

Sygn. akt: KIO 3677/21

WYROK

z dnia 4 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2021 r. przez wykonawcę: **SKB Drive Tech S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **VOITH TURBO Sp. z o.o. Majków Duży 74, 97-371 Wola Krzysztoporska** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3677/21 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **SKB Drive Tech S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **SKB Drive Tech S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **SKB Drive Tech S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący

Uzasadnienie

Zamawiający, Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego o wartości przekraczającej progi unijne, w przedmiocie: „Wykonanie naprawy głównej zespołów napędowych eksploatowanych w tramwajach typu 120Na.” Ogłoszone o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 września 2021 r. pod nr 2021/S 184-480071.

W dniu 10 grudnia 2021 r. Zamawiający przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty - oferty złożonej przez wykonawcę VOITH TURBO sp. z o.o. z siedzibą w Majkowie Dużym.

Wykonawca SKB Drive Tech S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” w zw. z art. 513 pkt 2 Pzp w zw. z art. 514 ust. 1 Pzp wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy VOITH TURBO sp. z o.o. z siedzibą w Majkowie Dużym zawierającej rażąco niską cenę i koszt istotnych części składowych w stosunku do przedmiotu zamówienia; dokonania wyboru oferty VOITH TURBO jako najkorzystniejszej; zaniechania przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1. art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że wyjaśnienia przedłożone przez VOITH TURBO uzasadniają podaną w ofercie cenę istotnych części składowych wskazanych w poz. 1, 23, 25, 31, 32, i 33 tabeli nr 2, wobec czego nie zachodzą wątpliwości co do rażącego zaniżenia cen lub kosztów oraz co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia podczas gdy wyjaśnienia VOITH TURBO wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, jako że nie zawierają analizy kluczowych aspektów kosztotwórczych związanych z realizacją zamówienia, a opierają się wyłącznie na deklaracjach i oświadczeniach wewnętrznych, wytworzonych przez VOITH TURBO po wezwaniu i na potrzeby wezwania Zamawiającego;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VOITH TURBO zawierającej rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VOITH TURBO, pomimo że oferta złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na utrudnianiu dostępu do rynku, poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców, które to naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania, jako że w ich wyniku udzielono zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów PZP, w szczególności z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- unieważnił czynność z dnia 10 grudnia 2021 r. polegającą na wyborze oferty VOITH TURBO jako najkorzystniejszej;
- odrzucił ofertę wykonawcy VOITH TURBO;
- powtórzył czynność badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z:

a) pisma SKB Drive Tech z dnia 8 listopada 2021 r. do Zamawiającego o badanie w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, w tym m.in.:

- ofertą VOITH TURBO z dnia 18 czerwca 2020 r. złożoną w postępowaniu nr DWZ/7/2020 ogłoszonym przez Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. w przedmiocie wykonania naprawy głównej zespołów napędowych eksploatowanych w tramwajach typu 120Na;
- formularzem oferty cenowej z dnia 20 lipca 2021 r. złożonym przez . VOITH TURBO w postępowaniu nr 15/ZS/DZ/2021 ogłoszonym przez Tramwaje Szczecińskie sp. z o.o. na remont 12 zespołów przekładni wraz z silnikami tramwajów typu Pesa 120 Nas; formularzem opisowo-cenowym złożony przez VOITH TURBO w postępowaniu nr WZ-091-71/21 ogłoszonego w dniu 14 lipca 2021 r. przez MPK Łódź na naprawę przekładni KSH-210 i 212;

na okoliczność:

- (i) podejmowanych działań przez SKB Drive Tech w związku z zaoferowaniem przez VOITH TURBO oferty zawierającej rażąco niską cenę i koszt istotnych części składowych;
 - (ii) zaniżania cen jednostkowych części składowych przez VOITH TURBO w ofercie;
 - (iii) nieuzasadnionej dysproporcji między cenami jednostkowymi części składowych zaoferowanymi przez VOITH TURBO w ofercie a cenami deklarowanymi przez VOITH TURBO w innych przetargach o tożsamym przedmiocie zamówienia;
- b) wezwania z dnia 17 listopada 2021 r. skierowanego przez Zamawiającego do VOITH TURBO do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

- c) wyjaśnienia VOITH TURBO w sprawie wyliczenia ceny oferty z dnia 26 listopada 2021 r. wraz z załącznikami;
- d) zawiadomienia z dnia 10 grudnia 2021 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty; na okoliczność: wyboru oferty VOITH TURBO jako najkorzystniejszej; punktacji przyznanej wykonawcom przez Zamawiającego;
- e) wiadomości e-mail z dnia 15 grudnia 2021 r. skierowanej przez SKB Drive Tech do Zamawiającego na okoliczność: próby uzyskania przez SKB Drive Tech informacji, czy Zamawiający skierował do VOITH TURBO wnioski o złożenie wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie;
- f) treści odwołania z dnia 14 września 2020 r. złożonego przez VOITH TURBO w KIO w ramach postępowania DWZ/7/2020; na okoliczność: wykazania nieprawdziwości oświadczenia złożonego przez VOITH TURBO w ramach wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wezwał wykonawcę VOITH TURBO do złożenia wyjaśnień oraz dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, wobec zaoferowania przez VOITH TURBO rażąco niskich cen części składowych.

Wykonawca VOITH TURBO odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, jednakże przytoczone przez niego okoliczności wyjaśniające radykalne różnice w cenie oferowanych usług nie zostały zdaniem Odwołującego dostatecznie wyjaśnione. Zamawiający nie odrzucił oferty VOITH TURBO i dokonał wyboru oferty zawierającą ceny jednostkowe w wysokości znacznie odbiegającej od cen rynkowych, tj. z pominięciem przepisów Pzp oraz w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie naprawy głównej łącznie 152 zespołów napędowych eksploatowanych w tramwajach typu 120Na. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, naprawa ma na celu zapewnienie bezpiecznej i bezusterkowej eksploatacji zespołów napędowych, wobec czego powinna być wykonana zgodnie z dokumentacją konstrukcyjną i technologiczną oraz z wykorzystaniem oprzyrządowania zapewniającego należyłą jakość wykonanej naprawy. Zgodnie z pkt 4.3.3. SWZ, naprawa główna zespołów napędowych polega m.in. na wymianie wszystkich łożysk danego zespołu. Dla każdego typu łożyska zamontowanego przez producenta Zamawiający wskazał numer katalogowy produktu oferowanego przez jeden z dwóch podmiotów — VOITH lub VEM, który podlegać będzie wymianie. Jednocześnie, Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania przez wykonawców wyrobów równoważnych, tj. łożysk do zespołu

napędowego, którymi można zastąpić wyroby oryginalne produkcji VOITH lub VEM, pod warunkami określonymi w pkt 4.3.3. SWZ oraz po przedłożeniu stosownej dokumentacji.

Zamawiający przewidział prawo opcji, które obejmuje wymianę części zamiennych do przekładni Voith KSH-217 określonych w pkt 4.8.1 SWZ oraz części zamiennych do silnika trakcyjnego VEM DKCBZ 0211-4FA określonych w 4.8.2 SWZ. Podobnie jak dla naprawy głównej, w ramach prawa opcji Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania wyrobów równoważnych, tj. części przekładni i silnika trakcyjnego, którymi można zastąpić wyroby oryginalne wymienione w tabelach w pkt 4.8.1 oraz 4.8.2 SWZ.

Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 6.917.520,00 zł brutto, w tym kwotę 6.160.332,00 zł w ramach zamówienia podstawowego oraz kwotę 757.188,00 zł w ramach opcji..

Zgodnie z pkt. 16.1. SWZ, przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający kierował się trzema kryteriami: (i) ceną oferty w zakresie podstawowym (waga kryterium — 70%), (ii) ceną oferty dla zakresu w ramach prawa opcji (waga kryterium — 10%), (iii) gwarancją sprawnego funkcjonowania zespołów napędowych (waga kryterium — 20%).

W postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców: Saatze sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, VOITH TURBO sp. z o.o. z siedzibą w Majkowie Dużym oraz Odwołujący - SKB Drive Tech S.A. z siedzibą w Warszawie.

Po zapoznaniu się z ofertą VOITH TURBO, Odwołujący stwierdził, że wskazana oferta powinna podlegać odrzuceniu, gdyż szereg części składowych zamówienia zostało wycenionych po cenach rażąco niskich, odbiegających od cen oferowanych przez VOITH TURBO dla podobnych zamówień. W ocenie Odwołującego, zaoferowane przez VOITH TURBO ceny oryginalnych części zamiennych, które pochodzą z sieci dystrybucyjnej Grupy VOITH (poprzez spółkę J.M. Voith SE & Co. KG/MTA) są nierealistyczne w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej oraz znacząco odbiegają od cen deklarowanych przez VOITH TURBO w innych przetargach o przedmiocie analogicznym do przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, Odwołujący skierował do Zamawiającego wniosek o zweryfikowanie na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp cen lub kosztów lub ich istotnych części . składowych wskazanych w ofercie VOITH TURBO. Do pisma załączono oferty VOITH TURBO złożone w ramach: (i) przetargu nr DWZ/7/2020 ogłoszonego przez Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. w roku 2020, (ii) przetargu nr WZ-091-71/21 ogłoszonego przez MPK Łódź sp. z o.o. oraz (iii) przetargu nr 15/ZS/DZ/2021 ogłoszonego przez Tramwaje . Szczecińskie sp. z o.o. Odwołujący podniósł, że porównanie ofert złożonych przez VOITH TURBO w ramach ww. przetargów z ofertą złożoną w niniejszym postępowaniu dowodzi, że wykonawca zaproponował ceny rażąco niskie.

Pismem z dnia 17 listopada 2021 r. Zamawiający, wezwał VOITH TURBO do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty.

W odpowiedzi na wezwanie, VOITH TURBO przedstawił wyjaśnienia oparte jedynie na deklaracjach i oświadczeniach własnych pracowników oraz pracownika firmy J.M. Voith SE & Co. KG/VTa, a zatem firmy z tej samej grupy kapitałowej, żywotnie zainteresowanej pozyskaniem zamówienia. VOITH TURBO nie przedstawił obiektywnych dowodów na wyliczenie ceny oferowanych oryginalnych części zamiennych pochodzących spoza źródeł wewnętrznych czy wytworzonych przed wezwaniem Zamawiającego. Wykonawca VOITH TURBO zwrócił się do Zamawiającego o wydłużenie czasu na złożenie wyjaśnień — powołując się na konieczność „przeanalizowania dużej ilości dokumentacji i uzyskania niezbędnych informacji z naszej centrali”. W samych wyjaśnieniach zaś ciężar argumentacji oparty jest na wymienionych oświadczeniach własnych oraz na rzekomych zasadach magazynowych i korporacyjnych Grupy VOITH, które co do zasady, jako norma i codzienność, nie powinny nastręczać trudności w opisie.

I. Wyjaśnienie ceny wskazanej w pozycji 1 tabeli nr 2 formularza ofertowego — obudowy kompletnej KSH-217

VOITH TURBO uzasadnił zastosowanie ceny symbolicznej — 500,00 zł/szt. — utworzeniem „rezerwy materiałowej”, która oznaczać ma, że obudowy znajdujące się aktualnie w posiadaniu VOITH TURBO mają wartość złomu metalowego. Wyjaśnienie to nie ma jednak odzwierciedlenia w rzeczywistości rynkowej i opiera się na szeregu fałszywych założeń.

Po pierwsze, VOITH TURBO uzasadnia powyższą wycenę faktem, iż nie widzi możliwości wykorzystania obudowy w remontach innych niż prowadzonych na rzecz Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania lub remontach na rzecz Tramwajów Szczecińskich Sp. z o.o., bowiem w Polsce wyłącznie te dwa podmioty wykorzystują zespoły napędowe, w których wspomniane obudowy mogłyby być wykorzystane. Jednocześnie, w załączonym do wyjaśnień oświadczeniu, VOITH TURBO argumentuje, że w przypadku niewygrania postępowania nr DWZ/57/2021 „obudowy te będą musiały zostać zezłomowane w celu osiągnięcia zaplanowanych poziomów zapasów na koniec roku obrachunkowego 2021/2022”.

Zdaniem Odwołującego, VOITH TURBO myli w wyjaśnieniach koszt z przychodem, co samo w sobie może świadczyć o ich niewielkiej wiarygodności. VOITH przywołuje bowiem koszt utylizacji części w wysokości 128,00 PLN za sztukę, tj. sytuację, w której VOITH TURBO płaci firmie zewnętrznej za usługę utylizacji niepotrzebnego materiału. W załączonym oświadczeniu pracownika VOITH TURBO (załącznik nr 2 do wyjaśnień) mowa już jednak o odsprzedaży obudów w cenie złomu metalowego, tj. 128,00 zł za sztukę, a zatem o przychodzie.

Fałszywa jest także teza o braku możliwości wykorzystania przedmiotowych obudów przy realizacji innych prac. W tym zakresie spółka powołuje się na użytkowników wyłącznie

polskich, podczas gdy VOITH TURBO realizuje usługi remontów przekładni KSH-217 również za granicą. Na potencjał takich usług wskazuje sam VOITH TURBO w swoim odwołaniu złożonym w postępowaniu DWZ/7/2020, cyt.: „Poza zamawiającymi wskazanymi w powyższej tabeli przekładnie KSH-217 wykorzystywane są również za granicą, przez użytkowników w miejscowościach: Sagedyn na Węgrzech (36 sztuk), Kluž-Napoka w Rumunii (16 sztuk), Innsbruck i Linz w Austrii, Sofia w Bułgarii (36 sztuk), Kaliningrad w Rosji (4 sztuki).”

Twierdzenie, że przedmiotowe obudowy znajdujące się na stanie magazynowym VOITH TURBO nie mają rynkowej wartości i potencjału sprzedaży, jest zatem intencjonalnym poświadczeniem nieprawdy.

Ponadto, w tramwajach będących w użytkowaniu Zamawiającego wykorzystywane są setki przekładni KSH-217. W każdej chwili tramwaj może ulec kolizji drogowej, w której obudowa przekładni napędowej może zostać zniszczona i zaistnieje konieczność jej awaryjnej wymiany. Posiadanie na stanie magazynowym części o tak długim terminie jest w tej sytuacji zasobem o wysokiej wartości rynkowej, bowiem nie do przecenienia dla użytkownika takiego jak Zamawiający jest możliwość szybkiego przywrócenia pojazdu do ruchu.

VOITH TURBO dysponuje również wiedzą, że Odwołujący wykonywał remonty 192 sztuk przekładni KSH-217 dla Zamawiającego w ramach postępowania DWZ/7/2020. Nie zaoferował jednak Odwołującemu możliwości odkupienia „niepotrzebnych” obudów — co powinno być pierwszym rozwiązaniem w rzekomej kłopotliwej sytuacji magazynowej, gdyby chodziło o rzeczywiste postępowanie komercyjne.

W ocenie Odwołującego, w wyjaśnieniach dotyczących zastosowania symbolicznej ceny za obudowę przekładni VOITH TURBO posunął się do poświadczenia nieprawdy, przecząc własnym twierdzeniom złożonym w poprzednim postępowaniu oraz zdroworozsądkowym zasadom komercyjnym. Nie przedstawił tym samym rzetelnego wyliczenia kosztu pozwalającego na złożenie oferty w wysokości 500,00 zł za sztukę, co wypełnia znamiona zastosowania rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Odwołującego, przedstawiony przez VOITH TURBO sposób wyceny zasobu magazynowego na zasadzie „jeśli nastąpi lub nie nastąpi jakiś fakt w przyszłości”, jest pogwałceniem zasad rachunkowości. Jeśli obudowy straciły wartość dla VOITH TURBO, to w księgach rachunkowych powinny być zostać dokonane stosowne odpisy ich wartości — o czym VOITH TURBO w swoich wyjaśnieniach nie wspomina ani tym bardziej ich nie dokumentuje. Jeśli odpisy rachunkowe nie zostały dokonane, to oznacza, że obudowy mają realną wartość - minimum taką, po której zostały zakupione. Tym samym sprzedaż w cenie 500,00 złotych, tj. w cenie zaoferowanej w postępowaniu byłaby sprzedażą poniżej kosztów pozyskania. Jeśli zaś VOITH TURBO dokonał odpisów

rachunkowych, to w momencie uzyskania możliwości sprzedaży nadal nie ma prawa sprzedać obudów poniżej kosztów zakupów, a jedynie w ich wartości rynkowej. Działanie takie byłoby nie tylko sprzeczne z ustawą o rachunkowości, ale również stanowiłoby oszustwo podatkowe i uszczuplenie podatku VAT na rzecz Skarbu Państwa.

II. Wyjaśnienie dotyczące cen pozyskania oryginalnych części zamiennych

VOITH TURBO w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił obiektywnych dowodów na pozyskiwanie oryginalnych części zamiennych w cenach pozwalających na osiągnięcie zysku. Jedynym przedstawionym dowodem jest korespondencja z pracownikiem firmy J.M. Voith SE & Co. KG/VTa, tj. firmy zajmującej się dystrybucją części oryginalnych w ramach Grupy VOITH, czyli firmy zainteresowanej osiągnięciem korzyści finansowej w przypadku wygrania przez VOITH TURBO przedmiotowego postępowania. Jest to korespondencja z listopada 2021 r., czyli z okresu po złożeniu oferty i po wezwaniu przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Trudno w związku z powyższymi uznać przedmiotową korespondencję za wiarygodną, a raczej za wytworzoną po fakcie i wyłącznie na potrzeby wyjaśnień przedkładanych Zamawiającemu.

VOITH TURBO w złożonych wyjaśnieniach konsekwentnie nie odpowiada również na wezwanie do wyjaśnienia różnicy między dotychczas składanymi ofertami, a ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu. W wyjaśnieniach VOITH TURBO odwołuje się do pozornego podobieństwa swoich ofert do ofert innych wykonawców w postępowaniu oraz w innych przetargach, ignorując tym samym zasadniczy dla analiz fakt oferowania części oryginalnych, podczas gdy pozostałe oferty dotyczą części równoważnych.

Kluczowe dla oceny wyjaśnień VOITH TURBO jest porównanie cen składanych przez wykonawcę w podobnych postępowaniach, ponieważ tylko VOITH TURBO może zaoferować części oryginalne. To zatem oferty VOITH TURBO wyznaczają poziom „rynkowy” części oryginalnych i porównanie do nich wyznacza okoliczność zastosowania rażąco niskich cen w przedmiotowym postępowaniu — nie zaś porównanie do ofert innych podmiotów składających oferty na części równoważne. Poziom cenowy tej polityki wyznaczają zaprezentowane niżej 3 przykłady innych przetargów, w których ceny poszczególnych oryginalnych części zamiennych oferowanych przez VOITH TURBO są ze sobą zbieżne. W przedmiotowym przetargu zaś zostały drastycznie zaniżone.

W zestawieniu z poprzednim przetargiem Zamawiającego nr DWZ/7/2020 z 2020 roku, szczególną uwagę należy zwrócić na pozycje o najwyższej wartości jednostkowej wśród ofertowanych przez VOITH części zamiennych, które w efekcie składają się na kwoty o najwyższej wartości i wadze w części badanej oferty dotyczącej części zamiennych, tj.: Pozycja 23 — 132.00275411 Wał pośredni II — oferta z 2020 r. stanowi 175% oferty z 2021 r. = oferta z 2021 jest o ponad 43% niższa od oferty z roku 2020;

Pozycja 25 — 132.00461211 Koło wyjściowe — oferta z 2020 r. stanowi 160% oferty z 2021 r. = oferta z 2021 jest o ponad 36% niższa od oferty z roku 2020;

Pozycja 28 — 132.00480910 Pokrywa labiryntu — oferta z 2020 r., stanowi 575% oferty z 2021 r. = oferta z 2021 jest o ok. 83% niższa od oferty z roku 2020;

Pozycja 30 — 132.00456510 Zestaw kół stożkowych — oferta z 2020 r. stanowi 215% oferty z 2021 r. = oferta z 2021 jest o ponad 53% niższa od oferty z roku 2020.

VOITH TURBO, poprzez składanie zaniżonych ofert cenowych w powyższych pozycjach, dokonuje tym samym manipulacji ofertą, uzyskując jej sztuczne zniżenie o kwotę ponad 450.000,00 złotych netto.

Argumentem potwierdzającym zastosowanie przez VOITH TURBO w postępowaniu rażąco niskich cen części oryginalnych (w porównaniu do innych swoich ofert) jest omówiony wcześniej przykład pozycji 1. w powyższym zestawieniu, tj. 132.00459713 Obudowa kompletna (korpus). W ofercie na zamówienie nr WZ-091-71/21 ogłoszone w dniu 14 lipca 2021 r. przez MPK Łódź na naprawę przekładni KSH-210 i 212 VOITH TURBO przedstawił cenę jednostkową za korpus przekładni w wysokości 15.900,00 zł netto. Tym samym, oferta złożona Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie Zamówienia została obniżona o ponad 96% — wobec oferty złożonej jedynie 3 miesiące wcześniejszej. Odwołujący powołał się na formularz opisowo-cenowy złożony przez VOITH TURBO w postępowaniu nr WZ-091-71/21 ogłoszonym w dniu 14 lipca 2021 r. przez MPK Łódź na naprawę przekładni KSH-210 i 212, będący załącznikiem do pisma Odwołującego z dnia 8 listopada 2021 r. do Zamawiającego o badanie w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podkreślił, że w przypadku obu ofert zapytanie dotyczyło 1 szt. korpusu (obudowy) — nie występuje tu zatem efekt korzyści skali, na który VOITH mógłby powoływać się wykazując mniejszą liczbę napraw głównych w postępowaniu prowadzonym przez MPK Łódź. Jak sam VOITH TURBO zauważyła w swoich wyjaśnieniach, przekładnie KSH-212 i KSH-217 są tożsame technicznie — zatem obudowa jednej może wyznaczać poziom cenowy drugiej i porównanie tychże 2 ofert ma zastosowanie.

W przytoczonej ofercie dla MPK Łódź VOITH TURBO zaoferował również zestaw kół stożkowych w wysokości 17.400,00 zł, co jest zbliżone do ceny zaoferowanej Zamawiającemu w 2020 roku, a nie do ceny wskazanej w obecnym przetargu (9.000,00 zł). Potwierdza to nierynkowość ceny tej części zaoferowanej przez VOITH TURBO w przetargu na rzecz Tramwajów Warszawskich w roku 2021. Odwołujący wskazał na formularz opisowo-cenowy złożony przez VOITH TURBO w postępowaniu nr WZ-091-71/21 ogłoszonym w dniu 14 lipca 2021 r. przez MPK Łódź na naprawę przekładni KSH-210 i 212, będący załącznikiem do pisma Odwołującego z dnia 8 listopada 2021 r. do Zamawiającego o badanie w zakresie rażąco niskiej ceny.

Podobnie w ramach przetargu nr 15/ZS/DZ/2021 ogłoszonego przez Tramwaje Szczecińskie sp. z o.o. na remont 12 zespołów przekładni wraz z silnikami tramwajów typu Pesa 120 Nas, VOITH TURBO złożył ofertę, w której zadeklarował cenę jednostkową za zestaw kół stożkowych w wysokości 15.750,00 zł, a więc zbliżonej do oferty dla MPK Łódź. Ponadto, za wał pośredni 242,2 x 237,5 VOITH wskazał cenę 12.600,00 zł, czyli aż o 5.545,00 zł wyższą niż przedstawiona Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. 7.055,00 zł). Odwołujący powołał się na formularz oferty cenowej z dnia 20 lipca 2021 r. złożonym przez VOITH TURBO w postępowaniu nr 15/ZS/DZ/2021 ogłoszonym przez Tramwaje Szczecińskie sp. z o.o. na remont 12 zespołów przekładni wraz z silnikami tramwajów typu Pesa 120 Nas, będący załącznikiem do pisma Odwołującego z dnia z dnia 8 listopada 2021 r. do Zamawiającego o badanie w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podkreślił, że na przestrzeni ostatnich 18 miesięcy — tj. od złożenia przez VOITH TURBO oferty dla Zamawiającego w postępowaniu DWZ/7/2020 — w sytuacji korporacyjnej VOITH TURBO nie zaszły żadne zmiany. Sytuacja pozyskiwania oryginalnych części zamiennych poprzez Grupę VOITH, o której wspomina VOITH TURBO w swoich wyjaśnieniach, miała zatem miejsce w momencie składania wszystkich 4 wymienionych i porównywanych wyżej ofert. Wspomniana wyżej para stożkowa w czerwcu 2020 (w ofercie dla Zamawiającego) ma dla VOITH TURBO wartość 19.229,00 zł netto, a w lipcu (oferty dla MPK Łódź i Tramwajów Szczecińskich) odpowiednio 17.400,00 zł netto i 15.750,00 zł netto. Wartość 9.000,00 zł za tę samą parę stożkową, złożona w ofercie w przedmiotowym postępowaniu, wypełnia zatem jednoznacznie znamiona rażąco niskiej ceny. VOITH TURBO nie pozyskał bowiem alternatywnego źródła dostaw, a sama Grupa VOITH również nie poprawiła swojej konkurencyjności na rynku.

Argumenty przytoczone w wyjaśnieniach VOITH TURBO o hurtowych zakupach realizowanych przez Grupę VOITH miały zatem takie samo zastosowanie dla trzech ofert poprzedzających ofertę złożoną w tym postępowaniu. Wskazane trzy oferty (tj. oferta dla Zamawiającego z roku 2020, oferta dla MPK Łódź oraz oferta dla Tramwajów Szczecińskich) wyznaczają zatem poziom cenowy oryginalnych części zamiennych, który to poziom VOITH TURBO rażąco zaniżył, składając cenę prawie o 50% niższą od uśrednionej ceny ze swoich trzech poprzednich ofert.

Odwołujący zauważył, że VOITH TURBO wykazuje stałą tendencję do deklarowania cen w wysokościach symbolicznych. W ocenie Odwołującego, deklarowanie takiego poziomu cen nie jest możliwe w przypadku oferowanych w ten sposób części (wcześniej przywołany przypadek korpusu, a także pierścienia labiryntowego 186,4/150/21,5 pozycja 27 w tabeli porównawczej na str. 20-22). W przetargu dla Tramwajów Szczecińskich w 2021 roku VOITH TURBO oferował cenę 1,00 zł za powyższy pierścień, podczas gdy już w

ofercie dla Zamawiającego - zadeklarował cenę 1.650,00 zł. Wskazana dysproporcja cen przeczy wyjaśnieniom dotyczącym polityki magazynowej i potwierdza manipulację cenami.

Pomimo wyżej wykazanych sprzeczności w wyjaśnieniach VOITH TURBO, w dniu 10 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty VOITH TURBO jako najkorzystniejszej, błędnie uznając wyjaśnienia VOITH TURBO za należycie dowodzące braku podstaw do uznania cen części składowych za rażąco niskie.

Odwołujący wyjaśnił, że SKB Drive Tech dysponuje ponad 100-letnim doświadczeniem w produkcji osi i mostów napędowych, zawieszach niezależnych, reduktorów, przekładni i innych elementów układu jezdnego i przeniesienia napędu. W ostatnich latach Odwołujący wykonał szereg zamówień publicznych związanych z naprawami taboru szynowego, w tym między innymi prace serwisowe na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Łodzi (nr postępowania: WZ-091-83/19) w zakresie naprawy przekładni tramwajowych VOITH typu KSH 210 oraz KSH 212, czy też zamówienie realizowane na rzecz Zamawiającego w adekwatnym zakresie w postępowaniu rozstrzygniętym w 2020 r. (nr postępowania: DWZ/7/2020). Odwołujący dokonuje napraw taboru szynowego w oparciu o części zamienne ze źródeł polskich lub części wytworzonych samodzielnie w zakładzie produkcyjnym w Radomsku. W postępowaniu SKB Drive Tech zaoferował wyroby oryginalne w ramach zamówienia podstawowego oraz równoważne w ramach prawa opcji. Mając na uwadze dyspozycję pkt 10 SIWZ, Odwołujący celem potwierdzenia, że oferowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, do oferty załączył oświadczenie o równoważności części zastosowanych w ramach zamówienia.

VOITH TURBO jest częścią grupy VOITH GmbH & co. KGaA (Grupa Voith). Z informacji dostępnych na stronie internetowej spółki wynika, że VOITH TURBO jest jedynym przedstawicielem Grupy Voith w Polsce, a w konsekwencji jedynym podmiotem na rynku polskim, który oferuje części oryginalne do przekładni typu KSH 217 oraz KSH 212. Oczywiście jest, że VOITH TURBO dysponuje uprzywilejowaną pozycją w przetargach dotyczących napraw taboru szynowego z wykorzystaniem wskazanego typu przekładni. W ofercie VOITH TURBO nie zaoferowano wyrobów równoważnych, lecz oryginalne części zamienne pochodzące z sieci dystrybucyjnej producenta niemieckiego — kupowane ze spółki J.M. Voith SE & Co.KG/VTa.

Okoliczność, że VOITH TURBO pozyskuje na potrzeby zamówień publicznych oryginalne części zamienne od Grupy VOITH, a SKB Drive Tech dokonuje napraw z wykorzystaniem wyrobów równoważnych pochodzących z polskiej produkcji ma ten skutek, że nieuzasadnionym jest porównywanie wyceny zamówień obydwu oferentów. Innymi słowy, pomimo pozornego podobieństwa ofert i kwot składających się na finalną wysokość oferty, są to de facto dwa różne przypadki, które nie mogą być porównywane wprost — inny jest

bowiem koszt pozyskania części równoważnych, a inny części oryginalnych, z oficjalnej sieci dystrybucyjnej Grupy VOITH.

Przedmiotem analizy Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny powinno być tym samym porównanie złożonej w postępowaniu oferty VOITH TURBO do innych ofert składanych przez tę firmę na części oryginalne — które to oferty ukazują rzeczywisty poziom cenowy i kosztowy części oryginalnych producenta, a które to porównanie VOITH TURBO pominął w swoich wyjaśnieniach. VOITH TURBO w innych ofertach — czy to dla Zamawiającego, czy dla innych przedsiębiorstw komunikacji miejskiej w Polsce — składa oferty na części oryginalne w wartościach o kilkaset procent przewyższających ceny przedstawione w przedmiotowym postępowaniu. Porównanie tych ofert wypełnia tym samym wszystkie znamiona zastosowania rażąco niskiej ceny i dowodzi intencji nieuczciwej manipulacji ceną oferty

Szczegółowe zestawienie cen jednostkowych części zaoferowanych przez VOITH TURBO w przedmiotowym postępowaniu oraz w postępowaniu nr DWZ/7/2020 przeprowadzonym przez Zamawiającego w 2020 r., Odwołujący przedstawił w tabeli, z porównania wynikają zauważalne i nieuzasadnione różnice cen oferowanych przez VOITH TURBO (nawet o kilkaset procent), wskazujące na zaoferowanie przez VOITH TURBO w postępowaniu rażąco niskiej ceny.

ZARZUT NR 1

Odwołujący podniósł, że cena istotnych części zamiennych zaoferowanych przez VOITH TURBO, a pochodzących z fabrycznej sieci dystrybucji (J.M. Voith SE & Co. KG/VTa) jest ceną rażąco niską w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp.

Ustanowiona w art. 224 ust. 1 Pzp procedura wyjaśniająca ma doniosłe znaczenie dla realizacji zasady konkurencyjności w zamówieniach publicznych (wyrok z dnia 29 marca 2012 r. (C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s.) Trybunał Sprawiedliwości UE). Akty prawa unijnego i prawodawstwo polskie nie zawierają definicji „rażąco niskiej ceny”. W doktrynie przyjmuje się, że obowiązek wyjaśnienia rażąco niskiej ceny występuje wówczas, gdy w ocenie zamawiającego cena wskazana w ofercie wydaje się niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do szacunkowej wartości zamówienia lub cen rynkowych. Zamawiający ma obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, co do prawidłowości i rzetelności zaoferowanej ceny. Weryfikacja czy zaproponowana przez wykonawcę cena została rzetelnie obliczona oraz czy posiada ekwiwalentny charakter, powinna nastąpić przez pryzmat warunków przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji, a także z uwzględnieniem możliwych szczególnych uwarunkowań dostępnych wykonawcom oraz charakterystyki danego rynku. Oznacza to, że procedura wyjaśniająca, o której mowa w art. 224 ust. 1 Pzp jest procedurą wymagającą szczególnej rzetelności zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty z rażąco niską ceną lub kosztem, jeżeli

wykonawca nie udzielił wyjaśnień w terminie wyznaczonym lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnień VOITH TURBO nie sposób uznać za wyjaśnienia precyzyjne i należyte uzasadnione. Jak wykazano w części faktycznej niniejszego odwołania, wyjaśnienia te stoją w sprzeczności z rzeczywistością rynkową oraz opierają się na szeregu fałszywych założeń dotyczących m.in. „rezerwy magazynowej”, konieczności utylizacji posiadanych obudów czy też twierdzeń o rzekomym braku podmiotów mogących odkupić przedmiotowe części zarówno w Polsce jak i za granicą. Jednocześnie należy zauważyć, że wbrew argumentom podnoszonym przez VOITH TURBO, ceny jednostkowe poszczególnych części niezbędnych do wykonania naprawy głównej zespołów napędowych mają samoistne znaczenie w kontekście badania rażąco niskiej ceny. Niesłusznie wskazuje VOITH TURBO w wyjaśnieniach, jakoby oferowane ceny jednostkowe - bez względu na to czy mają same w sobie znamiona cen rażąco niskich czy też rynkowych - nie mogą uzasadniać zarzutu w przedmiocie rażąco niskiej ceny bez uwzględnienia ogólnej wartości oferty. Opierając się na wyroku KIO z 3.12.2020 r., KIO 2974/20, LEX nr 3092803, Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w załączniku nr IV do SWZ ustalił wzór formularza ofertowego, w którym wymagał podania ceny wykonania naprawy głównej oraz cen wymiany części poszczególnych komponentów z uwzględnieniem podania ceny jednostkowej dla każdej części. Podstawą kalkulacji ceny była więc cena jednostkowa określona przez wykonawcę dla każdego elementu dostawy ujętego w formularzu. Oznacza to, że poszczególne ceny jednostkowe zaoferowane przez VOITH TURBO mogą stanowić same w sobie ceny rażąco niskie. Powyższe zostało również potwierdzone w wyroku KIO z 24.08.2012 r., KIO 1734/12, LEX nr 1216249.

ZARZUT NR 2

W konsekwencji powyższego zarzutu zasadny jest również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VOITH TURBO zawierającej rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że jak wykazano w uzasadnieniu zarzutu nr 1, wyjaśnienia VOITH TURBO nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (cen jednostkowych), wobec czego Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty VOITH TURBO na podstawie wyżej wskazanych przepisów.

ZARZUT NR 3

Wobec wykazania przez Odwołującego, iż oferta VOITH TURBO zawiera rażąco niską cenę, złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK.

Nie ulega wątpliwości, że oferowanie usług i towarów po cenie rażąco niskich wypełnia dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, zgodnie z którym sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia jest działaniem utrudniającym innym

przedsiębiorcom dostęp do rynku, który stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Z brzmienia przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK wynika, że aby można było mówić o czynie nieuczciwej konkurencji należy spełnić łącznie dwie przesłanki: (i) utrudnianie dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub kosztów poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia oraz (ii) sprzedaż w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Z uwagi na to, że Odwołujący wykazał w sposób wyczerpujący, że VOITH TURBO zaoferował ceny rażąco niskie, w tym miejscu Odwołujący odniósł się wyłącznie do przesłanki drugiej.

W świetle przepisów UZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż poniżej kosztów własnych (tzw. sprzedaż ze stratą), która jest podejmowana w celu eliminacji innego przedsiębiorcy. Z sytuacją taką mamy niewątpliwie do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, bowiem jedynym racjonalnym celem zaoferowania istotnych części składowych po cenach rażąco niskich (nierynkowych i ekonomicznie nieuzasadnionych) mogło być wyeliminowanie konkurencyjnych ofert, w tym oferty Odwołującego.

Odwołujący zauważył, że zamiar pokrzywdzenia przez VOITH TURBO pozostałych oferentów poprzez zaoferowanie ceny poniżej kosztów ich wytworzenia jest tym bardziej widoczny, jeśli zwrócimy uwagę, że kryterium ceny było najważniejszym kryterium oceny ofert.

Istotne jest również to, że warunkiem realizacji przesłanki celu określonej w art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK („w celu eliminacji innych przedsiębiorców”) jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym ten zamiar urzeczywistnić. Na gruncie niniejszej sprawy potencjał VOITH TURBO powinien być rozumiany przede wszystkim jako siła rynkowa wynikająca z tego, że spółka ma bezpośredni dostęp do sieci produkcyjnej wyrobów, których wymiana/naprawa stanowi przedmiot zamówienia - VOTTH TURBO jest jedynym przedstawicielem Grupy VOITH w Polsce, a w konsekwencji - jedynym podmiotem na rynku polskim, który oferuje części oryginalne do przekładni typu KSH 217 oraz KSH 212. Wobec siły rynkowej VOITH TURBO zamiar pokrzywdzenia i wyeliminowania z przetargu pozostałych oferentów jest niezaprzeczalny. Przykładem powyższego jest oferta złożona przez VOITH TURBO Odwołującemu na przytaczaną wyżej parę stożkową — w wysokości ponad 11.000,00 EUR, tj. ponad pięciokrotnie wyższej od złożonej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia.

Manipulacje cenowe, których dopuścił się VOITH TURBO, a na które Zamawiający faktycznie zgodził się, nie odrzucając oferty, są sprzeczne z prawem, bo ograniczają dostęp do rynku innym wykonawcom (konkurentom). Ponadto, zadeklarowanie cen rażąco niskich przez wykonawcę potencjalnie godzi w interes Zamawiającego, narażając go na skutki niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o zamówienie publiczne.

Wykonawca: VOITH TURBO sp. z o.o. z siedzibą w Majkowie Dużym zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3677/21 po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący oświadczył, że składając ofertę na powyższe zamówienie nie zaniżył żadnych cen jednostkowych w stosunku do cen rynkowych, nie dopuścił się żadnych manipulacji ofertowych ani nie popełnił żadnego czynu nieuczciwej konkurencji, a nadto złożył w tym zakresie wyczerpujące wyjaśnienia, które zostały uwzględnione przez Zamawiającego.

Przystępujący wskazał na przepisy art. 99 ust. 5-6 Pzp oraz art. 101 ust. 4 Pzp, które nie tylko umożliwiają zamawiającemu, ale i nakazują dopuszczanie w toku postępowań przetargowych dostaw nie tylko ściśle określonych towarów od konkretnych producentów, ale i towarów z nimi równoważnych. Jest to jedna z podstawowych zasad postępowania przetargowego, która sprowadza się w istocie do zakazu dyskryminowania wykonawców poprzez nieuzasadnione ograniczanie dostępności zamówień. Skoro zatem zakazuje się dyskryminowania wykonawców oferujących towary równoważne, czyli np. części — zamienniki, to tym samym całkowicie niedopuszczalne jest jakiegokolwiek gorsze traktowanie wykonawców oferujących towary dokładnie odpowiadające opisowi przedmiotu zamówienia, czyli np. części oryginalne. Naturalną konsekwencją powyższego jest dopuszczenie składania przez wykonawców, a następnie porównywania przez zamawiającego, zarówno ofert zawierających towary oryginalne, jak i ofert zawierających towary — zamienniki. Nie ulega wątpliwości, że jedynie takie postępowanie mieści się w granicach zasad uczciwej konkurencji, a twierdzenia przeciwne są całkowicie niedorzeczne.

W niniejszej sprawie Zamawiający w pkt 4.8.5. SWZ wprost wskazał, że dopuszcza możliwość zastosowania wyrobów równoważnych, tj. części przekładni i silnika trakcyjnego, którymi można zastąpić wyroby wymienione w tabelach zawartych w SWZ, określając dodatkowo kryteria stosowane w celu oceny równorzędności związane z montażem wyrobów równoważnych i ich funkcjonalnością. Tym samym, w pełni uprawnione było porównywanie przez Zamawiającego oferty Przystępującego zawierającej części oryginalne z ofertą Odwołującego na części — zamienniki.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp i art. 224 ust. 3 Pzp, punktem odniesienia dla zamawiającego przy powyższej ocenie powinien być przedmiot zamówienia i możliwość jego wykonania zgodnie z odpowiednimi wymaganiami. Szczególne znaczenie powinny mieć wówczas wskazane powyżej okoliczności, które dotyczą konkretnych warunków realizacji danego zamówienia i w żaden sposób nie odnoszą się do porównań z innymi ofertami. Obowiązujące przepisy w żaden sposób nie wspominają więc, aby przy analizie rażąco niskiego charakteru ceny lub kosztu, lub ich istotnej części składowej, zamawiający miał w

jakimkolwiek stopniu odnosić się do porównania ofert składanych w innych postępowaniach przetargowych przez tych samych lub innych oferentów.

W tym kontekście w niniejszej sprawie, co do tego, aby cena zaoferowana przez Przystępującego za realizację zamówienia, w tym jakakolwiek istotna część składowa tej ceny lub związanego z nią kosztu, nie była realną ceną rynkową w stosunku do przedmiotu zamówienia czy też jakoby nie umożliwiała wykonania przedmiotowego zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, Odwołujący nie wskazał w odwołaniu żadnych konkretnych powodów, a tym bardziej dowodów, które nie odnosiłyby się do porównania innych ofert Przystępującego złożonych w innych postępowaniach przetargowych. Ogólne twierdzenia w tym zakresie, to gołosłowna argumentacja dalece niewystarczająca do uwzględnienia odwołania.

Właściwa analiza ceny oferowanej przez Przystępującego powinna odnosić się przede wszystkim do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Zamawiający na przedmiotowe zamówienie w zakresie opcji przeznaczył kwotę 757.188,00 zł brutto, która jest prawie dwukrotnie niższa od ceny zaoferowanej za ten zakres przez Przystępującego. Nie sposób więc mówić o tym, aby cena oferowana przez Przystępującego była niska, a zwłaszcza rażąco niska w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

Przystępujący podkreślił, że proste obliczenia wynikające z zestawiania poszczególnych cen wskazanych przez różnych oferentów i obrazujące istniejące pomiędzy nimi różnice w żadnym razie nie przesądzają o rażąco niskim charakterze zaoferowanej ceny. Stwierdzenie rozbieżności pomiędzy cenami wskazanymi przez różnych oferentów stanowi jedynie punkt wyjścia do dalszych rozważań o okolicznościach to uzasadniających, które stanowią kluczową kwestię w analizie przedmiotowego zagadnienia. W odwołaniu marginalnie potraktowano kwestie istnienia konkretnych okoliczności uzasadniających taki stan rzeczy, które zostały szczegółowo przedstawione przez Przystępującego i w pełni zostały zaakceptowane przez Zamawiającego.

Oczywiste jest, że porównaniu mogą podlegać jedynie oferty składane przez różnych oferentów w danym postępowaniu przetargowym, a nie oferty składane w innych postępowaniach przetargowych przez tego samego oferenta, czy tym bardziej przez innych oferentów. Na treść składanych ofert składa się bowiem wiele zmiennych, zarówno związanych z danym postępowaniem przetargowym, jak i z danym oferentem, a także otoczeniem rynkowym. Postępowania przetargowe różnią się od siebie zakresem, zarówno co do elementów ogólnych, jak i szczególnych, co rzecz jasna ma kluczowe znaczenie przy kalkulowaniu oferowanej ceny. Już samo to wyklucza możliwość ich sensownego zestawiania. Przykładowo, niniejsze postępowanie dotyczy naprawy aż 152 zespołów napędowych, podczas gdy przywołane w odwołaniu inne postępowania przetargowe dotyczyły naprawy odpowiednio 12 zespołów przekładni wraz z silnikami (postępowanie

przetargowe nr 15/ZS/DZ/2021 organizowane przez TRAMWAJE SZCZECIŃSKIE sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie) i 7 sztuk przekładni (postępowanie przetargowe nr WZ-091-71/21 organizowane przez MIEJSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO KOMUNIKACYJNE - Łódź sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi). Innym przykładem, dotyczącym zestawu kół stożkowych (pozycja nr 30 tabeli nr 2 formularza ofertowego), jest to, że w niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia obejmuje część o numerze 132.00456510, na którą składa się tylko wał atakujący i koło talerzowe, natomiast w postępowaniu przetargowym nr DW7J712020 organizowanym przez Zamawiającego w zeszłym roku przedmiot zamówienia obejmował część o numerze 13200546810, na którą składa się wał atakujący, koło talerzowe i wał pośredni I.

Ponadto, na potrzeby różnych postępowań przetargowych oferty przygotowywane są i składane w różnym czasie, w pewnych odstępach od siebie, w związku z czym powstają w różnym otoczeniu rynkowym, które bardzo szybko się zmienia. W przypadku Przystępującego szczególną rolę odgrywa polityka całej grupy spółek. Warunki nabycia przez Przystępującego części zamiennych w ramach grupy spółek wynikają bowiem z szeregu czynników kształtujących się na wyższym poziomie tej struktury, związanych z działalnością prowadzoną przez niemiecką spółkę J.M. Voith SE & Co. KG („VTA”). Zakupy części zamiennych dokonywane są centralnie dla całej grupy spółek, w seriach o różnej liczebności w różnym czasie, zależnie od zapotrzebowania nie tylko VTPL, ale także innych powiązanych spółek. Kluczowe znaczenie, które w stanowisku SKB całkowicie pominięto, ma również element walki konkurencyjnej i konieczności dokładnego analizowania rynku pod kątem ofert składanych w danym czasie przez inne podmioty, a następnie kształtowania własnych propozycji w sposób

pozwalający realnie walczyć z innymi ofertami. Prowadzone w ten sposób analizy, stanowiące podstawę budowania indywidualnych polityk cenowych, w pełni mieszczą się w zakresie uczciwej konkurencji i są normalnym zjawiskiem gospodarczym. Tym samym, dana oferta danego wykonawcy składana w danym postępowaniu przetargowym uzależniona jest nie tylko od indywidualnych czynników wewnętrznych dotyczących tego (wykonawcy, ale również od czynników zewnętrznych wynikających z porównań z innymi wykonawcami. Ta podwójna zależność tym bardziej wpływa na zmienność cen proponowanych w różnym czasie przez różnych oferentów. Dotyczy ona wszystkich podmiotów zainteresowanych danym zamówieniem, lecz różni wykonawcy dokonują w tym zakresie różnych analiz i zmuszeni są uwzględniać różne indywidualne czynniki wewnętrzne, w szczególności związane z ponoszonymi kosztami i ogólnie przyjętą strategią biznesową, co ostatecznie przekłada się na różne polityki cenowe. Taka sytuacja powoduje, że w stosunku do każdego wykonawcy można zaobserwować zmiany cen w ofertach składanych w różnych postępowaniach przetargowych, przy czym zakres tej zmienności kształtuje się

indywidualnie. W różnych postępowaniach przetargowych dotyczących naprawy zespołów napędowych eksploatowanych w tramwajach ceny oferowane za poszczególne części zamienne różnią się więc pomiędzy sobą nie tylko w przypadku Przystępującego, ale również w przypadku innych oferentów, w tym Odwołującego. Szczegółowe przykłady w tym zakresie Przystępujący przedstawił w tabelach zawartych w piśmie wyjaśniającym wyliczenie ceny oferty z dnia 26 listopada 2021 r. (strona 10 i załącznik nr 8)

Przystępujący wskazał, że jak wynika z art. 224 ust. 1 Pzp, przesłanka rażąco niskiego charakteru może dotyczyć ceny, kosztu lub ich istotnej części składowej. Nie każda wydzielona część ceny lub kosztu stanowi jednak część istotną składową ceny oferty.

Zgodnie z pkt 16.1.2 SWZ, jako odrębne kryterium, którym Zamawiający kierował się przy wyborze najkorzystniejszej oferty, o odpowiedniej wadze wynoszącej 10%, została wyszczególniona cała cena oferty w zakresie opcji. W zawartym w SWZ opisie kryterium oceny ofert nie wyszczególniono żadnych punktów za konkretne części zamienne, czy to podane pojedynczo, czy w jakichkolwiek grupach. Miejsce na wyszczególnienie cen za konkretne części zamienne pojawiło się jedynie w tabeli nr 2 formularza ofertowego. W niniejszej sprawie nie powinno budzić wątpliwości, że całościową cenę oferty w zakresie opcji stanowi suma wszystkich 68 pozycji wskazanych w tabeli nr 2 formularza ofertowego obejmująca wszystkie ceny jednostkowe za wymagane przez Zamawiającego części zamienne w odpowiednich ilościach. Według wymagań określonych przez Zamawiającego dopiero tak ustalona wartość stanowi kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Nic nie stało na przeszkodzie, aby kryteria oceny ofert zostały przez Zamawiającego określone bardziej dokładnie, w szczególności, aby Zamawiający wskazał wśród nich konkretne części zamienne, podane pojedynczo lub w określonych grupach, z odpowiednio przypisaną wagą. Skoro jednak Zamawiający, mimo swojego wieloletniego i specjalistycznego doświadczenia, takiego zabiegu nie dokonał, to pozostaje przyjąć, że wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty miała dla Zamawiającego całościowa cena oferty w zakresie opcji, a nie ceny za konkretne części zamienne. W niniejszej sprawie za istotną część składową całej ceny za całe przedmiotowe zamówienie należy uznać całościową cenę oferty w zakresie opcji, a nie ceny za konkretne części zamienne. Powyższe jest szczególnie widoczne, jeśli spojrzeć na fakt, że istota opcji oznacza jedynie ewentualność, a nie bezwzględną konieczność realizacji objętej nią części przedmiotu zamówienia. Zamawiający, ze względu na swoje wieloletnie i specjalistyczne doświadczenie, jest bowiem świadomy, że w rzeczywistości z opcji skorzysta, a co za tym idzie zapłaci za jego realizację, tylko w pewnym zakresie, wyznaczonym przez rzeczywiście wykonany zakres napraw zespołów napędowych eksploatowanych w tramwajach. Podane ceny jednostkowe za konkretne części zamienne zawarte w tabeli nr 2 formularza ofertowego należy więc traktować jedynie jako dodatkową

informację dla Zamawiającego co do tego, ile będzie go kosztować wymiana danej części, jeśli okaże się ona konieczna, nie zaś jako element decydujący o wyborze oferty.

W świetle powyższego, sformułowany w odwołaniu zarzut rażąco niskiej ceny można odnosić jedynie do tych konkretnych pozycji z tabeli nr 2 formularza ofertowego, które Odwołujący rzeczywiście kwestionuje. Dotyczy to pozycji nr 1 (obudowa kompletna), pozycji nr 17 (pierścień labiryntu), pozycji nr 23 (wał pośredni II), pozycji nr 25 (koło wyjściowe), pozycji nr 26 (deflektor oleju), pozycji nr 28 (pokrywa labiryntu), pozycji nr 30 (zestaw kół stożkowych) i pozycji nr 35 (gwint zawieszenia przekładni).

Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane pozycje obejmują istotne części przedmiotowego zamówienia, które mogą mieć wpływ na przyjęcie, jakoby całościowa cena oferty była rażąco niska. Odwołujący nie wykazał również, jaki jest wpływ kwestionowanych pozycji na prawidłowość wykonania całego zamówienia.

OBUDOWA KOMPLETNA (pozycja nr 1 tabeli nr 2 formularz ofertowego)

Jak przedstawił Przystępujący w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, obudowa, którą VTPL może przeznaczyć na poczet realizacji przedmiotowego zamówienia, została zakupiona przez VTPL w czerwcu 2018 roku. Obudowa ta, podobnie jak druga tego samego rodzaju, którą Przystępujący posiada na stanie magazynowym, nie została dotychczas wykorzystana w żadnej naprawie, co już w sobie świadczy o tym, że są to elementy, które nie podlegają częstym uszkodzeniom, a ich wymiana następuje w naprawę wyjątkowych okolicznościach. Takie założenie zdaje się wynikać również z doświadczenia Zamawiającego. Nie bez znaczenia jest bowiem okoliczność, iż w ramach niniejszego postępowania na naprawę aż 152 zespołów napędowych, Zamawiający uwzględnił wymianę wyłącznie 1 sztuki tej części. Dodatkowo, ewentualna wymiana tego elementu została przewidziana w ramach opcji, czyli w tej części zamówienia, której realizacja jest wyłącznie uprawnieniem Zamawiającego i do której może w ogóle nie dojść. Logicznym jest założenie, że gdyby obudowa należała do elementów, które często ulegają uszkodzeniom i co do której istnieje wysokie prawdopodobieństwo jej wymiany, Zamawiający zdecydowałby o konieczności zabezpieczenia przez wykonawcę większej ilości sztuk tej części lub uwzględnił jej wymianę w ramach podstawowego zakresu przedmiotowego zamówienia. Co więcej, również we wcześniejszych postępowaniach przetargowych na naprawę zespołów napędowych KSH-217 Zamawiający uwzględniał wykorzystanie niewielkiej ilości tych części, w szczególności w analogicznym przetargu nr DWZ/7/2020 zorganizowanym w zeszłym roku również szacowano ewentualną wymianę w ramach opcji jedynie 1 sztuki obudowy.

W dalszej kolejności zwrócić należy uwagę na fakt, niekwestionowany zresztą przez Odwołującego, że aktualnie obudowa, taką jaką posiada Przystępujący, może zostać wykorzystana na rynku polskim wyłącznie przy naprawach zespołów napędowych KSH-217

zamontowanych w tramwajach eksploatowanych przez Zamawiającego i TRAMWAJE SZCZECIŃSKIE sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie. Przystępujący aktywnie zabiegał o pozyskanie zamówień na naprawę zespołów napędowych eksploatowanych w tramwajach powyższych operatorów, co być może pozwoliłoby na efektywne wykorzystanie posiadanych zapasów części, jednakże ostatecznie Przystępujący nie realizuje zamówienia na naprawę zespołów napędowych dla TRAMWAJE SZCZECIŃSKIE sp. z o.o. jak również nie realizował zamówienia na naprawę zespołów napędowych eksploatowanych przez Zamawiającego w wyniku przetargu nr DWZ/712020 zorganizowanego w zeszłym roku, który wygrał Odwołujący. Ta sytuacja znacznie zmniejsza potencjał wykorzystania obudowy na rynku polskim. Nierozeczne są przy tym twierdzenia Odwołującego, jakoby Przystępujący bez przeszkód mógł sprzedać magazynowane obudowy. Odwołujący doskonale wie, że operatorzy tramwajów nie nabywają pojedynczych komponentów do zespołów napędowych, lecz zlecają naprawy całych podzespołów.

W praktyce, jeśli Przystępujący nie realizuje samodzielnie naprawy zespołów napędowych, to wykorzystanie magazynowanej obudowy może nastąpić wyłącznie na rzecz innych podmiotów realizujących te naprawy na rzecz poszczególnych operatorów. Podmioty te korzystają jednak z własnych źródeł zaopatrzenia, co w sposób oczywisty zmniejsza ich zainteresowanie nabyciem bezpośrednio od Przystępującego pojedynczych komponentów, w tym spornej obudowy. Podmiotem oferującym naprawy zespołów napędowych jest między innymi Odwołujący, który jednak nigdy nie zwracał się do Przystępującego z ofertą nabycia obudowy kompletnej KSH217, i to pomimo faktu, iż jak samo podnosi, tylko w poprzednim roku, i to między innymi, realizowało na rzecz Zamawiającego zamówienie na naprawę 192 zespołów napędowych. Generalnie podnieść należy, iż Przystępujący i Odwołujący nie współpracują ze sobą w zakresie sprzedaży części wykorzystywanych do naprawy zespołów napędowych, w szczególności Przystępujący nie zaopatruje Odwołującego w części do zespołów napędowych KSH-217. Na przestrzeni lat Odwołujący tylko dwa razy występował do Przystępującego z zapytaniem ofertowym na sprzedaż pojedynczych sztuk takich części, przy czym żadne z tych zapytań nie doprowadziło ostatecznie do finalizacji transakcji.

Powyższe prowadzi do wniosku, że pomimo występowania na rynku dużej ilości zespołów napędowych, w których zamontowane zostały obudowy kompleksowe KSH-217, zwłaszcza z uwagi na sporadycznie występującą potrzebę ich wymiany, zarówno wykorzystanie magazynowanej obudowy w ramach napraw realizowanych przez VTPL, jak i sprzedaż tych części przez VTPL, nie jest prawdopodobne w krótkim czasie. Co więcej, możliwości wykorzystania magazynowanej obudowy przy naprawach realizowanych w przyszłym roku będą jeszcze mniejsze. Według wiedzy Przystępującego, Zamawiający zamierza bowiem odstąpić od zlecania naprawy samych zespołów napędowych na rzecz zlecania naprawy oraz usuwania wad całych tramwajów. W tym celu Zamawiający prowadzi

konsultacje rynkowe w ramach postępowania nr DWZ67/2021. Profil działalności Przystępującego nie obejmuje napraw i usuwania wad całych tramwajów, co w praktyce wyklucza możliwość jego udziału w powyższym przetargu. Oznacza to, że możliwości wykorzystania przez Przystępującego posiadanego zapasu obudowy ograniczą się w przyszłym roku już tylko do hipotetycznej sprzedaży na rzecz podmiotu realizującego powyższe kompleksowe zamówienie, co z przyczyn wskazanych we wcześniejszej części niniejszego pisma, jest niezwykle mało prawdopodobne. Przystępujący powołał się na zaproszenie do udziału we wstępnych konsultacjach rynkowych poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie napraw głównych i usuwanie wad seryjnych w tramwajach 120Na, 128N i 134N dotyczące postępowania nr DWZ/67/2021 organizowanego przez Zamawiającego — celem wykazania możliwości wykorzystania magazynowanej obudowy przy naprawach realizowanych w przyszłym roku, w szczególności na rzecz Zamawiającego.

Powyższe argumenty dotyczące możliwości wykorzystania lub sprzedaży posiadanej przez Przystępującego obudowy odnieść można z powodzeniem również do sytuacji na rynkach zagranicznych. Dodatkowego zaakcentowania wymaga tu jednak okoliczność, iż zapotrzebowanie na obudowę za granicą jest nieporównywalnie mniejsze aniżeli w Polsce. Aktualnie przekładnie KSH-217 wykorzystywane są bowiem zaledwie w trzech krajach w łącznej ilości 88 sztuk. Dotyczy to miejscowości Sagedyn na Węgrzech (9 sztuk pojazdów, typ 120Nb, w tym 36 sztuk przekładni KSH217), Kluż-Napoka w Rumunii (12 sztuk pojazdów, typ 120NaR, w tym 48 sztuk przekładni KSH-217) i Kaliningrad w Rosji (1 sztuka pojazdu, typ 121 Nak, w tym 4 sztuki przekładni). Prawdopodobieństwo, że naprawy wszystkich powyższych przekładni zostaną zlecone Przystępującemu jest marginalne. Jeśli dodatkowo uwzględnić ilość zespołów napędowych KSH-217 będących w eksploatacji zagranicznych operatorów w stosunku do ilości takich zespołów eksploatowanych w Polsce, choćby tych wykorzystywanych przez Zamawiającego, oraz wskazaną we wcześniejszej części niniejszego pisma statystycznie niewielką częstotliwość uszkodzeń obudowy w tych jednostkach, to z powodzeniem należy stwierdzić, iż prawdopodobieństwo wykorzystania obudowy posiadanej przez Przystępującego jest naprawdę znikome.

Co do twierdzenia, iż w interesie Przystępującego jest posiadanie obudowy na magazynie ze względu na jej długi termin dostawy, Przystępujący wskazał, że aktualnie magazynuje aż dwie obudowy kompleksowe KSH-217 - zaoferowanie jednej z nich w niniejszym postępowaniu nie pozbawia Przystępującego możliwości wykorzystania drugiej w ramach innych zleceń. Przystępujący powołał się na raport stanu magazynowego z dnia 23 listopada 2021 roku — załączony do wyjaśnień w sprawie wyliczenia ceny oferty z dnia 26 listopada 2021 roku — celem wykazania posiadania obudowy na magazynie, w szczególności co do ilości sztuk i okresu magazynowania.

Przystępujący podniósł, że z treści przedstawionych Zamawiającemu wyjaśnień wraz z załączonym do nich oświadczeniem wynika, iż wykonawca wyceniając ten element wziął pod uwagę przychód, jaki mogłoby osiągnąć ze sprzedaży tego elementu jako złomu. Uwzględniając zatem, że sporna obudowa ma masę ok. 100 kg, a możliwa do uzyskania na podstawie dotychczasowych transakcji cena złomu wynosi 1,28 zł netto za 1 kg, co potwierdza przedstawiona wraz z wyjaśnieniami faktura, Przystępujący przyjął, że możliwy przychód ze sprzedaży tego elementu jako złomu wynosi 128,00 zł netto. Z tej przyczyny, wbrew odmiennym twierdzeniom Odwołującego, ostatecznie zaoferowana przez VTPL za obudowę cena 500,00 zł netto, czyli kwota prawie czterokrotnie wyższa, nie może zostać uznana za nieadekwatną w stosunku do jej faktycznej wartości. Jako dowód Przystępujący wskazał fakturę VAT nr FA202100716 z dnia 27 sierpnia 2021 roku oraz oświadczenie VTPL z dnia 24 listopada 2021 roku — załączone do wyjaśnień VTPL w sprawie wyliczenia ceny oferty z dnia 26 listopada 2021 roku — celem wykazania faktycznej wartości magazynowanej obudowy dla Przystępującego.

Zdaniem Przystępującego, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania są wywody Odwołującego związane z rzekomym pogwałceniem przez Przystępującego przy wycenie obudowy reguł rachunkowości w zakresie wyceny zasobu magazynowego. Nieprawdziwe i nie mające umocowania prawnego jest w szczególności stwierdzenie, iż sprzedaż poniżej kosztów zakupów jest rzekomo sprzeczna z ustawą o rachunkowości oraz stanowi oszustwo podatkowe i uszczuplenie podatku VAT należnego Skarbowi Państwa. Tym bardziej, jeśli niższa cena miałaby dotyczyć części, na którą nie ma popytu i która zalega na magazynie. Organy podatkowe jasno opowiadają się za tym, iż każdy podatnik ma prawo swobodnie układać swoje interesy tak, aby działalność gospodarcza była dla niego opłacalna pod względem ekonomicznym, w tym stosując znaczne upusty cenowe, jeśli jest to w jego uznaniu zasadne dla osiągnięcia tego celu. W sytuacji, gdy wystąpią okoliczności uzasadniające obniżkę, dopuszczalne jest obniżenie ceny nawet poniżej kosztów zakupu towarów. Przepisy prawa podatkowego regulując, co jest przychodem, a co kosztem uzyskania przychodów prowadzonej pozarolniczej działalności gospodarczej, nie zastrzegają jednocześnie, że towary handlowe nie mogą być sprzedawane poniżej ceny ich zakupu (interpretacja indywidualna z 20.01.2009, Izba Skarbowa w Poznaniu, znak I LPB1/415-882/08-2/TW).

Ostatecznie należy wskazać, iż kwestionowana w odwołaniu cena obudowy stanowi w rzeczywistości pomijalną część ogólnej wartości oferty Przystępującego, w tym zaledwie około 0,04% wartości opcji (w przypadku SKB około 1% wartości opcji). Przy uwzględnieniu wagi ceny całej opcji (wynoszącej zgodnie z kryterium oceny ofert opisanym w SWZ zaledwie 10%), oczywisty staje się wniosek, iż pozycja ta nie ma istotnego wpływu na całościową wartość oferty i nie może zostać uznana za istotną część składową ceny, a jej

ewentualne niedoszacowanie nie mogłoby mieć wpływu na rozstrzygnięcie przetargu. Powyższej tezy nie podważają gołosłowne twierdzenia przedstawione w odwołaniu.

POZOSTAŁE CZĘŚCI (pozycje nr 17, 23, 25, 26, 28, 30 i 35 tabeli nr 2 formularza ofertowego)

W odniesieniu do cen jednostkowych zaoferowanych przez Przystępującego za pozostałe kwestionowane przez Odwołującego części zamienne (pierścień labiryntu, wał pośredni II, koło wyjściowe, deflektor oleju, pokrywa labiryntu, zestaw kół stożkowych, gwint zawieszenia przekładni), Przystępujący podniósł, że Odwołujący pomija, że wraz z przedstawionymi Zamawiającemu wyjaśnieniami Przystępujący przedłożył zawarte w korespondencji elektronicznej, pochodzącej od pracownika VTA będącego kierownikiem regionu z działu zarządzania sprzedażą na obszar wschodni, potwierdzenie ceny nabycia kwestionowanych części zamiennych. VTA zajmuje się dystrybucją oryginalnych części zamiennych produkowanych w grupie spółek, do której należy Przystępujący, i jest stałym dostawcą części, które Przystępujący wykorzystuje przy realizowanych naprawach. Oferowane przez VTA ceny są więc tymi, za które Przystępujący ostatecznie nabywa powyższe części. Z powyższego dokumentu wynika, że ceny jednostkowe, które Przystępujący oferuje Zamawiającemu w niniejszym postępowaniu za kwestionowane części zamienne, kształtują się powyżej kosztów ich nabycia, a nawet uwzględniają godziwy zysk.

Chociaż Odwołujący prezentuje liczne zastrzeżenia dotyczące niektórych cen jednostkowych, to jednak są one oparte wyłącznie na hipotetycznych i niepotwierdzonych materiałem dowodowym przypuszczeniach dotyczących sposobu, w jaki Przystępujący kształtuje te ceny. Jednocześnie Odwołujący nie dowiódł, aby zaoferowane przez Przystępującego ceny za części zamienne objęte przedmiotowym zamówieniem w ramach opcji kształtowały się poniżej kosztów własnych, rzekomo z zaniżeniem ceny w takim stopniu, że skutkiem tego działania jest powstanie straty. Przystępujący powołał się na korespondencję elektroniczną z dnia 25 listopada 2021 roku od D. L. do S. Ch. wraz z tłumaczeniem — załączoną do wyjaśnień w sprawie wyliczenia ceny oferty z dnia 26 listopada 2021 roku — celem wykazania kosztów nabycia przez Przystępującego części zamiennych kwestionowanych przez Odwołującego.

Ponadto, Przystępujący w wyjaśnieniach przedstawionych Zamawiającemu opisał sposób kalkulacji przedmiotu zamówienia w zakresie pozycji nr 35 tabeli nr 2 formularza ofertowego. Wyjaśniono wówczas, że zestaw do regeneracji gwintu zawieszenia przekładni Przystępujący nabywana od lokalnego dostawcy w cenie 84,50 zł netto za sztukę, co potwierdza przedstawiona wraz z wyjaśnieniami faktura. Powyższe pozwala na wniosek, iż regeneracja gwintu przekładni za wielokrotnie wyższą cenę 860,00 zł za sztukę, jaką Przystępujący zaoferował Zamawiającemu w niniejszym postępowaniu, jest możliwa do wykonania i to bez ryzyka poniesienia przez Przystępującego jakiegokolwiek straty.

Przystępujący powołał się na fakturę VAT nr 14/BB/12/2018 z dnia 3 grudnia 2018 roku — załączoną do wyjaśnień w sprawie wyliczenia ceny oferty z dnia 26 listopada 2021 roku — celem wykazania kosztów nabycia części zamiennej kwestionowanej przez Odwołującego.

Z kolei dla pozycji nr 30 tabeli nr 2 formularza ofertowego cena Odwołującego jest nawet niższa od ceny Przystępującego (o 456,00 zł netto za sztukę, co daje różnicę na poziomie 5% - Odwołujący oferuje 8.544,00 zł, a Przystępujący oferuje 9.000,00 zł). Ta sama sytuacja dotyczy pozycji nr 17 tabeli nr 2 formularza ofertowego, gdzie również cena Odwołującego jest niższa niż cena Przystępującego (o 924,00 zł netto za sztukę, co daje różnicę na poziomie aż 84% - Odwołujący oferuje 180,00 zł, a Przystępujący oferuje 1.104,00 zł). Tym bardziej, ze zdziwieniem należy przyjąć twierdzenia, jakoby nierynkowe były zaoferowane przez Przystępującego ceny ujęte w tych pozycjach dla pierścienia labiryntu i zestawu kół stożkowych.

Ostatecznie, zdaniem Przystępującego, kwestionowane w odwołaniu ceny jednostkowe za pozostałe części zamienne (pozycji nr 23, 25, 26, 28 i 35 tabeli nr 2 formularza ofertowego), nie mają istotnego wpływu na całościową wartość oferty i nie mogą zostać uznane za istotną część składową ceny, a ich ewentualne niedoszacowanie nie mogłoby mieć wpływu na rozstrzygnięcie przetargu. Przyjmując bowiem za akceptowalne i prawidłowo ustalone ceny tych części zaoferowane przez Odwołującego, należy przyjąć, że oferta Przystępującego z uwzględnieniem w tych pozycjach wyższych cen Odwołującego zamiast niższych cen Przystępującego i tak byłaby korzystniejsza niż oferta Odwołującego. Taka operacja skutkowałaby zwiększeniem ceny zaoferowanej przez Przystępującego w ramach opcji o łączną kwotę 107.522,50 zł netto, czyli do kwoty 1.225.828,50 zł netto.

Stanowisko Odwołującego dotyczące roli powiązania pomiędzy Przystępującym jako wykonawcą a VTA jako dostawcą części produkowanych w grupie spółek, stoją w oczywistej sprzeczności, a fakt ten ma w niniejszej sprawie zgoła inne znaczenie niż twierdzi Odwołujący. Przystępujący nabywając bezpośrednio oryginalne części zamienne produkowane w ramach grupy spółek, do której należy, nie zajmuje pozycji ponad przeciętnie korzystnej, lecz zachowuje możliwość realnego konkurowania z Odwołującym i innymi wykonawcami, którzy oferują części — zamienniki. Z jednej strony Przystępujący faktycznie ma bowiem dostęp do korzystniejszych cen bezpośredniego nabycia części zamiennych produkowanych w grupie spółek, jednak z drugiej strony, z racji funkcjonowania w grupie spółek, Przystępujący zobligowany jest do korzystania tylko z oryginalnych części zamiennych i nie może obniżać swoich ofert wykorzystując tańsze części — zamienniki. Powyższe powoduje, że w niniejszej sprawie nie zachodzi żadne zachwianie pozycji oferentów na korzyść bądź niekorzyść któregośkolwiek z nich, lecz w wyniku całokształtu występujących warunków rynkowych mogą oni ze sobą uczciwie konkurować.

W istocie kluczowym punktem odniesienia przy ocenie rażąco niskiego charakteru ceny lub kosztu, lub ich istotnej części składowej, są ceny rynkowe. Nie budzi też wątpliwości, że w przypadku cen nabycia oryginalnych części zamiennych kwestionowanie ich rzekomej nierealności i oderwania od poziomu rynkowego należy odnosić do cen oferowanych przez producenta tych części. W realiach niniejszej sprawy pełną i aktualną wiedzę o rynkowych cenach nabycia oryginalnych części zamiennych posiada w Polsce wyłącznie Przystępujący, jako jedyna polska spółka powiązana z VTA jako dostawcą tych części produkowanych w ramach grupy spółek. W odwołaniu w żaden sposób nie wyjaśniono, jakie rzekomo powinny być konkretne rynkowe ceny nabycia oryginalnych części zamiennych, a Odwołujący nie podjął żadnych realnych starań w celu uzyskania informacji w tym zakresie. Jediną argumentacją prezentowaną w tej kwestii jest ogólnikowe zarzucanie niespójności cen jednostkowych oferowanych przez Przystępującego w różnych postępowaniach, przy czym w stosunku do żadnej z nich nie wskazano kwoty, jaka powinna być rzekomo prawidłową ceną rynkową.

Przystępujący podkreślił, że Odwołujący formułuje zarzuty co do cen jednostkowych oferowanych przez Przystępującego, nie mając nawet pełnej wiedzy o złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach co do wyliczenia ceny oferty, albowiem kluczowe wartości liczbowe tych wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały zastrzeżone. Odwołanie zdecydowanie nie sprostало wymogowi wykazania rzekomej nierealności cen jednostkowych oferowanych przez Przystępującego i ich rzekomego oderwania od poziomu rynkowego.

BRAK CZYNU NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI

Jak wcześniej wskazano, cena zaoferowana przez Przystępującego za realizację przedmiotowego zamówienia w żadnym wypadku nie wskazuje na sprzedaż towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia (nabycia). Tym samym, niezależnie od dalszych rozważań w zakresie tego zagadnienia, w niniejszej sprawie nie jest spełniona podstawowa przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji w postaci utrudniania dostępu do rynku.

Przystępujący podniósł dodatkowo, że w niniejszej sprawie nie może być również mowy o eliminacji innych przedsiębiorców, w szczególności Odwołującego. Jakikolwiek skutki cen zaoferowanych przez Przystępującego za realizację przedmiotowego zamówienia dotyczą bowiem wyłącznie niniejszego postępowania i ich celem jest jedynie wygranie konkretnego przetargu, a nie wywarcie jakiegokolwiek szerszego skutku rynkowego. Przystępujący i Odwołujący już od jakiegoś czasu konkurują i nadal będą konkurować ze sobą w zakresie napraw zespołów napędowych eksploatowanych w tramwajach. Wygranie niniejszego przetargu przez Przystępującego nie wpłynie diametralnie na ten stan rzeczy, podobnie jak nie stało się tak w wyniku wygrania przez Odwołującego analogicznego przetargu nr DWZ/7/2020 zorganizowanego przez Zamawiającego w zeszłym roku. Ceny

zaoferowane przez Przystępującego za realizację przedmiotowego zamówienia stanowią przejaw normalnej walki konkurencyjnej i nie noszą znamion żadnej nieuczciwości.

Przystępujący przedstawił dowody z dokumentów, które wykazują realny i rynkowy charakter cen zaproponowanych Zamawiającemu w niniejszym postępowaniu, w szczególności raport stanu magazynowego, podpisany przez kierownika logistyki, potwierdzający posiadanie obudowy przekładni w formie zapasu oraz fakturę za odbiór złomu, wystawioną dla jego odbiorcy, potwierdzającą cenę możliwą do uzyskania w przypadku utylizacji obudowy. Powyższa faktura za odbiór złomu odnosi się do teoretycznego zbycia obudowy korpusu na rzecz odbiorcy złomu i wykazuje potencjalne korzyści, które mogłyby w takiej sytuacji powstać po stronie Przystępującego. Nadto, Przystępujący przedstawił fakturę za nabycie zestawu do regeneracji gwintu zawieszenia przekładni, wystawioną przez jego sprzedawcę, wyjaśniającą cenę tej pozycji ofertowej. Najważniejszym dokumentem jest zaś potwierdzenie ceny nabycia kwestionowanych części zamiennych do naprawy zespołów napędowych eksploatowanych w tramwajach, pochodzące od pracownika VTA, będącego kierownikiem regionu z działu zarządzania sprzedażą na obszar wschodni, z którym Przystępujący utrzymuje bezpośrednią współpracę w zakresie nabywania części na potrzeby realizowanych napraw.

Przystępujący wyjaśnił, że zarówno faktura za odbiór złomu, jak i faktura za nabycie zestawu do regeneracji gwintu zawieszenia przekładni, zostały wystawione przed skierowaniem przez Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień w sprawie wyliczenia ceny oferty, odpowiednio dnia 27 sierpnia 2021 roku i dnia 3 grudnia 2018 roku. Co więcej, faktura za nabycie zestawu do regeneracji gwintu zawieszenia przekładni jest niewątpliwie dokumentem pochodzących od podmiotu zewnętrznego. Także potwierdzenie ceny nabycia części zamiennych należy traktować jak dokument z zewnętrznego źródła, albowiem VTA, mimo przynależności do tej samej grupy spółek, jest podmiotem odrębnym od Przystępującego, prowadzącym odrębną działalność gospodarczą i nie będącym stroną niniejszego postępowania. VTA jest co prawda zainteresowane wynikiem niniejszego postępowania, jak każdy dostawca części do realizowanych napraw, ale w sposób umiarkowany i niepodważający wiarygodności dokumentów pochodzących od tego podmiotu. Wbrew wynikającym z odwołania wyobrażeniom Odwołującego, niniejsze postępowanie nie ma bowiem dla VTA aż tak istotnego znaczenia, aby stanowiło jedyny możliwy i najkorzystniejszy rynek zbytu części zamiennych, które w razie wygrania niniejszego przetargu nabędzie Przystępujący. VTA może z powodzeniem i bez trudności sprzedać te części innym podmiotom z tej samej grupy spółek, a także sprzedać je klientom zewnętrznym za znacznie korzystniejszą cenę.

Co do raportu stanu magazynowego i potwierdzenia ceny nabycia części zamiennych należy mieć również na uwadze, że są to dokumenty, które ze względu na przyjęte

wewnętrzne zasady organizacyjne, których swobodne kształtowanie jest w pełni dopuszczalne, nie funkcjonują w normalnym toku działalności i dopiero skierowane przez Zamawiającego wezwanie wymusiło konieczność ich wygenerowania. Nie można więc w żadnym wypadku czynić Przystępującemu zarzutu z braku wcześniejszego zabezpieczenia tych dokumentów, albowiem wcześniej nie było takiej konieczności. W szczególności, nie dotyczą one standardowego obrotu handlowego, lecz produktów składowanych wewnętrznie lub nabywanych w ramach grupy spółek, co do których funkcjonuje inny niż w przypadku transakcji realizowanych z podmiotami niepowiązanymi, ograniczony obieg informacji i dokumentów, zwłaszcza na etapie ofertowania poprzedzającego ewentualną przyszłą sprzedaż. Przygotowując ofertę dla Zamawiającego, Przystępujący miał za zadanie jedynie oszacować koszty realizacji przedmiotowego zamówienia, co do którego nie było jeszcze wiadomo, czy w ogóle dojdzie do jego realizacji. Przystępujący zwykle nie nabywa bowiem wskazanych przez Zamawiającego części zamiennych przed złożeniem oferty, aby móc je wykorzystać w razie ewentualnego wygrania przetargu i uzasadnione jest założenie, że nie postępuje w ten sposób żaden z oferentów. Dlatego jasnym jest, że przyjęte w poszczególnych ofertach kalkulacje są oparte na ogólnym rozeznaniu co do cen nabycia poszczególnych części oraz ewentualnie na wcześniej uzyskanych ofertach. Żadna regulacja nie nakazuje przy tym, aby oferta sprzedaży części musiała przybierać formę pisemną. Przed złożeniem oferty Przystępujący w pełni rzetelnie dokonał rozeznania w zakresie aktualnych cen, za jakie będzie mógł nabyć od VTA części zamienne na poczet realizacji przedmiotowego zamówienia, jeśli jego oferta zostałaby wybrana w niniejszym postępowaniu. Potwierdzenie kwestionowanych przez Odwołującego cen części zamiennych Przystępujący uzyskał dopiero, kiedy zaistniała taka potrzeba. Nie istnieją żadne przyczyny, w wyniku których tym wyjaśnieniom można by odmówić wiarygodności, a więc należy je uwzględniać na równi z przedkładanymi dowodami z dokumentów. Zaoferowane przez Przystępującego dowody oraz wyjaśnienia dostatecznie potwierdzają rynkowy charakter ceny przedstawionej w ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 3 stycznia 2022 r. Złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wyjaśnił, że w postępowaniu wpłynęły trzy oferty, które złożyli:

- I Saatz sp. z o.o. - oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, z uwagi na to, że wykonawca nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, a tym samym nie wyjaśnił wątpliwości w zakresie ceny oferty (ceny zamówienia w ramach prawa opcji),
- II VOITH TURBO sp. z o.o.
- III SKB Drive Tech S.A.

W dniu 8 listopada 2021 r. Odwołujący złożył wniosek o zbadanie rażąco niskiej ceny w ofercie VOITH TURBO. Zamawiający w dniu 17 listopada 2021 r. wezwał VOITH TURBO do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty w zakresie rażąco niskiej ceny w pozycjach 1, 23, 25, 31, 32 i 33 tabeli nr 2 formularza oferty (dot. opcji) oraz ustosunkowania się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego w piśmie wskazanym w pkt 3. W dniu 26 listopada 2021 r. VOITH TURBO przekazał odpowiedź w sprawie wyliczenia ceny oferty oraz odniesienie się do zarzutów Odwołującego. Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień, wezwał VOITH TURBO do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a w rezultacie w dniu 10 grudnia 2021 r. rozstrzygnął postępowanie wybierając ofertę VOITH TURBO jako najkorzystniejszą.

W zakresie ZARZUTU NR 1 (błędne przyjęcie, że wyjaśnienia przedłożone przez VOITH TURBO uzasadniają podaną w ofercie cenę istotnych części składowych wskazanych w poz. 1, 23, 25, 31, 32 i 33 tabeli nr 2) i ZARZUTU NR 2 (zaniechanie odrzucenia oferty VOITH TURBO zawierającej rażąco niską cenę), odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, z uwagi na poniższą argumentację.

Zamawiający wskazał, że ceny ofert złożonych w postępowaniu są na zbliżonym poziomie. Cena oferty Odwołującego wynosi 6 851 749,84 zł brutto, w tym cena za zakres opcjonalny 1 729 045,84 zł, natomiast cena oferty VOITH TURBO wynosi 6573004,38 zł brutto, w tym za zakres opcjonalny 1375516,38 zł. Różnica pomiędzy ofertą Odwołującego a VOITH TURBO to zaledwie 4,07%.

Ceny za zakres opcjonalny są znacznie wyższe niż kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia w ramach prawa opcji, tj. 757 188,00 zł. Ceny ofert (za realizację całego zakresu zamówienia) nie budziły zastrzeżeń Zamawiającego co do możliwości realizacji zamówienia i w tym zakresie Zamawiający nie wzywał do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający w wyniku zastrzeżeń Odwołującego w piśmie z dnia 8 listopada 2021 r. wezwał VOITH TURBO do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, w zakresie cen części zamiennych wskazanych w poz. 1, 23, 25, 31, 32 i 33 tabeli nr 2, z uwagi na to, że wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budziły wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Zamawiający zwrócił jednocześnie uwagę na fakt, że podobne działanie Odwołującego nie miało miejsca w stosunku do trzeciej ze złożonych ofert, tj. oferty Saatz sp. z o.o., w której za realizację zamówienia opcjonalnego zaoferowano cenę 75 299,37 zł, a ceny jednostkowe w kwestionowanych przez Odwołującego obecnie pozycjach: 1, 23, 31, 32 i 33 wynosiły 10,00 zł, natomiast w pozycji 25 - 1 000 zł.

Złożone przez VOITH TURBO wyjaśnienia oraz dowody na ich potwierdzenie pozwoliły uznać Zamawiającemu, że ceny te nie są przyjęte błędnie, a tym samym cała oferta została skalkulowana prawidłowo – zawiera wiarygodne ceny pozwalające na realizację zamówienia, wobec czego nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, oceniając złożone wyjaśnienia, brał pod uwagę poniższe okoliczności:

- poz. 1 tabeli nr 2: Zamawiający uznał argumentację VOITH TURBO za wiarygodną – obudowa kompletna nie jest elementem, który jest łatwo zbywalny; z 11 letniego doświadczenia Zamawiającego w eksploatacji przekładni KSH-217 wynika, że takie obudowy nie ulegają uszkodzeniom; potwierdzeniem powyższego stanowiska jest choćby obecnie realizowana przez Odwołującego umowa (zawarta w wyniku postępowania DWZ/7/2020, na które powołuje się Odwołujący w odwołaniu) – żadna z przekładni nie wymagała wymiany obudowy; z tego powodu Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przewidział jedynie 1 sztukę na wypadek, gdyby jednak wyjątkowo nastąpiła konieczność wymiany tego elementu;
- poz. 23 tabeli nr 2: Zamawiający przyjął cenę wału za wiarygodną, biorąc pod uwagę następujące dane: materiał do produkcji wału waży szacunkowo ok. 100 kg, cena materiału (stal 17HNM) wynosi ok. 10 zł / kg, co daje cenę za cały materiał ok. 1 000 zł – biorąc pod uwagę także koszt procesów obróbczych (wyjaśnienie w zakresie kalkulacji kosztów obróbki w ostatnim tiret) zaoferowana cena, tj. 7 055,00 zł jest ceną realną (wiarygodną);
- poz. 25 tabeli nr 2: Zamawiający przyjął cenę koła za wiarygodną, biorąc pod uwagę następujące dane: materiał do produkcji koła waży szacunkowo ok. 105 kg, cena materiału (stal 17HNM) wynosi ok. 10 zł / kg, co daje cenę za cały materiał ok. 1 050 zł – biorąc pod uwagę także koszt procesów obróbczych (poniżej) zaoferowana cena, tj. 12 809,00 zł jest ceną realną (wiarygodną); nadmienić należy, że cena z oferty VOITH TURBO jest jedynie o 11% niższa od ceny z oferty Odwołującego (14 455,00 zł);
- poz. 31 tabeli nr 2: Zamawiający przyjął cenę wału pośredniego za wiarygodną, biorąc pod uwagę następujące dane: materiał do produkcji wału waży szacunkowo ok. 15 kg, cena materiału (stal 17HNM) wynosi ok. 10,00 zł / kg, co daje cenę materiału ok. 150 zł – biorąc pod uwagę procesy obróbcze zaoferowana cena, tj. 3 611,00 zł jest ceną realną (wiarygodną);
- poz. 32 tabeli nr 2: Zamawiający przyjął cenę flanszy wejściowej za wiarygodną, biorąc pod uwagę cenę zakupu takiego materiału z roku 2019 (dostawca: COMAC INTERNATIONAL sp. z o.o.), tj. 3 255,00 zł / szt. – cena oferowana obecnie 3 765,00 zł jest ceną realną (wiarygodną);
- poz. 33 tabeli nr 2: Zamawiający przyjął cenę elementu sprzęgła za wiarygodną, biorąc pod uwagę cenę zakupu połówki sprzęgła (składającego się z elementu sprzęgła - strona silnik

wraz z tuleją MEM) z roku 2020 (dostawca: COMAC INTERNATIONAL sp. z o.o.), tj. 2 775,00 zł / kpl. – oferowana cena samego elementu sprzęgła 2 031,00 zł jest ceną realną (wiarygodną);

– dla pozycji 23, 25, 31 tabeli nr 2 przyjęto ogólną zasadę, że cena szacunkowej kalkulacji kosztów obróbki zgrubnej wyliczona jest wg wzoru: koszt obróbki = koszt materiału x 4 ÷ 5.

Zamawiający wskazał, że zarzuty Odwołującego są w dużej mierze hipotetyczne i oparte na przypuszczeniach oraz nie odnoszą się do całości treści złożonych przez VOITH TURBO wyjaśnień, ponieważ dokument zawierający wyjaśnienia rażąco niskiej ceny został przez VOITH TURBO zastrzeżony w części jako zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający na tym etapie może jedynie zaprzeczyć twierdzeniom Odwołującego i ogólnie odnieść się do zarzutów, natomiast podczas rozprawy Zamawiający może wykazać, że zarzuty Odwołującego nie mają odzwierciedlenia w treści wyjaśnień. W wyjaśnieniach przedstawionych Zamawiającemu VOITH TURBO przedstawił dowody na to, że ceny kwestionowanych przez Odwołującego części uwzględniają również zysk. VOITH TURBO oświadczył także, że jego oferta została sporządzona przy uwzględnieniu działania zgodnie z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (w tym ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207), prawa pracy, ubezpieczeń społecznych, obowiązujących w miejscu, w którym będzie realizowane zamówienie oraz przepisów z zakresu ochrony środowiska, a przy realizacji zamówienia nie będzie korzystał z pomocy publicznej.

Przepisy Pzp nie zawierają legalnej definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, jednakże jednolite orzecznictwo wskazuje kluczowe kryteria leżące u podstaw oceny kwestii rażąco niskiej ceny. Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...). O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne (KIO 592/13), czego w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie stwierdził. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (KIO 1562/11) wskazano, że 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. Cena rażąco niska jest 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 wyznaczone 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. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku 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. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Wbrew pogładowi Odwołującego, wystarczające było, aby na podstawie złożonych wyjaśnień i przedstawionych dowodów (nawet tych opierających się na „deklaracjach i oświadczeniach wewnętrznych, wytworzonych przez VOITH TURBO po wezwaniu i na potrzeby wezwania Zamawiającego”) uznać, że cena oferty, w tym jej konkretnych elementów, pokrywa koszt realizacji zamówienia. Co więcej w przedmiotowym przypadku cena oferty jest skalkulowana z uwzględnieniem zysku wykonawcy.

Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że Odwołujący kwestionuje nie tyle łączną cenę oferty, co poszczególne ceny jednostkowe w zakresie zamówienia opcjonalnego. Jak wskazano w wyroku z dnia 18 marca 2021 r. (KIO 523/21) „Izba także zwraca uwagę, że w odwołaniu zarzuty skierowane są do kilku (wskazanych powyżej) pozycji cen jednostkowych, nie do łącznej ceny oferty wykonawcy (...). Co do zasady ustalenia, co do rażąco niskiej ceny można odnosić także do oferowanych cen jednostkowych, jednakże dotyczy to sytuacji (na co zwracał uwagę Zamawiający), gdy mogą one zaważyć na należyтым wykonaniu przyszłej umowy.”

Należy mieć na uwadze, że w przedmiotowej sprawie ceny jednostkowe, których dotyczą zarzuty, dotyczą zakresu w ramach prawa opcji, której realizacja jest wyłącznie uprawnieniem Zamawiającego i może mieć miejsce w sytuacji, gdy w trakcie naprawy zespołów napędowych okaże się konieczna wymiana dodatkowych elementów, a to oznacza, że może do niej w ogóle nie dojść.

Zamawiający w rozdziale II SWZ wskazał zakres naprawy podstawowej uwzględniającej operacje niezbędne do przywrócenia sprawności technicznej zespołów napędowych,

zapewniającej bezusterkową i bezpieczną eksploatację zespołów napędowych do czasu osiągnięcia przebiegu kwalifikującego zespoły napędowe do kolejnej naprawy głównej, który to zakres stanowi zamówienie podstawowe.

Z uwagi na to, że w trakcie eksploatacji zespołów napędowych mogą wystąpić usterki losowe części składowych zespołów napędowych, których nie można przewidzieć na etapie przygotowania dokumentacji przetargowej - Zamawiający dopuszcza w ramach opcji wymianę komponentów, których uszkodzenia można ocenić dopiero po rozmontowaniu zespołów napędowych. Części te mogą być uszkodzone, ale nie muszą. Zakres opcjonalny został więc określony na wypadek, gdyby w trakcie realizacji zamówienia konieczne były dodatkowe naprawy zespołów napędowych. Wykonawca musi być przygotowany na realizację tych napraw, w tym tych zleczanych w ramach zamówienia opcjonalnego, w bardzo krótkim czasie, co sprawia, że musi posiadać na stanie magazynowym części niezbędne do wykonania tych napraw. Jeśli nie dojdzie do określonego rodzaju napraw (z wykorzystaniem konkretnych wskazanych przez Zamawiającego części), części te pozostają u wykonawcy usługi.

Odnosząc się do kwestii zaniżonych ofert cenowych, Zamawiający zauważył, że wartość zsumowanych pozycji kwestionowanych przez Odwołującego wynosi ok. 497 000,00, wobec czego formułowanie wniosku, że VOITH TURBO dokonuje manipulacji ofertą (ceną całkowitą) nie przyjmując do kalkulacji cen z 2020 r. i uzyskując wg Odwołującego jej zniżenie o kwotę 450 000,00 zł, jest nieuprawnione – chyba, że Odwołujący jest w stanie wykazać, że VOITH TURBO powinien właśnie takie ceny przyjąć w składanej ofercie. Powyższe stanowisko Odwołującego jest niezrozumiałe tym bardziej, że sam Odwołujący w złożonej ofercie wskazał w niektórych pozycjach ceny w ramach opcji inne niż w ofercie złożonej w 2020 r. (niższe) - przykładem jest pozycja 27, w której cena w ofercie złożonej Zamawiającemu w roku 2021 jest niższa o prawie 65% od ceny z oferty złożonej w roku 2020. Zamawiający, porównując ceny ofert złożonych w postępowaniu, może stwierdzić jedynie, że VOITH TURBO zaoferował w tych pozycjach (23, 25, 28 i 30) ceny łącznie niższe niż Odwołujący o ok. 97 000,00 zł.

Zamawiający podniósł, że może, a nawet musi porównywać ceny złożonych ofert, niezależnie od tego czy obejmują części oryginalne, czy równoważne. Inne podejście Zamawiającego uniemożliwiłoby m.in. zbadanie, czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i w ogóle ocenę oferty zgodnie z kryteriami określonymi w SWZ.

W odniesieniu do poszczególnych argumentów odwołania, Zamawiający wyjaśnił, że w wyjaśnieniu VOITH TURBO rzeczywiście nie chodzi o koszt utylizacji złomu tylko o przychód ze sprzedaży złomu. Jeśli obudowa (jak wskazano w wyjaśnieniu) byłaby nie do wykorzystania ani sprzedania jako część zamienna, to wartość obudowy jest równa wartości złomu (cena sprzedaży netto możliwa do uzyskania). Ani ustawa o rachunkowości, ani

ustawa o VAT nie nakłada obowiązku sprzedaży materiałów po cenie wyższej niż ich cena nabycia, w ogóle nie reguluje tej kwestii. Ustawa o rachunkowości określa jedynie metodę wyceny zapasów na dzień bilansowy, która to wycena nie może być wyższa niż ceny sprzedaży netto możliwe do uzyskania na dzień bilansowy. Ustawa określa też dozwolone metody wyceny rozchodu zapasów do wyboru przez podmiot. Nakłada również obowiązek odpisów aktualizujących wartość w sytuacji, gdy zachodzą przesłanki utraty wartości aktywów (np. zmniejszenie wartości użytkowej lub handlowej), przy czym Zamawiający nie badał jakie metody stosuje VOITH TURBO, czy dobrze prowadzi księgi rachunkowe, czy stosuje ustawę o rachunkowości czy może międzynarodowe standardy sprawozdawczości finansowej. Wykonawca może więc w miarę dowolnie (lecz przy zachowaniu racjonalności działalności) kształtować ceny sprzedaży oferowanych towarów i usług, i nie stoi to w sprzeczności ani z ustawą o rachunkowości, ani z przepisami podatkowymi. Ponadto, porównując obie oferty (VOITH TURBO i Odwołującego) dla wskazanych pozycji nie widać znaczących różnic:

- poz. 23 – cena VOITH TURBO jest niższa od ceny Odwołującego o 43%, jednakże Zamawiający, po weryfikacji wyjaśnień VOITH TURBO, uznał ofertę VOITH TURBO za realną,
- poz. 25 – cena VOITH TURBO niższa od ceny Odwołującego o 11%,
- poz. 28 – cena VOITH TURBO niższa od ceny Odwołującego o 7%,
- poz. 30 – cena VOITH TURBO wyższa od ceny Odwołującego o 5%;
- w zakresie pkt 29 i 30 – Odwołujący wskazał przekładnie KSH-210 i 212, które różnią się od przekładni ujętych w postępowaniu, tj. KSH-217; VOITH TURBO wskazał, że posiada na stanie magazynowym obudowy do przekładni KSH-217, natomiast Zamawiający nie ma wiedzy, czy posiada obudowy do KSH-210 i 212, stąd wskazana w odwołaniu cena z innych postępowań może być większa.

Zamawiający wyjaśnił, że zweryfikował ceny zaznaczone w tabeli i uznał, że ceny są realne i pozwalają na wykonanie zamówienia. Odnosnie różnic między ofertami jednego wykonawcy dla różnych klientów (zamawiających), Zamawiający podkreślił, że także SKB stosuje podobną metodę działania (oferuje różne ceny).

W zakresie ZARZUTU NR 3 (zaniechanie odrzucenia oferty VOITH TURBO, pomimo że oferta złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającym na utrudnianiu dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców), biorąc pod uwagę okoliczności wskazane w zakresie ZARZUTÓW NR 1 i 2 odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, stosownie do art. 555 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp, jako wykonawca sklasyfikowany na drugiej pozycji w rankingu ofert złożonych w postępowaniu.

Wykonawca: VOITH TURBO sp. z o.o. zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie naprawy głównej łącznie 152 zespołów napędowych eksploatowanych w tramwajach typu 120Na. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, naprawa ma na celu zapewnienie bezpiecznej i bezusterkowej eksploatacji zespołów napędowych, wobec czego powinna być wykonana zgodnie z dokumentacją konstrukcyjną i technologiczną oraz z wykorzystaniem oprzyrządowania zapewniającego należyłą jakość wykonanej naprawy.

Zamawiający w rozdziale II SWZ wskazał zakres naprawy podstawowej, uwzględniającej operacje niezbędne do przywrócenia sprawności technicznej zespołów napędowych, zapewniającej bezusterkową i bezpieczną eksploatację zespołów napędowych do czasu osiągnięcia przebiegu kwalifikującego zespoły napędowe do kolejnej naprawy głównej, który to zakres stanowi zamówienie podstawowe.

Zgodnie z pkt 4.3.3. SWZ, naprawa główna zespołów napędowych polega m.in. na wymianie wszystkich łożysk danego zespołu. Dla każdego typu łożyska zamontowanego przez producenta Zamawiający wskazał numer katalogowy produktu oferowanego przez jeden z dwóch podmiotów — VOITH lub VEM, który podlegać będzie wymianie. Jednocześnie, Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania przez wykonawców wyrobów równoważnych, tj. łożysk do zespołu napędowego, którymi można zastąpić wyroby oryginalne produkcji VOITH lub VEM, pod warunkami określonymi w pkt 4.3.3. SWZ oraz po przedłożeniu stosownej dokumentacji.

W ramach przedmiotowego zamówienia Zamawiający przewidział prawo Opcji, które obejmuje wymianę części zamiennych do przekładni Voith KSH-217 określonych w pkt 4.8.1 SWZ oraz części zamiennych do silnika trakcyjnego VEM DKCBZ 0211-4FA określonych w 4.8.2 SWZ. Podobnie jak dla naprawy głównej, w ramach prawa opcji Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania wyrobów równoważnych, tj. części przekładni i silnika trakcyjnego, którymi można zastąpić wyroby oryginalne wymienione w tabelach w pkt 4.8.1 oraz 4.8.2 SWZ.

W Rozdziale II SWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia Zamawiający opisał zamówienie w ramach Opcji. W pkt 4.8 Zakres naprawy głównej zespołów napędowych w ramach prawa opcji w ppkt 1 Zamawiający zawarł Listę części zamiennych do przekładni Voith KSH-217, których wymiana może okazać się konieczna w ramach wykonania naprawy oraz w ppkt 2 – Listę części zamiennych do silnika trakcyjnego VEM DKCBZ 0211-4FA, których wymiana może okazać się konieczna w ramach wykonania napraw.

Zamawiający postanowił także:

- w pkt 4.8.3. *„Wskazane w tabelach szacowane ilości zostały określone na podstawie przewidywanych potrzeb i służą wyłącznie porównaniu ofert. W związku z możliwą zmianą zapotrzebowania na ilości poszczególnych części, Zamawiający w ramach prawa opcji może w okresie trwania umowy, o ile zaistnieje taka konieczność, wyrazić zgodę na użycie części wskazanych w tabeli w ilościach przekraczających szacowane ilości, po cenach jednostkowych wskazanych w ofercie Wykonawcy. Łączna wartość części użytych do przeprowadzenia naprawy nie może przekroczyć szacunkowej wartości umowy w ramach zamówienia z prawa opcji wskazanej w ofercie Wykonawcy.”*
- w pkt 4.8.4. *„Warunkiem uruchomienia prawa opcji, o ile będzie konieczność wymiany części określonych w powyższych tabelach, będzie wyrażenie zgody przez kierującego jednostką organizacyjną Zamawiającego - Zakładu Naprawy Tramwajów, przekazane Wykonawcy w formie e-mail w terminie 3 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego protokołu weryfikacyjnego, wystawionego przez Wykonawcę nie później niż 4 dni robocze od odebrania zespołów napędowych do naprawy, stwierdzającego konieczność dodatkowej wymiany ww. części w przekazanych do naprawy zespołach napędowych. Konieczność wykonania wymiany będzie stwierdzona w trakcie przeprowadzenia przeglądu przez Wykonawcę, w wyniku oceny stanu zużycia i przydatności do dalszej eksploatacji.”*

W pkt 15 SWZ - Sposób obliczenia ceny oferty - Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

„15.1. Cenę oferty należy obliczyć wg wzoru formularza „Oferta” zawartego w rozdziale IV SWZ.

15.2. Cenę oferty należy wyliczyć następująco:

15.2.1. w tabeli 1 należy:

15.2.2.1. określić cenę jednostkową netto w PLN oraz stawkę podatku VAT (w %) zgodną zobowiązującymi przepisami za wykonanie naprawy głównej 1 sztuki zespołu napędowego,

15.2.2.2. wyliczyć łączną cenę netto w PLN jako iloczyn ceny jednostkowej netto w PLN i liczby sztuk oraz wyliczyć łączną cenę brutto w PLN;

15.2.2. w tabeli 2 należy:

15.2.2.1. dla każdej pozycji w tabeli określić cenę jednostkową netto w PLN oraz stawkę podatku VAT (w %) zgodną zobowiązującymi przepisami,

15.2.2.2. dla każdej pozycji w tabeli wyliczyć cenę netto w PLN jako iloczyn ceny jednostkowej netto w PLN oraz liczby sztuk (szacunkowej) oraz wyliczyć cenę brutto w PLN,

15.2.2.3. wyliczyć łączną cenę netto w PLN sumując ceny netto w PLN wszystkich pozycji tabeli oraz wyliczyć łączną cenę brutto w PLN;

15.2.3. nad tabelami należy podać cenę oferty netto i brutto w PLN jako sumę łącznych cen netto i brutto z tabel 1 i 2.

15.3. Ceny netto, w tym ceny jednostkowe, zawarte w formularzu oferty nie mogą być podwyższone w trakcie realizacji zamówienia, z zastrzeżeniami opisanymi w umowie."

Zgodnie z pkt. 16.1. SWZ, Zamawiający określił w prowadzonym postępowaniu trzy kryteria oceny ofert:

1. cena oferty w zakresie podstawowym (waga kryterium — 70%),
2. cena oferty dla zakresu w ramach prawa opcji (waga kryterium — 10%),
3. gwarancja sprawnego funkcjonowania zespołów napędowych (waga kryterium — 20%).

Zarzut nr 1 - naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że wyjaśnienia przedłożone przez VOITH TURBO uzasadniają podaną w ofercie cenę istotnych części składowych wskazanych w poz. 1, 23, 25, 31, 32, i 33 tabeli nr 2, wobec czego nie zachodzą wątpliwości co do rażącego zaniżenia cen lub kosztów oraz co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia na wykonanie naprawy głównej zespołów napędowych eksploatowanych w tramwajach typu 120Na (DWZ/57/2021) z dnia 22 września 2021 r., podczas gdy wyjaśnienia VOITH TURBO wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, jako że nie zawierają analizy kluczowych aspektów kosztotwórczych związanych z realizacją zamówienia, a opierają się wyłącznie na deklaracjach i oświadczeniach wewnętrznych, wytworzonych przez VOITH TURBO po wezwaniu i na potrzeby wezwania Zamawiającego;

Izba stwierdziła, że zarzut powyższy jest niezasadny.

Izba dopuściła w ramach zgromadzonego materiału dowodowego dowody przedstawione do akt sprawy przez Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, zgodnie ze sformułowanymi przez strony postępowania i uczestnika wnioskami dowodowymi złożonymi na rozprawie i zawartymi w pismach procesowych.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie nie był sporny stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców: Saatz sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, VOITH TURBO sp. z o.o. z siedzibą w Majkowie Dużym oraz Odwołujący - SKB Drive Tech S.A. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący złożył ofertę z ceną 6 851 749,84 zł brutto, w tym cena za zakres opcjonalny wynosi 1 729 045,84 zł. Cena oferty VOITH TURBO wynosi 6 573 004,38 zł brutto, w tym cena za zakres opcjonalny wynosi 1 375 516,38 zł. Różnica pomiędzy ofertą Odwołującego a VOITH TURBO wynosi 4,07%. Trzeci wykonawca Saatz sp. z o.o. złożył ofertę z ceną 6 058 019,37 zł brutto, w tym za część zamówienia objętą prawem opcji z ceną 75 299,37 zł, przy czym oferta ta została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp, z uwagi na okoliczność, że ww. wykonawca nie złożył wyjaśnień dotyczących istotnej części składowej zamówienia – objętej prawem opcji - na wezwanie Zamawiającego skierowane na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że w ofercie wykonawcy Saatz sp. z o.o., który został wezwany do wyjaśnienia ceny oferowanej w ramach prawa opcji, ceny jednostkowe w pozycjach kwestionowanych w ofercie VOITH TURBO: 1, 23, 31, 32 i 33 wynosiły 10,00 zł, natomiast w pozycji 25 - 1 000 zł.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 5 624 000,00 zł oraz zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę w wysokości 6.917.520,00 zł brutto, w tym kwotę 6.160.332,00 zł w ramach zamówienia podstawowego oraz kwotę 757.188,00 zł w ramach Opcji.

Ceny ofert złożonych w postępowaniu zawierają ceny na zbliżonym poziomie. Żadna z oferowanych cen nie wypełnia przesłanek arytmetycznych w stosunku do wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert obligujących Zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty. W tym zakresie Zamawiający nie wzywał wykonawców do złożenia wyjaśnień, gdyż oferowane ceny nie budziły zastrzeżeń Zamawiającego co do możliwości prawidłowej realizacji zamówienia. Co istotne, w kontekście rozpoznawanych zarzutów odwołania, ceny złożonych przez Odwołującego i Przystępującego ofert za zakres opcjonalny są znacznie wyższe niż kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia w ramach prawa Opcji.

W związku z zastrzeżeniami skierowanymi przez Odwołującego w piśmie z dnia 8 listopada 2021 r. w odniesieniu do oferty VOITH TURBO w zakresie cen części zamiennych

wskazanych w poz. 1, 23, 25, 31, 32 i 33 tabeli nr 2, Zamawiający w dniu 17 listopada 2021 r. wezwał wykonawcę VOITH TURBO do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty w zakresie cen części zamiennych wskazanych w poz. 1, 23, 25, 31, 32 i 33 tabeli nr 2, z uwagi na to, że wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budziły wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Zamawiający załączył do wezwania kopie pisma Odwołującego z dnia 8 listopada 2021 r.

Wykonawca VOITH TURBO złożył wyjaśnienia, pismem z dnia 26 listopada 2021 r. Wyjaśnienia zawierają część zastrzeżoną, jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w zakresie:

- a) danych o planowanej marży na części zamienne uwzględnione w zakresie prawa opcji, a które to dane zawarte zostały w załączniku nr 5 oraz 7 do wyjaśnień;
- b) danych w postaci uzyskanych przez Wykonawcę cen nabycia części zamiennych niezbędnych do realizacji zamówienia w zakresie prawa opcji (tj. części wymienionych pod następującymi pozycjami tabeli nr 2 formularza ofertowego 17, 23, 25, 26, 28, 30, 31, 32, 33), a które to dane zawarte zostały w załącznikach nr 5 oraz 6 do wyjaśnień,
- c) danych na temat możliwych zmian cen nabycia części zamiennych niezbędnych do realizacji zamówienia w zakresie prawa opcji w przypadku zmiany kursu waluty EUR, a które to dane zawarte zostały w załączniku nr 7 do wyjaśnień.

Złożone wyjaśnienia odnoszą się szczegółowo do wszystkich elementów zamówienia, których dotyczyło wezwanie. Przystępujący załączył do wyjaśnień dowody na poparcie oświadczeń przedstawionych w wyjaśnieniach:

- 1) raport stanu magazynowego;
- 2) oświadczenie w sprawie posiadania przez wykonawcę na dzień sporządzenia oferty rezerw obejmujących obudowę kompleksową KSH-217 oraz planów dotyczących jej wykorzystania;
- 3) faktury za koszty utylizacji;
- 4) faktura VAT nr 14/BB/12/2018;
- 5) oświadczenie dotyczące oferowanych cen nabycia przez wykonawcę części zamiennych w ramach grupy VOITH (zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa);
- 6) korespondencja e-mail potwierdzająca oferowane wykonawcy ceny nabycia części zamiennych wraz z tłumaczeniem (zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa);
- 7) zestawienie porównawcze cen jednostkowych nabycia części i cen jednostkowych zaprezentowanych w ofercie VTPL (zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa);
- 8) Zestawienie porównawcze cen wybranych części zamiennych w ofertach z lat 2020 oraz 2021,
- 9) Oferta SKBDT_TW_2020,

- 10) Oferta SKBDT_Tramwaje Szczecińskie_2021,
- 11) Oferta SKBDT_MPK Łódź_2020,
- 12) Oferta MOTOBUS_MPK Łódź_2020,
- 13) Oferta MOTOBUS_MPK Łódź_2021,
- 14) Kodeks postępowania przedsiębiorstwa Voith (Code of Conduct),
- 15) Wyciąg z instrukcji Voith Turbo sp. z o.o. z dnia 17 września 2019 roku w sprawie bezpieczeństwa informacji.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 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.

Stosownie do brzmienia art. 224 ust. 5 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp, 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.

Wyjaśnienia ze swojej istoty stanowią oświadczenie wykonawcy.

Wyjaśnienia ze swojej istoty stanowią oświadczenie wykonawcy. Przepisy ustawy Pzp nie narzucają formy, w jakiej wyjaśnienia powinny być złożone i pozostawiają w tym zakresie swobodę wykonawcy, z tym jednak zastrzeżeniem, że ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Złożone wyjaśnienia wraz z dowodami muszą uzasadniać podaną w ofercie cenę lub koszt, w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Biorąc pod uwagę powyższe, nie budzi wątpliwości fakt, że jeżeli wykonawca zaopatruje się w innych spółkach grupy kapitałowej, do której sam należy, to dokumenty i oświadczenia potwierdzające ceny zakupu w ramach tej grupy mają charakter wewnętrzny i pochodzą od firmy dostarczającej wykonawcy dane części i produkty. Dlatego w ocenie Izby nie ma podstaw do podważenia wiarygodności takich oświadczeń i dokumentów tylko z tego powodu, że zostały sporządzone w ramach grupy kapitałowej. Dowód niewiarygodności takich oświadczeń spoczywa na tym, kto zarzuca ich niewiarygodność. W niniejszym postępowaniu taki dowód nie został przeprowadzony przez Odwołującego. W ocenie Izby, zarówno zasadność złożenia przez Przystępującego dokumentu pochodzącego od firmy

J.M. Voith SE & Co. KG/VTa, przedstawiającego ceny zakupu poszczególnych części, w zakresie których Przystępujący był zobowiązany przedstawić wyjaśnienia, jak i wiarygodność tego dokumentu nie budzi zastrzeżeń.

Uzasadniając zarzut rażąco niskich cen jednostkowych wskazanych w pozycjach nr 1, 23, 25, 31, 32, i 33 tabeli nr 2 formularza oferty VOITH TURBO Odwołujący podnosił w odwołaniu, że *„szereg części składowych zamówienia zostało wycenionych w zakresie prawa opcji w ofercie VOITH TURBO po cenach rażąco niskich, odbiegających od cen oferowanych przez VOITH TURBO dla podobnych zamówień”*.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że wykonawca VOITH TURBO nie był wzywany do wyjaśnienia różnic między dotychczas składanymi ofertami w innych postępowaniach, a ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu w zakresie cen jednostkowych. Wyjaśnienie obejmuje bowiem, zgodnie z treścią wezwania, wątpliwości Zamawiającego dotyczące wyceny danej konkretnej oferty w konkretnym postępowaniu, w odniesieniu do zakresu tego zamówienia, jego charakteru i warunków realizacji. Podkreślić także należy, że podstawą do oceny rynkowości zaoferowanej ceny w danym postępowaniu powinno być w szczególności porównanie danej ceny do cen innych ofert złożonych w postępowaniu oraz do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, zaoferowana cena przez VOITH TURBO zarówno w zakresie podstawowym zamówienia, jak i w ramach prawa Opcji nie odbiega od poziomu cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Wykonawca VOITH TURBO w złożonych wyjaśnieniach przedstawił dowody na pozyskanie części zamiennych w cenach pozwalających na osiągnięcie zysku w ramach złożonej oferty, w tym w zakresie Opcji. Takim dowodem jest korespondencja z firmy J.M. Voith SE & Co. KG/VTa, tj. firmy zajmującej się dystrybucją części oryginalnych w ramach Grupy VOITH, przedstawiającej ceny zakupu ww. części z listopada 2021 r. Okoliczność, że dokument ten powstał po wezwaniu do wyjaśnień nie dyskwalifikuje jego wiarygodności, gdyż nie zostały złożone do akt inne dowody, które podważyłyby w jakikolwiek sposób prawdziwość i rzetelność zawartych w niej informacji. Izba podobnie oceniła też raport ze stanu magazynowego.

Ponadto, sam fakt, że Przystępujący oferuje części oryginalne, a inni wykonawcy – części równoważne, nie powoduje, że złożone w postępowaniu oferty, a tym samym oferowane w nich ceny, nie są porównywalne. Twierdzenie takie stanowi bowiem zaprzeczenie zasadom obowiązującym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym ustawa Pzp wręcz zobowiązuje zamawiającego do dopuszczenia i porównywania ofert na produkty różnego pochodzenia, w tym produkty tzw. równoważne. Odwołujący niezasadnie zatem twierdził, że *„kluczowe dla oceny wyjaśnień VOITH TURBO*

jest porównanie cen składanych przez spółkę w podobnych postępowaniach, ponieważ tylko VOITH TURBO może zaoferować części oryginalne”.

Izba przychyliła się do stanowiska Przystępującego zawartego w piśmie z dnia 2 stycznia 2022 r., zgodnie z którym, nie jest możliwe porównywanie wprost ofert (w tym cen jednostkowych) obejmujących te same lub podobne części zamienne składane przez danego wykonawcę w różnych postępowaniach. Aby takie porównanie było możliwe i racjonalne należy uwzględnić wszystkie różnice wynikające z odmiennych warunków zamówienia, odmiennych warunków rynkowych w danym czasie oraz odmiennych warunków realizacji zamówienia, dostępnych wykonawcy w danym czasie. Dopiero uwzględnienie powyższych okoliczności, które niewątpliwie są zmienne nawet na przestrzeni roku, może pozwolić na analizę i porównanie cen oferowanych w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia pod kątem zasadności sposobu kalkulacji poszczególnych cen. Zestawienie wprost cen jednostkowych z dwóch różnych ofert (w różnych przetargach) prowadzić może do błędnych i niemiarodajnych wniosków. W powyższym zakresie dowód przeprowadzony przez Odwołującego z zestawienia cen jednostkowych oferowanych przez wykonawcę VOITH TURBO w dwóch różnych przetargach nie jest miarodajnym dowodem na wycenę danych części poniżej kosztów zakupu poszczególnych pozycji (23, 25, 28, 30), w tym pozycji nr 1 tj. 132.00459713 Obudowa kompletna (korpus) w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podnosił, że cena istotnych części zamiennych zaoferowanych przez VOITH TURBO, a pochodzących z fabrycznej sieci dystrybucji (J.M. Voith SE & Co. KG/MTA) była ceną rażąco niską w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp. O tym jednak, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską oferty każdorazowo decyduje wynik badania, czy jest to cena realna pozwalająca na prawidłową realizację zamówienia. Powyższe badanie musi być przeprowadzone w kontekście danego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki, a także z uwzględnieniem specyfiki rynku danego rodzaju zamówień. Zamawiający w ramach badania złożonych przez wykonawcę wyjaśnień musi zweryfikować, czy oferowana przez wykonawcę cena została rzetelnie obliczona oraz czy posiada ekwiwalentny charakter w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinna nastąpić przez pryzmat warunków zamówienia, sposobu jego realizacji, a także z uwzględnieniem możliwych szczególnych uwarunkowań dostępnych wykonawcy oraz charakterystyki danego rynku.

W ocenie Izby, wyjaśnienie złożone przez wykonawcę VOITH TURBO są konkretne i należycie uzasadnione. Wyjaśnienia złożone przez ww. wykonawcę odnoszą się do rzeczywistości rynkowej oraz do warunków dostępnych temu wykonawcy. W ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo ocenił złożone wyjaśnienia, jako uzasadniające cenę oferty, w tym ceny jednostkowe w ramach prawa Opcji.

W odniesieniu do ceny wskazanej w pozycji 1 tabeli nr 2 formularza ofertowego, tj. obudowy kompletnej KSH-217 wykonawca VOITH TURBO uzasadnił zastosowanie określonej ceny posiadaniem w tym zakresie rezerw materiałowych. Wykonawca wyjaśnił, że obudowy znajdujące się aktualnie w posiadaniu VOITH TURBO mają wartość złomu metalowego, są to obudowy zalegające w magazynie wykonawcy od 2018 r. W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że zalegające w magazynie części zamienne generują dodatkowe koszty, które mogą uzasadniać decyzję wykonawcy np. o wyprzedaży tych części w cenie złomu. Wykonawca, który nie prowadzi działalności handlowej, ale wykonuje remonty - może użyć takiej części przy realizacji usług po cenie „wyprzedażowej”, uwzględniającej rachunek kosztów generowanych przez dany element. W ocenie Izby, zarzut dotyczący manipulacji ceną w powyższym zakresie jest bezpodstawny. Wykonawca VOITH TURBO rzeczowo bowiem uzasadnił wycenę obudowy, wobec braku możliwości wykorzystania obudowy w remontach innych niż prowadzone na rzecz Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania lub na rzecz spółki Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o., z uwagi na to, że w Polsce wyłącznie te podmioty wykorzystują zespoły napędowe, w których wspomniane obudowy mogą być wykorzystane.

Odwołujący, podważając oświadczenia Przystępującego, nie wykazał jednak możliwości wykorzystania przez VOITH TURBO przedmiotowych obudów przy realizacji innych usług – krajowych lub zagranicznych. Podkreślić należy, że wykonawca VOITH TURBO z uwagi na rodzaj prowadzonej działalności nie ma możliwości sprzedaży tej obudowy Zamawiającemu, tym bardziej że Zamawiający samodzielnie takich napraw i remontów nie wykonuje. W ocenie Izby, nie można pominąć przy tym faktu, że VOITH TURBO i Odwołujący konkurują ze sobą na rynku remontów pojazdów szynowych, zatem trudno sobie wyobrazić sytuację, aby jeden wykonawca wspierał swojego konkurenta odsprzedając mu posiadane w magazynie części zamienne w przypadku gdy ten wykonawca wygrywa dany przetarg. W ocenie Izby, nie dziwi zatem fakt, że Przystępujący nie oferował Odwołującemu możliwości odkupienia „niepotrzebnych” obudów.

Dodatkowo należy zauważyć, że w niniejszej sprawie ceny jednostkowe, wobec których Odwołujący podniósł zarzuty, dotyczą zakresu zamówienia w ramach prawa Opcji. Jak wyjaśnił Zamawiający, realizacja prawa Opcji może mieć miejsce w sytuacji, gdy w trakcie naprawy zespołów napędowych okaże się konieczna wymiana dodatkowych elementów, co oznacza, że może do niej w ogóle nie dojść. Zamawiający dopuścił w ramach Opcji wymianę komponentów, których uszkodzenie można ocenić dopiero po rozmontowaniu zespołów napędowych. Wykonawca musi być zatem przygotowany na realizację tych napraw, w tym - zleczanych w ramach zamówienia opcjonalnego, w bardzo krótkim czasie. Wykonawca musi więc posiadać na stanie magazynowym części niezbędne do wykonania tych napraw. Jeśli nie dojdzie do określonego rodzaju napraw (z wykorzystaniem

konkretnych wskazanych przez Zamawiającego części), części te pozostaną niewykorzystane u wykonawcy usługi.

Podkreślić należy, że ceny jednostkowe części zamiennych określone w tabeli nr 2 nie mają znaczenia dla rozliczenia napraw w zakresie zamówienia podstawowego, które rozliczane będą w oparciu o ceny jednostkowe „*za wykonanie naprawy głównej 1 sztuki zespołu napędowego*”. Ceny jednostkowe wskazane w tabeli nr 2 posłużą do rozliczenia zamówienia w ramach Opcji, przy czym Zamawiający ograniczył ogólne wynagrodzenie wykonawcy do kwoty wynikającej z podsumowania wartości tabeli nr 2, wskazując jednoznacznie, że „*Łączna wartość części użytych do przeprowadzenia naprawy nie może przekroczyć szacunkowej wartości umowy w ramach zamówienia z prawa opcji wskazanej w ofercie Wykonawcy.*” Zatem z powyższego wynika, że dla rozliczenia wykonania zamówienia w ramach Opcji istotniejsze znaczenie od cen jednostkowych ma zsumowana wartość całkowita wszystkich oszacowanych przez Zamawiającego części zamiennych, która stanowi limit wynagrodzenia wykonawcy. Biorąc pod uwagę powyższe, wykonawcy mogli wycenić poszczególne części, uwzględniając prawdopodobieństwo wystąpienia konieczności ich wymiany na podstawie posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, z jego dotychczasowego doświadczenia w prowadzonych remontach wynika, że wymiana obudów przekładni występuje sporadycznie, dlatego Zamawiający szacunkowo przyjął wymianę tylko jednej takiej obudowy.

Jako istotny element analizy ceny oferty w kontekście podejrzenia ceny rażąco niskiej należy uwzględnić także specyfikę rynku danego rodzaju zamówień. W tym przypadku, jak wynika z wyjaśnień wszystkich uczestników postępowania, krajowy rynek remontów pojazdów szynowych jest raczej bardzo wąski. Na tym rynku działa kilku wykonawców, którzy stale konkurują ze sobą w poszczególnych zamówieniach ogłaszanych przez stałych zamawiających. Nie sposób przyjąć, że w tych warunkach rynkowych wykonawcy będą oferować w każdym postępowaniu takie same ceny jednostkowe. Dlatego też wykonawcy budują strategię, w tym cenową, pozwalającą na rzeczywistą konkurencję, choć w niewielkim zakresie. Potwierdzeniem zachowań rynkowych wykonawców są informacje wskazujące, że wszyscy wykonawcy, w tym Odwołujący i Przystępujący w niniejszym postępowaniu skonstruowali oferty, kalkulując je w różny odmienny sposób niż w innych postępowaniach, z uwzględnieniem zmieniających się cen jednostkowych na poszczególne elementy (części zamienne) w taki sposób, aby oferty nie były przewidywalne dla konkurencji. Nie oznacza to jednak, że pojedyncze ceny jednostkowe, obniżone w stosunku do innych zamówień, przesądzają o rażącym ich zaniżeniu. Jak wyjaśnił Zamawiający, ceny jednostkowe wskazane w tabeli nr 2 bardzo się różnią u obu wykonawców. W pozycjach

kwestionowanych w odwołaniu obaj wykonawcy obniżyli w przedmiotowym postępowaniu swoje ceny w stosunku do ofert z poprzedniego postępowania, za wyjątkiem poz. 30, która jest nową pozycją w tym postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący obniżył ceny w 13 pozycjach (np. w pozycji nr 8 o 98%, w pozycji nr 12 o 78%), a Przystępujący w 19 pozycjach, przy czym w pozycji nr 8 o 48%, a w pozycji nr 12 o 79%. Zauważyć należy, że w okolicznościach, gdy wynagrodzenie wykonawcy opiera się na cenie ryczałtowej informacja o cenach jednostkowych ma drugorzędne znaczenie. Sam Odwołujący w złożonej ofercie wskazał w niektórych pozycjach ceny w ramach opcji inne niż w ofercie złożonej w 2020 r. (niższe) - przykładem jest pozycja 27, w której cena w ofercie złożonej Zamawiającemu w roku 2021 jest niższa o prawie 65% od ceny z oferty złożonej w roku 2020.

Reasumując, w ocenie Izby, brak jest w niniejszej sprawie podstaw do stwierdzenia, że wykonawca VOITH TURBO złożył wyjaśnienia, które nie uzasadniają zaoferowanej ceny zarówno w zakresie zamówienia podstawowego, jak i obejmującego prawo Opcji. Izba nie stwierdziła, aby ceny jednostkowe określone w pozycjach formularza ofertowego zakwestionowanych przez Odwołującego miały istotny charakter i wpływ na brak możliwości realizacji przez wykonawcę VOITH TURBO zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SWZ. Okoliczność taka nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Zarzut nr 2 – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VOITH TURBO zawierającej rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, zarzut nie potwierdził się.

Przedmiotowy zarzut został sformułowany przez Odwołującego, jako wynikający z zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 Pzp, zgodnie z którym podlega odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Skoro zatem, zgodnie z rozstrzygnięciem zarzutu nr 1, wyjaśnienia VOITH TURBO uzasadniają podaną w ofercie cenę (w tym ceny jednostkowe), wobec czego Zamawiający nie był zobowiązany do odrzucenia oferty VOITH TURBO na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp, to w konsekwencji za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Konsekwencją dokonanych ustaleń jest również niestwierdzenie przez Izbę naruszenia art. 17 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zarzut nr 3 – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.

Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.), zwana dalej „uznk”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VOITH TURBO, pomimo że oferta złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na utrudnianiu dostępu do rynku, poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców, które to naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania, jako że w ich wyniku udzielono zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów PZP, w szczególności z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania.

Izba stwierdziła, że zarzut jest niezasadny.

Odwołujący nie wykazał że oferta VOITH TURBO zawiera rażąco niską cenę, zatem brak jest spełnienia pierwszej przesłanki wynikającej z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, która dotyczy sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia. Odwołujący postawił w odwołaniu tezę, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której jedynym racjonalnym celem zaoferowania przez VOITH TURBO istotnych części składowych po cenach rażąco niskich (nierynkowych i ekonomicznie nieuzasadnionych) mogło być wyeliminowanie konkurencyjnych ofert, w tym oferty Odwołującego. Okoliczności powyższe nie zostały jednak wykazane przez Odwołującego, a tym bardziej udowodnione. Złożenie oferty przez VOITH TURBO w przedmiotowym postępowaniu nie wyczerpuje znamion czynów określonych w art. 3 ust. 1 oraz w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby, niezasadne jest twierdzenie, że Przystępujący w sposób sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami zaoferował sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia, w celu uzyskania wyższej punktacji. Odwołujący nie wykazał w jakimkolwiek stopniu, jaki wpływ na cenę i uzyskaną przez wykonawcę VOITH TURBO punktację miała wysokość cen zakwestionowanych przez Odwołującego.

Z faktu, że wykonawca VOITH TURBO ma bezpośredni dostęp do sieci produkcyjnej wyrobów, których wymiana lub naprawa stanowi przedmiot zamówienia oraz VOITH TURBO jest jedynym przedstawicielem Grupy VOITH w Polsce, a tym samym jedynym podmiotem na rynku polskim, który oferuje części oryginalne do przekładni typu KSH 217 oraz KSH 212 nie można wywodzić, że „zamiar pokrzywdzenia i wyeliminowania z przetargu pozostałych oferentów jest niezaprzeczalny.” Wywód Odwołującego w powyższym zakresie nie został poparty dowodami. W sytuacji, gdy oba podmioty konkurują na wąskim rynku krajowym faktu tego nie dowodzi też oferta złożona przez VOITH TURBO Odwołującemu na parę stożkową po wygórowanej cenie. Odwołujący nie wykazał jednak w niniejszym postępowaniu działań Przystępującego polegających na manipulacjach cenowych, które byłyby sprzeczne z prawem i miałyby prowadzić do wyeliminowania z rynku innego przedsiębiorcy – Odwołującego.

Wobec powyższego, nie wystąpiły okoliczności zobowiązujące Zamawiającego do odrzucenia oferty VOITH TURBO na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1

oraz w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba stwierdziła także, że „zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKIK” nie został przez Odwołującego w żaden sposób uzasadniony, wobec czego należało uznać, że przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 275) został powołany w uzasadnieniu odwołania przez Odwołującego jedynie omyłkowo.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: