

WYROK
z dnia 25 kwietnia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2018 roku przez wykonawcę **Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu (33-300)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Koleje Dolnośląskie S.A. z siedzibą w Legnicy (59-220)**

przy udziale wykonawcy **P. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. M. Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych z Trzeciewnicy (89-100)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że zawiera rażąco niską cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty przystępującego; zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się,
2. kosztami postępowania obciąża **Koleje Dolnośląskie S.A. z siedzibą w Legnicy (59-220)**

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu (33-300)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Kolei Dolnośląskich S.A. z siedzibą w Legnicy (59-220)** na rzecz wykonawcy **Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu (33-300)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1539 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Legnicy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie obsługi technicznej poziomu utrzymania P3/2 wraz z pracami dodatkowymi w elektrycznych zespołach trakcyjnych 31WE” (Numer referencyjny: KD/ZZP/U/8/2018) przez Koleje Dolnośląskie S.A. ul. Kolejowa 2, 59-220 Legnica (dalej „zamawiający”) wykonawca Newag S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Serwis Pojazdów Szynowych Autoryzowana Stacja Obsługi P. M. z siedzibą w Nakle nad Notecią (dalej „ASO M.”) oraz wyboru tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej, a także wobec zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1539 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4) oraz art. 90 ust. 3, poprzez wybór oferty wykonawcy ASO M. jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ASO M., pomimo że przedmiotowa oferta zawiera rażąco niską cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia,
2. art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 3 ust. 1 *Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, poprzez wybór oferty wykonawcy ASO M. jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo, że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy ASO M. i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł również o przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam powołane, w tym dowodu z opinii biegłego z zakresu kolejnictwa – na wypadek gdyby Izba uznała, iż do rozstrzygnięcia zasadności zarzutów dotyczących rażąco niskich ceny zaoferowanych przez ASO M., w szczególności weryfikacji wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę, niezbędne jest posiadanie wiadomości specjalnych, którego zadaniem byłoby ustalenie: (i) czy zaoferowane przez wykonawcę ASO M. cena utrzymania pojazdów 31 WE na poziomie P3/2 została skalkulowana z uwzględnieniem wszystkich składników kosztowych

określonych w SIWZ, w tym Dokumentacji Systemu Utrzymania, (ii) czy przyjęte przez ASO M. ceny i koszty jednostkowe mieszczą się w zakresie cen rynkowych, (iii) czy ASO M. dysponuje jakimikolwiek indywidualnymi czynnikami, niedostępnymi dla innych wykonawców działających na rynku, który pozwalałyby w istotny sposób na obniżenie kosztów i ceny wykonania przedmiotu zamówienia, i na tej podstawie ustalenie, czy (iv) zaoferowana przez ASO M. cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie została skalkulowana na poziomie niższym od rzeczywistych kosztów i czy odpowiada cenie rynkowej.

Wniósł nadto o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania według norm prawem przepisanych.

Odwołujący podał, że utrzymanie pojazdów kolejowych jest regulowane Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w *sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych* (Dz. U. z 2016 r., poz. 226 z późn. zm.) i dzieli się zasadniczo na pięć poziomów: od P1 do P5, przy czym szczegółowe określenie poziomów utrzymania oraz poszczególnych czynności znajduje się w opracowanej dla danego typu pojazdów Dokumentacji Systemu Utrzymania („DSU”).

Podał także, że w przypadku pojazdów typu 31 WE w DSU wprowadzono sześć rodzajów przeglądów: P1, P2, P3/1, P3/2, P4 oraz opisano poszczególne czynności, które należy wykonać w ramach danego poziomu. Zwrócił uwagę, iż przegląd wyższego rzędu zawiera w sobie czynności niższego poziomu oraz dodatkowe czynności właściwe dla danego poziomu. Tytułem przykładu wskazał, że przegląd P3/2 zawiera w sobie wszystkie czynności właściwe dla przeglądu P3/1 oraz wiele innych czynności, których przegląd P3/1 nie zawiera.

Wskazał, że przedmiotem postępowania, którego dotyczy odwołanie jest wykonanie czynności utrzymaniowych pojazdów typu 31WE poziomu P3/2 – zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia – część III SIWZ („OPZ”) przedmiot zamówienia składa się z (i) wykonania czynności obsługowych poziomu P3/2 zgodnych z DSU oraz (ii) wskazanych przez zamawiającego prac dodatkowych nieobjętych DSU.

Wyjaśnił, że z uwagi na fakt, iż DSU liczy kilkaset stron, zamawiający powołał się na DSU jako część opisu przedmiotu zamówienia i zamieścił na swojej stronie internetowej pełne DSU, co umożliwiło każdemu z wykonawców zapoznanie się z jego treścią oraz skalkulowanie i złożenie oferty.

Wyciąg z DSU zamieszczonego na stronie internetowej Zamawiającego

Podał w dalszej kolejności, że w postępowaniu złożono dwie oferty: (i) odwołującego, który zaoferował cenę 1.490.000,00 zł netto za przegląd jednego pojazdu

(łącznie 7.450.000,00 zł netto za 5 pojazdów, tj. 9.163.500,00 zł brutto) oraz (ii) ASO M., który zaoferował cenę netto 690.000,00 zł netto za przegląd jednego pojazdu (3.450.000,00 zł netto łącznie za 5 pojazdów, tj. 4.243.500,00 zł brutto).

Wskazał, że pismem z 05.04.2018 r. zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty ASO M. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał nadto, że w trakcie procesu badania i oceny ofert zamawiający powziął wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez ASO M. i pismem z 13.03.2018 r. wezwał ASO M. do wyjaśnień w sprawie rażąco niskie ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – zamawiający podał, iż *„zwraca się do Państwa z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Wykonawca winien przedstawić wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny wskazując na wszystkie okoliczności uzasadniające, w realiach niniejszej sprawy, zaoferowanie ceny na poziomie wskazanym w ofercie uwzględniającej wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem niniejszej zamówienia oraz zapewniającej wykonanie wszystkich zobowiązań umownych”*.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający wskazał, że oczekuje szczegółów dotyczących w szczególności wskazanych podzespołów, zastrzegł jednak, że wymienione powyżej elementy nie stanowią katalogu zamkniętego oraz wskazał na środki dowodowe mogące stanowić uzasadnienie dla zaoferowanej ceny, w tym oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o *minimalnym wynagrodzeniu za pracę* (Dz. U. z 2017 r. poz. 847).

Podsumował, że zgodnie z powyższym treścią pisma zamawiającego było objęte wezwanie do przedstawienia sposobu wyliczenia ceny, obejmujące wszystkie elementy kosztotwórcze oraz poparcia wyjaśnień stosownymi dowodami.

Podniósł, że wobec dokonania przez zamawiającego wezwania, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, powstało domniemanie prawne, iż zaoferowana przez ASO M. cena jest rażąco niska, a na ASO M. spoczywał ciężar dowodu wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Dowód: Pismo Zamawiającego z 13.03.2018 r.

Podał, że w doktrynie i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, a także sądów

powszechnych, przyjmuje się, że cena rażąco to cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu przedmiotu zamówienia, nie pokrywająca kosztów realizacji zamówienia. Powołał się na wyrok KIO 1562/11: *„Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując: cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.”*

Powołał się także na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07: *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”,* a nadto wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09: *zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych”.*

W ocenie odwołującego w celu obalenia powstałego domniemania ceny rażąco niskiej, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia powinny być rzetelne, precyzyjne, konkretne, oparte na wiarygodnej i szczegółowej kalkulacji, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, pozwalające na ich przełożenie na uchwytny i wymierne wartości ekonomiczne.

„Wyjaśnienia, składane w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., muszą być szczegółowe i wyczerpujące. Jeżeli są ogólnikowe i lakoniczne - wówczas przyjmuje się, że w ogóle nie zostały złożone (...)” – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 13/18.

„W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów, obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów/. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi” – wyrok

Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2586/17.

Podniósł, że w przypadku gdy wykonawca powołuje się na szczególnie sprzyjające warunki, które mają uzasadniać obniżenie ceny, jest zobowiązany (i) wykazać, że są one niedostępne innym wykonawcom oraz (ii) wykazać konkretny wpływ tych warunków na obniżenie ceny (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 681/17).

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego ASO M. przedstawił lakoniczne wyjaśnienia liczące jedną stronę i nie poparł wyjaśnień jakimikolwiek dowodami.

Dowód: Wyjaśnienia wykonawcy ASO M. z dnia 13.03.2018

Odwołujący stanął na stanowisku, że złożone przez ASO M. wyjaśnienia ze względu na ich lakoniczność, ogólnikowość i brak poparcia dowodami już na pierwszy rzut oka czynią oczywistym, że wykonawca nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowodu.

Odnosząc się do poszczególnych twierdzeń odwołujący podniósł:

ASO M. wywodzi, iż „szacunkowa wartość zamówienia została określona w oparciu o analizę cen rynkowych przeglądu P3/2”. Uznał, że ASO M. usiłuje wykazać rynkowość zaoferowanej ceny, poprzez odniesienie do innych cen, które rzekomo były oferowane na rynku za tego rodzaju usługę. Podniósł, że ASO M. w żaden sposób nie wykazał, jakoby inne podmioty w przeszłości wykonywały przeglądy P3/2 pojazdów 31WE za cenę, którą sam zaoferował – wykonawca poprzestał jedynie na ogólnikowym stwierdzeniu o rzekomym dokonaniu analizy cen rynkowych, jednak nie podzielił się z zamawiającym ową analizą.

ASO M. wskazał, iż cena ofertowa „została przyjęta w oparciu o przewidywane ceny przeglądów głównych podzespołów oraz robociznę i przewidywany zysk, co przedstawiamy poniżej. Odwołujący podniósł, że już z tego stwierdzenia wynika, iż kalkulując cenę ofertą wykonawca wziął pod uwagę jedynie koszty głównych podzespołów, a nie wszystkich podzespołów. Uznał, że ASO M. sam potwierdził, iż kalkulacja cenowa jest niepełna i oparta na „przewidywaniach”, zamiast na rzeczowej analizie.

Zdaniem odwołującego przedmiotową tezę potwierdza przedstawiona w dalszej części wyjaśnień ogólnikowa kalkulacja składająca się z kilku pozycji – w kalkulacji ujęto jedynie kilka czynności przewidzianych przez DSU dla poziomu P3/2, brak tam wielu innych czynności wymaganych do wykonania przez DSU, których koszt wykonania powinien być wykazany i skalkulowany przez każdego z wykonawcę.

Podniósł, że nawet kierując się pozycjami wskazanymi przykładowo przez zamawiającego w wezwaniu (zaznaczając, iż zamawiający wymagał ujęcia wszystkich składników kosztotwórczych, a wyliczenie miało jedynie charakter przykładowy) uznać należy, że ASO M. nie zawarł w kalkulacji kosztów przeglądu przekładni oraz kosztów wyosiowania i zawiązu pojazdu.

Podkreślił, że ASO M. nie przedstawił jakichkolwiek szczegółów dotyczących wskazanych przez zamawiającego pozycji, pomimo jednoznacznego wezwania zamawiającego w tym zakresie.

Odwołujący załączył wyciąg z opublikowanego na stronie zamawiającego wyciągu z DSU przedstawiający 139 pozycji/czynności właściwych dla przeglądu poziomu P3/2, które wymagają poniesienia nie tylko kosztów osobowych, ale również kosztów materiałowych (łączna liczba pozycji jest znacznie wyższa).

Podniósł, że ASO M. w swoich wyjaśnieniach zawarł jedynie szereg pozycji materiałowych, nie wskazując przy tym konkretnego zakresu poszczególnych pozycji, co samo w sobie czyni wyjaśnienia niepełnymi i nieprecyzyjnymi. Stwierdził, że w szczególności, w wyjaśnieniach brak jest następujących czynności istotnych kosztowo:

- Przegląd przekładni osiowych
- Przegląd elementów obwodu głównego wysokiego napięcia, w szczególności:
 - przetwornic statycznych
 - falowników
 - wyłączników szybkich
 - odbieraków prądu
- Przegląd oraz wymiana niezbędnych elementów drzwi odskokowo-przesuwnych
- Przegląd sprzęgu czołowego
- Przegląd urządzeń klimatyzacji

Dowody: Wyciąg z DSU opublikowanego przez zamawiającego na stronie internetowej

Wyjaśnienia wykonawcy ASO M. z 13.03.2018 r.

Pismo Zamawiającego z 13.03.2018 r.

Odwołujący podniósł także, że wykonawca nie poparł deklarowanych wartości jakimikolwiek dowodami, które potwierdzałyby, iż przyjęte koszty/ceny jednostkowe mają charakter realny i rynkowy. Zwrócił uwagę, że część podanych przez ASO M. pozycji ma tak ogólnikowe nazewnictwo, że nie sposób ustalić, co mieści się pod daną wartością – przykładowo, nie jest możliwym zweryfikowanie, co wykonawca ujął pod pozycją „*pozostałe koszty*”.

Podkreślił, iż wyjaśnienia powinny być jasne, zrozumiałe i konkretne, a nie sposób tego rodzaju sposobu prezentowania danych uznać za jasny i konkretny.

W stosunku do pozycji „*Robocizna*” stwierdził, że z treści wyjaśnień w żaden sposób nie wynika, jakiego zakresu dotyczy owa pozycja. Jeżeli intencją wykonawcy było przedstawienie kosztów wynagrodzeń – wywodził odwołujący – to wykonawca powinien przedstawić zestawienie ilości pracowników/godzin oraz co najmniej stawkę godzinową, czego nie zrobił.

Odwołujący ocenił, że w ostatnim zdaniu wyjaśnień ASO M. próbował wskazać szczególne warunki, uzasadniające obniżenie cen względem innych wykonawców działających na rynku – ASO M. podał, iż *„kalkulując zamówienie wziął pod uwagę oszczędności jakie Jego firma osiąga dzięki sprawnemu zarządzaniu małą firmą, która posiada dobrze przeszkolonych pracowników dzięki czemu nie musi zlecać prac podwykonawcą, a usługi będzie wykonywać samodzielnie”*.

Zauważył, że wielkość przedsiębiorstwa nie jest okolicznością indywidualną wyłącznie dla ASO M., a wykonawca w żaden sposób nie wykazał, iż jest *„mniejszą firmą”* od innych wykonawców działających na rynku. Nawet gdyby jednak teoretycznie uznać, iż rzeczywiście taki stan ma miejsce – stwierdził odwołujący – to należy podnieść, iż wielkość przedsiębiorstwa nie ma żadnego znaczenia dla kosztów realizacji danego zamówienia. Uzupełnił, że oczywiście, większe przedsiębiorstwo ma wyższe koszty ogólne działalności, jednak jednocześnie może realizować większą ilość zamówień w tym samym czasie, co sprawia, iż wyższe koszty ogólne rozkładają się na większą ilość zamówień i *suma summarum* pozostają bez wpływu na konkretne zamówienie.

Nie zgodził się z tym, aby ASO M. miało wyróżniać posiadanie *„dobrze przeszkolonych pracowników”* – cokolwiek wykonawca rozumiał pod tym sformułowaniem, to każdy wykonawca, który wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, z istoty rzeczy musi posiadać odpowiednio wykwalifikowany personel, ponieważ w innym wypadku nie byłby w stanie złożyć oferty i wykonać zamówienia.

Uzupełnił, że ASO M. nie wyróżnia również zamiar samodzielnego wykonania zamówienia, tj. bez udziału podwykonawców. Zauważył, iż żaden z wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu nie zadeklarował wykonania zamówienia za pomocą podwykonawców; co więcej, brak korzystania z podwykonawców nie oznacza, iż ASO M. nie będzie nabywał materiały/usługi niezbędne do wykonania zamówienia, ponieważ żaden z wykonawców działających na rynku utrzymania pojazdów szynowych, w tym ASO M., nie produkuje samodzielnie wszystkich śrub, smaru, oleju, farby czy części zamiennych silnika.

Podsumowując, uznał iż ASO M. nie sprostował spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu i nie wykazał, że zaoferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest

ceną rażąco niską – złożone wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne, nieprecyzyjne i niepoparte jakimikolwiek dowodami, a także:

- a) nie potwierdzają, że cena ma charakter rynkowy;
- b) nie obejmują wszystkich składników kosztotwórczych;
- c) nie zawierają szczegółowych wskazanych wartości;
- d) nie potwierdzają rynkowości i realności przyjętych kosztów/cen jednostkowych;
- e) nie zawierają szczególnych warunków, niedostępnych innym podwykonawcom, które umożliwiałyby wykonawcy obniżenie ceny.

Zdaniem odwołującego nie jest możliwe wykonanie zamówienia za tak niską cenę, jak zaoferował ASO M., ponieważ nie pokrywa ona nawet podstawowych kosztów realizacji zamówienia (kosztów materiałowych), co czyni ją ceną nierealną i tym samym nierynkową. Zauważył, iż każdy z wykonawców miał możliwość zapoznania się ze szczegółowym DSU i powinien na tej podstawie dokonać prawidłowej kalkulacji cenowej, z uwzględnieniem kosztów wszystkich czynności określonych w DSU.

Uznał, że obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty ASO M., który nie obalił powstałego domniemania rażąco niskiej ceny; w szczególności nie można przyjąć, iż takowe domniemanie obalił sam fakt złożenia wyjaśnień przez ASO M., ponieważ istotna jest treść owych wyjaśnień; brak również podstaw do uznania złożonych wyjaśnień za przekonujące wyłącznie poprzez porównanie z oszacowaną wartością zamówienia, ponieważ określenie szacunkowej wartości zamówienia służy wyłącznie określeniu trybu postępowania i obowiązków zamawiającego na gruncie ustawy Pzp.

Ocecił, że oszacowanie w niniejszym przypadku przeprowadzono nieprawidłowo, ponieważ: (i) oparto się na usługach o innym zakresie niż będące przedmiotem niniejszego zamówienia (przeгляд P3 - tj. obecnie P3/1, którego zakres jest znacznie mniejszy od przeglądu P3/2) oraz jedynie wybiórczych czynnościach, zamiast przeprowadzić oszacowanie pełnego zakresu wynikającego z DSU.

Odwołujący wskazał, że zaoferowanie przez ASO M. rażąco niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu *Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*.

Podał, że zgodnie z art. 3 ust. 1 tejże ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interesy innego przedsiębiorcy lub klienta. Według sformułowanej przez doktrynę definicji za „dobre obyczaje” uważa się zachowanie „*zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji, poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi [...] cechami oferowanych towarów i usług*”. (J. Szwaja, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - Komentarz*, C.H. Beck, wyd. 2, Warszawa 2006, s.

157). Zakazy zawarte w przedmiotowej ustawie mają za cel przeciwdziałanie posługiwania się przez przedsiębiorców nieuczciwymi praktykami, które pozwoliłyby im osiągnąć lepszą pozycję na rynku kosztem konkurentów (por. m. in. wyrok SN z dnia 2 lutego 2001 r. IV CKN 255/00, OSNC 2001, nr, poz 137).

W tym kontekście – w ocenie odwołującego – zaferowanie przez ASO M. rażąco niskiej ceny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ tego rodzaju postępowanie spełnia przesłanki określone w art. 15 ust. 1 pkt 1) *Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, a ponadto narusza podstawowe zasady uczciwości kupieckiej i prowadzi do wypaczenia cen na rynku – albowiem „zachowaniem godzącym w zasady uczciwej konkurencji jest oferowanie świadczenia w konkretnych warunkach niewykonalnego do spełnienia po to tylko by uzyskać zamówienie” (por. wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1059/10).

Uzupełnił, że opisane postępowanie narusza interesy zarówno podmiotu konkurencyjnego – odwołującego, jak i zamawiającego. Uzasadnił, że interesy odwołującego są naruszone, ponieważ na skutek sprzecznych z prawem i dobrymi obyczajami działaniami wykonawcy ASO M., odwołujący zostanie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, natomiast interesy zamawiającego doznają uszczerbku, ponieważ wobec zaferowania ceny rażąco niskiej powstanie istotne ryzyko, że wykonawca nie będzie w stanie ich zrealizować zgodnie z umową.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 20 kwietnia 2018 roku, w tym:

- Notatki z szacowania wartości zamówienia z dnia 13 lutego 2018 r.,
- Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami,
- Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego,
- wezwania zamawiającego z dnia 13 marca 2018 r. skierowanego do przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp,
- odpowiedzi przystępującego z dnia 13 marca 2018 r. na ww. wezwanie,
- zawiadomienia zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 5 kwietnia 2018 r.,
- Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2018 r.,
- Pisma procesowego przystępującego – pismo z dnia 24 kwietnia 2018 r.,

- „Zestawienia kosztów dla przeglądu P3/2 w pojazdach 31WE” wraz z ofertami (11) podmiotów trzecich, złożonego przez odwołującego na rozprawie (odwołujący zastrzegł je jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa),
- Raportu jednostki badawczej – Instytutu Pojazdów Szynowych Wydział Mechaniczny Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki, złożonego przez odwołującego na rozprawie (odwołujący zastrzegł go – z wyjątkiem podsumowania – jako zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa),

a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny oferty przystępującego, tj. zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia, podpisania umowy oraz wykonywanie zamówienia.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż odwołujący nie wykazał swojego interesu *„jako przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie mógł dokonać wyboru tej oferty z uwagi na ponad dwukrotne przekroczenie budżetu Zamawiającego przeznaczanego na przedmiotowe zamówienie”* (str. 1 Odpowiedzi na odwołanie) skład orzekający Izby wskazuje (zakładając, że zamawiający powołując się na swój budżet miał na myśli nie kwotę, jaką podał bezpośrednio przed otwarciem ofert, tj. którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (z art. 86 ust. 1 i 5 pkt 1) ustawy Pzp), ale kwotę, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, tj. kwotę odpowiadającą cenie ofertowej odwołującego), że legitymacja do wniesienia odwołania badana jest na moment wniesienia odwołania. W dacie wniesienia odwołania, tj. 16 kwietnia 2018 r. odwołujący nie miał wiedzy na temat tego, czy zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny ofertowej odwołującego. Informacja ta została podana w Odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 kwietnia 2018 r. Nadto podnieść należy, że fakt, iż cena odwołującego przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty nie uprawnia zamawiającego do wyboru innej oferty

(w tym przypadku z pominięciem ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty odwołującego), ale obliguje zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

Uzupełnić należy, że przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem odrębnym od dwóch poprzednio unieważnionych przez zamawiającego (w których odwołujący jako jedyny złożył ofertę) i przenoszenie informacji w szczególności co do możliwości finansowych zamawiającego z wcześniejszych postępowań do obecnie prowadzonego nie znajduje podstaw prawnych.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4) oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie obsługi technicznej poziomu utrzymania P3/2 wraz z pracami dodatkowymi w elektrycznych zespołach trakcyjnych 31WE zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania, Dokumentacją techniczną konstrukcyjną i technologiczną, Dokumentacją techniczno-ruchową (Część I pkt 3 SIWZ).

W pkt. 2.3. *Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego* (dalej „*Protokół postępowania*” zamawiający podał, że wartość zamówienia to 3,5 mln zł.

Zgodnie z notatką z szacowania wartości zamówienia z dnia 13 lutego 2018 r. zamawiający przyjął kwotę 3,5 mln zł netto „w oparciu o analizę usług, cen przeglądów technicznych z lat poprzednich przy uwzględnieniu wzrostu kosztów usług powiększonych o współczynnik inflacji”, a nadto – w odniesieniu do ceny odnoszącej się do jednego pojazdu „w oparciu o przewidywane ceny przeglądów głównych podzespołów (...)”, tj.

- remont silników – 72 906 zł,
- remont przekładni – 167 600 zł,
- układ hamulcowy – 104 750 zł,
- układ sterowania – 83 433 zł,
- wózki – 50 000 zł,
- pozostałe koszty – 221 311 zł.

W ww. notatce podano także: „Dodatkowo dokonano analizy kosztów przeglądów P3 na pojazdach 31WE wykonanych w latach poprzednich: - koszt przeglądu P3 w 2014 r. wynosił 194 000,00 zł netto, - koszt przeglądu P3 w 2015 r. wynosił 217 000,00 netto, - koszt przeglądu P3 w 2016 r. wynosił 529 000,00 zł netto, wraz z wymianą kół monoblokowych co podwyższa cenę przeglądu o około 200 000,00 zł netto.”

W opracowanym przez zamawiającego wzorze Załącznika nr 1 „Cena oferty” wykonawcy mieli podać całkowitą cenę brutto i netto oraz kwotę VAT, a nadto – w tabeli – zryczałtowaną cenę jednostkową netto i brutto oraz stawkę podatku VAT w odniesieniu do każdego z 5 pojazdów (31WE-001, 31WE-002, 31WE-003, 31WE-004, 31WE-005).

Za jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający przyjął „cenę” (Część I pkt 17.1.1. SIWZ).

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć 4 305 000,00 zł (pkt 11.2. *Protokołu postępowania*).

W wyznaczonym terminie oferty złożyło dwóch wykonawców (pkt. 12.1. *Protokołu postępowania*):

- odwołujący z ceną 9 163 500,00 zł (brutto),
- przystępujący z ceną 4 243 500, 00 zł (brutto).

Pismem z dnia 13 marca 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, powołując się na przepis art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp, wskazując że zaoferowana przez przystępującego cena jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert.

Wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień: 16 marca 2018 r. godz. 14⁰⁰.

Zamawiający zażądał „udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny”.

Wskazał, co następuje: „Wykonawca winien przedstawić wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny wskazując wszystkie okoliczności uzasadniające, w realiach niniejszej sprawy, zaoferowanie ceny na poziomie wskazanym w ofercie uwzględniającej wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem niniejszego zamówienia oraz zapewniającej wykonanie wszystkich zobowiązań umownych. Wykonawca w szczególności powinien przedstawić szczegóły dotyczące wyceny poniższych podzespołów:

1. przegląd silników i przekładni,
2. przegląd układu hamulcowego,
3. przegląd układu sterowania,

4. *przegląd wózków,*
5. *koszty wyosiowania i zawiązu pojazdu”.*

Zamawiający podał również, że ww. elementy nie stanowią katalogu zamkniętego, „*tzn. Wykonawca celem wykazania, że zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej może odwoływać się także do innych elementów mających wpływ na jej wysokość*”.

Zamawiający zwrócił również uwagę na „*otwarty katalog dowodów dotyczących wyliczenia ceny/kosztu, w szczególności w zakresie: (...)*” – zamawiający przywołał treść punktów 1-5 z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W piśmie z dnia 13 marca 2018 r. przystępujący oświadczył: „*W związku z otrzymaniem wezwaniem (...) składamy wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzającymi, że zaoferowana przez nas cena nie jest rażąco niska. W załączeniu przedstawiamy dokumentację dowodową.*”

Do pisma przystępujący załączył „*Szacowanie wartości zamówienia zadania pod nazwą: (...)*” – dokument jednostronicowy – w którym oświadczył, że „*Szacunkowa wartość zamówienia została określona w oparciu o analizę cen rynkowych dla przeglądu P3/2 i została przyjęta w oparciu o przewidywane ceny przeglądów głównych podzespołów oraz robocizną i przewidywany zysk, co przedstawiamy poniżej*”.

Przystępujący przedstawił następujące wielkości w zakresie wykonania przeglądu:

- remont silników – 189 000,00 zł,
- układ hamulcowy – 74 700,00 zł,
- wózki – 36 000,00 zł,
- pozostałe koszty – 62 100,00 zł,

W zakresie dodatkowych kosztów przedstawił:

- nadwozie i wyposażenie wnętrza – 10 800,00 zł,
- układ sterowania – 61 200,00 zł,
- robocizna – 187 200,00 zł,
- zysk – 69 000,00 zł.

W zdaniu ostatnim podkreślił: „*kalkulując zamówienia wziął pod uwagę oszczędności jakie Jego firma osiąga dzięki sprawnemu zarządzaniu firmą, która posiada dobrze przeszkolonych pracowników dzięki czemu nie musi zlecać prac podwykonawcą (pisownia oryginalna), a usługi będzie wykonywać samodzielnie*”.

Pismem z dnia 5 kwietnia 2018 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty przystępującego – „*Oferta z uwagi na przyjęte kryterium oceny ofert, tj. cena oferty – 100 % uzyskała największą ilość punktów – 100 pkt.*”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Tytułem wstępu warto odnotować, że przystępujący na wezwanie zamawiającego odpowiedział w tym samym dniu, w którym zamawiający wezwanie to skierował, tj. 13 marca 2018 r. (termin wyznaczony przez zamawiającego upływał 16 marca 2018 r. godz. 14⁰⁰.), co skłania do wniosku, że przystępujący dysponował wystarczającym czasem na opracowanie odpowiedzi – miał możliwość w pełni zaprezentować swoje stanowisko w odniesieniu do zaoferowanej ceny.

Treść pisma zamawiającego z 13 marca 2018 r. nie pozostawia wątpliwości, co do oczekiwań zamawiającego – zamawiający oczekiwał „*wyjaśnień, w tym złożenie dowodów*”.

Zamawiający precyzyjnie sformułował swoje oczekiwanie co do minimalnego zakresu wyceny – zamawiający oczekiwał wyceny, ujętych w pięciu punktach, podzespołów.

Przystępujący nie kierował do zamawiającego wniosku o wyjaśnienie, czy doprecyzowanie treści wezwania, nie poczynił w treści swojej odpowiedzi żadnych zastrzeżeń, nie podał jakichkolwiek dodatkowych informacji co do relacji wskazanych przez zamawiającego podzespołów do podzespołów przez siebie wycenionych (ujęcie jakiegoś elementu w innym punkcie), co uzasadnia wniosek, że przystępujący składał wyjaśnienia, dysponując wystarczającymi informacjami na temat żądań zamawiającego oraz – na co na wstępie zwrócił uwagę skład orzekający Izby – wystarczającym czasem na udzielenie wyjaśnień i skompletowanie dowodów.

Jednak przystępujący w swojej odpowiedzi w ogóle nie podał, czy i gdzie, a jeśli tak, to w jakiej wysokości, ujął wycenę przekładni oraz wycenę wyosiowania i zawiązu pojazdu, co prowadzi do wniosku, że przystępujący nie odpowiedział w pełni na wezwanie zamawiającego co do wyceny – wyjaśnienia nie były wystarczające w zestawieniu z żądaniami zamawiającego.

Wycenione przez przystępującego pozycje, które nie zostały wskazane w wezwaniu zamawiającego, tj. „pozostałe koszty”, „nadwozie i wyposażenie wnętrza”, „robocizna” oraz „zysk” – w świetle treści wezwania – winny zostać zakwalifikowane jako elementy dodatkowe, nie mieszczące się w zamkniętym katalogu zamawiającego. Możliwość ich wyceny, obok elementów z zamkniętego katalogu zamawiającego, przewidział zamawiający w wezwaniu, pozostawiając potrzebę odwołania się do nich ocenie wykonawcy (tj. celem wykazania, że zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej wykonawca mógł odwołać się do innych elementów mających wpływ na jej wysokość).

Jasno sformułowanym oczekiwaniem zamawiającego było także złożenie dowodów.

Tymczasem przystępujący, co wynika z pisma przewodniego, odsyłającego do jednostronicowego załącznika, za „dokumentację dowodową” uznał wyjaśnienia własne, tj. oświadczenia co do kosztów podzespołów, robocizny i przewidywanego zysku, podczas gdy oczekiwane przez zamawiającego dowody winny stanowić potwierdzenie oświadczeń przystępującego. Przystępujący na oświadczeniach własnych poprzestał, czego nie można uznać za wystarczające, ponieważ rozbicie budzącej wątpliwości ceny całkowitej na mniejsze elementy cenowe nie czyni jej realną.

W ocenie składu orzekającego Izby za uzasadnienie wysokości zaoferowanej przez przystępującego ceny nie można również uznać ogólnych twierdzeń o oszczędnościach uzyskanych dzięki „sprawnemu zarządzaniu małą firmą”, „posiadaniu dobrze przeszkolonych pracowników” i samodzielnemu wykonywaniu prac.

Obowiązkiem przystępującego było wyjaśnić nie tylko to dlaczego ww. okoliczności są *„wyjątkowo sprzyjającymi warunkami wykonywania zamówienia dostępnymi dla wykonawcy”*, o czym mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, ale także to, jakie znaczenie okoliczności te mają dla wysokości zaoferowanej ceny.

Uznać zatem należało, że przystępujący ani nie wycenił wszystkich, wskazanych przez zamawiającego elementów – podzespołów, ani nie wykazał, jakie okoliczności i w jaki sposób wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, ani nie przedstawił zamawiającemu, wbrew jego wprost wyartykułowanemu żądaniu, żadnych dowodów.

W Odpowiedzi na odwołanie zamawiający w istocie w ogóle nie odniósł się do kwestii kluczowej, tj. oceny przez zamawiającego treści złożonych przez przystępującego wyjaśnień, nie wskazał dlaczego uznał je za wystarczające dla oceny ceny ofertowej przystępującego za realną, adekwatną do przedmiotu zamówienia.

Wiele natomiast uwagi tak w Odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie zamawiający poświęcił okolicznościom, które nie mogły być uwzględnione przy ocenie złożonych przez przystępującego wyjaśnień.

Co do oszacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia (3,5 mln zł netto) – wartość ta była znana zamawiającemu, gdy wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Pzp.

Powołanie się przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 13 marca 2018 r. na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp [*„Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, 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 lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...)”, oznacza, że pomimo ww. wartości zamówienia cena przystępującego wzbudziła wątpliwości zamawiającego. Ta sama wartość nie może przecież wzbudzać wątpliwości, a jednocześnie usprawiedliwiać poziom zaoferowanej przez przystępującego ceny.

Co do pozytywnych doświadczeń zamawiającego we współpracy z przystępującym – ocena ta także znana była zamawiającemu, gdy wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Powołanie się przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 13 marca 2018 r. na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oznacza, że pomimo ww. doświadczeń cena przystępującego wzbudziła wątpliwości zamawiającego. Ta sama okoliczność nie może przecież wzbudzać wątpliwości, a jednocześnie usprawiedliwiać poziom zaoferowanej przez przystępującego ceny.

Dostrzec również należy, że obowiązkiem zamawiającego jest ocena treści wyjaśnień wezwanego wykonawcy, nie zaś zastępowanie ich dodatkową wiedzą zamawiającego – mogłoby to prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (np. w przypadku, gdyby ofertę złożył wykonawca, z którym dotychczas zamawiający nie współpracował, zamawiający nie mógłby się odwołać do dotychczasowej współpracy z tym podmiotem).

Brak wreszcie podstaw, aby przyjąć, że dotychczasowa, dobra współpraca zamawiającego z przystępującym per se daje gwarancję wykonania przedmiotowego zamówienia za cenę, której poziom budzi wątpliwości zamawiającego.

Co do poziomu cen na rynku usług przeglądowych – poziom tych cen również był znany zamawiającemu, gdy wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Powołanie się przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 13 marca 2018 r. na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oznacza, że pomimo znajomości poziomu cen usług przeglądowych cena przystępującego wzbudziła wątpliwości zamawiającego. Ta sama okoliczność nie może przecież wzbudzać wątpliwości, a jednocześnie usprawiedliwiać poziom zaoferowanej przez przystępującego ceny.

Prawdziwość twierdzenia, iż „na rynku usług przeglądowych cena za wykonanie w/w prac wynosi obecnie ok. 250 000,00 zł do 300 000,00 zł przy czym zdaniem Zamawiającego adekwatna jest kwota o połowę niższa” (str. 2 Odpowiedzi na odwołanie, ostatni akapit) zamawiający nie wykazał, składając jedynie oświadczenie, iż sam wykonuje przeglądy za ok. 60 000 zł (str. 3 Odpowiedzi na odwołanie, pierwszy akapit). Dostrzec przy tym dodatkowo należy, że zamawiający nie wykazał adekwatności porównania cen

przeглядów pojazdów spalinowych do będących przedmiotem tego zamówienia pojazdów elektrycznych.

Co do „rażąco zawyżonej” ceny ofertowej odwołującego – prawdziwości tego twierdzenia zamawiający nie wykazał. Skład orzekający Izby nie może za fakt przyjmować przekonania, a nawet pewności zamawiającego, że zaoferowana przez odwołującego cena nie tylko nie odpowiada poziomowi cen usług przeglądowych, ile jest wręcz ceną rażąco zawyżoną.

Zamawiający zdaje się przypisywać odwołującemu zaoferowanie rażąco zawyżonej ceny ze względu na jej porównanie do wartości szacunkowej zamówienia, która nie została przez odwołującego zakwestionowana w żadnym z trzech postępowań (obecnego i dwóch wcześniej unieważnionych) w drodze środków ochrony prawnej.

Fakt, iż odwołujący nie złożył odwołania wobec czynności ustalenia przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia (nie miał przecież takiego obowiązku) nie czyni ten szacunek prawidłowym – odpowiadającym poziomowi cen rynkowych.

Podnieść także należy, że odwołujący złożył na rozprawie „Zestawienie kosztów dla przeglądu P3/2 w pojazdach 31WE” wraz z ofertami (11) podmiotów trzecich, których zamawiający nie kwestionował, a dodatkowo Raport jednostki badawczej – Instytutu Pojazdów Szynowych Wydział Mechaniczny Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki, w przypadku którego zamawiający negocjował pozycje o znikomym znaczeniu dla całkowitej ceny ofertowej, tj. pranie tapicerki (3 tys. zł) oraz przegląd radia (1610 zł).

Co do „*monopolistycznych praktyk producentów pojazdów szynowych*” (str. 3 Odpowiedzi na odwołanie, ostatni akapit), w tym odwołującego – prawdziwości tego twierdzenia zamawiający nie wykazał.

Z prezentowanego przez zamawiającego w Odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie stanowiska zdaje się wyłaniać głębokie przekonanie, jeżeli nie pewność zamawiającego, iż oczywistym jest, że cena zaoferowana przez odwołującego jest rażąco zawyżona, przez co średnia arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tym postępowaniu (dwóch ofert – odwołującego i przystępującego) nie oddaje poziomu cen rynkowych.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp *„W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”*.

Przyjmując, jak zdaje się utrzymywać zamawiający, że zawyżenie ceny przez odwołującego jest okolicznością oczywistą, stwierdzić jednocześnie by należało, że wezwanie przystępującego w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp (abstrahując nawet w tym

miejscu od tego, że wezwanie nastąpiło także na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) było zbędne. Ponownie jednak podnieść należy, że zamawiający, pomimo wiedzy na temat ceny ofertowej odwołującego (a także poziomu cen oferowanych przez tego wykonawcę w innych postępowaniach) skierował do przystępującego wezwanie, a zatem uznał, że cena przystępującego wymaga wyjaśnień, czy nie jest ceną rażąco niską, której przyjęcie grozi tym, iż zamówienie nie zostanie zrealizowane.

Rację ma przystępujący co do tego, że zamawiający może skierować, do wezwanego uprzednio wykonawcy, kolejne wezwanie do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do zaoferowanej ceny, jednak dotyczy to sytuacji, gdy wyjaśnienia wykonawcy odpowiadają zakresowi wezwania (nie pomijają tych obszarów, które budziły wątpliwości zamawiającego), a treść złożonych już wyjaśnień lub ujawnienie się całkiem nowych okoliczności wymaga dalszych wyjaśnień, co nie miało w tym przypadku miejsca.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko Izby wyrażone (tytułem przykładu) w wyroku z dnia 6 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2212/17, zgodnie z którym: *„Ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty winno być wystosowane w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody na pierwsze wezwanie zamawiającego zrodziły po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia. Kolejne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty.”*

Obowiązkiem przystępującego, wezwanego przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Pzp, było, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, wykazanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Obowiązkiemu temu, poprzez złożenie wyjaśnień, polegających na rozbiciu ceny na mniejsze elementy cenotwórcze, i to nie wszystkie, których wymagał zamawiający, a nadto nie poparte żadnymi dowodami przystępujący nie sprostał, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty przystępującego z zastosowaniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, a co w konsekwencji uniemożliwiało wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby oddalił wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu kolejnictwa jako powołany jedynie dla zwłoki.

Zarzut wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo, że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom, poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 3 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zdaniem odwołującego „zaoferowanie przez ASO M. rażąco niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (str. 9 odwołania, pierwszy akapit), „ponieważ tego rodzaju postępowanie spełnia przesłanki określone w art. 15 ust. 1 pkt 1), a ponadto narusza podstawowe zasady uczciwości kupieckiej i prowadzi do wypaczenia cen na rynku.” (str. 9 odwołania, trzeci akapit, zdanie pierwsze).

Innymi słowy, dla odwołującego stwierdzenie, że oferta danego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę oznacza jednocześnie, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z czym zgodzić się nie sposób.

Po pierwsze, podnieść należy, że ustawa Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3), jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i – odrębnie – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, stąd automatyczne uznanie, w przypadku stwierdzenia, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, także, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest uzasadnione.

Po drugie, art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako czyn nieuczciwej konkurencji określa sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia – co istotne – w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Tymczasem odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że taki właśnie był cel przystępującego.

Brak wykazania celu z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie pozwala uznać, że sprzedaż przez przystępującego usług poniżej kosztów świadczenia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom, poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji oraz powiązany z tym zaniechaniem zarzut wyboru oferty przystępującego nie potwierdził się.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: