU wymaga przeprowadzenia przez Zamawiającego analizy wpływu znaczenia zmiany na bezpieczeństwo i dopiero pozytywny jej wynik, może pozwolić na zmianę DSU pojazdu. Jest to proces czasochłonny i Wykonawca nie może mieć gwarancji, że taka zmiana zostanie wykonana i to w czasie, który pozwoli na wykonanie zamówienia zgodnie z ustalonym harmonogramem. Należy również zaznaczyć, że Wykonawca dokonał wyboru rozwiązania tańszego i szybszego, ale równocześnie ograniczył zakres świadczonej usługi i to bez wiedzy Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego, w opisanym stanie faktycznym Wykonawca powinien był złożyć wniosek o wyjaśnienie treści SWZ w zakresie rozbieżności pomiędzy DSU i DTR silnika, a w przypadku dalszych wątpliwości, przygotować ofertę w taki sposób, by pozwalała ona na wykonanie zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania. Treść wyjaśnień Wykonawcy wskazuje, że Wykonawca nie uwzględnił kosztu wymiany rotoru w ofercie, a koszt ten miał istotny wpływ na cenę usługi.

Pomimo zaistnienia rozbieżności pomiędzy treścią DSU i DTR, w sytuacji, gdyby nie doszło do zmiany DSU przez Zamawiającego, wymiana rotoru byłaby zgodna zarówno z DSU, jak i DTR pojazdu (naprawę należy rozumieć jako doprowadzenie wyeksploatowanego lub uszkodzonego elementu do stanu gwarantującego jego poprawne funkcjonowanie, a tym samym wymiana mieści się również w tej definicji).

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp odrzuceniu podlega oferta wykonawcy jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu – Wykonawca nie uwzględnił w ofercie wszystkich kosztów pozwalających na wykonanie zamówienia zgodnie z Specyfikacją Warunków Zamówienia. (...). Tym samym Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Public Transport Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp.

Przy podejmowaniu decyzji o odrzuceniu oferty Wykonawcy, Zamawiający kierował się również potrzebą zapewnienia konkurencyjności postępowania i równości wykonawców. W ocenie Zamawiającego, wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, mimo że oferta ta nie spełniała wymogów SWZ, a dodatkowo, gdy drugi z wykonawców występujących w postępowaniu mógł dokładnie w przeciwny sposób zinterpretować rozbieżność pomiędzy DSU i DTR pojazdu, świadczyłby o nierównym traktowaniu wykonawców i naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, do czego Zamawiający nie zamierza dopuścić.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia – zgodnie z przedstawioną argumentacją, Wykonawca nie uwzględnił w ofercie wszystkich kosztów pozwalających na wykonanie zamówienia zgodnie z Specyfikacją Warunków Zamówienia. Tym samym Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Public Transport Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

Uzasadnienie prawne unieważnienia postępowania

Podstawą unieważnienia postępowania jest art. 255 pkt 3) PZP - Cena najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z § 2 ZAKRES I SPOSÓB REALIZACJI PRZEDMIOTU UMOWY – wzoru umowy

1. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania wszystkich czynności objętych przedmiotem Umowy zgodnie z opisem Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z Załącznikami w postępowaniu KS/ZP/48/2022 oraz zgodnie z wymogami wynikającymi z:

a. Obowiązującego DSU, zatwierdzonego przez Koleje Śląskie i Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego;

b. Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (dalej: DTR);

c. Warunków Technicznych Wykonania i Odbioru;

d. Instrukcji określającej ogólne zasady eksploatacji i utrzymania pojazdów kolejowych spółki K- 1;

e. Instrukcji określającej metody i sposoby wykonywania pomiarów geometrycznych zestawów kołowych K-3;

f. Przepisów oraz Polskich i Europejskich Norm obowiązujących w trakcie trwania Umowy;

g. Procedury P/05;

h. Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 3 stycznia 2013 r. w sprawie sposobu prowadzenia rejestru oraz sposobu oznakowania pojazdów kolejowych (tj. z dnia 11 kwietnia 2019 r.: Dz.U. z 2019 r. poz. 918 ze zm.);

przy czym, dokumentacja, o której mowa w lit. a i b jest nadrzędna w stosunku do dokumentacji z lit. d i e. Zamawiający wskazuje, że może wprowadzić w trakcie postępowania oraz realizacji umowy zmiany w DSU nie wpływające na zwiększenie zakresu prac Wykonawcy przy naprawie 4 poziomu utrzymania.

2. Ustala się, że w razie rozbieżności pomiędzy postanowieniami DSU i DTR a także Umowy, załącznikami do Umowy lub SWZ zastosowanie znajdą te postanowienia, które są korzystniejsze dla Zamawiającego.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Nie było sporne między Stronami postępowania odwoławczego, że występują rozbieżności w zapisach dokumentacji DSU i DTR co do zakresu czynności do wykonania w przypadku wirnika silnika pojazdów. Kluczowa kwestia odnosiła się do odpowiedzi na pytanie, czy Odwołujący był uprawniony do samodzielnego zastosowania reguły wprowadzonej w § 2 ust. 2 wzoru umowy, w której postanowiono, że „Ustala się, że w razie rozbieżności pomiędzy postanowieniami DSU i DTR a także Umowy, załącznikami do

Umowy lub SWZ zastosowanie znajdą te postanowienia, które są korzystniejsze dla Zamawiającego”.

Odwołujący nie zaprzeczał, że do kalkulacji przyjął, że wirnik nie podlegał będzie wymianie, co tłumaczył uzyskaniem pozytywnej opinii producenta silników. Odwołujący, dokonując kalkulacji czynności z wymianą i bez wymiany, uznał za opcję korzystniejszą (w rozumieniu „opcję tańszą”) dla Zamawiającego dokonanie przeglądu P4 bez wymiany.

W ocenie Izby Odwołujący nietrafnie dokonał wykładni zapisów § 2 wzoru umowy co do ustalonej hierarchii dokumentów. Celnie podkreślił na rozprawie Przystępujący, iż zapisy te ustalają regułę nadrzędności DSU i DTR nad pozostałymi dokumentami - Instrukcji określającej ogólne zasady eksploatacji i utrzymania pojazdów kolejowych spółki K- 1 oraz Instrukcji określającej metody i sposoby wykonywania pomiarów geometrycznych zestawów kołowych K-3. Natomiast postanowienia te nie zrównują ze sobą DSU i DTR, czyniąc ich postanowienia równoważnymi. Zapisy umowy w tym paragrafie nie dają odpowiedzi na pytanie, który z dokumentów pełni w postępowaniu rolę nadrzędną, wiodącą. Nie przesądzając, który z dokumentów ma charakter nadrzędy, Izbie wydaje się słusznie podejście, że decydujące znaczenie mają zapisy DSU, jako dokumentacji dotyczącej całego pojazdu, warunkującej dopuszczenie pojazdu do użytkowania. DTR, zawierająca opisy poszczególnych zespołów i podzespołów jest natomiast częścią DSU. W ocenie Izby treść tych dokumentów powinna być ze sobą zgodna. Jednocześnie wzór umowy nie ustalał precyzyjnych reguł czy procedur, kto, kiedy, w jaki sposób decyduje o nadrzędności jednego dokumentu wobec drugiego.

Wykonawcy winni zatem w całości stosować się tak do postanowień DSU, jak również do postanowień DTR, będącej częścią DSU. W przypadku rozbieżności między treścią tych dokumentów, Zamawiający wprowadził enigmatyczną zasadę, że zastosowanie znajdą te postanowienia, które są korzystniejsze dla Zamawiającego. Działanie Odwołującego byłoby prawidłowe, gdyby zwrócił się do Zamawiającego o rozpoczęcie ustaleń uznających wykonanie jakich czynności będzie dla Zamawiającego korzystniejsze. Odwołujący takich czynności nie podjął. Decyzję więc podjęto arbitralnie, podczas gdy umowa to zobowiązanie dwustronne, wymagające od jej stron współdziałania. W ocenie Izby Odwołujący nie był uprawniony do samodzielnego określenia, które rozwiązanie będzie dla Zamawiającego korzystniejsze. Odwołujący analizy dokonał jedynie w powiązaniu z ceną wykonania poszczególnych czynności, nie wzięto pod uwagę okoliczności, że Zamawiający może kierować się jeszcze innymi przesłankami niż tylko cena. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że przeprowadził rozmowy z producentem silnika i uzyskał jego zapewnienie, że wymiana wirnika nie jest konieczna jeszcze przed złożeniem oferty, stąd w taki sposób przedstawił cenę oferty. Korespondencja załączona do wyjaśnień ceny datowana jest po złożeniu ofert.

Odwołujący dokonał wyboru rozwiązania tańszego, tym samym ograniczył zakres zobowiązania, które określał OPZ i składające się na niego dokumenty. Prawidłowo zatem uznał Zamawiający, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SWZ. Odwołujący przyznał w wyjaśnieniach cenowych, że nie przewidział w cenie oferty wymiany rotoru, co znacząco odbiło się na możliwości obniżenia ceny oferty ale nie czyniło oferty zgodnej z oczekiwaniami Zamawiającego.

Nie zasługiwała na podzielenie argumentacja odwołania, że Zamawiający zdawał sobie sprawę z rozbieżności między treścią dokumentacji, otrzymał bowiem pytanie od jednego z wykonawców tuż przed terminem składania ofert. W tej kwestii dostrzeżenia wymaga, iż pytanie wpłynęło do Zamawiającego w takiej dacie, że nie był zobowiązany na nie odpowiadać. Pytanie odnosiło się do sytuacji jednego wykonawcy na rynku. Zamawiający nie musi antycypować, że taka sytuacja dotyczy innych, wielu czy jednego wykonawcy. Innych sygnałów co do istnienia rozbieżności lub problemów z terminem dostawy części zamiennych Zamawiający nie otrzymał.

Skoro Odwołujący przyznał, że wycenił czynności przeglądu P4 kierując się treścią DTR, z pominięciem konieczności wymiany wirnika, która wynikała z DSU i pominięciem kosztów tych czynności, uzasadniało to wysokość ceny jego oferty. Jednocześnie ze złożonych wyjaśnień cenowych wynikało, że oferta nie obejmuje zakresu wykonania przeglądów, jakiego oczekiwał Zamawiający i jaki był dla Zamawiającego podstawą szacowania wartości zamówienia. Po ogłoszeniu postępowania żaden z Wykonawców nie zwrócił się do Zamawiającego o ujawnienie tej wartości. Wycena nie była również kwestionowana przez Odwołującego ani w wyjaśnieniach, ani w odwołaniu. Po uzyskaniu wyjaśnień od Odwołującego i ich analizie, uprawniony w ocenie Izby był wniosek Zamawiającego, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do złożenia oferty z rażąco niską ceną. Oczywiście wysokość tej ceny wykonawca uzasadnił treścią wyjaśnień, ale w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia ocenić należało tę wycenę jako nieprawidłową. Dlatego też Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy Pzp w działaniach Zamawiającego, z których wynikało, że uznał on cenę oferty Odwołującego za noszącą znamiona ceny rażąco niskiej.

Na marginesie tylko podkreślenia wymaga, że twierdzenia Odwołującego z wyjaśnień, odwołania i rozprawy nie są spójne. Jak już zauważono w uzasadnieniu orzeczenia, korespondencja z producentem silników datowana jest po terminie składania ofert. Z pewnością nie dowodzi ona, że rozmowy o możliwości pominięcia wykonania czynności wymiany wirnika prowadzono przed złożeniem oferty. Przedstawiony materiał nie dowodzi także, że wysokość kwotowa oferty na czynności, które mają być wykonywane z udziałem producenta, znana była Odwołującemu przed złożeniem oferty. Sam Odwołujący

podał, że prowadził korespondencję na potrzeby postępowania wyjaśniającego. Zastanawiające zatem jest w jaki sposób Wykonawca skalkulował ofertę, skoro elementy kluczowe dla jej ceny ustalił już po terminie jej złożenia. Choć Izba nie ocenia szczegółowości i poprawności samych wyjaśnień, bowiem uznanie, że przyjęto błędne założenia, czyni je niemiarodajnymi dla Zamawiającego, to zauważyć należy, iż producent wspomina także, że wymiana może okazać się konieczna, jeśli stwierdzi się uszkodzenia podczas remontu. Wydaje się, że takie elementy w wyjaśnieniach i kalkulacji Odwołujący pominął.

Izba podziela także stanowisko Zamawiającego, że *„przyjmuje się w orzecznictwie, że błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia. Przez pojęcie błędu w obliczeniu ceny należy rozumieć każdy inny niż oczywista omyłka rachunkowa, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2 p.z.p., błąd w obliczeniu ceny. Błąd w obliczeniu ceny jest błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie wadliwie od strony technicznej wykonaną czynnością obliczenia ceny”*. Odwołujący błędnie ustalił zakres czynności w ramach przedmiotu zamówienia do wykonania, dlatego dokonał takiej, a nie innej wyceny. Była ona prawidłowa w odniesieniu do czynności, które zamierzał wykonać wykonawca, lecz w ujęciu oferta-przedmiot zamówienia zawierała błędy, których Zamawiający samodzielnie nie może naprawić. Stąd wniosek Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny uznać należało za prawidłowy.

W konsekwencji nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut odnoszący się do nieprawidłowego unieważnienia postępowania. Skoro w postępowaniu jedyną ważną ofertą pozostała ta, której cena przekraczała budżet Zamawiającego, zobowiązany był on do unieważnienia postępowania z zastosowaniem art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie został obarczony negatywnymi konsekwencjami istnienia rozbieżności pomiędzy zapisami DSU i DTR. Po pierwsze Zamawiający zamierza ogłosić kolejne postępowanie, w którym Wykonawca może wziąć udział. Po drugie po unieważnieniu postępowania Zamawiający podjął czynności zmierzające do eliminacji rozbieżności w dokumentacji, tak by każdy z Wykonawców nie miał wątpliwości co do zakresu rzeczowego zamówienia. Wówczas tylko złożone oferty będą porównywane, a Zamawiający będzie mógł wybrać ofertę najkorzystniejszą.

Reasumując, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....