

Sygn. akt: KIO 2621/14

Sygn. akt: KIO 2676/14

Sygn. akt: KIO 2730/14

WYROK

z dnia 23 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś

Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 stycznia 2015 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu **11 grudnia 2014 r.** przez wykonawcę **Track Tec Lipa Sp. z o. o. z siedzibą w Lipie, 37-470 Zaklików, ul. Leśna 24,**
- B) w dniu **16 grudnia 2014 r.** przez wykonawcę **Track Tec Lipa Sp. z o. o. z siedzibą w Lipie, 37-470 Zaklików, ul. Leśna 24,**
- C) w dniu **22 grudnia 2014 r.** przez wykonawcę **Track Tec Lipa Sp. z o. o. z siedzibą w Lipie, 37-470 Zaklików, ul. Leśna 24**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74,**

przy udziale:

- A) wykonawcy **Nasycalnia Podkładów w Czeremsze Sp. z o.o., ul. Fabryczna 17, 17-240 Czeremcha** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt 2621/14 po stronie zamawiającego,
- B) wykonawcy **Nasycalnia Podkładów w Czeremsze Sp. z o.o., ul. Fabryczna 17, 17-240 Czeremcha** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt 2676/14 po stronie zamawiającego,

- C) wykonawcy **Nasycalnia Podkładów w Czeremsze Sp. z o.o., ul. Fabryczna 17, 17-240 Czeremcha** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt 2730/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Track Tec Lipa Sp. z o. o. z siedzibą w Lipie, 37-470 Zaklików, ul. Leśna 24 i:**

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Track Tec Lipa Sp. z o. o. z siedzibą w Lipie, 37-470 Zaklików, ul. Leśna 24** tytułem wpisów od odwołań,

2.2) zasądza od odwołującego **Track Tec Lipa Sp. z o. o. z siedzibą w Lipie, 37-470 Zaklików, ul. Leśna 24** na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** kwotę **10 800 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 2621/14

Sygn. akt KIO 2676/14

Sygn. akt KIO 2730/14

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Dostawa w latach 2015 i 2016 podkładów i podrozdnic drewnianych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11.10.2014 r. pod numerem 2014/S 196-347225.

Sygn. akt KIO 2621/14 (dot. zadań 4 i 5)

Zamawiający zawiadomił wykonawców 09.12.2014 r. o zaproszeniu do aukcji elektronicznej w zakresie zadań 4 i 5.

Wykonawca Track Tec Lipa Sp. z o.o. z siedzibą w Lipie, zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, wniósł 11.12.2014 r. do Prezesa KIO odwołanie w zakresie zadań (części) 4 i 5 od zaproszenia przez zamawiającego do aukcji elektronicznej wykonawcy, którego oferta powinna podlegać odrzuceniu, tj. oferty wykonawcy Nasycalnia Podkładów w Czeremsze Sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze, zwanej dalej w skrócie wykonawcą Czeremcha.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych oraz następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych:

- 1) art. 91b w zw. z art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt 4 przez zaniechanie dokonania z należytą starannością oceny oferty wykonawcy Czeremcha, a w konsekwencji zaproszenie do aukcji elektronicznej na zadanie 4 i 5 wykonawcy Czeremcha, wobec którego zamawiający nie zwrócił się o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość rażąco niskich cen podanych w ofercie na zadania 4 i 5 w stosunku do przedmiotu zamówienia, w następstwie czego nie rozważono, czy oferta powinna podlegać odrzuceniu;
- 2) art. 91b w zw. z art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 przez zaniechanie dokonania z należytą starannością oceny oferty wykonawcy Czeremcha, a w konsekwencji

zaproszenie do aukcji elektronicznej na zadanie 4 i 5 wykonawcy Czeremcha i nie odrzucenie oferty wykonawcy Czeremcha na zadania 4 i 5, bo oferta wykonawcy Czeremcha na zadania 4 i 5 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- 3) art. 91b w zw. z art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt 4 przez zaproszenie przez zamawiającego do aukcji elektronicznej na zadanie 4 i 5 wykonawcy Czeremcha oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zadaniu 4 i 5;
- 4) art. 7 ust. 1 przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) z uwagi na zamiar przeprowadzenia aukcji elektronicznej w zadaniu 4 i 5 wcześniej niż w stosunku do pozostałych zadań (nr 1 i 3), co naraża wykonawców na szkodę przez wcześniejsze ujawnienie ostatecznej oferty na zadanie 4 i 5;
- 5) art. 93 ust. 1 pkt 6 przez nierozważnie unieważnienia przetargu w zadaniach 4 i 5 z uwagi na złożenie oferty wykonawcy Czeremcha w zadaniach 4 i 5 z rażąco niską ceną stosunku do przedmiotu zamówienia i złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o:

- 1) rozpoznanie sprawy w składzie trzyosobowym z uwagi na szczególną zawziętość i precedensowy charakter sprawy;
- 2) uwzględnienie odwołania w całości;
- 3) wstrzymanie aukcji elektronicznej lub w przypadku jej nieodwołania unieważnienie aukcji elektronicznej;
- 4) nakazanie zamawiającemu powtórzenia oceny oferty wykonawcy Czeremcha na zadanie 4 i 5 i ewentualnie odrzucenie oferty wykonawcy Czeremcha na zadanie 4 i 5 z uwagi na fakt, że oferta wykonawcy Czeremcha na poszczególne zadania została złożona z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia i z uwagi na fakt, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 5) w przypadku niepodzielenia wniosków odwołującego wskazanych wyżej, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu działania w celu ustalenia:
 - a) czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- b) zwrócenie się do wykonawcy Czeremcha o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny podanych w zadaniu 4 i 5;
- 6) przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania w postaci opinii BDO sp. z o.o. i opinii w sprawie zaoferowanych cen przez wykonawcę Czeremcha, sporządzonych na zlecenie odwołującego;
- 7) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania (w szczególności oferty wykonawcy Czeremcha, treści SIWZ i wyjaśnień treści SIWZ);
- 8) zobowiązanie zamawiającego do złożenia dokumentu, na którego podstawie wyliczono i ustalono szacunkową wartość zamówienia zgodnie z art. 32 Pzp;
- 9) powołanie biegłego z zakresu finansów i rachunkowości w celu:
 - a) określenia minimalnej ceny ofertowej w zamówieniu w zadaniach 4 i 5 w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - b) określenia ceny sprzedaży, która nie spowoduje osiągnięcia przez przedsiębiorcę straty netto na sprzedaży oferowanych wyrobów w poszczególnych zadaniach 4 i 5 w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - c) określenia wysokości minimalnego dochodu, jaki powinien osiągnąć wykonawca w zamówieniu z uwzględnieniem ryzyk wykonawcy wynikających ze stałej ceny sprzedaży w przetargu oraz ryzyk wynikających z możliwości realizacji przez zamawiającego dodatkowych 30% opcji zakupu w poszczególnych zadaniach 4 i 5 w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 10) zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego;
- 11) alternatywnie odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania z uwagi na fakt, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, przez złożenie oferty wykonawcy Czeremcha w zadaniach 4 i 5, która została złożona z rażąco niską ceną i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Uzasadnienie zarzutów odwołania.

Oferta złożona przez wykonawcę Czeremcha zawiera rażąco niską cenę w zadaniach 4 i 5 (art. 90 Pzp) i oferta ta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 uznk). W związku z tym na podstawie art. 89 Pzp oferta ta powinna zostać odrzucona.

Niedopuszczalnym jest zaproszenie do aukcji elektronicznej wykonawcy Czeremcha, czyli wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu.

Wykonawca Czeremcha w zadaniu 4 złożył ofertę:

- na rok 2015 w wysokości 12.550.325,32 zł netto (olej C),
- na rok 2016 w wysokości 13.091.052,47 zł netto (olej C),
- za lata 2015 i 2016 w łącznej wysokości 25.641.377,79 zł netto.

Wykonawca Czeremcha w zadaniu 5 złożył ofertę:

- na rok 2015 w wysokości 10.308.003,94 zł netto (olej C),
- na rok 2016 w wysokości 11.134.264,76 zł netto (olej C),
- za lata 2015 i 2016 w łącznej wysokości 21.442.268,70 zł netto.

Kolejną ofertę w zadaniu 4 złożył wykonawca Konsorcjum Railway Polska Kraków i ZUE S.A. Kraków:

- na rok 2015 w wysokości 13.100.305,58 zł netto (olej B lub C),
- na rok 2016 w wysokości 13.591.599,19 zł netto (olej B lub C),
- za lata 2015 i 2016 w łącznej wysokości 26.691.904,77 zł netto.

Kolejną ofertę w zadaniu 5 złożył odwołujący:

- na rok 2015 w wysokości 10.942.286,83 zł netto (olej B lub C),
- na rok 2016 w wysokości 11.838.858,91 zł netto (olej B lub C),
- za lata 2015 i 2016 w łącznej wysokości 22.781.145,74 zł netto.

Wykonawca Czeremcha w ofercie zadeklarował nasycanie podkładów olejem typu C, który jest droższy od oleju B (deklarowanego przez pozostałych wykonawców).

W ocenie odwołującego różnice w ofertach pomiędzy ofertą wykonawcy Czeremcha a kolejnymi ofertami jak również fakt, że wykonawca Czeremcha skorzystał do nasycania z oleju typu B uprawnia do stwierdzenia, że złożona przez niego oferta jest ofertą z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na przykładzie nienawiercanego podkładu sosnowego, który stanowi bazę dla wszystkich podkładów sosnowych, które to wyroby z drewna sosnowego stanowią ok. 85% ilościowej struktury całego przetargu wykazuje, że wykonawca Czeremcha wyznaczył poziom cen sprzedaży swoich wyrobów poniżej ich całkowitego kosztu sprzedaży. Dla 2015 r. wykonawca Czeremcha złożył następujące ceny sprzedaży nienawiercanego podkładu sosnowego:

Cena na 2015 r. 1 sztuki podkładu sosnowego nienawiercanego	
Cena Zadanie 1	110,00 zł
Cena Zadanie 2	106,00 zł
Cena Zadanie 3	108,00 zł
Cena Zadanie 4	114,00 zł
Cena zadanie 5	110,00 zł

Odwołujący porównał powyższe ceny na dwa sposoby:

- 1) wyznaczenie całkowitego kosztu sprzedaży w stosunku do procentowego udziału kosztów według rodzaju do zużycia materiałów i energii;
- 2) kalkulacji całkowitego kosztu sprzedaży, który biegły tj. BDO uwzględnił, jako podstawę do wyznaczenia rynkowej wartości sprzedaży z korektą w pozycji olej kreozotowy z oleju B na stosowany przez wykonawcę Czeremcha olej typu C.

Biorąc pod uwagę procentowy udział w 2013 r. poszczególnych pozycji kosztów z rachunku wyników wykonawcy Czeremcha w stosunku do zużycia materiałów i energii otrzymuje się uniwersalny przelicznik procentowy mówiący o tym, jaki będzie całkowity koszt sprzedaży wyrobu w stosunku do kosztu materiałów. W przypadku wykonawcy Czeremcha w 2013 r. wskaźnik ten wyniósł 122,5% co oznacza, że jeżeli dla jednego podkładu sosnowego przyjmimy wartość materiału bezpośredniego na poziomie 94,04 tj. surowy podkład drewniany 62 zł/szt. oraz wartość zużytego oleju kreozotowego typu C w wysokości 32,04 zł to całkowity koszt sprzedaży wyniesie 122,5% wartości tych materiałów, tj. 115,20 zł/sztukę.

Wykonawca Czeremcha	Dane za rok 2013	Procentowy udział poszczególnych kosztów według rodzaju w stosunku do zużycia materiałów i energii	Koszt na 1 podkład sosnowy
Koszty działalności operacyjnej bez towarów	40 059 291,32 zł	122,5%	115,20 zł
I. Amortyzacja	150115,91	0,5%	0,43 zł
II. Zużycie materiałów i energii	32 700 734,36 zł	100,0%	94,04 zł
III. Usługi obce	2 005 513,00	6,1%	5,77 zł
IV. Podatki i opłaty	310 711,55	1,0%	0,89 zł
- w tym: podatek akcyzowy	-	0,0%	- zł
V. Wynagrodzenia	3 732 228,57	11,4%	10,73 zł
VI. Ubezpieczenia społeczne i inne świadczenia	879 181,67	2,7%	2,53 zł
VII. Pozostałe koszty rodzajowe	280 806,26	0,9%	0,81 zł

Do wartości oleju przyjęto zużycie jednostkowe 100 kg/m³ – pomimo faktu, że w badaniach jakościowych załączonych przez wykonawcę Czeremcha stopień nasycenia olejem dla podkładów sosnowych został potwierdzony przez Instytut Kolejnictwa na 194 stronie oferty jako 120 kg/m³, czyli badania empiryczne pokazały, że zużycie oleju może być aż o 20% większe. Może to wskazywać na dodatkowe zużycie oleju o wartości 6,4 zł na 1 podkład.

Przyjmując kalkulację, która była podstawą do określenia wartości rynkowej ceny sprzedaży dla przetargu PKP PLK SA rozstrzygniętym we wrześniu 2014 r. po dokonaniu zmiany polegającej na zamianie wartości zużycia oleju impregnacyjnego na olej kreozotowy

Dowodem są opinie w sprawie cen zaoferowanych przez wykonawcę Czeremcha w przetargu dotyczącym dostawy dla PKP PLK S.A. podkładów podrozdnic drewnianych kolejowych w latach 2015 i 2016, jak również zaakceptowana przez wykonawcę Czeremcha opinia BDO sp. z o.o. w zakresie cen zaproponowanych w zamówieniu publicznym nr 6060/ICZ1/000029/14/P ogłoszonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. 06.06.2014 r.

Przy takich rozbieżnościach wysokości cen do ofert pozostałych wykonawców, zamawiający zobowiązany był do podjęcia działań wyjaśniających określonych przepisem art. 90 ust. 1 Pzp w szczególności przez zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, w celu ustalenia czy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej oceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zaniechanie rozważenia tych okoliczności sprawia, że zamawiający naruszył przepisy ustawy nie żądając wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy Czeremcha w stosunku do przedmiotu zamówienia i przez zaproszenie tego wykonawcy do aukcji elektronicznej.

Z orzecznictwa Izby sam fakt odbiegania ceny od szacunków zamawiającego powinno być podstawą do zwrócenia się o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, a zaniechanie podjęcia takich czynności stanowi naruszenie przepisów ustawy mające bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Treść art. 90 ust. 1 Pzp określa obowiązek zamawiającego, powstający w momencie, gdy zachodzi podejrzenie, że dany wykonawca dokonał rażąco niskiego zniżenia ceny. W przypadku wystąpienia przypuszczenia zaoferowania rażąco niskiej ceny, zwrócenie się do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień stanowi nie uprawnienie, lecz obowiązek zamawiającego.

Obowiązek ten podyktowany jest koniecznością dbałości przez zamawiającego o należyte wykonanie zamówienia publicznego, a przyjęcie oferty wykonawcy bez sprawdzenia realności zaoferowanej ceny, może mieć negatywne skutki na etapie realizacji zamówienia.

Odwołujący w piśmie z 05.12.2014 r. wskazał wątpliwości do zaoferowanych cen przez wykonawcę Czeremcha.

Odwołujący wskazał także pytania, które należałoby zadać wykonawcy Czeremcha, jednak zamawiający nie wyjaśnił cen oferowanych przez wykonawcę Czeremcha na poszczególne zadania.

Z treści art. 90 ust. 1 Pzp nie wynika, że w każdym przypadku znaczących różnic cenowych między ofertami i choćby wartością szacunkową zamówienia, zamawiający zobligowany jest uruchomić procedurę wyjaśnień.

Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający powinien badać nie tylko przez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takie w ogóle są podane), ale przez realność poczynionych założeń danego wykonawcy, uwzględniając specyfikę działania

danego wykonawcy, czy specyfikę rynku zamówień w danej branży (wyrok KIO z 22 maja 2014 r., sygn. akt KIO 918/14).

W orzecznictwie przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość (m.in. postanowienie S.O. w Poznaniu z 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05) oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia, jak stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku 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.

Zaoferowanie ceny, która spełnia przesłanki rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest przykładem czynu nieuczciwej konkurencji. Niewątpliwie, oferowanie wykonania zamówienia za ceny dumpingowe, stanowi o rażącym naruszeniu zasad uczciwej konkurencji, nad których przestrzeganiem zobowiązany jest zamawiający stosownie do przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, art. 90 ust. 1-3 Pzp został wprowadzony nie tylko w celu ochrony zamawiającego przed składaniem ofert, których realizacja jest wątpliwa, ale również przepis ten ma chronić wykonawców przed niekonkurencyjnymi zachowaniami innych wykonawców, a zatem jego zastosowanie nie może być rozważane wyłącznie przez pryzmat zasady efektywności wydatkowania środków publicznych, a powinno uwzględniać także, czy wręcz przede wszystkim, zasadę uczciwej konkurencji, na której to zasady straży stoi zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Oferta wykonawcy Czeremcha stanowi w ocenie odwołującego czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 uznk) przez ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Zaproszenie do aukcji elektronicznej i w konsekwencji ewentualne zaakceptowanie przez zamawiającego oferty wykonawcy Czeremcha w konsekwencji spowoduje zachwianie równowagi producentów na rynku podkładów kolejowych. Stawia innych oferentów przed decyzją czy składać oferty bez jakiegokolwiek zysku lub poniżej kosztów produkcji i utrzymać się na rynku, czy też odstąpić od składania oferty wyłączając się w praktyce z obecności na rynku.

Dalszą konsekwencją takiego działania będzie fakt, że na rynku wykonawców podkładów kolejowych i podrozdnic drewnianych pozostanie w praktyce jeden podmiot, który stanie się monopolistą w tej branży.

Z przepisu art. 7 ust. 1 Pzp wynikają dwie fundamentalne zasady ogólne:

- równe traktowanie podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne (zasada równości);
- przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (zasada uczciwej konkurencji).

Pierwsza z tych zasad oznacza, że każdy z wykonawców powinien być traktowany jednakowo, bez żadnych przywilejów i ulg. Każdy ma zapewniony równy dostęp do informacji, a stawiane wymagania muszą być takie same dla wszystkich podmiotów. Również ocena ofert powinna być dokonywana z uwzględnieniem tych samych kryteriów.

Zasada druga odnosi się do przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz wiąże się z obowiązkiem dokonania przez zamawiającego rzetelnej oceny ofert. Realizację tej zasady ma zapewnić m.in. obowiązek sporządzenia dokumentacji, co pozwala zweryfikować postępowanie zamawiającego. Jedną z gwarancji dochowania uczciwej konkurencji jest obowiązek wyłączenia z postępowania osób, wobec których istnieją wątpliwości co do ich bezstronności (art. 17 ust. 1 Pzp). Kolejną jest obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawców niezapewniających złożenia uczciwej i rzetelnej oferty (art. 24 ust. 1 Pzp). Przy ocenie ofert zamawiający powinien zapewnić uczciwą konkurencję, m.in. przez sprawdzenie, czy składana oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153. poz. 1503 ze zm.) albo czy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (za „Prawo zamówień publicznych Komentarz” Jerzy Pieróg, 2012 r., C.H.Beck).

Przy realizacji tej zasady należy podkreślić, że obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu spoczywa na zamawiającym, a nie na wykonawcach.

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji może wystąpić na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wynikać z działania zamawiającego, jak również wykonawcy (np. złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zmowa przetargowa).

Na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji.

Czynem nieuczciwej konkurencji jest także działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy bądź klienta lub narusza taki

interes – art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Czyny nieuczciwej konkurencji zostały określone w art. 5-17d uznk.

Zasad uczciwej konkurencji powinni przestrzegać także wykonawcy, dlatego zamawiający w postępowaniu powinien uwzględnić również przepisy art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) (zakaz porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym) i art. 9 uokk (zakaz nadużywania pozycji dominującej).

W konsekwencji doszło również do naruszenia obowiązujących zasad postępowania przy udzielaniu zamówienia publicznego, określonych art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, tj. równego traktowania wykonawców i uchybienia regułom uczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzuca także naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) z uwagi na zamiar przeprowadzenia aukcji elektronicznej w zadaniu 4 i 5 wcześniej niż w stosunku do pozostałych zadań 1 i 3 co naraża wykonawców na szkodę przez wcześniejsze ujawnienie ostatecznej oferty przez odwołującego.

W ocenie odwołującego aukcje elektroniczne (o ile miałyby zastosowanie do niej przesłanki, tj. 3 oferty niepodlegające odrzuceniu) powinny się odbywać w jednym dniu po dokonaniu oceny wszystkich ofert na wszystkie zadania. Dokonanie podziału narusza uczciwą konkurencję albowiem premiuje wykonawcę Nasycalnię Podkładów S.A. w Koźminie Wielkopolskim, który nie złożył oferty na zadanie 4, zaś złożył ofertę na zadanie 1 i 3, które mogą być przedmiotem aukcji elektronicznej. Podczas aukcji elektronicznej na zadanie 4 wykonawca Koźmin Wielkopolski może poznać ostateczną ofertę odwołującego w zadaniu 4 i z tego tytułu osiągnąć korzyść mając wiedzę o możliwości obniżenia ceny przez innych wykonawców.

Uzasadnienie wniosku o unieważnienie postępowania

W ocenie odwołującego oferta złożona przez wykonawcę Czeremcha wypełnia przesłankę nieważności określoną w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Oprócz tego oferta wykonawcy Czeremcha zawiera zdaniem odwołującego rażąco niską cenę i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp).

Zaakceptowanie przez zamawiającego oferty wykonawcy Czeremcha w konsekwencji spowoduje zachwianie równowagi producentów na rynku podkładów kolejowych i stawia

innych wykonawców przed decyzją czy składać oferty bez jakiegokolwiek zysku lub poniżej kosztów produkcji i utrzymać się na rynku, czy też odstąpić od składania oferty wyłączając się w praktyce z obecności na rynku.

Dalszą konsekwencją takiego działania będzie fakt, że na rynku wykonawców podkładów kolejowych i podrozjezdnic drewnianych pozostanie w praktyce jeden podmiot, który stanie się monopolistą w tej branży. Wystąpiła zatem ustawowa przesłanka do unieważnienia przetargu zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Pomimo złożonej oferty odwołujący uważa, że przetarg powinien zostać unieważniony a następnie powinny zostać określone racjonalne i obiektywne warunki zamówienia, które zapobiegałyby składaniu ofert poniżej progu opłacalności.

W ocenie odwołującego wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Niemożliwym do przewidzenia był fakt, że jeden z wykonawców złoży oferty poniżej progu opłacalności oferując wykonanie zamówienia po cenach dumpingowych. Nielogicznym jest składanie oferty poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu dostawy.

Zdaniem odwołującego wysokość i zakres oferty na każde z zadań sprawia, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Oferta ta narusza uczciwą konkurencję na rynku podkładów kolejowych i podrozjezdnic drewnianych.

Zamawiający przesłał zaproszenie do aukcji elektronicznej 09.12.2014 r., a zatem odwołanie wniesione 11.12.2014 r. zostało wniesione w ustawowym terminie 10 dni od dnia uzyskania informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 11.12.2014 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 11.12.2014 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

14.12.2014 r. wykonawca Nasycalnia Podkładów w Czeremsze Sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 08 i 15.01.2015 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Sygn. akt KIO 2676/14 (dot. zadań 1 i 3 oraz 2).

Zamawiający zawiadomił wykonawców 15.12.2014 r. o zaproszeniu do aukcji elektronicznej w zakresie zadań 1 i 3 i o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania (części) 2 oferty wykonawcy Czeremcha.

Wykonawca Track Tec Lipa Sp. z o.o. z siedzibą w Zaklikowie, zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, wniósł 16.12.2014 r. do Prezesa KIO odwołanie w zakresie części (zadań) 1 i 3 od zaproszenia przez zamawiającego do aukcji elektronicznej wykonawcy, którego oferta powinna podlegać odrzuceniu, tj. oferty wykonawcy Nasycalnia Podkładów w Czeremsze Sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze (zwanej dalej wykonawcą Czeremcha) oraz w zakresie zadania (części) 2 od wyboru oferty wykonawcy Czeremcha.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych oraz następujących przepisów Pzp:

- 1) art. 91b w zw. z art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie dokonania z należytą starannością oceny oferty wykonawcy Czeremcha a w konsekwencji zaproszenie do aukcji elektronicznej na zadanie 1 i 3 wykonawcy Czeremcha, wobec którego zamawiający nie zwrócił się o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość rażąco niskich cen podanych w ofercie na zadania 1 i 3 w stosunku do przedmiotu zamówienia, w następstwie czego nie rozważono, czy oferta powinna podlegać odrzuceniu;
- 2) art. 91b w zw. z art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 Pzp przez zaniechanie dokonania z należytą starannością oceny oferty wykonawcy Czeremcha, a w konsekwencji zaproszenie przez zamawiającego do aukcji elektronicznej na zadanie 1 i 3 wykonawcy Czeremcha i nie odrzucenie oferty wykonawcy Czeremcha na zadania 1 i 3, bo oferta wykonawcy Czeremcha na zadania 1 i 3 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie dokonania z należytą starannością oceny oferty wykonawcy Czeremcha, a w konsekwencji wybór oferty na zadanie 2, tj. wykonawcy Czeremcha, wobec którego zamawiający nie zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość rażąco niskiej ceny podanej w ofercie na zadanie 2 w stosunku do

przedmiotu zamówienia, w następstwie czego zamawiający nie rozważył czy oferta powinna podlegać odrzuceniu;

- 4) art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 Pzp przez zaniechanie oceny oferty wykonawcy Czeremcha z należytą starannością, a w konsekwencji wybór oferty na zadanie 2, tj. wykonawcy Czeremcha i nie odrzucenie oferty wykonawcy Czeremcha na zadanie 2, bo oferta wykonawcy Czeremcha na zadanie 2 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 5) art. 91b w zw. z art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaproszenie do aukcji elektronicznej na zadanie 1 i 3 wykonawcy Czeremcha oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zadaniu 1 i 3;
- 6) art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie dokonania z należytą starannością oceny oferty wykonawcy Czeremcha, a w konsekwencji wybór oferty na zadanie 2 wykonawcy Czeremcha, oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zadaniu 2;
- 7) art. 7 ust. 1 Pzp niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) z uwagi na przeprowadzenie aukcji elektronicznej w zadaniu 1 i 3 później niż w stosunku do pozostałych zadań (nr 4 i 5), co naraża wykonawców na szkodę przez wcześniejsze ujawnienie ostatecznej oferty na zadanie 4 i 5;
- 8) art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie rozważenia unieważnienia przetargu w zadaniach 1-3 z uwagi na złożenie oferty wykonawcy Czeremcha z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o:

- 1) połączenie odwołania z odwołaniem złożonym 11.12.2014 r. sygn. KIO 2621/14 na zadania 4 i 5;
- 2) w przypadku połączenia z odwołaniem, któremu została nadana sygnatura KIO 2621/14 odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 4 i 5;
- 3) rozpoznanie sprawy w skłdzie trzyosobowym z uwagi na szczególną zawziętość i precedensowy charakter sprawy;
- 4) uwzględnienie odwołania w całości;
- 5) wstrzymanie lub – w przypadku nieodwołania aukcji elektronicznej – unieważnienie aukcji elektronicznej i unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;

- 6) unieważnienie wyboru oferty wykonawcy Czeremcha w zadaniu 2;
- 7) nakazania zamawiającemu powtórzenia oceny oferty wykonawcy Czeremcha na zadanie 1-3 i ewentualnie odrzucenie oferty wykonawcy Czeremcha na zadanie 1-3 z uwagi na fakt, że oferta wykonawcy Czeremcha na poszczególne zadania została złożona z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia i z uwagi na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 8) w przypadku niepodzielenia wniosków odwołującego wskazanych wyżej odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu działania w celu:
 - a) ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - b) zwrócenia się do wykonawcy Czeremcha o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny podanych w zadaniu 1-3;
- 9) przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania w postaci opinii BDO sp. z o.o. i opinii w sprawie cen zaoferowanych przez wykonawcę Czeremcha sporządzonych na zlecenie odwołującego;
- 10) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w szczególności oferty wykonawcy Czeremcha, treści i wyjaśnień treści SIWZ;
- 11) zobowiązanie zamawiającego do złożenia dokumentu, na którego podstawie wyliczono i ustalono szacunkową wartość zamówienia zgodnie z art. 32 Pzp;
- 12) przesłuchanie w charakterze strony T. B. na okoliczności wskazane w odwołaniu – wezwanie na adres lub faks odwołującego;
- 13) przesłuchanie w charakterze świadka M. N. – na okoliczności wskazane w odwołaniu – wezwanie na adres lub faks odwołującego;
- 14) powołanie biegłego z zakresu finansów i rachunkowości w celu:
 - a) określenia minimalnej ceny ofertowej w poszczególnych zadaniach 1-3 w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - b) określenia ceny sprzedaży, która nie spowoduje osiągnięcia przez przedsiębiorcę straty netto na sprzedaży oferowanych wyrobów w poszczególnych zadaniach 1-3 w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - c) określenia wysokości minimalnego dochodu, jaki powinien osiągnąć wykonawca w zamówieniu z uwzględnieniem ryzyk wykonawcy wynikających ze stałej ceny sprzedaży w przetargu oraz ryzyk wynikających z możliwości realizacji przez zamawiającego dodatkowych 30% opcji zakupu w poszczególnych zadaniach 1-3 w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- 15) zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych w tym kosztów zastępstwa procesowego;
- 16) alternatywnie odwołujący wniosł o unieważnienie zamówienia z uwagi na fakt, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, przez złożenie oferty wykonawcy Czeremcha w zadaniach 1-3 została złożona oferta z rażąco niską ceną i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Argumentacja odwołującego.

Interes odwołującego.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że wykonawca Czeremcha, który złożył ofertę z najniższą ceną został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej, podczas gdy jego oferta powinna zostać odrzucona.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący może ponieść szkodę w postaci utrudnienia wygrania aukcji elektronicznej w zadania 1 i 3 z uwagi na ofertę podmiotu, czy też wyboru oferty wykonawcy Czeremcha w zadaniu 2, która powinna zostać odrzucona. Gdyby zaś ofertę odrzucono na zadanie 2, oferta odwołującego byłaby najkorzystniejszą w zakresie tej części zamówienia.

Wobec tego zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Czeremcha w tych zadaniach, naraża odwołującego na potencjalną szkodę, gdyż uniemożliwia uzyskanie odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby liczyć w przeciwnym razie.

Uzasadnienie zarzutów odwołania.

Czynność zamawiającego – zaproszenia do aukcji elektronicznej – jest czynnością, która podlega odwołaniu w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 22 lipca 2014 r., KIO 1383/14: „Czynność zaproszenia do udziału w aukcji należy do katalogu czynności, o których zamawiający przesyła informację wykonawcom zaproszonym do udziału w aukcji, zatem termin na wnoszenie odwołania wobec tej czynności podlega ustaleniu na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp”.

Z art. 91a ust. 1 oraz art. 92b ust. 1 Pzp wynika, że zaproszenie może być skierowane do wykonawców, którzy złożyli oferty nie podlegające odrzuceniu, jeśli jest ich co najmniej

trzech. Zatem, mimo że przepisy ustawy nie nakazują zamawiającemu podania w zaproszeniu informacji o wszystkich wykonawcach, którzy otrzymali zaproszenie, sam fakt przesłania zaproszenia potwierdza zakończenie badania ofert i oznacza, że co najmniej trzy ze złożonych ofert nie podlegają odrzuceniu.

Zgodnie z art. 91b. ust. 1 Pzp zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Zaproszenie do aukcji bezwzględnie musi więc poprzedzać ocena ofert pod kątem przesłanek odrzucenia zawartych w art. 89 ust. 1 Pzp. Poprzedzać ją musi również ocena ofert pod kątem sposobu spełniania przez wykonawców warunków i kryteriów ustalonych dla całego postępowania.

W ocenie odwołującego oferta złożona przez wykonawcę Czeremcha w zadaniu 1-3 zawiera rażąco niską cenę w każdym z zadań (art. 90 Pzp), jak również oferta ta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 Pzp). W związku z tym na podstawie art 89 Pzp oferta ta powinna zostać odrzucona.

Niedopuszczalnym jest zatem zaproszenie do aukcji elektronicznej na zadania 1 i 3 wykonawcy Czeremcha, czyli wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu. Niedopuszczalnym jest także wybór oferty wykonawcy Czeremcha w zakresie zadania 2.

Wykonawca Czeremcha w zadaniu 1 złożył ofertę:

- na rok 2015 w wysokości 9.371.649,56 zł netto (olej C)
- na rok 2016 w wysokości 9.457.523,61 zł netto (olej C)
- za lata 2015 i 2016 w łącznej wysokości 18.829.173,17 zł netto.

Wykonawca Czeremcha w zadaniu 2 złożył ofertę:

- na rok 2015 w wysokości 7.888.540,66 zł netto (olej C)
- na rok 2016 w wysokości 7.756.774,17 zł netto (olej C)
- za lata 2015 i 2016 w łącznej wysokości 15.645.314,83 zł netto.

Wykonawca Czeremcha w zadaniu 3 złożył ofertę:

- na rok 2015 w wysokości 8.945.772,94 zł netto (olej C)
- na rok 2016 w wysokości 9.364.800,33 zł netto (olej C)
- za lata 2015 i 2016 w łącznej wysokości 18 310 573,27 zł netto.

Kolejną ofertę w kolejności w zadaniu 1 złożył odwołujący:

- na rok 2015 w wysokości 9.998.376,03 zł netto (olej B lub C)
- na rok 2016 w wysokości 10 048 455,22 zł netto (olej B lub C)
- za lata 2015 i 2016 w łącznej wysokości 20 046 831,25 zł netto.

Kolejną oferta w zadaniu 2 złożył odwołujący:

- na rok 2015 w wysokości zł 8.690.852,30 netto (olej B lub C)
- na rok 2016 w wysokości 8.501.674,97 zł netto (olej B lub C)

- za lata 2015 i 2016 w łącznej wysokości 17.192.527,27 zł netto.
- Kolejną ofertą w zadaniu 3 złożył odwołujący:
- na rok 2015 w wysokości zł 9 590 831,10 zł netto (olej B lub C)
 - na rok 2016 w wysokości 9 968 224,22 zł netto (olej B lub C)
 - za lata 2015 i 2016 w łącznej wysokości 19.559.055,32 zł netto.

Wykonawca Czeremcha w ofercie zadeklarował nasycanie podkładów olejem typu C, który jest droższy od oleju B (deklarowanego przez pozostałych wykonawców).

W ocenie odwołującego różnice w ofertach pomiędzy ofertą wykonawcy Czeremcha w zadaniu 1-3 a kolejnymi ofertami jak również fakt, że wykonawca Czeremcha skorzystał do nasycania z oleju typu B uprawnia do stwierdzenia, że złożona przez niego oferta na zadania 1-3 jest ofertą rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Pozostałe argumenty odwołującego były zbieżne z argumentami przedstawionymi w odwołaniu o sygn. akt 2621/14 z odniesieniami do zadań 1-3.

Zamawiający przesłał zaproszenie na zadania 1 i 3 do aukcji elektronicznej 15.12.2014 r.

Odwołanie z 16.12.2014 r. zostało złożone w ustawowym terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Interes odwołującego.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że wykonawca, który złożył ofertę z najniższą ceną dostał zaproszenie do aukcji elektronicznej, podczas gdy jego oferta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utrudnienia wygrania aukcji elektronicznej z uwagi na ofertę wykonawcy, którego oferta jest obecnie najkorzystniejsza, a powinna zostać odrzucona. Wobec tego zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia z postępowania przystępującego i odrzucenia jego oferty w tych zadaniach, naraża odwołującego na potencjalną szkodę, gdyż uniemożliwia uzyskanie odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby – w przeciwnym razie – liczyć.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 16.12.2014 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 16.12.2014 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

18.12.2014 r. wykonawca Nasycalnia Podkładów w Czeremsze Sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 08 i 15.12.2014 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Sygn. akt KIO 2730/14 (dot. zadań 1 i 3-5 oraz 2)

Zamawiający zawiadomił wykonawców 09.12.2014 r. o zaproszeniu do aukcji elektronicznej.

13.12.2014 r. wykonawca Nasycalnia Podkładów w Czeremsze Sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze przesłał pismo zatytułowane odpowiedź na odwołanie.

Wykonawca Track Tec Lipa Sp. z o.o. z siedzibą w Lipie, zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, wniósł 22.12.2014 r. do Prezesa KIO uzupełnienie odwołania w zakresie części (zadań) 1 i 3-5 od zaproszenia przez zamawiającego do aukcji elektronicznej wykonawcy, którego oferta powinna podlegać odrzuceniu tj. oferty wykonawcy Nasycalnia Podkładów w Czeremsze Sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze (dalej wykonawca Czeremcha) oraz w zakresie zadania (części) 2 od wyboru oferty wykonawcy Czeremcha, pomimo że oferta ta podlega odrzuceniu.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył zasady udzielania zamówień publicznych oraz przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych:

- 1) art. 91b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 7 Pzp przez zaniechanie dokonania z należytą starannością oceny oferty wykonawcy Czeremcha, a w konsekwencji zaproszenie do aukcji elektronicznej i dopuszczenie do aukcji na zadanie 1 i 3-5 wykonawcy Czeremcha, jako oferty podlegającej odrzuceniu, jako sprzecznej ze specyfikacją i ustawą Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt zadeklarowania przez wykonawcę Czeremcha w piśmie z 12.12.2014 r. jak również

w piśmie zatytułowanym odpowiedź na odwołanie z 13.12.2014 r. niezgodności oferty z warunkami technicznymi określonymi w rozdz. IV lit. b specyfikacji przez normę PN-D-95014:1997 ze względu na fakt, że wykonawca Czeremcha oświadczył, że w procesie produkcji zużycie oleju kreozotowego typu C będzie wynosiło dla podkładu sosnowego 90 kg/m³ drewna, co uniemożliwia wykonawcy dostarczenia przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją;

- 2) art. 91b i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 przez zaniechanie dokonania z należytą starannością oceny oferty wykonawcy Czeremcha, a w konsekwencji wybór na zadanie 2 oferty podlegającej odrzuceniu jako sprzecznej ze specyfikacją i ustawą Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt zadeklarowania przez wykonawcę Czeremcha w piśmie z 12.12.2014 r. i w piśmie zatytułowanym odpowiedź na odwołanie z 13.12.2014 r. niezgodności oferty z warunkami technicznymi określonymi w rozdz. IV lit. b specyfikacji przez normę PN-D-95014:1997, ze względu na fakt, że wykonawca Czeremcha oświadczył, że w procesie produkcji zużycie oleju kreozotowego typu C będzie wynosiło dla podkładu sosnowego 90 kg/m³ drewna, co uniemożliwia wykonawcy Czeremcha dostarczenia przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją;
- 3) art. 91b i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 przez zaniechanie dokonania z należytą starannością oceny oferty wykonawcy Czeremcha, a w konsekwencji zaproszenie do aukcji elektronicznej i dopuszczenie do aukcji na zadanie 1 i 3-5 oraz wybór na zadanie 2 oferty wykonawcy Czeremcha, podlegającej odrzuceniu jako sprzecznej ze specyfikacją i ustawą Prawo zamówień publicznych z uwagi na brak „wyników laboratoryjnych badań kontrolnych podkładów lub podrozjazdnic wykonanych na zgodność wymaganiami norm...” niezgodności oferty z warunkami technicznymi określonymi w rozdz. IV lit. b specyfikacji przez normę PN-D-95014:1997 ze względu na fakt, że wykonawca Czeremcha oświadczył, że w procesie produkcji zużycie oleju kreozotowego typu C, które byłyby przeprowadzone przy rzeczywistym przeznaczeniu w procesie nasycania olejem kreozotowym typu C dla podkładu sosnowego 90 kg/m³ drewna i dałyby wynik zgodny z wymaganiami normy (specyfikacji).

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie zarzutów w całości;
- 2) unieważnienie wyboru oferty wykonawcy Czeremcha w zadaniu 2 i jej odrzucenie;
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia oceny oferty wykonawcy Czeremcha na zadanie 1, 2, 3, 4 i 5 i odrzucenie oferty wykonawcy Czeremcha na wszystkie zadania z uwagi na treść zarzutów wskazanych powyżej;

- 4) przesłuchanie w charakterze strony M. N. na okoliczności wskazane w odwołaniu – wezwanie na adres i faks odwołującego;
- 5) powołanie biegłego na okoliczność ustalenia czy nasycanie olejem kreozotowym typu C podkładów kolejowych w ilości 90 kg/m³ drewna umożliwi wytworzenie produktu spełniającego wymagania zamawiającego określone w rozdz. IV lit. b specyfikacji przez normę PN-D-95014:1997, ponieważ na podstawie załączonych wyników badań przez wykonawcę Czeremcha uzyskanie produktu zgodnego z normą i specyfikacją nie jest możliwe;
- 6) zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Argumentacja odwołującego.

Wykonawca Czeremcha w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w piśmie z 12.12.2014 r. jak również w piśmie zatytułowanym odpowiedź na odwołanie z 13.12.2014 r. potwierdził niezgodność swojej oferty z warunkami technicznymi określonymi w rozdz. IV lit. b specyfikacji przez normę PN-D-95014:1997 ze względu na wykorzystanie zużycie oleju kreozotowego typu C na poziomie 90 kg/m³ drewna.

Zgodnie z rozdz. IV lit. b specyfikacji *podkłady drewniane typu E1 gr. 4 (IIB) i podrozdne drewniane gr. 3 (IB) powinny być wykonane w odniesieniu do nasycania środkiem impregnacyjnym zgodnie z PN-D-95014:1997 Nawierzchnia kolejowa – Sosnowe, dębowe i bukowe materiały drzewne nawierzchni kolejowej nasycone olejem impregnacyjnym.*

Zgodnie z rozdz. IX specyfikacji str. 13 i 14 *w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, wykonawca będzie zobowiązany do złożenia wraz z ofertą co najmniej jednego z dokumentów:*

- 1) *aktualne świadectwo dopuszczenia do eksploatacji, wydane przez Urząd Transportu Kolejowego (wcześniej Główny Inspektorat Kolejnictwa);*
- 2) *Certyfikat zgodności lub Deklarację zgodności WE (dla podkładu jako składnika interoperacyjności) wystawioną w oparciu o Certyfikat Zgodności, uzyskany z uprawnionej badawczej jednostki notyfikowanej.*

Przy czym, do każdego z tych typów dokumentów dopuszczających, wymienionych w p. I i II powinny być załączone (potwierdzone za zgodność z oryginałem) kopie wyników laboratoryjnych badań kontrolnych podkładów lub podrozdnic wykonanych na zgodność z wymaganiami norm...

W odniesieniu do nasycania środkiem impregnacyjnym norma PN-D-95014:1997 wykonawca Czeremcha w swoich wyjaśnieniach z 12.12.2014 r. stwierdza:

Str. 8: »W istocie zaoferowane przez wykonawcę Czeremcha ceny są niższe od pozostałych ofert w postępowaniu. W dalszej części „wyjaśnień” wykazemy, że zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należywym wykonaniem zamówień w zakresie zadania 4 jak i zadania 5«.

Strona 10 i 11: „W tym miejscu należy wyjaśnić dane będące podstawą określenia wartości materiału podstawowego. Otóż dla wartości oleju przyjęto zużycie jednostkowe 90 kg/m³, a ta jest zgodna z badaniami jakościowymi załączonymi przez wykonawcę Czeremcha, gdzie właściwy stopień nasycenia olejem typu C dla podkładów sosnowych został określony przez Instytut Kolejnictwa w Warszawie w przedziale 90-120 kg (tabela Nr 8, str. 13 z 14 opracowania Instytutu Kolejnictwa)”.

Wyniki tych badań laboratoryjnych mają za zadanie potwierdzić, że oferowany towar jest wykonany zgodnie z normami jakościowymi wymaganymi przez zamawiającego.

W załączonym dowodzie 5, który jest również częścią złożonej oferty (powoływanej tabeli Nr 8) wykonawca Czeremcha stwierdza zakreślony parametr ilości oleju impregnacyjnego pochłoniętego przez drewno w wysokości 90 do 120 kg/m³ drewna, w związku z tym do kalkulacji oraz produkcji dopuszczone jest przyjęcie zużycia oleju na poziomie 90 kg/m³ drewna.

Takie stwierdzenie jest nieuprawnione i wskazuje, że wykonawca Czeremcha faktycznie wytwarza produkty niezgodne z normą PN-D-95014:1997, a co się z tym wiąże – niezgodne z wymaganiami zamawiającego określonymi w treści specyfikacji.

Wskazany w normie zakres pochłoniętego oleju impregnacyjnego w wysokości 90 do 120 kg/m³ drewna to zakres wymaganej przez zamawiającego normy PN-D-95014:1997, a nie ilość oleju impregnacyjnego, jaką wykonawca powinien stosować dla uzyskania produktu zgodnego z normami jakościowymi.

Wymagany zakres zużycia oleju został określony przez badania jakościowe na 120 kg/m³ drewna. Zużywanie do produkcji oleju kreozotowego typu C w ilości 90 kg/m³ drewna jest niezgodne z badaniami laboratoryjnymi, czyli powoduje brak możliwości dostarczenia produktu zgodnego z wymaganiami zamawiającego opisanymi w specyfikacji.

Dodatkowo wykonawca Czeremcha posługuje się dokumentem badań jakościowych niezgodnych z faktycznym zużyciem oleju, co należy potraktować jako niezłożenie w ofercie wymaganych badań laboratoryjnych.

Ilość oleju, jaką powinien stosować wykonawca Czeremcha dla zapewnienia wymaganej jakości wynika z załączonych przez wykonawcę Czeremcha w ofercie (na stronie 194) niezależnych badań empirycznych.

Dlatego też zamawiający wymaga w specyfikacji załączenia niezależnych badań wykonywanych nie dawniej niż 5 lat przez akredytowane jednostki.

W badaniach tych przebadano losowo wybraną próbkę 12 podkładów. Dla wykonawcy Czeremcha badania wykazały, że stopień nasycenia dla drewna sosnowego powinien wynosić $120 \pm 6 \text{ kg/m}^3$ impregnowanego drewna sosnowego tj. 33% więcej niż zakłada wykonawca Czeremcha.

Innymi słowy, aby uzyskać minimalną dopuszczalną przez zamawiającego w specyfikacji normę PN-D-95014:1997 na poziomie 90 do 120 kg/m^3 pochłoniętego oleju impregnacyjnego na 1 m^3 drewna (str. 194 oferty), to zgodnie z badaniami złożonymi przez wykonawcę Czeremcha należy nasycać przyjmując wartość nasycenia 120 kg/m^3 pochłoniętego oleju impregnacyjnego. Zamawiający oraz wykonawca mają w takiej sytuacji pewność, że stopień nasycenia podkładów zgodny jest z wymaganiami zamawiającego.

Deklaracja wykonawcy Czeremcha o zużyciu oleju na poziomie 90 kg/m^3 obniża znacząco koszt produkcji podkładu kolejowego, jak poniżej:

$$120 \text{ kg/m}^3 \times 3,49 \text{ zł/kg} = 418,8 \text{ zł}/10,68 \text{ szt./m}^3 = 39,21 \text{ zł/m}^3$$

zamiast $28,65 \text{ zł/m}^3$ – czyli o $10,56 \text{ zł}$ na 1 sztukę więcej, co wynika z niezależnych badań jakościowych.

Wykonawca Czeremcha nie przedstawił dowodu na zgodność *wyników laboratoryjnych badań kontrolnych podkładów lub podrozzjazdnic wykonanych, na zgodność, wymaganiami norm...* przy założeniu, że będzie nasycił podkłady 90 kg/m^3 drewna.

Do najważniejszych czynników, które mają wpływ na głębokość wnikania należą:

- gatunek drewna i jego cechy własne (biel, twardziel, fałszywa twardziel, sinizna),
- wilgotność drewna (drewno poddane impregnacji powinno charakteryzować się jak najmniejszą wilgotnością),
- rodzaj środka impregnacyjnego i jego właściwości fizykochemiczne,
- metoda i technologia nasycania (temperatura, ciśnienie, czas nasycenia).

Potwierdza to empirycznie duży rozrzut stopnia nasycenia w badanych podkładach od 90 do $174,6 \text{ kg/m}^3$ – przy zastosowaniu pożądanym przez wykonawcę stopniu nasycenia 120 kg/m^3 .

Zgodnie zatem z deklaracją wykonawcy Czeremcha, w sposób świadomy produkuje i ma zamiar produkować w przyszłości wyroby niezgodne z wymaganą przez zamawiającego normą.

Odwołujący wykazał to analizując rzeczywiste wyniki badań wykonanych przez Instytut Kolejnictwa próbki 12 podkładów sosnowych, co było podstawą do wydania dokumentu, który był wymagany w specyfikacji – (strona 194 oferty).

W tabeli kolumny od pierwszej do szóstej to oryginalne badanie Instytutu Kolejnictwa. Kolumna siódma przedstawia pomniejszenie wyników nasycenia o 30 kg zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez wykonawcę Czeremcha.

Jak widać w pierwotnych badaniach próbka nr 12 była na minimalnym uznawanym przez normę PN-D-95014:1997 poziomie nasycenia. Również próbka nr 6 miała zapas nasycenia 2,5 kg/m³, czyli tylko 2,8% od dolnej wartości określonej w normie. Odwołujący zwrócił uwagę, na bardzo duży rozrzut stopnia nasycenia próbek od 90 do 174,6 kg/m³. Tak wysoki stopień rozrzutu wymusza na wykonawcy Czeremcha stosowanie średnio 120 kg oleju impregnacyjnego na 1 m³ podkładów, aby całość produkcji spełniała wymogi jakościowe.

Obniżenie wartości nasycenia oleju o 30 kg/m³ do 90 kg/m³ i powoduje, że w tym badaniu tylko 3 próbki tj. 25% ogółu próbek z badania spełniłoby wymogi normy i specyfikacji. Oferowane wyroby nie byłyby zgodne z wymaganiami zamawiającego.

Określenie stopnia zużycia oleju typu C na 90 kg/m³ oznacza, że wykonawca Czeremcha w sposób świadomy oferuje wyroby niezgodne z wymaganiami specyfikacji oraz normami wymaganymi przez zamawiającego, co jest sprzeczne ze specyfikacją i powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji.

Zmniejszenie zużycia oleju poniżej poziomu wymaganego przez poziom określony przez badania empiryczne prowadzi do osiągnięcia nieuzasadnionych korzyści w kosztach wydziałowych (koszt ogrzewania oleju, czas trwania procesu nasycania), których odwołujący nie jest w stanie określić.

Wykonawca Czeremcha sam stwierdził, że docelowym jest nasycenie podkładów drewnianych na poziomie 90 kg/m³ oleju kreoazotowego typu C, czyli 30 kg/m³ mniej niż zostało to określone w badaniach jakościowych.

Takie stwierdzenie zawarte w piśmie wykonawcy Czeremcha wymaga od zamawiającego odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z wymaganiami specyfikacji.

Oferta odpowiada treści specyfikacji, jeżeli odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez zamawiającego w specyfikacji.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 14 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2903/12 »Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w specyfikacji, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, co oznacza, że niezgodność treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych, które zostały określone w specyfikacji. Tak więc dotyczy ona wyłącznie treści merytorycznej oferty«.

Zamawiający poznając 12.12.2014 r. argumentację wykonawcy Czeremcha w zakresie deklarowanej i zamierzonej ilości uzyskania impregnacji na poziomie 90 kg/m³ drewna,

zobowiązany był do ponownej oceny oferty i odrzucenie jej na podstawie art. 89 ust. 1 i 2 Pzp jako niezgodnej ze specyfikacją i ustawą.

Zamawiający zaniechał tej czynności dlatego odwołujący zobowiązany jest uzupełnić odwołania o ww. zarzut.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 22.12.2014 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 22.12.2014 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

22.12.2014 r. wykonawca Nasycalnia Podkładów w Czeremsze Sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego w toku rozprawy przez zamawiającego – materiały służące do ustalenia wartości zamówienia, z których zamawiający wywodził dokonanie tej czynności z należytą starannością – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołania nie są zasadne.

Wypełnione zostały łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Mając na uwadze, że w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych brak jest pojęcia uzupełnienia zarzutów odwołania, czy innego wprowadzania rozszerzenia zakresu odwołania, Izba uznała: wniesienie nowych odwołań, czy uzupełnień odwołań (po upływie terminu na dokonanie tych czynności) nie powoduje ich rozpoznania w tym samym postępowaniu odwoławczym, za wyjątkiem łącznego rozpoznania odwołań. Przytaczane przez odwołującego okoliczności z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 18 listopada 2010

r., KIO 2407/10 odnosiły się do innego stanu faktycznego, ale też formalnego cyt. str. 14 „(...) w prezentowanych okolicznościach odwołanie przysługuje na czynność rozstrzygnięcia postępowania, polegającą na jednoczesnym wyborze ofert we wszystkich częściach zamówienia”. W przywołanym postępowaniu odwołujący wnosił kolejne odwołania na różne czynności zamawiającego dokonane w różnych terminach, a także powoływał się na różne podstawy wniesienia odwołania.

Na podstawie art. 172 ust. 3 pkt 3 Pzp – Prezes Izby zarządził łączne rozpoznanie odwołań.

Rozpoznając zarzuty odwołań, Izba połączyła zarzuty ze względu na podstawę prawną, faktyczną i argumentację wskazaną przez odwołującego.

W ocenie Izby, zarzuty (KIO 2621 zarzuty 1 i 3 oraz KIO 2676 zarzuty 1, 3, 5 i 6) naruszenia art. 91b w zw. z art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie oceny z należytą starannością oferty wykonawcy Czeremcha, a w konsekwencji zaproszenie przez zamawiającego do aukcji elektronicznej wykonawcy Czeremcha, a zamawiający nie zwrócił się do tego wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość cen, w następstwie czego nie rozważono, czy oferta powinna podlegać odrzuceniu – nie zasługują na uwzględnienie.

Mając na uwadze datę ogłoszenia o zamówieniu 11.10.2014 r. Izba uznała, że do oceny czynności zamawiającego i zaniechania czynności wskazanych w odwołaniach należy stosować ustawę Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym przed jej nowelizacją, która weszła w życie od 19 października 2014 r. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp w brzmieniu obowiązującym dla rozpoznawanych odwołań brzmiał „Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”. Można stwierdzić (np. za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 23 września 2014 r., sygn. akt KIO 1883/14), że pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w ustawie. Jest ono pojęciem subiektywnym i za każdym razem musi być konkretyzowane w praktyce. Podobnie ustawa nie określała żadnego poziomu, poniżej którego cenę należy uznawać za rażąco niską.

Dotychczas wytworzona praktyka i orzecznictwo znalazły odzwierciedlenie w nowelizowanej ustawie. Jednak znowelizowane przepisy nie mają zastosowania do rozpoznawanego postępowania, chociaż wskazują kierunek interpretowania postępowań, które były wszczęte przed 19 września 2014 r., czyli przed wejściem w życie ustawy z dnia 28 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232).

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp brzmi „Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”.

W związku z interpretacją wskazującą na zasadność zwracania się do wykonawcy o wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w przypadku, gdy cena oferty w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia (zwykle w poprzednim stanie prawnym stosowane było powiększanie tej wartości o wartość VAT) lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W rozpoznawanym postępowaniu cena ofertowa na poszczególne zadania wykonawcy Czeremcha była niższa od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług (VAT), o co najwyżej kilkanaście procent, natomiast w przypadku średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert ten stosunek był jeszcze mniejszy i wynosił co najwyżej kilka procent.

zadanie	wartość zam. + VAT	wyk. Lipa	wyk. Koźmin	wyk. Railway	wyk. Czeremcha
1	27 203 000	24 658 000	25 601 000	—	23 160 000
2	18 128 000	21 147 000	—	—	19 244 000
3	26 001 000	24 058 000	20 621 000	—	22 522 000
4	33 374 000	32 930 000	—	32 831 000	31 539 000
5	28 561 000	28 021 000	23 064 000	28 438 000	26 374 000

Ze względu na różne terminy ustalania wartości zamówienia przez zamawiającego oraz cen ofertowych przez wykonawców, inne metody oraz podstawy cen w postępowaniach, zaobserwować można powszechne zjawisko oferowania przez wykonawców cen niższych niż szacunkowa wartość zamówienia (powiększona o VAT). Dlatego różnica dochodząca do 30% między wartością zamówienia a ceną oferty zwykle nie wzbudzała wśród zamawiających wątpliwości odnośnie zaoferowania zbyt niskiej ceny, a zwłaszcza ceny rażąco niskiej. Taki też poziom został uznany w znowelizowanym art. 90 ust. 1 Pzp.

Dlatego nie można wymagać od zamawiającego, aby ceny ofertowe o kilka, kilkanaście procent niższe od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, miały wzbudzać wątpliwości zamawiającego, że są one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Również porównanie cen do cen pozostałych ofert mogło nie wzbudzić wątpliwości zamawiającego, że ceny oferty są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, bo różnice cenowe są jeszcze niższe.

Tym niemniej w zadaniach 1 i 3, gdzie zamawiający dopatrył się większych różnic (około 15%) między wartością zamówienia a ceną oferty wykonawcy Czeremcha, zamawiający zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Czeremcha w wymaganym terminie rozwiały wątpliwości zamawiającego odnośnie zaoferowanej ceny, utwierdzając w przekonaniu, że nie jest ona ceną rażąco niską. Wykonawca Czeremcha przedstawił w swoich wyjaśnieniach m.in. nową linię technologiczną. Zdaniem Izby, takie stanowisko zamawiającego nie może być uznane za naruszające przepisy art. 90 ust. 2 i 3 Pzp o treści „Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów” i „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Izba wzięła pod uwagę opinię wykonawcy BDO, wnioskowaną przez odwołującego. Jednak Izba uznała zgodnie z doświadczeniem życiowym, że zawarte tam wnioski nie mogły wpłynąć na ocenę Izby. Podmiot ten był m.in. wraz z wykonawcą Czeremcha wykonawcą wspólnie wykonującym zamówienie. Jednak choćby z powodu przemijających powiązań i możliwości późniejszego konkutowania na rynku, nie mógł dogłębnie poznać sytuacji wykonawcy Czeremcha. Również ze względu na brak znajomości najnowszej dokumentacji obecnego postępowania i dokumentacji wykonawcy Czeremcha, opinia wykonawcy BDO nie mogła zaważyć na stanowisku Izby.

Na stanowisko Izby nie miał wpływu argument zamawiającego, że w trakcie unieważnionej później aukcji na jedno z zadań, została zaoferowana przez odwołującego cena jeszcze niższa, co spowodowałoby uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Argument ten nie mógł mieć wpływu na ocenę, gdyż aukcja została unieważniona, a jej przeprowadzenie było, zgodnie z oświadczeniem zamawiającego, wynikiem nieporozumienia i braku odwołania we właściwym czasie co do zakresu przeprowadzenia aukcji przez zamawiającego.

O braku podstaw do uznania zarzutów odwołującego decydował także zarzut wystąpienia rażąco niskiej ceny w zadaniu 2, gdzie wykonawca Czeremcha zaoferował cenę wyższą niż ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia powiększoną o VAT.

Ze względu na brak wykazania przez odwołującego ceny rażąco niskiej w ofercie wykonawcy Czeremcha na poszczególne zadania, Izba nie uwzględniła zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu

przedstawienia w ofercie rażąco niskiej ceny („Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”).

Nie bez znaczenia dla oceny Izby był również fakt, że w zadaniu 2 wykonawca Czeremcha złożył ofertę z ceną wyższą niż wartość zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług. W związku z tym nie może być mowy o rażąco niskiej cenie. Do wskazanych okoliczności odwołujący nie przykłada odpowiedniej wagi.

Z powodu braku podstaw do odrzucenia oferty, Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 91b Pzp przez zaproszenie do aukcji elektronicznej wykonawcy Czeremcha. Wskazany przepis brzmi „Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu”.

Ponadto Izba rozpoznając zarzut zaniechania przez zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy Czeremcha o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wzięła pod uwagę treść przepisu art. 90 ust. 1 Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania, jak było to wspomniane wyżej.

Zamawiający – badając ofertę – decydował czy zaoferowana cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też nie nosi takich znamion.

Jeżeli u zamawiającego nie pojawiły się wątpliwości (jak w rozpoznawanym postępowaniu), że ceny oferowane przez wykonawcę Czeremcha są rażąco niskie, to zamawiający nie podejmował czynności zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W takiej sytuacji wykonawca kwestionujący ocenę zamawiającego (odwołujący) zobowiązany był udowodnić, że wskazane ceny ofert są na tyle wątpliwe, że noszą znamiona cen rażąco niskich, co zobowiązuje zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Ciężar dowodu, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 Pzp (odpowiednio art. 6 Kc), obciążał stronę, czy uczestnika postępowania odwoławczego, który z tego faktu wywodził skutki prawne. W sprawie należy mieć na uwadze wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 8 stycznia 2014 r., sygn. akt X Ga 652/13, w którym Sąd wskazał: „(...) zamawiający występuje do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące ceny złożonej przez niego oferty wyłącznie w przypadku, gdy na podstawie okoliczności ustalonych w toku postępowania, w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, uzasadnione jest podejrzenie, że zaproponowana przez wykonawcę cena jego oferty jest rażąco nieadekwatna do kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. (...) Prawo do żądania wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że na decyzję zamawiającego w tym zakresie mogą mieć wpływ wykonawcy. Uprawnienia wykonawców

w tym zakresie nie sposób wywieść również z innych przepisów ustawy Pzp w szczególności w świetle przepisu art. 7 Pzp wskazującego na wyłączną kompetencję zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Izba stwierdza, że odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia ani dowodów, że ceny ofert wykonawcy Czeremcha mogą nosić znamiona cen rażąco niskich w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący jedynie przedstawił argumentację, że wykonawca Czeremcha zaoferował o kilka do kilkunastu procent ceny niższe niż odwołujący.

Jednak Izba nie mogła podzielić stanowiska odwołującego wobec szczegółowych, niezakwestionowanych i niepodważonych wyjaśnień zamawiającego i wykonawcy Czeremcha, wykazujących na podstawie rynku podkładów, sytuacji ekonomicznej, eksportowi, zaawansowaniu technicznym, dogodnym umiejscowieniem zakładu, że zaoferowane ceny wykonawcy mogą budzić wątpliwości.

Dlatego, nie może znaleźć uznania teza odwołującego, że zaniechanie zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość cen, stanowi naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby, zarzuty (KIO 2621 zarzut 2 oraz KIO 2676 zarzuty 2 i 4) naruszenia art. 91b w zw. z art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 Pzp przez zaniechanie oceny z należytą starannością oferty wykonawcy Czeremcha, a w zakresie zadań 1 i 3-5 w konsekwencji niezgodne z ustawą zaproszenie przez zamawiającego do aukcji elektronicznej wykonawcy Czeremcha i nie odrzucenie oferty tego wykonawcy, bo jego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w zakresie zadania 2 w konsekwencji wybranie oferty wykonawcy Czeremcha jako najkorzystniejszej – nie zasługują na uwzględnienie.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp brzmi „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Izba stwierdziła, że odwołujący w uzasadnieniu odwołania powołał się na art. 3 ust. 1 i art. 5-17d ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie odwołujący stwierdził, że cyt. „Zasad uczciwej konkurencji powinni przestrzegać także wykonawcy, dlatego zamawiający w postępowaniu powinien uwzględnić również przepisy art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) (zakaz porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym) i art. 9 uokk (zakaz nadużywania pozycji dominującej). W konsekwencji doszło również do naruszenia obowiązujących zasad postępowania przy udzielaniu

zamówienia publicznego, określonych art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, tj. równego traktowania wykonawców i uchybienia regułom uczciwej konkurencji”. Odwołujący nie wskazał konkretnych przepisów, które zostały naruszone ani nie określił jednoznacznie czynności lub zaniechania czynności przez zamawiającego. W związku z tak określonymi zarzutami, Izba nie uznała, że złożenie ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu wskazanych przepisów ustaw szczególnych.

Podobnie wyrok KIO z 11 maja 2011 r., sygn. akt KIO 925/11 „...o istnieniu zarzutu nie przesądza, jak chciałby tego odwołujący, samo powołanie przepisu ustawy Pzp. Dla uznania, że zarzut został postawiony, a zatem o jego istnieniu, koniecznym jest, aby odwołujący wskazał w odwołaniu okoliczności faktyczne stanowiące podstawę i uzasadnienie jego postawienia. Nie wystarczy jedynie, że na etapie odwołania będzie się on opierał na odesłaniu do przepisu, którego naruszenie podnosi. Podniesienie zarzutu jest bowiem postawieniem tezy – odwołujący, formułując ją, jest zobowiązany wskazać jakie, konkretne zachowanie zamawiającego lub zaniechanie przez niego działania, do którego powzięcia był zobowiązany na mocy ustawy, stanowi naruszenie konkretnego przepisu ustawy. Jest zobowiązany wykazać związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy działaniem zamawiającego lub jego brakiem, a obowiązującą normą prawną, sformułować tezę o naruszeniu tej normy przez zamawiającego. Tym samym formułowane przez odwołującego zarzuty nie mogą mieć charakteru blankietowego – muszą być wypełnione „treścią” – muszą odnosić się do konkretnego działania lub jego zaniechania przez zamawiającego”.

Odwołujący nie wykazał też naruszenia art. 91b w zw. z art. 90 Pzp, co zostało omówione w uzasadnieniu nieuwzględnienia pierwszej grupy zarzutów.

Również odwołujący – poza oświadczeniem naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez zaferowanie przez wykonawcę Czeremcha cen dumpingowych bez uzasadnienia tego faktu – nie wykazał naruszenia art. 7 Pzp.

Wobec powyższego, Izba nie uwzględniła drugiej grupy zarzutów – naruszenia przez zamawiającego art. 91b w zw. z art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 Pzp przez zaniechanie oceny z należytą starannością oferty wykonawcy Czeremcha, a w zakresie zadań 1 i 3-5, w konsekwencji niezgodne z ustawą zaproszenie przez zamawiającego do aukcji elektronicznej wykonawcy Czeremcha i nie odrzucenie oferty tego wykonawcy, bo jego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w zakresie zadania 2 w konsekwencji wybranie oferty wykonawcy Czeremcha jako najkorzystniejszej.

W ocenie Izby, zarzuty (KIO 2621 zarzut 4 oraz KIO 2676 zarzut 7) naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów

ustawy), z uwagi na zamiar przeprowadzenia aukcji elektronicznej w różnych terminach – wcześniej w stosunku do zadań 4 i 5 i później w stosunku do zadań 1 i 3, co naraża wykonawców na szkodę przez wcześniejsze ujawnienie ostatecznej oferty na zadanie 4 i 5 – nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców z uwagi na zamiar przeprowadzenia aukcji elektronicznej w różnych terminach – wcześniej w stosunku do zadań 4 i 5 i później w stosunku do zadań 1 i 3. Miało to narażać wykonawców na szkodę przez wcześniejsze ujawnienie ostatecznej oferty na zadanie 4 i 5.

Izba stwierdziła, że w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest unormowań zakazujących przeprowadzenia w różnych terminach aukcji dotyczących różnych części zamówienia, jeżeli zamówienie zostało podzielone na części (zadania). Również brak jest przepisów nakazujących przeprowadzenie aukcji w jednym terminie dla różnych części zamówienia.

Ponadto odwołujący nie dowiódł, że we wcześniej przeprowadzonej aukcji wykonawcy musieli ujawnić najniższy poziom cen ofertowych. Nie ma dowodów, że w aukcji nawet w finalnym postąpieniu wykonawcy przedstawiają cenę, poniżej której nie mogą już złożyć żadnej oferty.

Również odwołujący nie jest konsekwentny w swoich uzasadnieniach (str. 14/16 odwołania z 11.12.2014 r. w sprawie KIO 2610/14 i str. 16/18 odwołania z 16.12.2014 r. w sprawie KIO 2676/14), gdy stwierdza, że „aukcje elektroniczne (...) powinny się odbywać w jednym dniu po dokonaniu oceny wszystkich ofert na wszystkie zadania”. Takie skrócenie przedziału czasu (z kilku dni – jak w rozpoznawanych postępowaniach, do kilku godzin – jak wnosił odwołujący) odbywania się wszystkich aukcji na różne części zamówienia nie mogłoby zmienić sytuacji, do której miał zastrzeżenia odwołujący, że podczas kolejnych aukcji niektórzy wykonawcy dysponowaliby informacjami nabytymi podczas wcześniejszych aukcji o ostatecznych cenach oferowanych w poszczególnych zadaniach.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że w rozpoznawanym postępowaniu odwołujący nie wykazał, że znajomość finalnych cen ofertowych w jednych częściach zamówienia spowoduje uprzywilejowane traktowanie wykonawców nieuczestniczących w aukcjach przeprowadzanych wcześniej, a uczestniczących tylko w aukcjach przeprowadzanych później.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców z uwagi na zamiar przeprowadzenia aukcji elektronicznej w różnych terminach,

co naraża wykonawców na szkodę przez wcześniejsze ujawnienie ostatecznych ofert na mające odbyć się wcześniej aukcjach w zadaniach 4 i 5 – nie zasługują na uwzględnienie.

Ponadto odwołujący również analizował w odwołaniach treść art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, jednak nie wskazał naruszeń tych przepisów konkretnymi czynnościami bądź zaniechaniami czynności przez zamawiającego.

Na podstawie art. 192 ust. 7 Pzp odwołujący zobowiązany jest do wskazania zarzutów w odwołaniu – „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”. Dlatego też, przywołane w późniejszych pismach oraz na rozprawie inne okoliczności wskazujące dodatkowe nowe zarzuty, były zarzutami niezawartymi w odwołaniu, a tym samym za nie podlegały rozpoznaniu zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

W ocenie Izby, zarzuty (KIO 2621 zarzut 5 oraz KIO 2676 zarzut 8) naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp przez nierozważnie unieważnienia przetargu w poszczególnych zadaniach z uwagi na złożenie oferty przez wykonawcę Czeremcha z rażąco niską ceną stosunku do przedmiotu zamówienia i złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – nie zasługują na uwzględnienie („Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli (...) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć”).

Odwołujący stwierdził, że w rozpoznawanym postępowaniu zaistniała przesłanka nieważności postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Oprócz tego oferta wykonawcy Czeremcha zawiera, zdaniem odwołującego, rażąco niską cenę i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jednak zarzuty te nie zostały dowiedzione przez odwołującego, o czym wyżej.

W zasadzie koronnym argumentem odwołującego była teza, że „Zaakceptowanie przez zamawiającego oferty wykonawcy Czeremcha w konsekwencji spowoduje zachwianie równowagi producentów na rynku podkładów kolejowych i stawia innych wykonawców przed decyzją, czy składać oferty bez jakiegokolwiek zysku lub poniżej kosztów produkcji i utrzymać się na rynku, czy też odstąpić od składania oferty wyłączając się w praktyce z obecności na rynku. Dalszą konsekwencją takiego działania będzie fakt, że na rynku wykonawców podkładów kolejowych i podrozdnic drewnianych pozostanie w praktyce jeden podmiot, który stanie się monopolistą w tej branży”.

Zacytowana teza nie została poparta żadnymi dowodami. W szczególności odwołujący nie wykazał, że wykonawca Czeremcha w każdej z aukcji złoży najkorzystniejszą ofertę. Po-

nadto, to przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych mają sprzyjać konkurencji i umożliwić wyłanianie wykonawców, którzy złożą najkorzystniejsze oferty. Odwołujący nie wykazał naruszenia wskazanych w odwołaniach przepisów, nawet gdyby we wszystkich częściach (zadaniach) oferta wykonawcy Czeremcha została wybrana jako najkorzystniejsza.

Również odwołujący nie dowiódł, że wszyscy inni wykonawcy będą zmuszeni składać oferty bez jakiegokolwiek zysku lub poniżej kosztów produkcji i żeby utrzymać się na rynku, czy też odstąpić od składania ofert wyłączając się w praktyce z obecności na rynku. Odwołujący nie próbował też dowieść, że sam będzie postawiony w sytuacji przymusowego złożenia oferty bez jakiegokolwiek zysku lub poniżej kosztów produkcji.

Wreszcie argument, że mimo złożenia oferty odwołujący uważa, że przetarg powinien zostać unieważniony i następnie powinny zostać określone racjonalne i obiektywne warunki zamówienia, które zapobiegałyby składaniu ofert poniżej progu opłacalności jest spóźniony, gdyż w stosunku do treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, termin wnoszenia odwołań upłynął 21.10.2014 r. (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11.10.2014 r.).

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzuty naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp przez nierozważenie unieważnienia przetargu w poszczególnych zadaniach z uwagi na złożenie oferty przez wykonawcę Czeremcha z rażąco niską ceną stosunku do przedmiotu zamówienia i złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzuty (KIO 2730 zarzuty 1 i 2) naruszenia art. 91b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 7 Pzp przez zaniechanie dokonania z należytą starannością badania i oceny oferty wykonawcy Czeremcha, a w konsekwencji wybór na zadanie 2 wykonawcy Czeremcha oraz zaproszenie do aukcji elektronicznej i dopuszczenie do aukcji na zadanie 1 i 3-5 wykonawcy Czeremcha składającego ofertę podlegającą odrzuceniu, jako sprzecznej ze specyfikacją i ustawą Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt zadeklarowania przez wykonawcę Czeremcha w piśmie z 12.12.2014 r. i w piśmie zatytułowanym odpowiedź na odwołanie z 13.12.2014 r. niezgodności oferty z warunkami technicznymi określonymi w rozdz. IV lit. b specyfikacji przez normę PN-D-95014:1997 ze względu na fakt, że wykonawca Czeremcha oświadczył, że w procesie produkcji zużycie oleju kreozytowego typu C będzie wynosiło dla podkładu sosnowego 90 kg/m³ drewna, co uniemożliwia wykonawcy Czeremcha dostarczenia przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją – nie zasługują na uwzględnienie.

Również zarzut (KIO 2730 zarzut 3) naruszenia art. 91b i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp przez zaniechanie dokonania z należytą starannością badania i oceny oferty wykonawcy

Czeremcha, a w konsekwencji zaproszenie do aukcji elektronicznej i dopuszczenie do aukcji na zadanie 1 i 3-5 oraz wybór na zadanie 2 oferty wykonawcy Czeremcha, podlegającej odrzuceniu jako sprzecznej ze specyfikacją i ustawą Prawo zamówień publicznych z uwagi na brak „wyników laboratoryjnych badań kontrolnych podkładów lub podrozjazdnic wykonanych na zgodność wymaganiami norm...” niezgodności oferty z warunkami technicznymi określonymi w rozdz. IV lit. b specyfikacji przez normę PN-D-95014:1997 ze względu na fakt, że wykonawca Czeremcha oświadczył, że w procesie produkcji zużycie oleju kreozotowego typu C, które byłyby przeprowadzone przy rzeczywistym przeznaczeniu w procesie nasycania tym olejem dla podkładu sosnowego 90 kg/m³ drewna i dałyby wynik zgodny z wymaganiami normy (specyfikacji) – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca Czeremcha w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w piśmie z 12.12.2014 r., jak również piśmie zatytułowanym odpowiedź na odwołanie z 13.12.2014 r., wykazał niezgodność swojej oferty z warunkami technicznymi określonymi w rozdz. IV lit. b specyfikacji przez normę PN-D-95014:1997 ze względu na wykorzystanie zużycie oleju kreozotowego typu C na poziomie tylko 90 kg/m³ drewna.

Odwołujący wskazał, że olej typu C jest o około 30% droższy, co jeszcze wyraziściej wskazuje na zaoferowanie przez wykonawcę Czeremcha rażąco niskiej ceny, jednak odwołujący składając ofertę na prawie porównywalne ceny nie wykazywał, że będzie do wykonania przedmiotu zamówienia stosować tańszego oleju kreozotowego typu B czy droższego – typu C. Jednocześnie wykonawca Czeremcha wskazał, że – mimo stosowania oleju typu C pochodzącego z importu – może nie brać pod uwagę ryzyka zmiennych kursów walut, bo wykonawca ten jest również eksporterem i uzyskuje zagraniczne środki płatnicze ze sprzedaży swoich produktów, a nie kupuje tych środków, co wobec np. wahań kursów franka szwajcarskiego jest bardzo istotnym argumentem.

Jednak, jak wykazał to zamawiający, w rozdz. IV lit. b specyfikacji dostarczane podkłady i podrozjazdnice powinny być wykonane zgodnie z normami PN-D-95014:1997 i PN-C-97023:1983 lub zgodnie z normą PN-EN 13991:2004.

Takie postanowienie specyfikacji jest alternatywą nierozłączną, której funktorem jest wyraz „lub”. Dlatego należy uważać ofertę za spełniającą postawiony alternatywnie wymóg specyfikacji, jeżeli wykonawca wykaże, że dostarczany przedmiot zamówienia będzie zgodny z normami PN-D-95014:1997 i PN-C-97023:1983, ale – ze względu na zastosowanie łącznika „lub” w omawianym postanowieniu specyfikacji – również wykonawca może wykazać tylko spełnianie wymogu dostarczanego przedmiotu zamówienia zgodności z normą PN-EN 13991:2004. Na to postanowienie alternatywy nierozłącznej nie zwrócił wystarczającej uwagi odwołujący. Identycznie łącznik „lub” (jako funktor alternatywy

nierozłącznej) został zastosowany w rozdz. IV lit. a specyfikacji, do czego odwołujący nie wnosil zastrzeżeń.

Odwołujący nie odniósł swoich zastrzeżeń do normy PN-EN 13991:2004, dlatego Izba nie uwzględniła zarzutów naruszenia art. 91b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 7 Pzp przez zaniechanie dokonania z należytą starannością oceny oferty wykonawcy Czeremcha.

Ponadto, zgodnie z normą PN-D-95014:1997 stopień nasycenia olejem typu C dla podkładów sosnowych został określony od 90 do 120 kg/m³, dlatego oświadczenia wykonawcy Czeremcha, że będzie używać do operacji nasycania 90 kg/m³ mieści się w granicach normy i nie może być podstawą do odrzucenia oferty tego wykonawcy ze względu na niezgodność treści oferty ze specyfikacją, jak wnosi odwołujący.

Izba stwierdziła również, że liczba próbek niespełniających wymagań normy mieści się w granicach uznawanych przez tę normę jako możliwe odstępstwo bez naruszenia normy.

Izba stwierdziła też, że wykonawca Czeremcha załączył do oferty wymagane przez zamawiającego badania kontrolne podkładów i podrozdnic oraz sprawozdanie z badań właściwości oleju impregnacyjnego wykonane przez Instytut Kolejnictwa w grudniu 2010 r. Z badań tych wynika, że proces nasycania materiału drzewnego jest prowadzony prawidłowo i spełnia wymagania m.in. normy PN-D-95014:1997 i PN-EN 13991:2004. W związku z tym zamawiający nie miał podstaw kwestionować oferty, że jest niezgodna z treścią specyfikacji. Z tych względów Izba nie mogła uwzględnić zarzutów naruszenia art. 91b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 7 Pzp przez zaniechanie dokonania z należytą starannością badania i oceny oferty wykonawcy Czeremcha, a w konsekwencji wybór na zadanie 2 oferty wykonawcy Czeremcha oraz zaproszenie do aukcji elektronicznej i dopuszczenie do aukcji na zadanie 1 i 3-5 wykonawcy Czeremcha, a także zarzutu naruszenia art. 91b i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp przez zaniechanie dokonania z należytą starannością oceny oferty wykonawcy Czeremcha ze względu na oświadczenie wykonawcy Czeremcha, że w procesie produkcji zużycie oleju wyniosłoby 90 kg/m³ – wobec tego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Postępowanie dowodowe wykazało, że zamawiający w toku prowadzonego postępowania nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uwzględniła dowody złożone przez strony.

Ponadto zgodnie z wnioskami odwołującego:

- 1) zostały rozpoznane dowody załączone do odwołania w postaci opinii BDO sp. z o.o. i opinii w sprawie zaoferowanych cen przez wykonawcę Czeremcha sporządzone na zlecenie odwołującego;
- 2) zostały przeprowadzone dowody z dokumentacji postępowania;
- 3) zamawiający złożył dokumenty, na których podstawie ustalił wartość zamówienia zgodnie z art. 32 Pzp, chociaż dokumenty te nie miały wpływu na rozstrzygnięcie Izby;
- 4) zostały łącznie rozpoznane odwołania: sygn. akt KIO 2621/14, KIO 2676/14 i KIO 2730;
- 5) odwołania zostały rozpoznane w składzie trzyosobowym;
- 6) zamawiający wstrzymał i unieważnił aukcje elektroniczne.

Odwołujący cofnął wnioski przesłuchania w charakterze:

- 7) strony – T. B.;
- 8) świadka – M. N. .

Izba nie dopuściła dowodów z opinii biegłych, zgodnie z art. 190 ust. 6 Pzp, gdyż dowody zostały powołane jedynie dla zwłoki, a opinie biegłych w powołanych kwestiach nie mogłyby stanowić podstawy do wyrokowania:

- 9) dowód z opinii biegłego z zakresu finansów i rachunkowości w celu:
 - a) określenia minimalnej ceny ofertowej w poszczególnych zadaniach 1-5 w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - b) określenia ceny sprzedaży, która nie spowoduje osiągnięcia przez przedsiębiorcę straty netto na sprzedaży oferowanych wyrobów w poszczególnych zadaniach 1-5 w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - c) określenia wysokości minimalnego dochodu, jaki powinien osiągnąć wykonawca w zamówieniu z uwzględnieniem ryzyk wykonawcy wynikających ze stałej ceny sprzedaży w przetargu oraz ryzyk wynikających z możliwości realizacji przez zamawiającego dodatkowych 30% opcji zakupu w poszczególnych zadaniach 1-5 w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 10) dowód z opinii biegłego na okoliczność ustalenia, czy nasycanie olejem kreozotowym typu C podkładów kolejowych w ilości 90 kg/m³ drewna umożliwi wytworzenie produktu spełniającego wymagania zamawiającego określone w rozdz. IV lit. b specyfikacji przez normę PN-D-95014:1997, ponieważ na podstawie załączonych wyników badań przez wykonawcę Czeremcha uzyskanie produktu zgodnego z normą i specyfikacją – nie jest możliwe.

Z powyższych względów Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, przez oddalenie odwołań.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł dla każdego z trzech odwołań (razem 10 800,00 zł) zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....