

Sygn. akt: KIO 2522/22

WYROK
z dnia 12 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Irmina Pawlik**
 Aleksandra Patyk
 Michał Pawłowski

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2022 r. przez wykonawcę PESA Mińsk Mazowiecki Spółka Akcyjna z siedzibą w Mińsku Mazowieckim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Koleje Śląskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach

przy udziale wykonawcy Public Transport Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego PESA Mińsk Mazowiecki Spółka Akcyjna z siedzibą w Mińsku Mazowieckim i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego PESA Mińsk Mazowiecki Spółka Akcyjna z siedzibą w Mińsku Mazowieckim na rzecz zamawiającego Koleje Śląskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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 (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych 6 szt. pojazdów 27WEb wraz z wykonaniem prac dodatkowych” (nr ref.KS/ZP/11/2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 czerwca 2022 r. nr 2022/S 109-309361. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 26 września 2022 r. wykonawca PESA Mińsk Mazowiecki Spółka Akcyjna z siedzibą w Mińsku Mazowieckim wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty w ww. postępowaniu oraz wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Public Transport Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez:

- a) wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny zaoferowanej w postępowaniu, mimo iż w stanie faktycznym sprawy nie zaistniały przewidziane prawem przesłanki dla skorzystania przez Zamawiającego z instytucji przedmiotowego wezwania, w szczególności zaś takich przesłanek nie stanowiły okoliczności podniesione przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 28.07.2022 r. odnoszące się do treści Formularza ofertowego i dokumentu JEDZ złożonych przez Odwołującego z ofertą,
- b) nadużycie przez Zamawiającego instytucji badania tzw. rażąco niskiej ceny dla uzyskania przez Zamawiającego dodatkowych dokumentów i informacji, które nie były żądane od wykonawców w postępowaniu na podstawie SWZ oraz wykorzystanie przez Zamawiającego uzyskanych wyjaśnień mających rzekomo stanowić wyjaśnienie rażąco niskiej ceny dla celu innego, niż tego, któremu służą one zgodnie z przepisami prawa;
- c) naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że wyłącznie oferta Odwołującego powinna podlegać wyjaśnieniom w kontekście zaoferowanej ceny w związku z informacjami na temat podwykonawstwa zawartymi w Formularzu ofertowym i dokumencie JEDZ złożonymi przez Odwołującego z ofertą, podczas gdy wskazywane przez Zamawiającego

okoliczności winny wzbudzić analogiczne wątpliwości w odniesieniu również do oferty złożonej przez wykonawcę PTS;

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 16 ustawy 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 wszystkich kosztów pozwalających na wykonanie zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, w zakresie opisanym przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 15.09.2022 r., podczas gdy w rzeczywistości 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 5 w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego wskutek uznania, że oferta Odwołującego nie odpowiada wynikającym z SWZ warunkom zamówienia i jest niezgodna z wymaganiami SWZ, w zakresie opisanym przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 15.09.2022 r., podczas gdy w rzeczywistości oferta złożona w postępowaniu jest w pełni zgodna z warunkami zamówienia, w szczególności określonymi treścią SWZ,
4. art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień (w tym ewentualnych dowodów) w przedmiocie ceny zaoferowanej przez Odwołującego w postępowaniu oraz treści oferty Odwołującego, mimo iż treść wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny miała charakter ogólny, wobec czego w przypadku, w którym Zamawiający powziął ewentualne wątpliwości w przedmiocie okoliczności szczegółowych objętych wyjaśnieniami, zobowiązany był do wyczerpania procedury uzupełniającego wezwania wykonawcy do dalszych wyjaśnień, w szczególności biorąc pod uwagę, że powołane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 15.09.2022 r. twierdzenia o rzekomej niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia czy rzekomym nieuwzględnieniu w ofercie wszystkich kosztów realizacji zamówienia odnosiły się do elementów o niewielkiej relacji do wartości realizacji całego zamówienia;

w konsekwencji naruszenie również:

5. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty PTS za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy w rzeczywistości oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a w konsekwencji udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty PTS jako najkorzystniejszej w postępowaniu, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, dokonania powtórnego badania i oceny ofert w postępowaniu, wezwania wykonawcy PTS do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny zaoferowanej w postępowaniu, względnie w przedmiocie treści złożonej oferty. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W odwołaniu przedstawiono przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, w tym omówiono skierowane do Odwołującego przez Zamawiającego wezwanie do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty oraz treść zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego. Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący podniósł w szczególności, iż w przedmiotowej sprawie nie zaistniały w ogóle podstawy do kierowania przez Zamawiającego do Odwołującego wezwania do złożenia tzw. wyjaśnień rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego różniła się ceną o zaledwie 15,34% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz o 11,5% od ceny drugiej ze złożonych ofert. Już sama jej wartość nie pozwala zatem racjonalnie przyjąć, jakoby Odwołujący w sposób nieuprawniony zaniżył wartość swojej oferty poniżej kosztów pozwalających na prawidłową realizację zamówienia. Cena zaoferowana przez Odwołującego jest przy tym wyższa aniżeli oferowana przezeń w przeszłości dla analogicznego przedmiotu zamówienia dla tej samej serii sześcioczęściowych pojazdów, na co Odwołujący wskazywał Zamawiającemu w treści złożonych wyjaśnień. Za uzasadniające zastosowanie przez Zamawiającego instytucji wyjaśnień ceny ofertowej z art. 224 ustawy Pzp zdaniem Odwołującego nie można uznać również okoliczności podniesionych przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 28.07.2022 r., odnoszących się do treści Formularza ofertowego i dokumentu JEDZ złożonych przez Odwołującego z ofertą, w których Odwołujący w sekcji Formularza ofertowego „Wykonawca ubiegający się o udzielenie Zamówienia niniejszym wskazuje części Zamówienia, jakie zamierza powierzyć podwykonawcy:” wpisał „Nie dotyczy”, a w dokumencie JEDZ dla sekcji o treści „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?” zaznaczył odpowiedź „Nie”, zaś dla sekcji o treści „Wykonawca zamierza ewentualnie zlecić podwykonawcom następującą część (procentową) zamówienia:” wpisał „0%”.

Odwołujący podkreślił, że instytucja wyjaśnień z art. 224 ustawy Pzp nie może być stosowana przez Zamawiającego w sposób dowolny, na jego życzenie, a wyłącznie w sytuacjach, gdy zgodnie z tym przepisem cena zaoferowana w postępowaniu rzeczywiście

obiektywnie uzasadnia powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co do tego, czy nie jest ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i możliwości jego wykonania zgodnie z wymaganiami. Okoliczności powołane przez Zamawiającego, nie odnoszące się w rzeczywistości do ceny zaoferowanej przez Odwołującego, zmierzać mogły zatem co najwyżej do skorzystania z instytucji wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ustawy Pzp, w ramach której to procedury Zamawiający np. mógł zapytać Odwołującego, z jakich przyczyn ten w taki, a nie inny sposób wypełnił te właśnie fragmenty Formularza ofertowego i dokumentu JEDZ. Wówczas też Zamawiający uzyskałby proste wyjaśnienie takiego właśnie sposobu wypełnienia ww. dokumentów, które Odwołujący przedstawił na str. 4-5 wyjaśnień z dnia 12.08.2022 r. Zamawiający jednak zdawał sobie zapewne sprawę z tego, że w takim przypadku nie będzie on uprawniony do żądania od Odwołującego przedłożenia dodatkowych informacji, dokumentów czy wykazów, których nie przewidział jako podlegające złożeniu przez wykonawców w ramach postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący wskazał w tym zakresie na § 2 ust. 22 wzoru umowy, podnosząc iż Zamawiający przewidział, że dane dotyczące konkretnych podmiotów zewnętrznych, do których kierowane zostaną do naprawy poszczególne podzespoły, wykonawca będzie zobowiązany przedstawić dopiero na etapie realizacji zamówienia.

Dalej Odwołujący wskazał, iż gdyby istotnie informacje zawarte w ww. sekcjach Formularza ofertowego i dokumentu JEDZ uznawać za uzasadnione źródło powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do kalkulacji ceny ofertowej wykonawcy i podstawę zastosowania przezeń instytucji tzw. wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wówczas analogiczne wezwanie Zamawiający winien był skierować również do wykonawcy PTS, którego cena ofertowa była niższa o 4,3% od szacunkowej wartości zamówienia oraz w której wykonawca ten wskazał, że „Firmy podwykonawców nie są jeszcze znane” oraz że procentowy udział podwykonawców w wykonaniu zamówienia to ok. 28%. Wynika z tego, że wykonawca ten założył wprawdzie jakiś zakres podwykonawstwa, ale nie wiadomo, jaki konkretnie (w tym wykonawca nie wie jeszcze, komu konkretnie powierzy poszczególne czynności, mimo wymogu Zamawiającego, aby przy realizacji zamówienia wykonawca korzystał z producentów podzespołów lub autoryzowanych serwisów producentów podzespołów) i czy odnosi się on do wszystkich niezbędnych podzespołów. Skoro natomiast Zamawiający wskazał, że jego decyzja o skierowaniu do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień podyktowana była tym, że wykonawca powinien przy realizacji zamówienia korzystać z producentów podzespołów lub autoryzowanych serwisów producentów podzespołów, ww. informacja zawarta w ofercie drugiego z wykonawców winna była racjonalnie skłonić Zamawiającego do skierowania do PTS analogicznego zapytania co do tego, w jaki sposób podmiot ten skalkulował swoją ofertę. Tak się jednak nie stało, co Odwołującemu stało się

znane dopiero po rozstrzygnięciu z dnia 15.09.2022 r., kiedy to Zamawiający udostępnił Odwołującemu korespondencję z wykonawcami w Postępowaniu za okres po złożeniu ofert

W ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się w przedmiotowym zakresie naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości, stosując wyłącznie wobec Odwołującego podwyższone, nadmiarowe reżimy badania jego oferty, mimo analogicznej sytuacji obydwu wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Powyższe wskazuje również, że okoliczności opisane w wezwaniu Zamawiającego z dnia 28.07.2022 r. nie były rzeczywistymi przyczynami uzasadniającymi zastosowanie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do Odwołującego. W rzeczywistości stanowiły one jedynie pozór i pretekst dla Zamawiającego do niezgodnego z prawem i warunkami zamówienia zażądania od Odwołującego szerszego niż wymagany SWZ zakresu informacji i dokumentów co do zakładanego przez Odwołującego sposobu realizacji zamówienia. Odwołujący zaznaczył również, że celem i funkcją tzw. wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jak wynika z brzmienia art. 224 Pzp, jest uzyskanie przez zamawiającego (na skutek racjonalnie uzasadnionych wątpliwości w tym zakresie) wiedzy co do kosztów założonych przez wykonawcę w ofercie i potwierdzenie w ich skutek, że cena oferty wykonawcy nie została zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia i możliwości jego wykonania. Wyjaśnienia w tym przedmiocie ze swojej definicji skupiają się zatem na prezentacji kwestii kosztów ponoszonych przez wykonawcę w kontekście ceny zaoferowanej przez niego w postępowaniu. Treść wyjaśnień determinuje również treść samego zapytania, które do wykonawcy skieruje zamawiający. W niniejszym zaś przypadku treść wezwania z dnia 28.07.2022 r. miała charakter ogólny. Jak obrazuje natomiast treść zawiadomienia z dnia 15.09.2022 r. i fakt zaniechania skierowania przez Zamawiającego analogicznego wezwania wykonawcy PTS do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny, uzyskane przez Zamawiającego wyjaśnienia Odwołującego stanowiły asumpt nie do dokonania badania oferty Odwołującego pod kątem jej rynkowości, w ramach wyznaczonych skierowanym zapytaniem, ale do dokonania jej wypaczonej oceny w stopniu wykraczającym poza treść ogólnikowego zapytania, które Zamawiający skierował do Odwołującego, i poza wymogi SWZ oraz przepis art. 224 ustawy Pzp, a następnie jej arbitralnego odrzucenia, pomimo obiektywnej zgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia i brakiem obarczenia jej tzw. rażąco niską ceną. Ponadto zdaniem Odwołującego Zamawiający dopuścił się nadużycia instytucji badania tzw. rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ustawy Pzp oraz podstawowych zasad prowadzenia postępowania, w tym zasady przejrzystości, która wymaga przewidywalności działań zamawiającego dla wykonawców decydujących się na złożenie oferty. Czynności zamawiających powinny być bowiem podejmowane bez uprzedzeń czy ukrytych (nie wyrażonych wprost) intencji, a wyłącznie dla zapewnienia

prawidłowego przebiegu i rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia oraz z zachowaniem równorzędnej pozycji wykonawców.

Odwołujący wyjaśnił jednocześnie, że nie kwestionował on odwołaniem wystosowania przez Zamawiającego wezwania z dnia 28.07.2022 r. bezpośrednio po jego otrzymaniu, jako że dopiero wskutek zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 15.09.2022 r. ziściły się przesłanki do skorzystania przez Odwołującego ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania. W szczególności, dopiero z tym momentem Odwołujący doznał szkody wskutek naruszenia przez Zamawiającego powołanych niniejszym pismem przepisów prawa, polegającej na odrzuceniu jego oferty z postępowania. Zamawiający do momentu rozstrzygnięcia postępowania mógł nadto samodzielnie uznać w toku dalszego badania ofert, że jego wezwanie miało charakter nadmiarowy i z tego względu nie należy go uwzględniać przy rozstrzygnięciu postępowania. Również dopiero treść zawiadomienia z dnia 15.09.2022 r. i udostępnienie Odwołującemu pełnej dokumentacji postępowania za okres po składaniu ofert ujawniły, jaka była faktyczna intencja działania Zamawiającego w przedmiotowym zakresie i że w rzeczywistości Zamawiający nadużył instytucji tzw. wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Również dopiero po zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 15.09.2022 r. Odwołujący powziął informację, że Zamawiający nie kierował analogicznego wezwania do złożenia wyjaśnień do wykonawcy PTS, co potwierdziło naruszenie przez Zamawiającego powołanych przepisów i zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania

Uzasadniając zarzut dotyczący niezgodności oferty Odwołującego z wymaganiami SWZ w zakresie dotyczącym wykonania przeglądu podzespołu opisanego przez Zamawiającego w pkt. 2 ppkt 1 na str. 5 zawiadomienia z dnia 15.09.2022 r., Odwołujący powołał się na powyższą argumentację i zauważył, że Zamawiający nie ocenił ceny ofertowej Odwołującego w przedmiotowym zakresie jako nierealnej czy rażąco niskiej (wskazując, że podstawą decyzji o odrzuceniu oferty jest wyłącznie rzekoma niezgodność oferty Odwołującego z wymaganiami SWZ). Odwołujący podniósł, iż Zamawiający związany jest treścią swojego rozstrzygnięcia i powołanego w nim uzasadnienia prawnego i faktycznego i nie może na obecnym etapie postępowania uzasadnienia tego modyfikować (rozszerzać). Wskazał, że element, którego dotyczy pkt 2 ppkt 1 na str. 5 zawiadomienia z dnia 15.09.2022 r., stanowi ok. 0,03-0,05% całej ceny ofertowej wykonawcy. Jego wycena uwzględniona została w ramach poz. 19 kalkulacji stanowiącej Załącznik nr 1 do wyjaśnień Odwołującego z dnia 12.08.2022 r., jako jeden z elementów ujętych zbiorczo w tej pozycji. Wobec powyższych okoliczności, faktu, że Zamawiający sformułował swoje wezwanie w przedmiocie złożenia tzw. wyjaśnień rażąco niskiej ceny w sposób ogólny oraz wobec celu przepisu art. 224 Pzp, na który powołał się Zamawiający, w przygotowywanych

wyjaśnieniach Odwołujący w sposób oczywisty i uprawniony koncentrował się zatem na przedstawieniu Zamawiającemu wyjaśnień i dowodów co do kosztów (ich rodzajów i poziomów), jakie wiążą się z m.in. przeglądami/wymianami/naprawami poszczególnych rodzajów podzespołów pojazdów, w stopniu adekwatnym do treści otrzymanego zapytania. Na rynku funkcjonuje zaś szereg podmiotów, które zajmują się (dla różnych pojazdów) przeglądami podzespołów takich, jak omawiany w pkt. 2 ppkt 1 na str. 5 zawiadomienia z dnia 15.09.2022 r. Oferty tych podmiotów kształtują się na podobnym poziomie cenowym w kontekście całkowitych kosztów realizacji zamówienia. Odwołujący, który wykonuje tożsame jak objęte postępowaniem usługi dla szeregu rodzajów elektrycznych zespołów trakcyjnych i innych pojazdów szynowych, stale dysponuje katalogiem aktualnych ofert takich podmiotów, gromadząc je w ramach swojego know-how jako dossier kosztów przeglądów omawianego podzespołu (podobnie czyni również w odniesieniu do innych podzespołów). Wyłącznie omyłkowo, a jednocześnie kierując się tym, że celem wyjaśnień miało być wykazanie ceny zaoferowanej w postępowaniu (a nie prezentowanie Zamawiającemu wiążącej listy nazw podmiotów, do których wykonawca będzie kierował poszczególne podzespoły – bo tę wykonawca zobowiązany był przekazać Zamawiającemu zgodnie z Wzorem Umowy dopiero na etapie realizacji zamówienia), pracownik Odwołującego przygotowujący wyjaśnienia z dnia 12.08.2022 r. załączył do nich ofertę pochodzącą od podmiotu wskazanego z nazwy w pkt. 2 ppkt 2 na str. 5 zawiadomienia z dnia 15.09.2022 r. (wymieniając ją w spisie załączników do kalkulacji w treści tej tabeli), sięgając w tym zakresie po jedną z bieżących ofert zgromadzonych w ww. dossier dla tego typu podzespołów, zamiast oferty podmiotu autoryzowanego, któremu docelowo faktycznie ten podzespół zostanie przekazany do przeglądu i która uwzględniana była przez Odwołującego przy tworzeniu jego oferty i kalkulacji ceny ofertowej.

Odwołujący zaprzeczył jednocześnie stwierdzeniu Zamawiającego, jakoby w ramach realizacji zamówienia zamierzał przekazać wskazany podzespół do podmiotu wskazanego przez Zamawiającego z nazwy w pkt. 2 ppkt 1 na str. 5 zawiadomienia z dnia 15.09.2022 r., zaś Odwołujący wielokrotnie wskazywał Zamawiającemu na skorzystanie przez Odwołującego przy realizacji zamówienia z podmiotów będących producentami danego podzespołu lub autoryzowanymi serwisami producenta danego podzespołu. Jeśli Zamawiający po zapoznaniu z wyjaśnieniami Odwołującego (sporządzonymi w odpowiedzi na ogólne wezwanie Zamawiającego) powziął jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty Odwołującego bądź szczegółów wyceny poz. 19 kalkulacji stanowiącej Załącznik nr 1 do wyjaśnień Odwołującego z dnia 12.08.2022 r. (w tym przeglądu podzespołu wskazanego w pkt. 2 ppkt 1 na str. 5 zawiadomienia z dnia 15.09.2022 r.), zobowiązany był on do skierowania do Odwołującego wezwania do złożenia szczegółowych wyjaśnień odnośnie

wyceny tego konkretnie elementu (stanowiącego 0,03-0,05% całości zadania) na podstawie art. 224 Pzp albo złożenia wyjaśnień co do treści oferty Odwołującego na podstawie art. 223 Pzp, zwłaszcza uwzględniając fakt, że w praktyce występują sytuacje, w których dany podmiot uzyskuje autoryzację producenta np. w toku trwania postępowania o udzielenie zamówienia i w związku z tym na etapie jego realizacji jest już podmiotem, u którego możliwe jest realizowanie danego przeglądu/naprawy etc. Odwołujący przywołał w tym zakresie orzecznictwo Izby dotyczące kwestii ponownego wzywania do wyjaśnień w przypadku, gdy pierwsze wezwanie miało ogólny charakter. Zdaniem Odwołującego skoro zgodnie z wezwaniem Zamawiającego Odwołujący przedstawić miał wyjaśnienia związane z ceną zaoferowaną w postępowaniu i jej rynkowością, wyjaśnienia takie przedstawiono, a jak wynika z rozstrzygnięć Zamawiającego – nie zakwestionował on rynkowości wyceny Odwołującego w przedmiotowym zakresie, to powzięcie przez Zamawiającego ewentualnych dodatkowych wątpliwości co do np. sposobu realizacji przez Odwołującego wyszczególnionego zakresu świadczenia objętego postępowaniem (którego nie dotyczyła treść wezwania Zamawiającego) winno było skutkować skierowaniem do Odwołującego dalszego zapytania w tym przedmiocie. W odpowiedzi na nie Zamawiający uzyskałby wszelkie informacje pozwalające mu rzetelnie i zgodnie z powołanymi przepisami prawa zbadać i ocenić ofertę Odwołującego. Takiego działania Zamawiający jednak w sposób nieuprawniony zaniechał.

Uzasadniając zarzut dotyczący niezgodności oferty Odwołującego z wymaganiami SWZ w zakresie dotyczącym pkt. 2 ppkt 2 na str. 5 zawiadomienia z dnia 15.09.2022 r., tj. jakoby zakres prac objętych ofertą podmiotu wskazanego w wyjaśnieniach Odwołującego na wykonanie przeglądu wskazanego podzespołu nie był zgodny z czynnościami, jakie określa DSU, Odwołujący podniósł, iż przyczyną uznania oferty Odwołującego za niezgodną z wymaganiami SWZ był fakt, że oferta podmiotu przedłożona wraz z wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 12.08.2022 r. wskazywała na „możliwość regeneracji części, podczas gdy DSU wymaga wymiany części na nowe”. W tym zakresie Zamawiający wyszczególnił „dla przykładu” trzy przypadki oznaczone odpowiednio literami „a.” (z podpunktami „i.”, „ii.”, „iii.”, „iv.”), „b.” (z podpunktem „i.”) i „c.” (z podpunktem „i.”). W żadnym jednak z wyszczególnionych przez Zamawiającego przypadków nie zachodzi rzekoma niezgodność oferty Odwołującego z treścią warunków zamówienia, w tym wymagań SWZ.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający pominął definicję „wymiany” przewidzianą w DSU pojazdów (vide: str. 32 DSU), zgodnie z którą pod pojęciem tym rozumie się „zastąpienie uszkodzonego zespołu, podzespołu, elementem nowym lub zregenerowanym”. Dla wszystkich przypadków, gdzie DSU określa, że dana część/podzespół/element ma podlegać wymianie, dopuszczalne i zgodne z warunkami zamówienia jest zatem zastosowanie

również elementów regenerowanych. Dla żadnego z wyszczególnionych przypadków, w DSU nie przewidziano warunków wymiany odmiennych aniżeli określone ww. definicją (np. zastosowania wyłącznie elementów. W ofercie stanowiącej Załącznik nr 7a do kalkulacji przedłożonej z wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 12.08.2022 r. jasno wskazano przy tym, że: a) cena przewidziana w ofercie uwzględnia koszty części, które w trakcie przeglądu kwalifikowane są do wymiany (vide: pkt I ppkt 2 lit. b); b) zakres czynności wykonywanych w ramach przeglądu określony jest zgodnie z DTR producenta i obejmuje „części nowe i regenerowane” (vide: pkt II), zaś podmiot będący wystawcą przedmiotowej oferty jest autoryzowanym serwisem producenta i potwierdza tym samym zgodność oferty z wymogami producenta; c) dla każdego z wyszczególnionych przez Zamawiającego przypadków wskazano, że przewidziana jest wymiana tego elementu. Dla elementu wskazanego przez Zamawiającego pod lit. „a.” ppkt „ii.” nadto wskazano, że dla tego elementu przewidziana jest „Wymiana (...), sprawdzenie lub wymiana”, niewątpliwie potwierdzając, że element ten będzie podlegał wymianie zgodnie z DSU pojazdów i przedłożona oferta czynność tę uwzględnia. Zdaniem Odwołującego myli się nadto Zamawiający twierdząc, w przypadkach opisanych pod lit. „a.” ppkt „iii.” i „iv.” w pkt. 2 ppkt 2 na str. 5 zawiadomienia, jakoby oferta złożona przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami z dnia 12.08.2022 r. nie przewidywała wymiany wskazanych elementów. Elementy te zostały bowiem ujęte, z użyciem prawidłowej dla nich terminologii/nazewnictwa specjalistycznego w tabelach na str. 4 i 5 oferty – vide w szczególności: wiersze 95 i 10 tabeli na str. 4 oferty oraz wiersz 8 tabeli na str. 5 oferty (dla przypadku wskazanego przez Zamawiającego pod lit. „a.” ppkt „iii.”); wiersz 17 tabeli na str. 5 oferty (dla przypadku wskazanego przez Zamawiającego pod lit. „a.” ppkt „iv.”). Nadto, w wycenie Odwołującego uwzględniono fakt, że stosowne elementy/materiały w tym zakresie zostały już uprzednio zamówione i znajdują się i będą w posiadaniu Odwołującego, wskutek ich zakupu bezpośrednio od dostawcy i w związku z tym będą one przekazywane podmiotowi autoryzowanemu celem wykonania stosownych czynności objętych tym zakresem zamówienia. Oferta Odwołującego przewiduje zatem prawidłowe, zgodnie z wymaganiami SWZ, wykonanie przedmiotu zamówienia, co potwierdza w szczególności oferta podmiotu wskazanego w pkt. 2 ppkt 2 na str. 5 zawiadomienia z dnia 15.09.2022 r., załączona do wyjaśnień Odwołującego z dnia 12.08.2022 r.

Odwołujący podkreślił, że wszystkie ww. kwestie Zamawiający mógł potwierdzić na podstawie informacji i dokumentów, którymi już dysponował wskutek złożonych przez Odwołującego wyjaśnień z dnia 12.08.2022 r., a także które otrzymałby od Odwołującego wskutek skierowania do niego uszczegółowionego zapytania w tym zakresie, skupiającego się konkretnie na kwestiach związanych z podzespołem wskazanym w pkt. 2 ppkt 2 na str. 5 zawiadomienia z dnia 15.09.2022 r. Zamawiający (wobec ogólności jego pierwotnego

zapytania w przedmiocie ceny zaoferowanej w Postępowaniu przez Odwołującego) zobowiązany był bowiem do skierowania do Odwołującego dodatkowego, uszczegółowionego zapytania w tym zakresie w oparciu o art. 223 lub art. 224 Pzp - w tym zakresie Odwołujący powołał się na okoliczności podniesione już we wcześniejszej części odwołania. Zamawiający uzyskałby wówczas w szczególności ww. informacje, pozwalające ponad wszelką wątpliwość potwierdzić zgodność oferty Odwołującego z SWZ. Zamawiający nie zastosował jednak żadnej z ww. instytucji, zamiast tego podejmując nieuprawnioną i sprzeczną z dokumentacją Postępowania decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu jej rzekomej niezgodności z wymogami SWZ. Odwołujący podkreślił jednocześnie, że Zamawiający jest związany sporządzoną przezeń treścią uzasadnienia odrzucenia oferty co do tego, jakie konkretnie okoliczności stanowiły powód podjęcia przez Zamawiającego takiej właśnie decyzji. Jakkolwiek zatem Zamawiający wskazał w zawiadomieniu z dnia 15.09.2022 r., że elementy z pkt. 2 ppkt 2 na str. 5 zawiadomienia są wskazane „dla przykładu”, Zamawiający nie jest uprawniony w toku postępowania odwoławczego modyfikować (rozszerzać) treści tego uzasadnienia. Odwołujący nie może bowiem domyślać się innych aniżeli jasno wyrażone w piśmie Zamawiającego podstaw faktycznych i prawnych podjętego przez Zamawiającego rozstrzygnięcia.

Następnie Odwołujący zaprzeczył twierdzeniu Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie uwzględnił w swojej ofercie kosztów wykonania czynności naprawy adaptera sprzęgu (sprzęgu pośredniego). Uwzględnienie tego elementu w cenie ofertowej potwierdza w szczególności Załącznik nr 1 do wyjaśnień Odwołującego z dnia 12.08.2022 r. (kalkulacja), w którego poz. 6 i 7 dla kolumny „Podzespoły wysłane do poddostawców/producentów lub inne uwagi” jednoznacznie wskazano na uwzględnienie w kalkulacji czynności naprawy adapterów sprzęgu i skorzystanie w tym zakresie z czynności podmiotów trzecich zgodnie z wymogami SWZ. Odwołujący podkreślił, że realizacja zamówienia w zakresie ww. elementu stanowi ok. 0,06% całej ceny ofertowej wykonawcy. Jest to zatem bardzo drobny i niezwykle szczegółowy element kalkulacji. Jeśli zatem Zamawiający istotnie miał jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Odwołującego (przygotowanymi w odpowiedzi na – jak wskazano już powyżej – ogólne wezwanie Zamawiającego), pomimo jasnego wskazania na uwzględnienie tego elementu w wycenie w kalkulacji załączonej do wyjaśnień z dnia 12.08.2022 r., Zamawiający zobowiązany był do skierowania do Odwołującego wezwania do złożenia szczegółowych wyjaśnień odnośnie wyceny tego konkretnie elementu (w tym zakresie Odwołujący w pełni powołuje się na okoliczności podniesione już we wcześniejszej części niniejszego odwołania). Wówczas też Zamawiający uzyskałby od Odwołującego wszelkie informacje potrzebne dla rzetelnej oceny rynkowości ceny zaoferowanej w Postępowaniu. W szczególności Zamawiający

dowiedziałby się, że koszt realizacji w przedmiotowym zakresie Odwołujący uwzględnił w swojej ofercie na podstawie posiadanej wcześniejszej oferty swojego kontrahenta (z uwagi na fakt, że naprawa tego podzespołu u producenta lub w autoryzowanych serwisie producenta wynika z SWZ, a nie bezpośrednio z DSU pojazdów oraz ze względu na układ kalkulacji, który jest zgodny z DSU), w pozycji pn. „Rezerwa” (vide: tabela na str. 2 kalkulacji stanowiącej Załącznik nr 1 do wyjaśnień Odwołującego z dnia 12.08.2022 r.). Zamawiający jednak czynności takich zaniechał, przyjmując zamiast tego bezpodstawnie, jakoby oferta Odwołującego nie uwzględniała wszystkich kosztów realizacji zamówienia zgodnie z SWZ.

Odnosząc się do okoliczności dotyczących tłumaczenia Załączników nr 5, nr 8 i nr 12 do kalkulacji przedłożonej z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, Odwołujący zauważył, że w zawiadomieniu z dnia 15.09.2022 r. Zamawiający skonstatował jedynie, że Odwołujący nie załączył do wyjaśnień z dnia 12.08.2022 r. tłumaczeń na język polski Załączników nr 5, nr 8 i nr 12 do kalkulacji przedłożonej z wyjaśnieniami (pkt 2 ppkt 4 na str. 5 zawiadomienia z dnia 15.09.2022 r.). Zamawiający nie ocenił jednak, jakoby brak przedmiotowych tłumaczeń w jakikolwiek sposób powodował uznanie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień za niewystarczające w zakresie podzespołów, których przedmiotowe załączniki dotyczyły i jakoby Zamawiający uznawał ofertę Odwołującego za obarczoną w tym zakresie rażąco niską ceną czy niezgodną z SWZ. Zdaniem Odwołującego adnotacja w tym zakresie w zawiadomieniu z dnia 15.09.2022 r. miała wyłącznie charakter formalny/informacyjny, ale nie stanowiła podstawy dla dokonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania. Jeśli natomiast w toku postępowania odwoławczego Zamawiający twierdziłby inaczej, twierdzenia takie należy uznać za niedopuszczalne i wykraczające poza wiążącą Zamawiającego treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego. Brak wystąpienia w przedmiotowym zakresie podstaw do powzięcia jakichkolwiek wątpliwości co do prawidłowości oferty Odwołującego i należytego wykazania przez Odwołującego, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, potwierdza przy tym zarówno: a) treść samych wyjaśnień Odwołującego z dnia 12.08.2022 r. - vide: str. 3 wyjaśnień, dotycząca m.in. przedmiotowych podzespołów; b) Załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 12.08.2022 r. (kalkulacja), w którym przedstawiono w odrębnych pozycjach kalkulacje szczegółowe odnoszące się do poszczególnych podzespołów i zakresów zamówienia; c) już znajdujące się w posiadaniu Zamawiającego Załączniki nr 5, nr 8 i nr 12 do kalkulacji przedłożonej z wyjaśnieniami z dnia 12.08.2022 r. – które zawierają nazwy własne czy dane kwotowe (wartości liczbowe), które nie podlegają tłumaczeniu, są danymi obiektywnie weryfikowalnymi dla Zamawiającego i pozwalały Zamawiającemu na potwierdzenie prawidłowości założeń cenowych poczynionych przez Odwołującego. Odwołujący zaznaczył, że treść wezwania, jakie w niniejszej sprawie skierował do Odwołującego Zamawiający,

miała charakter ogólny i nie wskazywała np. konkretnych podzespołów czy zakresów realizacji, których winny dotyczyć składane przez Odwołującego wyjaśnienia. Jeśli zatem Zamawiający powziął wskutek analizy wyjaśnień z dnia 12.08.2022 r. jakiegokolwiek dalsze wątpliwości odnośnie ceny zaoferowanej w zakresie podzespołów, których dotyczyły Załączniki nr 5, nr 8 i nr 12, zobowiązany był on wówczas do skierowania do Odwołującego wezwania do przedstawienia takich właśnie dodatkowych uszczegółowionych wyjaśnień w oznaczonym przez Zamawiającego zakresie. Odwołujący powołał się w tym zakresie na okoliczności opisane już w poprzednich punktach odwołania

Niezależnie od powyższego, Odwołujący z ostrożności w załączeniu do odwołania przedłożył tłumaczenia Załączników nr 5, nr 8 i nr 12 do kalkulacji złożonej z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny z dnia 12.08.2022 r. (dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołującego), wnosząc o przeprowadzenie z nich (oraz z pisma Odwołującego z dnia 12.08.2022 r. i załączonych do niego dokumentów) dowodu na okoliczność braku zaoferowania przez Odwołującego rażąco niskiej ceny w postępowaniu, uwzględnienia przez Odwołującego w zaoferowanej cenie wszystkich kosztów niezbędnych dla realizacji zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia, w szczególności określonymi w SWZ i należytego wykazania przez Odwołującego, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący przedstawił także uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących załączniki do odwołania.

Zamawiający w dniu 5 października 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający opisał przyczyny, dla których powziął wątpliwości co do tego czy cena oferty Odwołującego uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ. Podkreślił, iż na stronach 1-3 wezwania z dnia 28 lipca 2022 r. szczegółowo opisał przyczyny wezwania, tj. opisał w jakim zakresie wymagał powierzenia zamówienia podmiotowi trzeciemu oraz które elementy oferty budziły wątpliwości Zamawiającego. W szczególności wskazał na wątpliwość czy cena zaproponowana przez Odwołującego zawiera koszty współpracy z producentami lub autoryzowanymi przedstawicielami producentów podzespołów wskazanych w § 2 ust. 9 punkt 10 wzoru umowy. Według najlepszej wiedzy Zamawiającego, Odwołujący nie jest producentem ani autoryzowanym przedstawicielem producenta żadnego z omawianych podzespołów. Zamawiający wskazał również na brak podstaw do zastosowania w przedmiotowej sprawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że przedłożone przez Odwołującego oświadczenia nie pozostawiały pola do interpretacji, były jasne i klarowne. Zamawiający nie zgodził się też ze stanowiskiem Odwołującego, że zobowiązany był do wezwania do złożenia wyjaśnień również Przystępującego, ponieważ oświadczenia złożone przez Przystępującego zarówno w Formularzu ofertowym jak i dokumencie JEDZ nie były

tożsame z oświadczeniami Odwołującego przez co nie budziły one wątpliwości Zamawiającego.

W zakresie zarzutu nr 2 Zamawiający podniósł m.in., iż przedłożona przez Odwołującego dokumentacja w toku wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny wykazała, że Odwołujący nie uwzględnił w ofercie czynności naprawy adaptera sprzęgu (sprzęgu pośredniego) - pomimo wymogu określonego przez Zamawiającego w tym zakresie we wzorze umowy i wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Tym samym Odwołujący nie uwzględnił w ofercie wszystkich kosztów pozwalających na wykonanie zamówienia. Zamawiający wskazał, iż oferta przedstawiona przez Odwołującego obejmuje swym zakresem wykonanie remontu sprzęgów automatycznych i międzywagonowych. Odwołujący twierdzi, że w kalkulacji cenowej – Załącznik nr 1 do wyjaśnień (kalkulacja) w pkt 6 i 7 dla kolumny „Podzespoły wysłane do poddostawców/ producentów lub inne uwagi” Odwołujący wprost wskazał, że Załącznik nr 3 do kalkulacji uwzględnia koszty związane z naprawą sprzęgów automatycznych i międzywagonowych oraz adapterów sprzęgu. Równocześnie jednak, oferta stanowiąca Załącznik nr 3 do kalkulacji uwzględnia wyłącznie remont sprzęgów automatycznych i międzywagonowych. Kwota z oferty stanowiącej Załącznik nr 3 do kalkulacji jest równa kwocie wskazanej w kalkulacji cenowej stanowiącej Załącznik nr 1 do wyjaśnień Odwołującego. Odwołujący wskazuje więc, że pozycja 6 i 7 kalkulacji obejmuje wykonanie remontu zarówno sprzęgów jak i adaptera, podczas gdy oferta nie zawiera informacji o czynnościach związanych z serwisem adaptera sprzęgu cena oferty potwierdzającej fakt wykonania remontu wyłącznie sprzęgów automatycznych i międzywagonowych jest równa wartości usług zleconych wskazanej w kalkulacji. Szczegółowe wyliczenia w tym zakresie, ze względu na zawartość tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego, Zamawiający zawarł w załączniku nr 1 do pisma (tajemnica przedsiębiorstwa). Zamawiający dodał, że irrelevantnym pozostaje fakt, że omawiany element stanowi jedynie niewielki składnik ceny, bowiem jest to podzespół kluczowy z perspektywy bezpieczeństwa odpowiedzialny za nierozzerwalność połączenia pomiędzy pojazdami, w tym w sytuacji, w której to pojazd musiałby być holowany przez lokomotywę. Zamawiający wskazał ponadto, że z przedłożonej dokumentacji wynika również jakoby część z podzespołów wyodrębnionych w § 2 ust. 9 punkt 10 wzoru umowy poddana miała być jedynie regeneracji, podczas gdy z treści SWZ jasno wynika, że Zamawiający oczekuje ich wymiany na nowe. Z doświadczenia życiowego zaś wyprowadzić należy wniosek, że koszt regeneracji podzespołu jest znacząco niższy od kosztu wymiany części na nową. Kiedy wykonawca nie uwzględni w ofercie wszystkich kosztów pozwalających na wykonanie zamówienia zgodnie z SWZ, uzasadnionym jest odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w odpowiedzi na odwołanie wskazano, iż wykonanie przeglądu podzespołu przez wskazany przez Odwołującego w wyjaśnieniach podmiot wskazuje wprost na niezgodność oferty z wymaganiami SWZ. Z Załącznika nr 11 do Kalkulacji cenowej Odwołującego wynika, że Odwołujący zamierza przedłożyć podzespół do podmiotu, który wedle posiadanej przez Zamawiającego wiedzy, a czemu Odwołujący nie zaprzecza, nie jest producentem ani też autoryzowanym przedstawicielem producenta tego podzespołu. W § 2 ust. 1 pkt. 10 wzoru umowy Zamawiający wskazał 10 podzespołów pojazdu, które jego zdaniem pełnią na tyle istotne funkcje w pojeździe, że wymagają serwisu u podmiotów wyspecjalizowanych w naprawach takich urządzeń. Jednym z tych urządzeń jest podzespół wskazany w pkt 1 uzasadnienia odrzucenia oferty. Zamawiający nie zgodził się też z poglądem Odwołującego, iż element ten ma marginalne znaczenie. Wskazał, iż jest to jeden z dziesięciu najistotniejszych z jego punktu widzenia podzespołów pojazdu. Pomimo wskazanej przez Odwołującego wartości jest to kluczowy element dla bezpieczeństwa przewozów wykonywanych przez Zamawiającego. Zamawiający nie zgodził się ponadto ze stanowiskiem, jakoby treść wezwania z dnia 28 lipca 2022 r. miała charakter ogólny. Na trzech z czterech stron pisma Zamawiający opisał szczegółowo przyczyny wątpliwości związanych z ofertą Odwołującego. Zamawiający zauważył też, że do wyjaśnień, poza ofertami związanymi z wykonaniem poszczególnych części zamówienia, Odwołujący dołączał odpowiednie dokumenty potwierdzające autoryzację poszczególnych podmiotów. W przypadku omawianego podzespołu taki dokument został pominięty, a Odwołujący wskazuje, że oferta miała charakter przykładowy, co budzi wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający wskazał, iż nawet gdyby przyjąć, że Odwołujący posiada katalog aktualnych ofert i omyłkowo dołączył inną ofertę, to omawiana oferta została wystawiona na dwa dni przed terminem otwarcia ofert, co może sugerować, że była pozyskana w związku z przygotowaniem oferty konkretnie do postępowania Zamawiającego.

Odnosząc się do pkt 2 uzasadnienia odrzucenia oferty Zamawiający zauważył, iż Odwołujący pomija fakt, że zgodnie z treścią § 2 ust. 9 pkt 9 umowy „Podczas wykonywania przedmiotu Umowy, Wykonawca zobowiązuje się do: (...) wymiany wymaganych przez DSU lub DTR podzespołów na nowe oryginalne zgodne z dokumentacją Pojazdu.” Zamawiający wprost w umowie wskazał, że oczekuje od wykonawcy wymiany wszystkich elementów na nowe. Zgodnie z wymaganiami określonymi w DSU pojazdów i SWZ wszystkie wskazane przez Zamawiającego elementy powinny zostać wymienione. Wprowadzenie alternatywy czynności w pojedynczych pozycjach oferty pozwala przypuszczać, że oferta może obejmować samo sprawdzenie urządzenia, pomimo że w żadnym przypadku samo sprawdzenie elementu nie będzie zgodne z DSU i SWZ. Przedstawione okoliczności mogą

sugerować, że Odwołujący nie dochował należytej staranności w analizie dostarczonych ofert – nie zweryfikował ich kompletności i zgodności z SWZ, w tym w szczególności z DSU pojazdu. Tym samym nie jest możliwa weryfikacja czy cena przedstawiona w ofercie na wykonanie czynności w zakresie danego podzespołu jest adekwatna do zakresu prac wymaganych zamówieniem. Zamawiający nie zgodził się również ze stanowiskiem, że w przypadkach opisanych pod lit. „a.” ppkt „iii.” i „iv.” w pkt. 2 ppkt 2 zawiadomienia oferta zawiera wymienione elementy. Wiersze 9 i 10 tabeli na str. 4 oferty oraz wiersz 8 tabeli na str. 5 oferty nie wskazuje elementu tożsamego, co wskazany w zawiadomieniu z dnia 15 września 2022 r pkt 2.2 lit. „a.” ppkt „iii.” – Zamawiający wskazał na część silnika sprężarki, podczas gdy w ofercie Odwołujący opisał element pełniący zupełnie inną funkcję. Nawet osoba, która na co dzień nie ma do czynienia z branżą kolejową, po wyszukaniu nazw tych podzespołów jest w stanie ten fakt potwierdzić. W żadnym przypadku nie można uznać, że Odwołujący użył fachowej terminologii. To samo tyczy się elementu wskazanego w wierszu 17 na str. 5 omawianej oferty – w tym przypadku mowa jest o urządzeniach pełniących inne funkcje. Zamawiający dodał, iż posługuje się dokumentacją dostarczoną przez producenta pojazdu, z którą Odwołujący zapoznał się w toku postępowania. Dokumentacja ta posługuje się określonymi pojęciami. Nawet, gdyby przyjąć, że elementy wskazane przez Odwołującego są tożsame z tymi wymienionymi przez Zamawiającego (czemu Zamawiający zaprzecza) Zamawiający nie ma obowiązku domyślać się, że wykonawca pod danym pojęciem rozumie inne elementy. W przypadku rozbieżności nazewnictwa, to Odwołujący powinien doprecyzować pojęcia, które nie wynikają wprost z dokumentacji technicznej pojazdu.

W odniesieniu do adaptera sprzęgu Zamawiający zauważył, iż Odwołujący wprost wskazał, że Załącznik nr 3 do kalkulacji uwzględnia koszty związane z naprawą sprzęgów automatycznych i międzywagonowych oraz adapterów sprzęgu. Równocześnie jednak, oferta stanowiąca Załącznik nr 3 do kalkulacji uwzględnia wyłącznie remont sprzęgów automatycznych i międzywagonowych. Kwota z oferty stanowiącej Załącznik nr 3 do kalkulacji jest równa kwocie wskazanej w kalkulacji cenowej stanowiącej Załącznik nr 1 do wyjaśnień Odwołującego. Odwołujący wskazuje więc, że pozycja 6 i 7 kalkulacji obejmuje wykonanie remontu zarówno sprzęgów automatycznych i międzywagonowych jak i adaptera, podczas gdy oferta nie zawiera informacji o czynnościach związanych z serwisem adaptera sprzęgu, a cena oferty potwierdzającej fakt wykonania remontu wyłącznie sprzęgów jest równa wartości usług zleconych wskazanej w kalkulacji cenowej. Pozwala to domniemywać, że koszt przeglądu adaptera sprzęgu nie został uwzględniony. Brak ten stanowił podstawę do uznania, że oferta Odwołującego w tym zakresie przejawia znamiona rażąco niskiej.

W odniesieniu do zarzutu nr 4 Zamawiający podniósł, iż nie miał wątpliwości, że wskazane przez niego elementy wyjaśnień Odwołującego, stanowią niezgodność oferty z SWZ, tym samym nie było możliwe skierowanie ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień. Zamawiający przywołał też liczne orzecznictwo dotyczące przedmiotowej kwestii. W zakresie braku złożenia tłumaczeń trzech dokumentów załączonych do wyjaśnień Odwołującego, Zamawiający wyjaśnił, iż fakt ten został wskazany w uzasadnieniu odrzucenia oferty jako konkluzja przeprowadzonej przez Zamawiającego kompleksowej analizy wyjaśnień. Zamawiający wskazał też, iż gdyby oferta Odwołującego wskazywała wyłącznie ten jeden błąd, istniałyby, w ocenie Zamawiającego przesłanki do ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień. W ocenie Zamawiającego treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. w szczególności w zakresie pkt 1 i 2 uzasadnienia odrzucenia, wobec czego Zamawiający w istocie nie miał możliwości wezwać Odwołującego do wyjaśnień, bowiem powyższe stanowiłoby złamanie zakazu negocjowania treści oferty lub jej zmiany, a ponadto przedłożone dalsze wyjaśnienia zapewne korelowałyby z treścią odwołania, która to w ocenie Zamawiającego nie tłumaczy w sposób przekonujący okoliczności, które doprowadziły do odrzucenia oferty Odwołującego.

Pismo procesowe w sprawie złożył także Przystępujący, wskazując, iż zarzut nr 1 odwołania jest zarzutem spóźnionym i wnosząc o odrzucenie odwołania w tym zakresie lub pozostawienie tego zarzutu bez rozpoznania. Przystępujący podniósł, iż kwestionowanie przez Odwołującego czynności Zamawiającego z dnia 28 lipca 2022 roku polegającej na wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinno nastąpić w drodze skorzystania ze środków ochrony prawnej w terminie 10 dni od dnia odebrania ww. wezwania. Jedynie z ostrożności Przystępujący podniósł, iż z wezwania Zamawiającego wynika, że miał on uzasadnione podstawy do wezwania Odwołującego do wyjaśnień.

W pozostałym zakresie Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Odnosząc się do kwestii rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego, Przystępujący podniósł m.in., iż Odwołujący nie sprostował obowiązkowi wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Odwołujący przedłożył dokumenty nieprzetłumaczone na język polski, a ponadto oferty przez niego złożone nie potwierdzają zamiaru wykonania całego zakresu zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ. Skoro Odwołujący nie przedstawił tłumaczenia dla trzech dokumentów, to znaczy, że Odwołujący w ogóle tych dowodów nie złożył, albowiem dokumenty nieprzetłumaczone nie mogą mieć waloru dowodowego. Przystępujący wskazał ponadto, że Odwołujący nie uwzględnił w swojej ofercie wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia, bowiem w zakresie naprawy podzespołu z pkt 2 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołujący przewidział koszt regeneracji części podzespołu. Koszt ten jest znacząco niższy niż koszt zakupu części fabrycznie nowych, których wymaga

Zamawiający. Przystępujący w załączniku nr 1 do pisma przedstawił zestawienie kosztów zakupu najistotniejszych części podzespołu w celu dokonania ich porównania z ewentualnymi kosztami ich regeneracji, jeśli Odwołujący w ramach swoich wyjaśnień takie dane przekazał Zamawiającemu. Przystępujący podkreślił, iż koszt zakupu nowych fabrycznie części na potrzeby naprawy podzespołu jest znacząco wyższy od planowanego przez Odwołującego zastosowania części regenerowanych.

W odniesieniu do kwestii niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w zakresie pkt 1 uzasadnienia odrzucenia oferty, Przystępujący wskazał m.in., iż przedłożenie przez Odwołującego oferty innego wykonawcy niż producent lub jego autoryzowany przedstawiciel w oczywisty sposób świadczy o zamiarze wykonania umowy niezgodnie z warunkami zamówienia. Przystępujący zakwestionował twierdzenia Odwołującego odnośnie rzekomego błędu pracownika, który pomylił oferty podczas przygotowania wyjaśnień. Zdaniem Przystępującego Odwołujący bądź nie doczytał, że podzespół musi zostać naprawiony u jego producenta, bądź pomylił się w ustalaniu, jaki podzespół zamontowany jest w pojazdach 27Web. W zakresie dotyczącym pkt 2 uzasadnienia odrzucenia oferty Przystępujący wskazał, iż wszystkie użyte do naprawy części muszą być fabrycznie nowe, co wynika z DTR. Przystępujący wskazał też na § 2 ust. 9 pkt 9 wzoru umowy, gdzie Zamawiający żąda wymiany wymaganych przez DSU lub DTR podzespołów na nowe oryginalne zgodne z dokumentacją pojazdu. Wadliwie zatem twierdzi Odwołujący, że DSU pojazdu umożliwia zastosowanie części regenerowanych. Przystępujący wskazał też na reguły kolizyjne w przypadku rozbieżności w dokumentacji opisane w § 2 ust. 2 wzoru umowy. Przystępujący załączył także opinię techniczną dotyczącą możliwości wykonania naprawy na czwartym poziomie utrzymania pojazdu 27WEb z wykorzystaniem części zamiennych nowych lub regenerowanych (zastrzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa), z której wynika, że nie jest dopuszczalne zastosowanie podczas naprawy podzespołu komponentów zregenerowanych. Konieczne jest zastosowanie wyłącznie fabrycznie nowych komponentów. Wnioski tej opinii korespondują z oczekiwaniami Zamawiającego, który wymaga od wykonawcy wymiany podzespołów „na nowe oryginalne zgodne z dokumentacją pojazdu.” W odniesieniu do adaptera sprzęgu Przystępujący wskazał, iż jeśli złożona przez Odwołującego podczas wyjaśnień oferta nie obejmuje swoim zakresem naprawy adaptera sprzęgu, to świadczy o nieuwzględnieniu przez Odwołującego tego elementu w kosztorysie i tym samym o braku zamiaru wykonania naprawy adaptera sprzęgu. Jeśli Zamawiający w § 2 ust. 9 pkt 10 wzoru umowy rozróżnił poszczególne rodzaje sprzęgów (czołowe, międzywagonowe, adaptery) to oferta, którą dysponuje Odwołujący również powinna wyszczególniać każdy z ww. sprzęgów. Za nieskuteczne zdaniem Przystępującego uznać należy wywody Odwołującego, że naprawa

adaptera sprzęgu znajduje się w zbiorczej pozycji kalkulacji. Treść odwołania raz wskazuje, że naprawa sprzęgu uwzględniona została w pkt 6 i 7 kalkulacji załączonej do wyjaśnień, aby następnie wskazać, że koszt ten znajduje się w pozycji pn. „Rezerwa” Zdaniem Przystępującego twierdzenia Odwołującego są ze sobą sprzeczne. Przystępujący ponadto wskazał, iż przedłożenie przez Odwołującego dokumentów nieprzetłumaczonych na język polski wpływa nie tylko na wadliwość wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ale również nie potwierdza, że Odwołujący zamierza wykonać zamówienie zgodnie z SWZ

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

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Public Transport Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła iż Odwołujący – jako wykonawca kwestionujący czynność odrzucenia jego oferty i dążący do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty - wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, wyjaśnienia treści SWZ, informację z otwarcia ofert, wezwanie skierowane do Odwołującego w zakresie wyliczenia ceny oraz udzielone przez niego w odpowiedzi wyjaśnienia wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego.

Izba dopuściła i przeprowadziła również dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego, tj.:

- tłumaczenia na język polski załączników nr 5, nr 8 i nr 12 do kalkulacji cenowej złożonej wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny (tajemnica przedsiębiorstwa),
- korespondencji z podmiotem trzecim dotyczącej uwzględnienia w ofercie spornych elementów dotyczących podzespołu z pkt 2 uzasadnienia odrzucenia oferty wraz z załącznikami oraz innych dokumentów dotyczących ww. komponentów (tajemnica przedsiębiorstwa),
- dokumentów dotyczących podzespołu z pkt 1 uzasadnienia odrzucenia oferty, w tym korespondencji z podmiotem trzecim, dokumentów księgowych oraz oświadczeń

- pracowników Odwołującego (tajemnica przedsiębiorstwa),
- szczegółową ofertę podmiotu trzeciego dotyczącą sprzęgów oraz korespondencję z tym podmiotem (tajemnica przedsiębiorstwa),

na okoliczności wynikające z ich treści, wskazane przez Odwołującego w odwołaniu oraz na rozprawie.

Przedstawione przez Odwołującego tabele zawierające szczegóły kalkulacji dwóch pozycji zawartych w kalkulacji wykonania prac dotyczących pkt 1 i 3 uzasadnienia odrzucenia oferty (tajemnica przedsiębiorstwa), jako zestawienia opracowane przez Odwołującego, Izba uznała za uzupełnienie jego stanowiska procesowego w sprawie. Analogicznie, jedynie za pomocniczą wizualizację stanowiska Odwołującego, Izba potraktowała złożony na rozprawie wyciąg z DSU z zaznaczeniem fragmentów objętych wyjaśnieniami Odwołującego (tajemnica przedsiębiorstwa), jako że DSU stanowiła jeden z dokumentów zamówienia, włączonych w akta sprawy odwoławczej.

Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z dokumentów złożonych przez Przystępującego, tj. z załączonej do pisma procesowego opinii technicznej wraz z załącznikami (tajemnica przedsiębiorstwa) oraz złożonej na rozprawie korespondencji z podmiotem trzecim dotyczącej przeglądu sprzęgów (tajemnica przedsiębiorstwa), na okoliczności wynikające z ich treści, wskazane przez Przystępującego w piśmie procesowym oraz na rozprawie. Przedstawione przez Przystępującego wraz z pismem procesowym zestawienie cen fabrycznie nowych części do podzespołu z pkt 2 uzasadnienia odrzucenia oferty (tajemnica przedsiębiorstwa), jako opracowanie własne Przystępującego, Izba uznała za dokument uzupełniający stanowisko procesowe w sprawie. W sposób analogiczny Izba potraktowała przedstawione przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie wyliczenia dotyczące braku uwzględnienia w ofercie podmiotu trzeciego załączonej do wyjaśnień Odwołującego remontu adaptera sprzęgu (tajemnica przedsiębiorstwa), które stanowiły opracowanie własne Zamawiającego.

Izba oddaliła na rozprawie wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego/instytutu (Instytutu Kolejnictwa lub Sieci Badawczej Ł. – Poznański Instytut Technologiczny), stwierdzając, iż stan sprawy został dostatecznie wyjaśniony, a zgromadzony w sprawie materiał dowodowy jest wystarczający dla rozstrzygnięcia, wobec czego dopuszczenie ww. dowodu prowadziłoby do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania. Zgodnie zaś z art. 541 ustawy Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Po pierwsze, Odwołujący nie sprecyzował konkretnych tez dowodowych, jedynie sygnalizując podczas wypowiedzi na rozprawie, w jakim zakresie składa przedmiotowy wniosek. Po drugie Izba zważyła, iż w

zakresie zarzutu dotyczącego pkt 2 lit. a.i, a.ii, b oraz c uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, przedmiotowy wniosek dowodowy został podniesiony przez Odwołującego z ostrożności, na wypadek gdyby podstawą rozstrzygnięcia Izby miałyby być opinia techniczna złożona przez Przystępującego, będąca opinii prywatną. Rzeczona opinia techniczna nie miała jednak wpływu na rozstrzygnięcie Izby, jako że argumentacja i wnioski tam zawarte wykraczały poza podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego ujęte w piśmie z dnia 15 września 2022 r., o czym szczegółowo w dalszej części uzasadnienia. Z kolei w zakresie zarzutu dotyczącego pkt 2 lit. a.iii oraz iv, Izba stwierdziła, iż rozstrzygnięcie tego zarzutu było możliwe w oparciu o akta sprawy odwoławczej, w szczególności treść dokumentów zamówienia, jak i stanowiska prezentowane przez Strony, wobec czego dopuszczenie wnioskowanego dowodu prowadziłoby jedynie do przewlekłości postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są usługi naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych 6 szt. pojazdów typu 27WEb wraz z wykonaniem prac dodatkowych. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 2 do SWZ - wzór umowy. W sekcji IV pkt 4.2 SWZ Zamawiający wskazał, iż postępowanie jest prowadzone w języku polskim. Wszelkie oświadczenia, zawiadomienia i inne dokumenty w postępowaniu, jak również umowa będą sporządzone w języku polskim.

Zgodnie z § 2 ust. 1 wzoru umowy wykonawca zobowiązuje się do wykonania wszystkich czynności objętych przedmiotem Umowy zgodnie z opisem Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z Załącznikami w postępowaniu KS/ZP/11/2022 oraz zgodnie z wymogami wynikającymi z: a. Obowiązującego DSU, zatwierdzonego przez Koleje Śląskie; 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. Polskich i Europejskich Norm obowiązujących w trakcie trwania Umowy; g. Dokumentacji Zintegrowanego Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem i Utrzymaniem Kolei Śląskich sp. z o.o.; 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. W § 2 ust. 2 wzoru umowy wskazano, iż 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. W § 2 ust. 9 wzoru umowy wskazano m.in. iż podczas

wykonywania przedmiotu Umowy, Wykonawca zobowiązuje się do: 9) wymiany wymaganych przez DSU lub DTR podzespołów na nowe oryginalne zgodne z dokumentacją Pojazdu, 10) wykonania przeglądów/napraw falowników, przetwornic, wyłączników szybkich, silników, przekładni, pantografów, rejestratorów, systemów hamulcowych (w tym urządzeń), sprzęgów (czołowych, międzywagonowych, adapterów) i klimatyzatorów u producenta lub w autoryzowanym serwisie producenta, z zastrzeżeniem, że w przypadku, gdy DSU lub DTR wymaga wykonania przeglądu lub naprawy u producenta, wykonanie przeglądu/naprawy zostanie zlecone wyłącznie producentowi podzespołu. Zgodnie z § 2 ust. 10 wzoru umowy do wykonania napraw 4 poziomu utrzymania Pojazdu Zamawiający dopuszcza (za pisemną zgodą Zamawiającego pod rygorem nieważności) zastosowanie materiałów regenerowanych, pod warunkiem przedstawienia dokumentacji potwierdzającej uzyskanie wymaganych parametrów technicznych zgodnie z dokumentacją techniczną Pojazdu. Zgodnie z § 2 ust. 22 wzoru umowy w celu potwierdzenia prawidłowości wykonania napraw podzespołów Pojazdów przekazanych do naprawy 4 poziomu utrzymania, Wykonawca w terminie 14 dni od podpisania Umowy prześle Zamawiającemu listę podmiotów, do których będzie kierował poszczególne podzespoły do naprawy. W przypadku korzystania przez Wykonawcę z autoryzowanych serwisów dla tych podzespołów, w ww. terminie Wykonawca przedstawi Zamawiającemu również dokumenty potwierdzające autoryzację tych serwisów przez producentów podzespołów.

W Dokumentacji Systemu Utrzymania EZT Typu 27Web w pkt 3 zdefiniowano podstawowe pojęcia i terminy, wśród których wymieniono „Wymianę” rozumianą jako „zastąpienie uszkodzonego zespołu, podzespołu, elementu nowym lub zregenerowanym.”

W toku postępowania Zamawiający udzielił wyjaśnień treści SWZ, w szczególności:

- w odpowiedzi na pytanie 9 dot. § 2 ust. 9 punkt 10 wzoru umowy „W związku z ograniczeniem liczby doświadczonych podmiotów mogących realizować we własnym zakresie naprawy poszczególnych podzespołów (poprzez wymóg wykonania przeglądu/naprawy producentowi podzespołu ponad zakres zapisany w DSU1) zwracamy się o wyjaśnienie z jakiego powodu takie zawężenie nastąpiło? Zamawiający w obecnym brzmieniu projektowanego postanowienia ogranicza konkurencyjność podmiotów od lat działających na rynku i posiadających wykwalifikowany personel oraz odpowiednie zaplecza techniczne na rzecz podmiotów, które takich zapleczy nie posiadają i muszą szereg prac zlecić firmom zewnętrznym. A to powoduje często dłuższy czas wykonania naprawy P4 oraz większe koszty, co przekłada się niekorzystnie na oferty jakie Zamawiający otrzyma w postępowaniu przetargowym.” Zamawiający wskazał, iż wymóg wykonania przeglądu kluczowych podzespołów w pojazdach przez ich producentów lub autoryzowane serwisy ma istotny wpływ na wyrównanie jakości tych

usług niezależnie od wykonawcy, który wygra postępowanie. Wpływa to również bezpośrednio na zwiększenie konkurencyjności wykonawców poprzez tożsame wykonanie tych czynności przez wszystkich wykonawców i jednakową kalkulację cenową tych czynności. Zamawiający wskazuje również, iż takie wymaganie wpływa na poziom bezpieczeństwa przewozów i zmniejszenie awaryjności kluczowych podzespołów w pojazdach.”

- w odpowiedzi na pytanie 10 dot. § 2 ust. 9 punkt 10 wzoru umowy „Wnosimy o zmianę postanowień tego punktu na: „wykonania przeglądów/napraw falowników, przetwornic, wyłączników szybkich, silników, przekładni, pantografów, rejestratorów, systemów hamulcowych (w tym urządzeń), sprzęgów (czołowych, międzywagonowych, adapterów) i klimatyzatorów u producenta lub w autoryzowanym serwisie producenta lub w specjalistycznych warsztatach posiadających pozytywną opinię Zamawiającego”. Nasz wniosek uzasadniamy faktem, że są na rynku napraw pojazdów kolejowych doświadczeni wykonawcy, którzy realizowali już naprawy części z ww. podzespołów na rzecz spółki Koleje Śląskie z wynikami pozytywnymi, bez reklamacji w toku eksploatacji i mogą wykazać się dokumentami potwierdzającymi prawidłową realizację napraw m.in. w zakresie silników trakcyjnych, pantografów, wyłączników szybkich, sprzęgów między wagonowych, adapterów. Jednocześnie zgodnie z obecnym brzmieniem postanowienia Zamawiający powinien dążyć do zminimalizowania ryzyka, że w przypadku gdy producent podzespołu lub autoryzowany serwis na skutek braku zapasów materiałów oraz utrudnionych dostaw części zamiennych zaoferował długi czas wykonania przeglądu podzespołu np. 6 miesięcy lub dłużej, co uniemożliwi realizację przedmiotu umowy zgodnie z SWZ. Rozszerzenie katalogu podmiotów, które mogą wykonać przeglądy i naprawy w pozytywny sposób wpłynie na konkurencyjność oraz pozwoli na przedstawienie korzystniejszej ekonomicznie oferty dzięki minimalizacji ryzyk.” Zamawiający wskazał, iż nie wyraża zgody na przedmiotową zmianę.
- w odpowiedzi na pytanie 11 dot. § 2 ust. 9 punkt 10 wzoru umowy „W przypadku braku pozytywnego rozpatrzenia powyższego pytania prosimy o informację dotyczącą sekwencji czynności, do jakich zobowiązany jest Wykonawca w sytuacji, gdy producent podzespołu i autoryzowany serwis na zapytanie Wykonawcy odmówi przedstawienia oferty lub termin realizacji naprawy ujęty w ofercie będzie uniemożliwiał realizację umowy np. będzie wynosił 12 miesięcy? Prosimy w tym zakresie o wprowadzenie procedury współdziałania i wsparcia Wykonawcy przez Zamawiającego oraz uwzględnienia podziału ryzyk.” Zamawiający wyjaśnił, iż nie wyraża zgody na zmianę SWZ. Zamawiający wskazał: „Wykonawca już na etapie składania ofert powinien uzyskać informacje niezbędne do złożenia oferty, a w przypadku braku możliwości spełnienia warunków, powinien zgłosić zastrzeżenia w postępowaniu. Każda zmiana okoliczności

uniemożliwiająca wykonanie umowy w terminie, może wpłynąć na zmianę umowy na zasadach w niej określonych.”

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty – Odwołującego i Przystępującego. Zamawiający pismem z dnia 28 lipca 2022 r. wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zamawiający wskazał, iż przy badaniu złożonej oferty powziął wątpliwości czy cena nie została zaniżona i nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 49.519.431,00 zł brutto, (słownie: czterdzieści dziewięć milionów pięćset dziewiętnaście tysięcy czterysta trzydzieści jeden złotych, 00/100) natomiast cena złożonej przez Państwa oferty wynosi 41.925.780,00 PLN (słownie: czterdzieści jeden milionów dziewięćset dwadzieścia pięć tysięcy siedemset osiemdziesiąt złotych 00/100). Cena oferty jest niższa o 15,34% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zamawiający wskazał, iż w złożonej przez Odwołującego ofercie: - w Formularzu ofertowym wskazano, iż kwestie dot. części zamówienia jaką Wykonawca zamierza powierzyć Podwykonawcy, nazwy Podwykonawcy (o ile jest znany), czy procentowego udziału w wykonaniu zamówienia - nie dotyczy składanej oferty. Jednocześnie w Formularzu znajduje się zapis, iż: „W przypadku braku informacji na temat powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcy Zamawiający uzna, że Wykonawca będzie realizował zamówienie bez jego udziału”; - w dokumencie JEDZ – tj. formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia dołączonym do oferty w Części II Sekcji D wskazano w odpowiedzi na pytanie: „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?” zaznaczono odpowiedź „Nie”, a w Części IV Sekcji C pkt 10 JEDZ dot. części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. wpisano „0%”. Zamawiający wskazał na treść § 2 ust. 9 pkt 10 oraz § 2 ust. 22 wzoru umowy oraz na wyjaśnienia treści SWZ udzielone w odpowiedzi na pytania 9-11 w dniu 11 lipca 2022 r. Zamawiający podniósł, iż zgodnie z dotychczasowymi oświadczeniami złożonymi przez Wykonawcę powziął wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Wątpliwość wynika m. in. z w/w oświadczeń złożonych przez Wykonawcę w związku z którymi można by domniemywać, iż posiada on wszelkie autoryzacje lub jest producentem kluczowych podzespołów w pojazdach zgodnie z dokumentacją postępowania w związku z przedstawioną ceną oferty w postępowaniu. Jednak zgodnie z wiedzą Zamawiającego Wykonawca celem realizacji zamówienia będzie korzystać z Podwykonawców w związku z czym powinien brać pod uwagę ten fakt podczas kalkulacji oferty. Cena oferty Odwołującego, w tym istotne części składowe ceny, wydają się

rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający poprosił o wyjaśnienie, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy będących Załącznikiem nr 2 do SWZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie ceny realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazał, iż wykonawca zobowiązany jest do wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny, które mogą dotyczyć w szczególności zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Dodał, iż wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty, przy czym Zamawiający wskazuje, że treść wyjaśnień zależy w szczególności od rodzajów kosztów, dokumentów załączonych do samej oferty, czy uwarunkowań rynkowych i innych zindywidualizowanych okoliczności. Zamawiający zwraca uwagę, że wyjaśnienia muszą być konkretne, przekonujące, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Do wyjaśnień należy dołączyć dowody (na przykład: oświadczenia Wykonawcy, umowy o pracę z pracownikami, z których będą wynikać stawki wynagrodzeń, oferty podwykonawców, potwierdzenia posiadania stosownych autoryzacji itp.), celem wykazania, iż zaoferowana niska cena jest uzasadniona. Wykonawca w celu udokumentowania Zamawiającemu, że cena/koszt/istotne części składowe jego oferty nie jest/jest rażąco, niska może wykazać się obiektywnymi czynnikami ujętymi w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie w wezwaniu wskazano, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny/kosztu, spoczywa na Wykonawcy. Pouczono także o treści art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył wyjaśnienia, których treść zastrzegł w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Do wyjaśnień załączono m.in. kalkulację wykonania prac, w której w kolumnie 9 „Podzespoły wysłane do poddostawców/producentów lub inne uwagi” odwołano się do ofert podmiotów trzecich dotyczących poszczególnych podzespołów, które to oferty załączono do kalkulacji.

Zamawiający w dniu 15 września 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie 226 ust. pkt 5) i 8) ustawy Pzp, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i nie zawiera wszystkich kosztów, których poniesienie jest niezbędne do realizacji zamówienia. W uzasadnieniu tej czynności (treść jawna, udostępniona wybranemu wykonawcy) wskazano m.in., iż w z związku z faktem, że

Zamawiający wymagał wykonania przeglądów podzespołów wskazanych w projekcie umowy, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ, przez producentów lub autoryzowanych przedstawicieli producentów, a wykonawca w ofercie nie wskazał podwykonawców, którym zamierza powierzyć realizację części zamówienia, Zamawiający przy badaniu złożonej oferty wykonawcy powziął wątpliwości czy cena nie została zaniżona i nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający przywołał w zawiadomieniu treść wezwania z dnia 28 lipca 2022 r. Zamawiający podniósł, iż analiza wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę wskazuje, że:

- 1) Wykonawca zamierza przekazać jeden z podzespołów do podmiotu wskazanego w wyjaśnieniach. Zgodnie z treścią §2 ust. 1 pkt. 10 Załącznika nr 2 do SWZ – Umowa nr KS/ZP/11/2022 Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przeglądów/napraw falowników, przetwornic, wyłączników szybkich, silników, przekładni, pantografów, rejestratorów, systemów hamulcowych (w tym urządzeń), sprzęgów (czołowych, między wagonowych, adapterów) i klimatyzatorów u producenta podzespołu lub w autoryzowanym serwisie producenta podzespołu, z zastrzeżeniem, że w przypadku, gdy DSU lub DTR wymaga wykonania przeglądu lub naprawy u producenta, wykonanie przeglądu/naprawy zostanie zlecone wyłącznie producentowi podzespołu. Wedle posiadanej przez Zamawiającego wiedzy wskazany w wyjaśnieniach Podmiot nie jest producentem ani autoryzowanym przedstawicielem producenta tego podzespołu. Wykonanie przeglądu tego podzespołu przez wskazany przez Wykonawcę w wyjaśnieniach Podmiot wskazuje na niezgodność oferty z wymaganiami Specyfikacji Warunków Zamówienia.
- 2) Zakres prac objętych ofertą Podmiotu wskazanego w wyjaśnieniach na wykonanie przeglądu wskazanego przez Wykonawcę w wyjaśnieniach podzespołu nie jest zgodny z czynnościami jakie określa DSU. Oferta wskazuje na możliwość regeneracji części, podczas gdy DSU wymaga wymiany części na nowe.
Odmienny zakres czynności wskazuje na niezgodność oferty z wymaganiami Specyfikacji Warunków Zamówienia.
- 3) Wykonawca nie ujął w ofercie wykonania czynności naprawy adaptera sprzęgu (sprzęgu pośredniego) pomimo wymogu określonego przez Zamawiającego w Załączniku nr 2 do SWZ - Umowie i wezwania do złożenia wyjaśnień, w szczególności w zakresie powierzenia wykonania części zamówienia producentom danych podzespołów lub ich autoryzowanym przedstawicielom. Wykonawca tym samym nie uwzględnił w ofercie wszystkich kosztów pozwalających na wykonanie zamówienia zgodnie z Specyfikacją Warunków Zamówienia.
- 4) Ponadto Specyfikacja Warunków Zamówienia określa, iż postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w języku polskim, co oznacza, że zarówno oferta jak

i wszelkie dokumenty składane wraz z nią muszą być sporządzone w języku polskim, a w przypadku języka obcego dokumenty powinny zostać przetłumaczone na język polski. Złożone wyjaśnienia stanowią część oferty złożonej przez Wykonawcę i w odniesieniu do załączników do kalkulacji tj.: Załącznika nr 5, Załącznika nr 8, Załącznika nr 12. Złożone dokumenty nie spełniają wymogu w zakresie języka w jakim prowadzone jest postępowanie. Wykonawca nie załączył tłumaczenia na język polski.

W uzasadnieniu prawnym wskazano, iż 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. Ze złożonych w toku postępowania przez Wykonawcę wyjaśnień nie wynika spełnianie w konkretnym zakresie wymagań opisu przedmiotu zamówienia i bez znaczenia są ogólne oświadczenia czy zapewnienia wykonawcy o wykonaniu zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji przez zamawiającego. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku KIO z dnia 15 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 522/19, nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że informacje uzyskane od wykonawców w ramach wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny nie mogą służyć ocenie zgodności oferty ze specyfikacją. Ponadto, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 12 marca 2020 r. sygn. akt: KIO 418/20, KIO 419/20, KIO 420/20, wyjaśnienia treści oferty składane na niezakwestionowane wezwanie zamawiającego, wystosowane w toku badania oferty, wiążą wykonawcę na równi z treścią pierwotnie złożonej oferty i winny być traktowane analogicznie jak treść złożonej oferty. Skoro zaistniały ww. merytoryczne niezgodności treści oferty Wykonawcy z treścią warunków tego zamówienia co do sposobu jego wykonania, stwierdzone w toku postępowania i zaistniała choć jedna niezgodność (jak wskazano powyżej), to Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp spełnione zostały przesłanki do odrzucenia oferty

Wykonawcy. Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z taką sytuacją mamy do czynienia na gruncie niniejszego postępowania – Wykonawca nie uwzględnił w ofercie wszystkich kosztów pozwalających na wykonanie zamówienia zgodnie z Specyfikacją Warunków Zamówienia. Tym samym Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Wykonawcy również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. W związku z powyższym Zamawiający wskazał, iż: 1) oferta Odwołującego nie odpowiada wynikającym z SWZ warunkom tego zamówienia, 2) oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający przekazał Odwołującemu bardziej szczegółową treść uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, która została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę stawianych zarzutów należy wskazać, iż:

- zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny;
- zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;
- zgodnie z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia;
- zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści;
- zgodnie z 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. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś w myśl ust. 6 tego przepisu odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
- zgodnie z art. 226 ust. 1 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;
- zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Ust. 2 tego przepisu stanowi, iż najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny zaoferowanej w postępowaniu, mimo iż w stanie faktycznym sprawy nie zaistniały przewidziane prawem przesłanki dla skorzystania przez Zamawiającego z instytucji przedmiotowego wezwania (zarzut nr 1 lit. a), jest zarzutem spóźnionym.

Przedmiotem tego zarzutu jest czynność Zamawiającego z dnia 28 lipca 2022 r. polegająca na wezwaniu Odwołującego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. W tym dniu Odwołujący powziął wiedzę o powyższej czynności, jak i o przyczynach, dla których Zamawiający zdecydował się skierować do Odwołującego wezwanie. W wezwaniu opisano też powzięte przez Zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez Odwołującego zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Odwołujący w oparciu o treść tego wezwania był w stanie jednoznacznie ustalić, co stało się podstawą do jego wystosowania i jeśli z tym się nie zgadzał, mógł w odpowiednim terminie skorzystać ze środka ochrony prawnej. Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołujący nie zdecydował się zaskarżyć czynności Zamawiającego z dnia 28 lipca 2022 r. w ustawowym terminie, zatem winien on liczyć się z konsekwencjami, jakie wiązać się mogą dla wykonawcy z wszczęciem procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny i obowiązkami, jakie skierowanie takiego wezwania implikuje po stronie wykonawcy.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, jakoby Zamawiający miał nadużyć instytucji badania rażąco niskiej ceny dla uzyskania dodatkowych dokumentów i informacji, które nie były żądane od wykonawców w postępowaniu na podstawie SWZ oraz wykorzystać uzyskane wyjaśnienia dla celu innego, niż tego, któremu służą one zgodnie z przepisami prawa (zarzut nr 1 lit. b). Jak wskazano powyżej, Zamawiający wyartykułował w treści wezwania w sposób czytelny swoje wątpliwości oraz wyjaśnił z czego one wynikały. W szczególności zwrócił uwagę na konieczność wykonania przeglądu kluczowych podzespołów przez ich producentów lub autoryzowane serwisy producenta i wątpliwości związane z tym, czy Odwołujący ujął powyższe w cenie oferty, jako że sam tego rodzaju podmiotem nie jest. Zamawiający nie narzucał wykonawcy dowodów, jakie ten powinien załączyć do wyjaśnień, wskazał jedynie ich przykłady. Odwołujący sam decydował o konstrukcji wyjaśnień, przekazywanych informacjach oraz załączanych dowodach. Ponieważ Odwołujący nie zaskarżył przedmiotowego wezwania do wyjaśnień, było ono dla niego wiążące i składając wyjaśnienia powinien był dołożyć należytej staranności. Decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp była oparta na okolicznościach wynikających bezpośrednio z treści złożonych wyjaśnień oraz załączonych do nich dowodów, a Zamawiający mógł ją podjąć, jeśli stwierdził, że w oparciu o przekazane przez Odwołującego dane zmaterializowały się podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Trudno uznać, aby Zamawiający miał wykorzystywać procedurę wyjaśnień ceny oferty w sposób sprzeczny z jej celem, tym bardziej, że w wystosowanym wezwaniu jasno wskazał, w czym upatruje wątpliwości i że aspektem wymagającym szczególnego wyjaśnienia jest kwestia przekazania kluczowych podzespołów do naprawy uprawnionym podmiotom. Odwołujący prawidłowo zidentyfikował te wątpliwości, o czym świadczy treść jego wyjaśnień, okoliczność zaś, że na gruncie tych wyjaśnień ujawniły się przyczyny do odrzucenia oferty Odwołującego, jest konsekwencją niedochowania przez Odwołującego należytej staranności, a nie wadliwych działań Zamawiającego.

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że wyłącznie oferta Odwołującego powinna podlegać wyjaśnieniom w kontekście zaoferowanej ceny w związku z informacjami na temat podwykonawstwa zawartymi w Formularzu ofertowym i dokumencie JEDZ złożonymi przez Odwołującego z ofertą, podczas gdy wskazywane przez Zamawiającego okoliczności winny wzbudzić analogiczne wątpliwości w odniesieniu również do oferty złożonej przez Przystępującego (zarzut nr 1 lit. c). W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił żadnych obiektywnych okoliczności, które miałyby uzasadniać konieczność wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, a jedynym podnoszonym argumentem było odniesienie się do własnej sytuacji

w postępowaniu. Odwołujący pominął jednak okoliczność, na którą zwracał uwagę Zamawiający, że sytuacja wykonawców w tym postępowaniu różniła się. Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie uwzględnienia przez Odwołującego w wycenie konieczności przekazania kluczowych podzespołów do przeglądu autoryzowanym podmiotom w oparciu o treść oświadczeń złożonych przez Odwołującego w zakresie podwykonawstwa i ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Nie było takich wątpliwości na gruncie oświadczeń złożonych przez Przystępującego. Jeżeli Odwołujący upatrywał w tym zakresie naruszenia zasady równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego, to jego obowiązkiem było wykazać, że również w odniesieniu do oferty Przystępującego Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia za zaoferowaną przez Przystępującego cenę, Odwołujący nie sprostął jednak ciężarowi dowodowemu w tym zakresie. Odwołujący nie wskazał nawet, jakie konkretnie informacje zawarte w ofercie Przystępującego czy oświadczenia przez niego złożone miałyby powodować powstanie wątpliwości i dlaczego.

Przechodząc do zarzutów nr 2, 3 i 4 odwołania (tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego i nieprawidłową ocenę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego wskutek uznania, że oferta Odwołującego nie odpowiada wynikającym z SWZ warunkom zamówienia i jest niezgodna z wymaganiami SWZ oraz art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień (w tym ewentualnych dowodów) w przedmiocie ceny zaoferowanej przez Odwołującego w postępowaniu oraz treści oferty Odwołującego) Izba stwierdziła, iż nie zasługują one na uwzględnienie. Wobec przyjętej w odwołaniu konstrukcji uzasadnienia ww. zarzutów, odnoszącej się po kolei do czterech wyszczególnionych w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego aspektów, stanowisko Izby w zakresie ww. zarzutów również zostanie przedstawione w takiej formie.

Pierwszą z okoliczności wskazanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego była kwestia dotycząca przekazania jednego z podzespołów w celu przeglądu do podmiotu, który nie jest producentem podzespołu ani autoryzowanym serwisem producenta. Dotyczy to podzespołu wymienionego jako trzeci w pkt 19 kalkulacji wykonania prac, w kolumnie 9. W rozpoznawanej sprawie nie budził wątpliwości fakt, iż w świetle § 2 ust. 1 pkt 10 wzoru umowy wykonawca miał obowiązek wykonania przeglądów/napraw kluczowych podzespołów, tj. falowników, przetwornic,

wyłączników szybkich, silników, przekładni, pantografów, rejestratorów, systemów hamulcowych (w tym urządzeń), sprzęgów (czołowych, międzywagonowych, adapterów) i klimatyzatorów, u producenta danego podzespołu lub w autoryzowanym serwisie producenta podzespołu. Bezsorna była także okoliczność, iż Odwołujący załączył do wyjaśnień ofertę podmiotu trzeciego (załącznik nr 11 do kalkulacji wykonania prac), który nie jest producentem ww. podzespołu ani autoryzowanym serwisem producenta. Sam Odwołujący również takim podmiotem nie jest, nie było to przedmiotem sporu. Mając to na uwadze Izba stwierdziła, iż Zamawiający, dysponując treścią wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i załączonymi do nich dowodami, wywiódł prawidłowy wniosek o niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, Odwołujący nie uwzględnił bowiem konieczności wykonania przeglądu/naprawy jednego z podzespołów u jego producenta (alternatywnie w autoryzowanym serwisie). Tym samym czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia nie naruszała przepisów ustawy Pzp.

Za bezzasadne Izba uznała powoływanie się przez Odwołującego na pomyłkę pracownika, który zamiast przedstawienia oferty podmiotu autoryzowanego dołączył do wyjaśnień ofertę podmiotu, który takiej autoryzacji nie posiada, a która znajdowała się w katalogu ofert posiadanych przez Odwołującego. Po pierwsze, trudno uznać za wiarygodne twierdzenia Odwołującego o zamiarze uwzględnienia przy tworzeniu oferty i w cenie ofertowej usług autoryzowanego podmiotu, jako że są one sprzeczne z treścią wyjaśnień i załączonych do nich dokumentów. W wyjaśnieniach Odwołujący – prawidłowo identyfikując przyczyny wystosowanego do niego wezwania – wskazał, że szczegóły dotyczące zlecenia wykonania usługi przeglądu uprawnionym podmiotom przedstawił w kalkulacji wykonania prac (załącznik nr 1 do wyjaśnień), a na potwierdzenie, że usługi te zostaną zrealizowane przez podmioty uprawnione złożył oferty tych podmiotów (załączone do kalkulacji wykonania prac). Z treści wyjaśnień Odwołującego wynika zatem, że za uprawnione podmioty, którym zamierza przekazać podzespoły do przeglądu/naprawy, uznawał on podmioty wskazane z nazwy w kalkulacji wykonania prac, których oferty do tej kalkulacji załączono. Dla spornego podzespołu wskazano z nazwy podmiot, który ani nie jest producentem podzespołu, ani autoryzowanym serwisantem. To ofertę tego właśnie podmiotu załączono do kalkulacji. Słusznie ponadto zauważył Zamawiający, że data tej oferty sugeruje, iż została ona pozyskana tuż przed upływem terminu składania ofert, na potrzeby przedmiotowego zamówienia. Po drugie, nawet zakładając omyłkę pracownika działającego w zastępstwie innej osoby, czego dowodził Odwołujący, to podkreślić należy, że błędu tego nie można sanować w postępowaniu odwoławczym. Odwołujący składając wyjaśnienia nie dochował należytej staranności, a negatywne konsekwencje tego zaniechania obciążają

wyłącznie jego. Odwołujący miał świadomość, że w wezwaniu skierowanym przez Zamawiającego główny nacisk położono właśnie na obowiązek wykonania przeglądów kluczowych podzespołów przez podmioty posiadające autoryzację producenta lub samego producenta. Odwołujący załączając oferty podmiotów trzecich do wyjaśnień składał je właśnie w celu potwierdzenia, że ww. obowiązek uwzględnił. Bez wątplenia Odwołującemu należy przypisać niedbalstwo, skoro nie upewnił się, czy podaje właściwe dane i nie tylko wskazał nazwę podmiotu trzeciego nieposiadającego wymaganej autoryzacji w kalkulacji wykonania prac, ale także załączył jako dowód ofertę tego podmiotu.

W ocenie Izby dostrzeżona przez Zamawiającego niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia miała charakter jednoznaczny, wobec czego brak było podstaw do kierowania do Odwołującego wezwania do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wskazano powyżej, błędy popełnione przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia będące skutkiem niedochowania należytej staranności, nie mogą podlegać konwalidacji w postępowaniu odwoławczym. Z tego też względu złożone przez Odwołującego dowody, tj. tabela zawierająca szczegóły kalkulacji pozycji obejmującej omawiany podzespół, korespondencja z podmiotem trzecim, dokumenty księgowo oraz oświadczenia pracowników Odwołującego (dowody objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), nie zmieniają dokonanej przez Izbę oceny.

W zakresie pkt 1 uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego Izba dodatkowo wskazuje, iż za bezprzedmiotową uznała argumentację Odwołującego dotyczącą niewielkiej wartości elementu wskazanego w poz. 19 kalkulacji wykonania prac. Kwestia ta nie ma znaczenia dla oceny zgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia. Mogłaby mieć ona znaczenie z perspektywy oceny wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny, niemniej z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nie wynika, aby brak uwzględnienia wykonania przeglądu podzespołu u autoryzowanego podmiotu był powodem stwierdzenia, że zachodzi podstawa do odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym w pkt 1 Zamawiający wskazał wyłącznie na niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia i nie odnosił się do kwestii ceny. Z kolei uzasadnienie prawne ma charakter ogólny i w zakresie rażąco niskiej ceny wskazuje jedynie w sposób hasłowy, iż „wykonawca nie uwzględnił w ofercie wszystkich kosztów pozwalających na wykonanie zamówienia zgodnie z SWZ.” Tym samym w ocenie Izby podstawą odrzucenia oferty Odwołującego w omawianym aspekcie był wyłącznie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnosząc się do punktu 2 uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie, w jakim dotyczył on niespełnienia wymogu wymiany części podzespołu na nowe (ppkt a.i, a.ii., b oraz c) Izba stwierdziła, iż jedyną okolicznością zakomunikowaną

wykonawcy w tymże uzasadnieniu było to, że „DSU wymaga wymiany części na nowe”, zaś oferta podmiotu trzeciego załączona przez Odwołującego do kalkulacji wykonania prac wskazuje na regenerację, a nie wymianę części. Zamawiający nie wskazał konkretnej treści DSU, z której wywiódł powyższy wymóg ani nie odniósł się w ogóle do fragmentów DSU dotyczących którejkolwiek z wymienionych jako przykładowe w pkt 2 części podzespołu. Odwołujący dysponując jedynie takim uzasadnieniem słusznie podniósł, iż stanowisko Zamawiającego nie jest zgodne z treścią DSU, która pod pojęciem wymiany rozumie zastąpienie uszkodzonego zespołu, podzespołu, elementu nowym lub zregenerowanym. Zgodnie ze stosowaną w DSU nomenklaturą zdefiniowaną w części wstępnej tej dokumentacji, wymiana to nie tylko zastąpienie części podzespołu nowym elementem, ale taką wymianą jest też zastąpienie części podzespołu elementem zregenerowanym. Jeżeli zatem w odniesieniu do poszczególnych części wymienionych przez Zamawiającego w pkt 2 uzasadnienia w świetle DSU niezbędna jest wymiana ich na nowe i niemożliwe jest posłużenie się elementem zregenerowanym, to Zamawiający powinien wykazać dlaczego. Tymczasem stanowisko Zamawiającego jest bardzo lakoniczne i nie wyjaśnia przyczyn, dla których Zamawiający stwierdził niezgodność oferty Odwołującego z wymaganiami mającymi wynikać z DSU.

Podkreślić w tym kontekście należy, iż sporządzenie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty jest obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny Zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych uchybień ustosunkować. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego, nie może polegać na badaniu istnienia powodów do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, ale także nie może polegać na poszukiwaniu i domniemywaniu przyczyn, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego. W przedmiotowym przypadku Zamawiający nie wskazał innego uzasadnienia niż jednozdaniowe, hasłowe stwierdzenie, że DSU obliguje wykonawcę do wymiany części na nowe. W szczególności Izba miała na uwadze, iż Zamawiający nie powołał się w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty na treść innych dokumentów zamówienia, w tym wzoru umowy, z których należało wywieść rzekomy obowiązek. Izba stwierdziła, iż zasadnicza części argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego oraz Przystępującego w postępowaniu odwoławczym wykraczała poza podstawy faktyczne odrzucenia oferty

zakomunikowane Odwołującemu w dniu 15 września 2022 r. Dotyczy to m.in. twierdzeń o tym, iż wymóg wymiany podzespołów na nowe miał wynikać z projektowanych postanowień umowy i być wymogiem nadrzędnym względem DSU, czy też, że regeneracja elementów podzespołu jest sprzeczna z wymaganiami wynikającymi z DTR. Podobnie rzecz się ma jeśli chodzi o twierdzenia, iż koszt regeneracji podzespołu jest znacząco niższy od kosztu wymiany części na nową, przy czym warto tu dodać, że Zamawiający powoływał się na powyższe nie w kontekście niezgodności oferty z SWZ, lecz rażąco niskiej ceny (*vide* str. 12 odpowiedzi na odwołanie), podczas gdy w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty wskazywał jedynie na niezgodność zakładanych prac z wymaganiami DSU i do kwestii ceny w ogóle się nie odnosił. Z analogicznych względów irrelewantne dla rozstrzygnięcia pozostawały złożone przez Przystępującego dowody, tj. zestawienie cen fabrycznie nowych części oraz opinia techniczna wraz z załącznikami. Ani kwestia kosztów związanych z wymianą elementów podzespołów na nowe, ani okoliczności wskazanie w opinii technicznej mające uzasadniać brak możliwości wykorzystania elementów zregenerowanych do naprawy podzespołu, nie zostały zakomunikowane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 15 września 2022 r.

Jedynie uzupełniająco Izba wskazuje, iż dokumenty zamówienia w omawianym zakresie nie były w pełni precyzyjne. Definicja wymiany zawarta w DSU jednoznacznie wskazywała, iż pod pojęciem tym mieści się nie tylko zastąpienie elementów nowymi, ale także zregenerowanymi. Z wyciągu z DSU przedstawionego przez Odwołującego na rozprawie wynikało, iż w sytuacji, kiedy wymagana jest wymiana poprzez zastąpienie elementu nowym, było to w DSU precyzowane, dopisku takiego nie było jednak w odniesieniu do elementów kwestionowanych przez Zamawiającego, w stosunku do których użyto jedynie słowa „wymiana.” Zamawiający do powyższego się nie odniósł ani nie powołał się na konkretną treść DSU, z której można byłoby wywieść zakaz zastosowania elementów zregenerowanych. Z kolei w § 2 ust. 9 pkt 9) wzoru umowy wskazano, iż podczas wykonywania przedmiotu Umowy, wykonawca zobowiązuje się do wymiany wymaganych przez DSU lub DTR podzespołów na nowe oryginalne zgodne z dokumentacją Pojazdu. Jednocześnie jednak w § 2 ust. 10 wzoru umowy dopuszczono za zgodą Zamawiającego możliwość zastosowania materiałów zregenerowanych. Również więc na gruncie postanowień umownych wymiana poprzez zastąpienie elementu zregenerowanym była możliwa przy spełnieniu pewnych warunków - przedstawieniu dokumentacji potwierdzającej uzyskanie wymaganych parametrów technicznych zgodnie z dokumentacją techniczną Pojazdu i uzyskaniu zgody Zamawiającego. W świetle tych regulacji nie można zgodzić się z kategorycznym wnioskiem Zamawiającego, że bezwzględnie wymagane jest użycie elementów nowych, Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego tej okoliczności nie

wykazał. Dodać należy, że w dokumentach zamówienia nie przewidziano, iż to postanowienia umowne mają prymat nad treścią DSU czy DTR w przypadku stwierdzenia wewnętrznych sprzeczności między tymi dokumentami. Z kolei wprowadzone w § 2 ust. 2 wzoru umowy reguły kolizyjne, nakazujące uwzględniać postanowienia korzystniejsze dla Zamawiającego są dalece nieprecyzyjne i mają subiektywny charakter.

Izba nie podzieliła także stanowiska Zamawiającego, iż o niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia świadczy użycie w ofercie podmiotu trzeciego na wykonanie przeglądu podzespołu alternatywy „sprawdzenie lub wymiana” w zakresie elementów wskazanych w pkt 2 lit. a.ii. Zamawiający na tej podstawie przyjął domniemanie, że skoro użyto alternatywy, to oferta podmiotu trzeciego nie zawiera wymiany elementu. Powyższe założenie jest błędne już z punktu widzenia zasad logiki. Oferta ta wskazuje na wymianę (konkretnie zawiera opis: „wymiana [nazwa elementu], sprawdzenie lub wymiana”), więc nie można na tej podstawie przesądzić, że podmiot trzeci składając ofertę nie brał pod uwagę potencjalnej wymiany elementu. Nawet jeśliby uznać, że zachodzą w tym zakresie pewne wątpliwości, to nie sposób kategorycznie stwierdzić, jak przyjął Zamawiający, że oferta podmiotu trzeciego obejmuje wyłącznie sprawdzenie elementu, a nie jego wymianę. Jeśli u Zamawiającego pojawiły się w tym zakresie wątpliwości, to winien był je wyjaśnić, nie zaś wywodzić niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia wyłącznie w oparciu o własne przypuszczenie, że wymiana elementów podzespołu nie została przewidziana w ofercie podmiotu trzeciego.

Odnosząc się do pkt 2 lit. a.iii oraz a.iv uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego dotyczącego braku uwzględnienia w ofercie podmiotu trzeciego elementów wskazanych w ww. punktach, Izba stwierdziła, iż Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego nie wyjaśnił powodów swojego działania, zaś w postępowaniu odwoławczym nie odparł twierdzeń Odwołującego wskazujących, że sporne elementy zostały ujęte w ofercie podmiotu trzeciego mającego wykonać przeglądy. Zamawiający, sugerując się wyłącznie użytą w ofercie podmiotu trzeciego nomenklaturą, w sposób arbitralny, opierając się jedynie na własnej ocenie, uznał, że przewidziane w DSU do wymian elementów podzespołu nie zostały w ogóle uwzględnione. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego - poza postawieniem tezy, iż „w ofercie brak jest elementu X” - niczego nie wyjaśnia. Z kolei w postępowaniu odwoławczym Zamawiający swojej decyzji nie obronił. Odwołujący wskazał, iż elementy, których brak uwzględnienia mu zarzucono, zostały ujęte w poszczególnych pozycjach tabeli z użyciem prawidłowej dla nich terminologii/nazewnictwa specjalistycznego (*vide* str. 19 odwołania). Odwołujący złożył również dowody, w tym korespondencję z podmiotem trzecim, jak i inne dokumenty dotyczące ww. komponentów, które potwierdzały fakt uwzględnienia spornych elementów w ofercie podmiotu trzeciego

załączonej do kalkulacji Odwołującego. Zamawiający, poza lakonicznym stwierdzeniem zawartym w odpowiedzi na odwołanie, iż elementy wskazane przez Odwołującego pełnią inne funkcje niż te, których brak uwzględnienia zarzucono, nie przedstawił żadnej merytorycznej argumentacji. Z kolei do dowodów złożonych przez Odwołującego Zamawiający w ogóle się nie odniósł, podnosząc jedynie, iż Odwołujący „powinien stosować takie nazewnictwo, by nie było wątpliwości co do zgodności jego oferty z warunkami zamówienia.”

W ocenie Izby wywiedzenie przez Zamawiającego wniosku o braku uwzględnienia określonych elementów w ofercie podmiotu trzeciego złożonej przez Odwołującego było zbyt daleko idące, a decyzja o ewentualnym odrzuceniu oferty Odwołującego z tego powodu powinna być poprzedzona procedurą wyjaśniającą. W doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, iż w przypadku powstania u Zamawiającego wątpliwości co treści oferty wezwanie wykonawcy do wyjaśnień jest nie tyle uprawnieniem, co obowiązkiem Zamawiającego. Równie powszechnym jest pogląd, iż odrzucenie oferty powinno mieć miejsce wtedy, gdy podstawy odrzucenia są możliwe do stwierdzenia w sposób jednoznaczny i niewątpliwy. Ustawodawca wyposażył instytucje zamawiające w narzędzia pozwalające w przypadku powstania wątpliwości uzyskać od wykonawcy informacje niezbędne do dokonania kompleksowej oceny, takie jak wyjaśnienia treści oferty (art. 223 ust. 1 ustawy Pzp), czy wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny ofertowej lub jej istotnych części (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp). Zamawiający musi być w stanie stwierdzić, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia nie budzi wątpliwości i nie powinien poprzestawać jedynie na subiektywnej ocenie. Tymczasem w przedmiotowej sprawie Zamawiający właśnie na takiej subiektywnej ocenie się oparł, pozbawiając tym samym Odwołującego możliwości przedstawienia wyjaśnień, które mogłyby rozwiązać wątpliwości Zamawiającego (choćby przedstawienia takiej argumentacji oraz dowodów, które zaprezentowano w postępowaniu odwoławczym). Ocena okoliczności, które Odwołujący podnosił w postępowaniu odwoławczym, powinna w praktyce mieć miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ rolą Izby jest wyłącznie weryfikacja zgodności działania Zamawiającego z ustawą Pzp, a nie zastępowanie go w działaniach, które powinien on podjąć, czyli w tym przypadku zastępowanie Zamawiającego w przeprowadzeniu procedury wyjaśniającej treść oferty.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż opisane nieprawidłowości w działaniu Zamawiającego, zarówno te dotyczące pkt 2 lit. a.i., a.ii, lit. b oraz lit. c, jak i te dotyczące pkt 2 lit. a.iii i a.iv uzasadnienia faktycznego, pozostają bez wpływu na wynik postępowania z uwagi na fakt, iż decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego okazała się prawidłowa w zakresie wskazanym w pkt 1 uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego.

Za bezcelowe uznać należy w takim przypadku nakazywanie Zamawiającemu wezwania do wyjaśnień wykonawcy, którego oferta została ostatecznie odrzucona z postępowania. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Brak wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania jest równoznaczny z brakiem możliwości uwzględnienia zarzutu dotyczącego tego naruszenia. Mając to na uwadze zarzuty odwołania dotyczące wykonania czynności naprawy podzespołu wskazanego w pkt 2 uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego podlegały oddaleniu.

Odnosząc się do pkt 3 uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, tj. braku ujęcia w ofercie wykonania czynności naprawy adaptera sprzęgu pomimo wymogu wynikającego z wzoru umowy, Izba stwierdziła, że na gruncie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień Zamawiający słusznie powziął wątpliwości co do uwzględnienia przez wykonawcę konieczności wykonania przeglądu adapterów sprzęgu przez producenta lub autoryzowany podmiot. Dostrzegalna jest tutaj sprzeczność pomiędzy opisem wskazanym przez Odwołującego w kalkulacji wykonania prac (załącznik nr 1 do wyjaśnień) w poz. 6 i 7, a treścią oferty podmiotu trzeciego stanowiącej załącznik nr 3 do tej kalkulacji. Odwołujący w opisie poz. 6 i 7 w kolumnie 9 uwzględnił adaptery sprzęgu, niemniej na przegląd tych adapterów nie wskazuje oferta autoryzowanego podmiotu. Mając na uwadze powyższą rozbieżność nie sposób jednoznacznie przesądzić, że Odwołujący nie ujął w ogóle w ofercie czynności naprawy adaptera sprzęgu. To samo tyczy się kwestii uwzględnienia tego elementu w kalkulacji ceny ofertowej. Podobnie jak w przypadku pkt 2 uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, stwierdzenie przez Zamawiającego w sposób kategoriyczny braku uwzględnienia powyższego wymagania przez Odwołującego oraz braku ujęcia tego elementu w wycenie, było zbyt daleko idące, a decyzja o ewentualnym odrzuceniu oferty Odwołującego z tego powodu powinna być poprzedzona wezwaniem Odwołującego do wyjaśnień. Zamawiający nie powinien poprzestawać na subiektywnej ocenie, lecz powinien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie powstałych wątpliwości czy stwierdzonych rozbieżności, wskazując jednocześnie w wezwaniu w sposób konkretny co należy wyjaśnić. Tymczasem w rozpoznawanej sprawie Zamawiający decydując się odrzucić ofertę Odwołującego kierował się jedynie własnym przypuszczeniem (jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie – przeprowadzona analiza pozwala „domniemywać, że koszt przeglądu adaptera sprzęgu nie został uwzględniony”) i zaniechał wyjaśnienia stwierdzonych rozbieżności, przyjmując określoną, subiektywną optykę. Powyższe doprowadziło do sytuacji, w której to dopiero w postępowaniu odwoławczym doszło do podjęcia przez

Odwołującego próby wyjaśnienia treści oferty i ceny ofertowej oraz przedstawienia dowodów, podczas gdy – jak wskazano już powyżej - ocena twierdzeń Odwołującego i złożonych dokumentów powinna mieć miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Powyższe zaniechanie Zamawiającego pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania z uwagi na fakt, iż decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego okazała się prawidłowa w zakresie wskazanym w pkt 1 uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego. Tym samym zarzuty odwołania w aspekcie dotyczącym wykonania czynności naprawy adaptera sprzęgu nie mogły podlegać uwzględnieniu, wobec treści art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do czwartej z okoliczności wskazanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, tj. braku złożenia tłumaczeń na język polski trzech dokumentów stanowiących załączniki nr 5, 8 i 12 do kalkulacji wykonania prac, Izba za słuszne uznała stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający nie dokonał oceny, czy brak przedstawienia tych tłumaczeń wraz z wyjaśnieniami w jakikolwiek sposób wpływał na uznanie, że wyjaśnienia te nie były wystarczające, że cena oferty jest rażąco niska lub że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Uzasadnienie zaprezentowane przez Zamawiającego ograniczało się do stwierdzenia, że postępowanie prowadzone jest w języku polskim i dokumenty powinny zostać przetłumaczone. Zamawiający nie wskazał, jak fakt ten wpływa na ocenę oferty Odwołującego, czy to w zakresie zgodności oferty z warunkami zamówienia, czy rażąco niskiej ceny. Z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nie wynikają żadne wnioski w tym zakresie. Co więcej, jak przyznał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, gdyby błędem Odwołującego był wyłącznie brak złożenia tłumaczeń, to Zamawiający wystosowałby do Odwołującego wezwanie do wyjaśnień. Sam Zamawiający ma zatem świadomość, że powyższe zaniechanie samoistnie nie prowadzi do odrzucenia oferty Odwołującego. Ponadto Izba wskazuje, iż załączone do wyjaśnień dokumenty nie były wymagane w świetle postanowień SWZ, a stanowiły jedynie dokumenty pomocnicze, przedstawione przez Odwołującego - na skutek jego wyłącznej decyzji - wraz z wyjaśnieniami w zakresie wyliczenia ceny, nie sposób zatem stwierdzić, aby oferta Odwołującego miała być przez to niezgodna z warunkami zamówienia. Zaniechanie Odwołującego mogłoby podlegać ocenie co najwyżej pod kątem tego, czy złożone wyjaśnienie wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę (zob. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Zamawiający nie dokonał jednak jakiegokolwiek oceny w tym zakresie, a mimo tego wskazał na brak złożenia tłumaczeń dokumentów jako jedną z okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty Odwołującego. Takie działanie nie jest zgodne z przepisami ustawy Pzp, niemniej okoliczność ta pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, ponieważ Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego jako

niezgodną z warunkami zamówienia w zakresie wskazanym w pkt 1 uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego. Tym samym zarzuty odwołania odnoszące się do braku złożenia tłumaczeń na język polski załączników nr 5, 8 i 12 do kalkulacji wykonania prac, nie mogą zostać uwzględnione.

W tym stanie rzeczy, mając na uwadze, iż omówione powyższej zarzuty odwołania podlegały oddaleniu, Izba stwierdziła, iż nie potwierdził się również zarzut nr 5 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty Przystępującego za ofertę najkorzystniejszą i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zarzut ten został oparty na tożsamych podstawach faktycznych, co pozostałe zarzuty, stanowił jedynie konsekwencję zarzucanych w pkt 1-4 naruszeń. Skoro Odwołujący nie udowodnił, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego była niezgodna z ustawą Pzp oraz nie wykazał, iż zachodziła konieczność wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie wycięcia ceny oferty, to nie dowiódł również tego, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie odpowiadała prawu.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:
.....
.....