

WYROK
z dnia 23 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2022 r. przez wykonawcę PESA Mińsk Mazowiecki S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni

przy udziale wykonawcy Serwis Pojazdów Szynowych sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w miejsc. Lisi Ogon zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego PESA Mińsk Mazowiecki S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego PESA Mińsk Mazowiecki S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim na rzecz zamawiającego PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni kwotę 4 135,00 zł (słownie: cztery tysiące sto trzydzieści pięć złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu: wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100), kosztów związanych z dojazdem na rozprawę w kwocie 518,00 zł

(słownie: pięćset osiemnaście złotych 00/100) oraz kosztów za inne uzasadnione wydatki tj. kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17,00 zł (słownie: siedemnaście złotych 00/100).

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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

PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (dalej: „Zamawiający” oraz „SKM”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wykonanie naprawy czwartego poziomu utrzymania P4 pojazdów kolejowych z prawem opcji obejmujące dwa zadania: Zadanie 1 – wykonanie naprawy poziomu P4 pojazdów kolejowych serii EN57AKM – 10 ezt z opcją 12 ezt, Zadanie 2 – wykonanie naprawy poziomu P4 na pojeździe kolejowym EN57-1718 (Numer referencyjny: SKMMU.086.46.22, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 września 2022 r. pod numerem 2022/S 184-522095.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

5 grudnia 2022 r. wykonawca PESA Mińsk Mazowiecki S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (dalej: „Odwołujący” oraz „PESA”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na wyborze oferty wykonawcy Serwis Pojazdów Szynowych sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w miejsc. Lisi Ogon (dalej: „SPS”) jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w zakresie Zadania 1, podczas gdy w rzeczywistości oferta SPS nie stanowi oferty najkorzystniejszej i powinna podlegać odrzuceniu z Postępowania, a w związku z powyższym zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania SPS do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy zgodnie z treścią punktu 5 formularza ofertowego złożonego w niniejszym Postępowaniu przez SPS, oferta nie uwzględnia zaangażowania wyspecjalizowanego, certyfikowanego podwykonawcy w zakresie wykonania czynności wskazanych na stronie 120 poz. 69 Dokumentacji Systemu Utrzymania (czynności przeglądowe w zakresie nastawnika jazdy) oraz czynności wskazanych na stronie 103 poz. 20 i 21 Dokumentacji Systemu Utrzymania (czynności przeglądowe w zakresie układu klimatyzacji), wobec czego uznać należy, iż koszty zaangażowania takiego podwykonawcy nie zostały uwzględnione w kalkulacji kosztów oferty, a zatem

- oferta nie uwzględnia wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SPS, podczas gdy cena złożonej oferty SPS jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 - 3) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SPS, która zawiera błędy w obliczeniu ceny i kosztów realizacji zamówienia w zakresie, w jakim SPS nie uwzględnił w cenie ofertowej wszystkich elementów cenowo i kosztotwórczych, wynikających z opisu przedmiotu zamówienia oraz wymagań określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”);
 - 4) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SPS, podczas gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie odnoszącym się do:
 - a) wymagania zaangażowania specjalistycznego, autoryzowanego podwykonawcy w zakresie wykonania czynności wskazanych na stronie 120 poz. 69 Dokumentacji Systemu Utrzymania (czynności przeglądowe w zakresie nastawnika jazdy),
 - b) wymagania zaangażowania specjalistycznego, autoryzowanego podwykonawcy w zakresie wykonania czynności wskazanych na stronie 103 poz. 20 i 21 Dokumentacji Systemu Utrzymania (czynności przeglądowe w zakresie układu klimatyzacji);a w związku z powyższymi zarzutami, nadto zarzucił naruszenie:
 - 5) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty SPS za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy w rzeczywistości oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a w konsekwencji udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru oferty SPS jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
 - b) odrzucenia oferty SPS z Postępowania, alternatywnie dokonania wezwania SPS w trybie 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty;
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, na podstawie norm przepisanych.

W treści uzasadnienia zarzutów odwołania wykonawca PESA wskazał, że w jego ocenie dokonana przez Zamawiającego czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty SPS jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp powołanymi w odwołaniu. Odwołujący podkreślił, że przedmiot świadczenia wykonawcy czynności utrzymania taboru kolejowego na poziomie postanowień umowy jest regulowany w sposób generalny. Szczegółowy wykaz czynności określają natomiast dokumenty opracowane dla konkretnego typu i użytkownika pojazdu tj.: Dokumentacja Systemu Utrzymania (dalej: „DSU”) oraz powołana w niej Dokumentacja Techniczno-Ruchowa, przy czym z punktu widzenia procesu utrzymania kluczową regulację stanowi DSU. Odwołujący zaznaczył, że znajduje to wyraz w postanowieniach Projektu umowy, która ma być zawarta w wyniku rozstrzygnięcia Postępowania (§ 3 ust. 1) oraz w komplementarnej regulacji zawartej w Załączniku nr 2 do projektu umowy.

Wykonawca PESA podniósł, że analiza przedmiotowej DSU, która bezpośrednio determinuje parametry przedmiotu świadczenia objętego zamówieniem w Postępowaniu prowadzi do wniosku, iż wymaganym jest, by wykonawca zaangażował do wykonania swych prac specjalistycznego, autoryzowanego podwykonawcę w zakresie wykonania czynności wskazanych na stronie 120 poz. 69 DSU (czynności przeglądowe w zakresie nastawnika jazdy) oraz czynności, o których mowa na stronie 103 poz. 20 i 21 DSU (czynności przeglądowe w zakresie układu klimatyzacji). Odwołujący podkreślił, że SPS w punkcie 5 złożonego formularza ofertowego wskazał katalog czynności objętych zleceniem do podwykonawców. W ocenie wykonawcy PESA treść przedmiotowego oświadczenia wykonawcy nie pozostawia wątpliwości, iż lista podwykonawców opracowana przez SPS ma charakter katalogu zamkniętego (opracowana została jako wyczerpująca). SPS przewidział zatem zaangażowanie podwykonawców w następujących obszarach techniki: sprzęgi czołowe, silniki elektryczne, wyłączniki szybkie, sprężarki powietrza, układ hamulcowy, układy napędowe, przekładnie osiowe i dławiki sieciowe. Odwołujący podniósł, że wykonawca SPS nie przewidział natomiast zaangażowania wyspecjalizowanych autoryzowanych podwykonawców w ramach wykonania czynności przeglądowych w zakresie nastawnika jazdy (strona 120 poz. 69 DSU) oraz w zakresie układu klimatyzacji (strona 103 poz. 20 i 21 DSU).

Wobec powyższego zdaniem Odwołującego ofertę SPS należy uznać za:

- 1) niezgodną z warunkami zamówienia, gdyż jak bowiem wynika z przytoczonych wyżej postanowień SWZ wykonawca winien zapewnić w wymaganym na gruncie DSU zakresie zaangażowanie w czynności utrzymania taboru podmiotów posiadających szczególne kwalifikacje. Wypełniając formularz ofertowy w jego punkcie 5 w sposób jednoznacznie wskazujący, iż wykonawca zidentyfikował już wszystkich swoich podwykonawców, SPS nie wykazał, w żaden sposób, iż przewidział wykonanie

czynności przeglądowych układu klimatyzacji oraz nastawnika jazdy przez uprawnione do tego podmioty.

- 2) obarczoną rażąco niską ceną poprzez nieuwzględnienie przez SPS w cenie oferty kosztów zaangażowania wyspecjalizowanych certyfikowanych podwykonawców w pełnym wymaganym zakresie zamówienia zakresie. SPS przedstawiając w punkcie 5 formularza ofertowego zamknięty katalog zaangażowanych podwykonawców nie wykazał, że cena jego oferty ma charakter rynkowy i obejmuje wszystkie wymagane zakresem zamówienia koszty, w tym koszty zaangażowania w wymaganym zakresie wyspecjalizowanych, certyfikowanych podwykonawców dla wszystkich wymaganych w DSU obszarów techniki pojazdu. Ponadto pomimo niekompletności wykazu podwykonawców ujętych w ofercie SPS Zamawiający zaniechał prawidłowego badania oferty SPS, które w tym wypadku powinno przyjąć formę wezwania do wyjaśnień oferty w trybie przepisu art. 224 ust. 1 Pzp.

W konsekwencji – w ocenie wykonawcy PESA – oferta SPS winna podlegać odrzuceniu z uwagi na treść art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Pzp, jako niezgodna z warunkami zamówienia, zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

19 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Serwis Pojazdów Szynowych sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w miejsc. Lisi Ogon (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem III ust. 1 SWZ „Przedmiotem zamówienia jest naprawa poziomu P4 obejmująca dwa zadania: Zadanie 1 – wykonanie naprawy poziomu P4 pojazdów kolejowych serii EN57AKM w ilości 10 szt z opcją rozszerzenia do 12 szt. Gwarantowany zakres zamówienia stanowi wykonanie naprawy poziomu P4 na 10 szt. szt. natomiast zakres zamówienia w zakresie Zadania 1 objęty prawem opcji stanowi naprawa maksymalnie 2 szt. szt, Zadanie 2 – wykonanie naprawy poziomu P4 na pojeździe kolejowym EN57-1718”.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Projekcie umowy stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ (Rozdział III ust. 6 SWZ).

W § 1 ust. 2 Projektu umowy Zamawiający wprowadził definicje pojęć użytych w dalszej części umowy i wskazał w lit. c „DSU – Dokumentacja Systemu Utrzymania Elektrycznego Zespołu Trakcyjnego” oraz w lit. d „DTR – Dokumentacja Techniczno-Ruchowa Elektrycznego Zespołu Trakcyjnego lub jego podzespołu”.

Stosownie do brzmienia § 3 ust. 1 Projektu umowy „Szczegółowy opis czynności i wymaganych parametrów technicznych, zgodnie z którymi ma być realizowany przedmiot umowy, znajduje się w DSU, DTR i dokumentacji konstrukcyjnej. W opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 2 do niniejszej umowy znajduje się dodatkowy wykaz prac do wykonania przez Wykonawcę”.

Z kolei w myśl postanowień zawartych w opisie przedmiotu zamówienia dla Zadania 1 (Załącznik nr 2 do Umowy) „1. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie

czynności naprawczych poziomu P4 dziesięciu z możliwością rozszerzenia do dwunastu elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN57 o symbolu EN57AKM. 2. Wykonawca wykona naprawę w zakresie wynikającym z Dokumentacji Systemu Utrzymania pojazdów (DSU) zatwierdzonej decyzją nr T/2010/0497 oraz Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR)".

Na stronie 103 DSU zostały wskazane następujące czynności: „Wymontowane przyrządy i urządzenia klimatyzacji po wykonaniu czynności naprawczych zbadać na stanowiskach probierczych zgodnie z wymaganiami i przepisami dla odpowiednich urządzeń, spełniające wymagania zamontować w pojeździe” (poz. 20) oraz „Filtry klimatyzacji i czynnik chłodzący wymienić na nowe. Chłodnicę oczyścić i dokonać odgrzybiania”. Natomiast na stronie 120 DSU w poz. 69 zawarto następujące czynności „Nastawnik jazdy oddać do naprawy i regulacji u producenta lub innego zakładu specjalistycznego posiadającego autoryzację producenta”.

21 października 2022 r. SKM dokonała otwarcia ofert złożonych w Postępowaniu oraz poinformowała, iż na sfinansowanie zamówienia dla Zadania 1 zamierza przeznaczyć w zakresie gwarantowanym (10 szt. EN57AKM) – kwotę 18 450 000,00 zł brutto, natomiast w zakresie objętym prawem opcji (2 szt. EN57AKM) – kwotę 3 690 000,00 zł brutto.

W Postępowaniu dla Zadania 1 zostały złożone dwie oferty:

- 1) wykonawcy PESA Mińsk Mazowiecki S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim za łączną cenę brutto za gwarantowany zakres zamówienia 18 179 400,00 zł (w tym ofertowana cena brutto za naprawę poziomu utrzymania P4 na 1 ezt wynosi 1 817 940,00 zł) oraz za łączną cenę brutto za zakres zamówienia objęty prawem opcji w kwocie 3 635 880,00 zł;
- 2) wykonawcy Serwis Pojazdów Szynowych sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w miejsc. Lisi Ogon za łączną cenę brutto za gwarantowany zakres zamówienia 15 375 000,00 zł (w tym ofertowana cena brutto za naprawę poziomu utrzymania P4 na 1 ezt wynosi 1 537 500,00 zł) oraz za łączną cenę brutto za zakres zamówienia objęty prawem opcji w kwocie 3 075 000,00 zł.

W pkt 5 formularza ofertowego wykonawca SPS wskazał:

„5. ~~Gałość zamówienia zamierza wykonać samodzielnie *~~

Następujące części zamówienia zamierzam zlecić podwykonawcom **”. Następnie w tabeli w kolumnie nr 1 pn. „Wskazanie części zamówienia, które Wykonawca zamierza zlecić podwykonawcy” Przystępujący wpisał w wierszach 1-8: sprzęgi czołowe, silniki elektryczne, wyłączniki szybkie, sprężarki powietrza, układ hamulcowy, układy napędowe,

przekładanie osiowe, dławiki sieciowe, a ponadto w kolumnie nr 2 podał nazwy wykonawców.

Wykonawca PESA w pkt 5 formularza ofertowego wskazał:

„5. ~~Gałość zamówienia zamierza wykonać samodzielnie *~~

Następujące części zamówienia zamierzam zlecić podwykonawcom **” Kolejno w tabeli w kolumnie nr 1 pn. „Wskazanie części zamówienia, które Wykonawca zamierza zlecić podwykonawcy” Odwołujący wpisał: „Zadanie numer 1 i zadanie numer 2 – Naprawa niektórych podzespołów wskazanych w dokumentacji”, z kolei w kolumnie nr 2 pn. „Nazwa wykonawcy” zawarł „Zadanie numer 1 i zadanie numer 2 – Nie są wiadome na tym etapie”.

Pismem z dnia 24 listopada 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Serwis Pojazdów Szynowych sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w miejsc. Lisi Ogon w zakresie Zadania 1.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny”.

Z kolei w myśl art. 17 ust. 2 ustawy Pzp „Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”.

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

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...); 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (...); 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia; (...); 10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu; (...)”.

Art. 239 ustawy Pzp stanowi, że „1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem”.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty odwołania i tym samym należy uznać, iż Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu w zakresie Zadania 1 bez naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności koniecznym jest podkreślenie, że zarzuty odwołania opierają się wyłącznie na gołosłownych twierdzeniach wykonawcy PESA, niepopartych żadnymi dowodami i wywiedzionych jedynie na podstawie danych zawartych w pkt 5 formularza ofertowego Przystępującego tj. informacji o tym jakie części zamówienia Przystępujący zamierza powierzyć podwykonawcom. Odwołujący wywodzi, że rzeczona lista podwykonawców ma charakter zamknięty i nie uwzględnia kwestionowanych czynności przeglądowych w zakresie układu klimatyzacji (poz. 20 i 21 na stronie 103 DSU) oraz w zakresie nastawnika jazdy (poz. 69 na stronie 120 DSU). Powyższe stanowi jednak wyłącznie przypuszczenia Odwołującego. Wobec tego, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej wypracowaną zarówno na gruncie nieobowiązującej już ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) jak i aktualnie obowiązującej ustawy Pzp, podanie zakresu prac, które będą wykonywane przez podwykonawcę ma charakter wyłącznie informacyjny i nie stanowi treści oferty sensu stricto, nie sposób twierdzić, że określone elementy zamówienia nie zostały zaoferowane czy też oszacowane przez Przystępującego. Wnioski wyciągane przez wykonawcę PESA ze złożonej listy podwykonawców prowadzące do uznania, że oferta SPS jest niezgodna z warunkami zamówienia, zawiera rażąco niską cenę oraz błąd w obliczeniu ceny są daleko idące i nie znajdują poparcia w obowiązujących przepisach prawa.

W wyroku z dnia 10 lutego 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 215/22 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „Wskazanie przez wykonawcę firm podwykonawców stanowi informację wtórną, gdyż na etapie realizacji zamówienia może dojść do zmiany takiego podmiotu. Przepisy nie przewidują żadnych sankcji za brak wskazania podwykonawców w ofercie, tym bardziej że ewentualny wymóg podania informacji o podwykonawcach w ofercie dotyczy tylko tych, którzy są znani na etapie składania ofert. Ustawa nie przewiduje także niedopuszczenia podwykonawstwa na etapie wykonywania umowy, nawet gdyby w treści oferty wskazano wykonanie zamówienia wyłącznie siłami własnymi. Zatem, nie można wobec wykonawcy, który nie podał wcale lub nie podał wyczerpującej listy firm podwykonawców wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty,

w tym w szczególności na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa Zamówień Publicznych” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2018 r. o sygn. akt KIO 1073/18 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2017 r. o sygn. akt KIO 2336/17). Brzmienie art. 462 ust. 2 ustawy Pzp wprowadzające fakultatywne wymaganie żądania informacji o części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, jeżeli są już znani, przesądza o jego informacyjnym charakterze. Tym samym, wprowadzanie przez wykonawcę zmian w zakresie podwykonawstwa po terminie składania ofert należy uznać za dopuszczalne, o ile tylko nie stoi w sprzeczności z wymaganiami zamawiającego w zakresie osobistego wykonania zamówienia (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2022 r. o sygn. akt KIO 2340/22).

Mając na uwadze przytoczone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zasadnym jest przyjęcie, że brak w ofercie informacji dotyczącej części zamówienia, jaką wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, nie stanowi o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, a w konsekwencji nie występuje przesłanka do odrzucenia oferty określona w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Należy podkreślić, że ustawa Pzp nie przewiduje żadnych sankcji za brak wskazania podwykonawców w ofercie, tym bardziej że ewentualny wymóg podania informacji o podwykonawcach w ofercie dotyczy tylko tych, którzy są znani na etapie składania ofert. Jeśli bowiem decyzja o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy oraz wskazanie podwykonawcy mogą nastąpić przed przystąpieniem do wykonania umowy, a nawet w trakcie wykonywania umowy, to tym bardziej wykonawca nie jest zobowiązany ustawą do tego, aby wskazanie takie nastąpiło już w ofercie i miało charakter wiążący (tak: D. Grześkowiak-Stojek [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2022).

Nadto biorąc pod uwagę okoliczności rozpoznawanej sprawy całkowicie niezrozumiałe jest stanowisko Odwołującego, który stawia szereg zarzutów wobec oferty Przystępującego jedynie w oparciu o twierdzenie, iż – zgodnie z treścią pkt 5 formularza ofertowego – nie uwzględnia ona zaangażowania wyspecjalizowanego, certyfikowanego podwykonawcy w zakresie wykonania czynności przeglądowych nastawnika jazdy oraz układu klimatyzacji, w sytuacji gdy sam wykonawca PESA w złożonym formularzu ofertowym w pkt 5 przyznał, że zamierza zlecić podwykonawcom naprawę niektórych podzespołów wskazanych w dokumentacji, ale w ogóle nie skonkretyzował o jakie podzespoły chodzi ani nie podał nazw podwykonawców argumentując, iż na etapie składania oferty nie są one wiadome. Wykonawca PESA w odniesieniu do złożonego przez siebie oświadczenia o podwykonawcach respektuje zatem zaprezentowany dorobek orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej jednocześnie odmawiając jego zastosowania wobec oferty Odwołującego. Nawiązując do zasady równego traktowania wykonawców nie można zatem uznać, że

zasadne byłoby odrzucenie oferty wykonawcy SPS z uwagi na niewskazanie w formularzu ofertowym kwestionowanych czynności.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że Przystępujący podczas rozprawy przedłożył świadectwo autoryzacji wystawione przez producenta systemów klimatyzacji pojazdów JMN40 dla wykonawcy SPS i tym samym wykazał, iż posiada autoryzację na wykonanie czynności w zakresie układów klimatyzacji (poz. 20 i 21 na stronie 103 DSU). Odnosząc się natomiast do czynności przeglądowych w zakresie nastawnika jazdy (poz. 69 na stronie 120 DSU) wykonawca SPS wyjaśnił, że zostały one ujęte w pkt 5 formularza ofertowego w pozycji „Układy napędowe” i złożył ofertę handlową firmy Medcom sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (tajemnica przedsiębiorstwa), która potwierdza wykonanie wyżej wymienionych czynności przy pomocy podwykonawcy.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów odwołania koniecznym jest podkreślenie, że wykonawca PESA nie wykazał ani okoliczności uzasadniających wezwanie Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, ani też tym bardziej okoliczności, które wskazywałyby, że zaoferowana przez wykonawcę SPS cena jest rażąco niska. W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przypadku rozpoznania zarzutu rażąco niskiej ceny, czy też zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (vide: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bądź też że cena nie budzi wątpliwości, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Skład orzekający w tej sprawie podziela prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, bądź zaniechania do wezwania w zakresie wyjaśnienia zaoferowanej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Innymi słowy treść art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerwania na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodu (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 26 kwietnia 2022 r. o sygn. akt KIO 719/22 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2019 r. o sygn. akt KIO 2617/18).

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy należy zauważyć, że Odwołujący nie kwestionuje realności ceny całkowitej oferty SPS. Wykonawca PESA nie wykazał, że zrealizowanie zamówienia w zaoferowanej przez Przystępującego cenie nie możliwe. Zarzut odwołania sprowadza się do twierdzenia, że Przystępujący nie oszacował kosztu prac wymienionych w poz. 20 i 21 na stronie 103 DSU oraz w poz. 69 na stronie 120 DSU, jednak – jak słusznie podniósł Zamawiający podczas rozprawy – Odwołujący nie wskazuje jaki procent ceny stanowią kwestionowane elementy, co nie pozwala na ustalenie jaki mogłyby one mieć wpływ na zaoferowaną przez SPS cenę. Nadto wykonawca PESA całkowicie pomija okoliczność, iż Zamawiający przyjął za realizację zamówienia wynagrodzenie ryczałtowe, oraz że deklaracja co do podwykonawstwa składana na etapie ofertowania ma jedynie walor informacyjny. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił okoliczności, które spowodowały dlaczego uznał, że brak jest konieczności zastosowania wobec wykonawcy SPS procedury wyjaśnień dotyczącej rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie również przesłanki odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W szczególności SKM stwierdziła, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest ceną rynkową, możliwą do uzyskania, mającą potwierdzenie w innych, rozstrzygniętych postępowaniach.

W tym stanie rzeczy, mając na uwadze, iż omówione powyższej zarzuty odwołania podlegały oddaleniu, Izba stwierdziła, iż nie potwierdziły się również zarzuty nr 3 i 5 petitum odwołania, które zostały oparte na tożsamych podstawach faktycznych i stanowiły konsekwencję zarzucanych naruszeń.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a), b) i d) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący: