

Sygn. akt: KIO 22/22

WYROK

z dnia 27 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2022 r. przez wykonawcę: **Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Zachodniopomorskie, Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin,**

przy udziale wykonawcy: **Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. K., ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 22/22 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki** tytułem wpisu od odwołania.

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, Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „*Naprawa rewizyjna siedmiu elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 5B+6B+5B serii EN57AL o numerach 1527, 1530, 1296, 1528, 1574, 1519 i 1522 w zakresie odpowiadającym IV Poziomowi Utrzymania i przystosowanie pojazdu EN57AL-1530 do przewozu minimum 30 sztuk rowerów*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 września 2021 r. pod nr 458193-2021-PL.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 22 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. (dalej zwane „SPS”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Wykonawca, Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, w oparciu o art. 505 i 513 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej zwanej „Pzp” wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności oceny oferty oraz wyboru jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez SPS,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez SPS jako zawierającej rażąco niską cenę,
- 3) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez SPS, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 4) zaniechania udostępnienia Odwołującemu kompletnych wyjaśnień złożonych przez SPS na skutek wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 Pzp.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 5 i 6 Pzp, poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień złożonych przez SPS w trybie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SPS, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim SPS zamierza samodzielnie wykonać wszystkie prace objęte zamówieniem, zamiast zlecić naprawę określonych komponentów do ich producenta lub autoryzowanego serwisu producenta zgodnie z wymogami Zamawiającego;

3. art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu kompletnych wyjaśnień złożonych przez SPS na skutek wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty SPS jako oferty zawierającej rażąco niską cenę i niezgodnej z warunkami zamówienia,
3. udostępnienia Odwołującemu kompletnych wyjaśnień złożonych przez SPS na skutek wezwania Zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp,

a ponadto o:

1. przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub przedłożonych podczas rozprawy na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia;
2. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył w postępowaniu ważną ofertę, która mogłaby być wybrana jako najkorzystniejsza, gdyby Zamawiający nie dopuścił się wskazanych w odwołaniu naruszeń PZP. Czynności podjęte przez Zamawiającego z naruszeniem Pzp uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia, co spowodowało, że może on ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołujący wskazał, że łączna cena brutto oferty SPS wynosi 11 576 145 zł i stanowi zaledwie 54 % wartości szacunkowej zamówienia, ustalonej przez Zamawiającego. SPS zaoferował wykonanie naprawy rewizyjnej jednego pojazdu serii EN57AL w cenie 1 335 250 zł netto. Porównanie tej ceny do cen rynkowych, wskazanych przez Zamawiającego w załączniku do notatki służbowej z dnia 27.07.2021 r. z szacowania wartości zamówienia, obrazuje jak dalece oferta SPS odbiega od cen rynkowych, sporządzonej przez Zamawiającego i znajdującej się w aktach postępowania.

Zamawiający wezwał SPS do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w oparciu o art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 Pzp. SPS złożył wyjaśnienia, zastrzegając je częściowo jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że z chwilą wezwania SPS do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp powstało domniemanie, że zaoferowana przez SPS cena jest rażąco niska. Obalenie tego domniemanie może nastąpić jedynie w razie udowodnienia przez SPS ponad wszelką wątpliwość, poprzez złożenie jednoznacznych, konkretnych i popartych dowodami wyjaśnień, że wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę jest realne. Odwołujący wskazał na orzecznictwo, m.in. wyrok KIO z dnia 17.03.2009 r. (KIO/UZP 262/09), wyrok KIO z dnia 25 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 178/15).

Zdaniem Odwołującego, twierdzenia SPS o „zoptymalizowanych kosztach działalności” są całkowicie abstrakcyjne i w żaden sposób nie mogą stanowić dowodu, który miałby obalić domniemanie ceny rażąco niskiej. Wyjaśnienia ogólnikowe, niejednoznaczne i niepoparte dowodami, które złożył SPS, powinny być traktowane jako brak wymaganych wyjaśnień, a tym samym prowadzić do odrzucenia oferty. Wyjaśnienia złożone przez SPS, w ocenie Odwołującego, w żadnym razie nie stanowią merytorycznego uzasadnienia zaoferowanej ceny. Są tak ogólnikowe, że nie wskazano w nich choć jednej okoliczności wyjaśniającej w sposób konkretny powody zaoferowania tak niskiej ceny. Wskazywane przez SPS okoliczności takie jak doświadczenie wykonawcy, efekt skali i racjonalizacja kosztów prowadzenia działalności to całkowicie gołosłowne twierdzenia, które bez odniesienia do konkretnych wartości czy oszczędności nie stanowią żadnego uzasadnienia zaoferowanej ceny. SPS nie przeliczył tych okoliczności na kwoty ponoszonych kosztów, w związku z czym wartość merytoryczna wyjaśnień jest znikoma. Argumentacja SPS jest całkowicie nieprzekonująca, trudno bowiem mówić o „efekcie skali” realnie wpływającym na koszt wykonania zamówienia, w przypadku gdy SPS realizuje jednocześnie tylko jedno zamówienie na wykonanie podobnych usług utrzymania (naprawa P4 5 szt. ezt) – jak przewiduje umowa z Województwem Wielkopolskim załączona do wyjaśnień SPS, pojazdy przekazywane są do wykonawcy sukcesywnie, po jednym pojeździe na miesiąc. Dodatkowo pojazdy przewidziane do naprawy w tych postępowaniach nie są identyczne, różnią się od siebie chociażby zastosowanym systemem klimatyzacji oraz innymi rozwiązaniami technicznymi, inny jest również zakres wymaganej naprawy, więc nie zakres czynności nie jest podobny ani tym bardziej tożsamy, jak twierdzi SPS w swoich wyjaśnieniach. Różnorodność zastosowanych rozwiązań wynika z faktu ich dostępności na rynku w okresach modernizacji pojazdów (Zachodniopomorskie modernizowane w latach 2015/2016 natomiast Wielkopolskie w 2017 roku). Kolejnym aspektem, z powodu którego nie należy porównywać tych postępowań, to okres eksploatacji pojazdów: w przypadku przedmiotowych elektrycznych zespołów trakcyjnych pojazdy eksploatowane są od 30.12.2015 roku, natomiast pierwszy pojazd w Województwie Wielkopolskim rozpoczął eksploatację po 30.06.2017 roku. Kolejnym aspektem jest zakres wymaganych prac do wykonania na pojazdach. W przedmiotowym postępowaniu jest on znacznie szerszy i wymaga większych nakładów chociażby z powodu:

- konieczności wykonania napraw podzespołów wymienionych w SWZ tj. przekładni głównej 275 GGM SO/549; sprzęgów czołowych Scharfenberga; sprężarki śrubowa 102ZW 01-2 wraz z silnikiem; zewnętrznych tablic hamulcowych; dławika filtra sieciowego; wyłącznika szybkiego; przetwornicy statycznej; silnika trakcyjnego; nastawnika jazdy przez podwykonawców, tj. przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela gdzie w przypadku Województwa Wielkopolskiego taki obowiązek nie wynikał wprost z umowy;

- konieczności wymiany obręczy w pojazdach, co ma bezpośredni związek z odpowiedzią na pytanie nr 1 z dnia 22 października 2021 roku. Wg ofert składanych przez SPS w innych postępowaniach (w zał. oferta SPS w postępowaniu na naprawę zestawów kołowych dla spółki Polregio) koszt obręczowania jednego pojazdu wynosi 94.2000 zł netto (4*7950 + 8*7800),

- konieczności wyposażenia przedmiotowych ezt w urządzenia systemu WIFI, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 14 z dnia 14 października 2021 r., koszt oscyluje w granicach 100.000 zł netto / pojazd,

- przystosowania pojazdu do przewozu minimum 30 sztuk rowerów w wagonie Ra oraz wykonania badań i wszelkich dopuszczeni z tym związanych v. opracowania i przekazania Zamawiającemu dokumentacji wymienionej w SWZ – załącznik nr 7 do SWZ Zadanie II pkt II:

- a) Zaktualizowana wersja WTWiO, DTR i projekt zmian do DSU (w razie konieczności).
- b) Dokumentacja konstrukcyjna zmian.
- c) Protokoły z badania nacisków zestawów kołowych pojazdu na główkę szyny.
- d) Potwierdzenie zgodności wyrobu z typem.
- e) Dokument zarządzanie konfiguracją.
- f) Sprawozdanie z analizy znaczenia zmiany w oparciu o Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) nr 402/2013 z dnia 30 kwietnia 2013r. z późniejszymi zmianami.
- g) Deklaracja Wykonawcy, że wszystkie zidentyfikowane zagrożenia wynikające z przystosowania pojazdu do przewozu minimum 30 rowerów oraz związane z nimi ryzyko są na akceptowalnym poziomie
- h) Wykaz certyfikatów potwierdzających zgodność zastosowanych materiałów niemetalowych z normą PN-EN 45545

Zatem, wykonywanie napraw dla Województwa Wielkopolskiego nie ma w tym przypadku istotnego znaczenia.

Odwołujący podniósł, że wobec niedostępnienu przez Zamawiającego kompletnej treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez SPS, nie ma on możliwości szczegółowego odniesienia się do nich, jednakże mając na uwadze doświadczenie Odwołującego oraz w oparciu o część jawną wyjaśnień, z której jasno wynika, że nie ma żadnych szczególnych okoliczności właściwych tylko dla SPS pozwalających na zaoferowanie tak niskiej ceny. Odwołujący podniósł, iż nie ma możliwości rzetelnego i zgodnego z specyfikacją warunków zamówienia wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną przez SPS.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 16 listopada 2021 r. skierowanym do SPS precyzyjnie wskazał, że oczekuje przedstawienia wyjaśnień uwzględniających w szczególności:

a. koszt wykonania naprawy/wymiany zużytych części oraz diagnostyki dla następujących podzespołów (z zastrzeżeniem wykonania przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta podzespołu):

- 1) przekładni głównej 275 GGM SO/549;
- 2) sprzęgów czołowych Scharfenberga;
- 3) sprężarki śrubowej 102ZW 01-2 wraz z silnikiem;
- 4) zewnętrznych tablic hamulcowych;
- 5) dławika filtra sieciowego;
- 6) wyłącznika szybkiego;
- 7) przetwornicy statycznej;
- 8) silnika trakcyjnego;
- 9) nastawnika jazdy;

b. koszty wykonania przeglądu układu klimatyzacji kabinowej i przedziałowej (czynności przeglądowe powiązane z naprawą, wymianą zużytych lub uszkodzonych podzespołów, wymiana filtrów oraz uzupełnienie/wymiana czynnika chłodzącego) oraz przeprowadzonej diagnostyki na stanowiskach probierczych,

c. koszty wykonania kompletnej rewizji zestawów kołowych wraz z wymianą obręczy (demontaż zestawu kołowego z pojazdu, oczyszczenie i odrdzewienie, kontrola osi i kół bosych na występowanie pęknięć, badanie defektoskopowe osi, sprawdzenie obręczy czy nie są luźne oraz stan zamocowania pierścieni zaciskowych, wymiana/naprawa uszkodzonych/zużytych elementów, przeprowadzenie wyważania zestawu),

d. koszty wykonania dokumentacji dla przystosowania pojazdu do przewozu minimum 30 szt. rowerów,

e. inne koszty, w tym koszty administracyjne, przewidziane przez Wykonawcę (jeżeli takowe występują).

Wszystkie powyższe koszty, potwierdzone stosownymi dowodami, powinny znaleźć się w wyjaśnieniach złożonych przez SPS. Odwołujący wskazał przy tym na konieczność wykonania naprawy powyższych części i podzespołów u ich producentów lub w autoryzowanym serwisie producenta.

SPS nie jest ani producentem, ani autoryzowanym serwisem producenta wskazanych powyżej komponentów, co implikuje konieczność skorzystania przez niego z usług podmiotów zewnętrznych. SPS powinien więc przedłożyć ważne oferty na wykonania wszystkich przedmiotowych usług przez uprawnione do tego podmioty. W ocenie Odwołującego, SPS nie przewidział konieczności wykonania wszystkich ww. napraw przez podmioty zewnętrzne, o czym świadczy fakt, że w treści formularza ofertowego wskazał, że nie zamierza korzystać z usług podwykonawców, co przesądza równocześnie o

niezgodności treści jego oferty z wymaganiami dokumentacji zamówienia, tj. z załącznikiem nr 7 do SWZ.

W ocenie Odwołującego, prawidłowo i rzetelnie sporządzona oferta powinna uwzględniać przynajmniej następujące elementy cenotwórcze:

- a. Koszty materiałów wraz z podaniem ofert na ich zakup,
- b. Koszty pracy wraz z podaniem liczby zakładanych roboczogodzin,
- c. Koszty usług zewnętrznych (w tym transport, badania, jady próbne),
- d. Koszty finansowe,
- e. Koszty udzielenia gwarancji,
- f. Koszty inżynieringu, w tym prace projektowe w zakresie przystosowania pojazdu EN57AL-1530 do przewozu rowerów oraz koszty opracowania dokumentacji,
- g. Koszty ogólnozakładowe i wydziałowe (koszty stałe związane z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa),
- h. Zysk,
- i. Koszty ryzyk.

Kolejnym istotnym czynnikiem pominiętym przez SPS w jego wyjaśnieniach są koszty odbioru komisarycznego, które należało założyć zgodnie z § 3 ust 1 wzoru umowy oraz koszty transportu i koszty jazd próbnych (§ 3 ust 8 i 10) - ich łączna wartość w przeliczeniu na jeden pojazd oscyluje w granicach 50-60 tys. złotych netto.

W ocenie Odwołującego, szczególną uwagę należy poświęcić kosztom przystosowania pojazdu EN57AL-1530 do przewozu minimum 30 sztuk rowerów. Należyte wykonanie tej części zamówienia wymaga dysponowania dokumentacją techniczną, która została opracowana po wykonaniu modernizacji pojazdu EN57 do standardu AL. Dokumentacja techniczna musi także uwzględniać zmiany wprowadzone po przystosowaniu pojazdu do przewozu rowerów. W przypadku, gdy dany wykonawca taką dokumentacją nie dysponuje, powinien najpierw wykonać weryfikację stanu technicznego pojazdu i sporządzić dokumentację wyjściową, aby móc następnie dokonać w niej zmian uwzględniających prace zrealizowane w ramach zadania II przedmiotowego zamówienia. Czynności tych nie może samodzielnie wykonać SPS, ponieważ nie dysponuje on kadrą inżynierską, zatem powinien zlecić opracowanie dokumentacji podmiotowi zewnętrznemu, a koszty tych prac uwzględnić w złożonych wyjaśnieniach, potwierdzając je ważną ofertą. Przedmiotowe koszty po cenach rynkowych szacujemy w przedziale 120.000-180.000 zł.

Kolejną istotną pozycją kosztową, związaną z przystosowaniem pojazdu EN57AL-1530 do przewozu minimum 30 sztuk rowerów, jest dopuszczenie tego pojazdu do eksploatacji. Badania niezbędne do uzyskania dopuszczenia do eksploatacji pojazdu mogą być wykonane jedynie przez upoważniony podmiot, tj. przez Sieć Badawczą Łukasiewicz –

Instytut Pojazdów Szynowych „TABOR” lub przez Instytut Kolejnictwa. SPS powinien w swoich wyjaśnieniach uwzględnić ofertę od jednego z tych podmiotów i przedstawić dowód.

Odwołujący wskazał, że przystosowanie pojazdu typu EN57AL do przewozu rowerów było już realizowane przez Zamawiającego w ramach programu pilotażowego. Cena zaoferowana przez wykonawcę CSI wyniosła 159 285 zł brutto, a więc ponad dwukrotnie więcej, niż zaoferował SPS. W bieżącym postępowaniu ten sam wykonawca (CSI w konsorcjum z Polregio) oferuje cenę 239.850,00 zł brutto, skorygowaną przez Zamawiającego do kwoty 195 000,00 brutto w wyniku poprawienia omyłki rachunkowej, tj. kwotę wyższą o ponad 35 tys. brutto niż w programie pilotażowym. Znając zatem realne koszty wykonania tych prac i chęć zdobycia zamówienia CSI nie był w stanie zaoferować niższej kwoty, co tylko utwierdza w przekonaniu, że cena zaoferowana przez SPS jest ceną nierealną.

Odwołujący podkreślił, że na stronie 2 części jawnej wyjaśnień SPS wskazał, że w utajnionej ich części znajdują się wyjaśnienia dotyczące:

- a. Kosztów materiałów,
- b. Liczby roboczogodzin,
- c. Stawki godzinowej, kosztów usług zewnętrznych,
- d. Pozostałych narzutów i kosztów.

Z powyższego Odwołujący wnioskuje, że część utajniona wyjaśnień zawiera jedynie zestawienie powyższych kosztów, co dodatkowo potwierdza tezę Odwołującego o braku kompleksowych, prawidłowych wyjaśnień. Zważywszy, że wyjaśnienia zawarte w części jawnej pisma SPS nie mają wartości merytorycznej, należy uznać, że nie zostało skutecznie obalone domniemanie rażąco niskiej ceny w ofercie SPS, a tym samym oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący zwrócił też uwagę na brak skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - SPS nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawarte w wyjaśnieniach informacje dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa mają charakter deklaracji lub oświadczeń i nie zostały udowodnione. Deklaracje dotyczące podjęcia przez SPS działań w celu zachowania określonych informacji w poufności pozostają bez pokrycia. Jeśli SPS wdrożył w swojej spółce system zabezpieczenia informacji, to powinien wykazać jego istnienie dowodami takimi jak dokumenty wewnętrzne spółki, zarządzenia, regulaminy. Wzór zobowiązania do zachowania poufności nie stanowi dowodu na to, że jest on wdrożony i stosowany w praktyce w spółce SPS. W związku z powyższym pismo SPS z dnia 25 listopada 2021 r. powinno zostać ujawnione w całości.

Wykonawca Serwis Pojazdów Szynowych . Sp. z o.o. Sp. K., pismem z dnia 7 stycznia 2022 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

Zamawiającego, wykazując swój interes w zgłoszeniu nn. przystąpienia. Pismem z dnia 19 stycznia 2022 r. wykonawca SPS przedstawił swoje stanowisko i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

I. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 5 i 6 Pzp wskazał, co następuje:

Przystępujący w dniu 25 listopada 2021 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, udzielił szczegółowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny oraz przedstawił szereg dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny oraz ujęcie wszystkich niezbędnych kosztów realizacji zamówienia. Przedstawione wyjaśnienia oraz dowody nie budziły żadnych wątpliwości Zamawiającego, który w dniu 22 grudnia 2021 r. dokonał wyboru oferty Przystępującego. Oferta Przystępującego jest zgodna z dokumentami zamówienia i gwarantuje realizację usługi w sposób określony przez Zamawiającego.

Przystępujący oświadczył, iż cena za realizację zamówienia została obliczona z uwzględnieniem wszelkich wymagań SWZ oraz gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Wszystkie usługi objęte przedmiotem oferty zostały skalkulowane w sposób prawidłowy, tj. w pełni zgodny z potrzebami Zamawiającego opisanymi w SWZ, zgodnie ze sposobem obliczenia ceny oraz w sposób odpowiadający opisowi przedmiotu zamówienia, z jednoczesnym zapewnieniem zysku na oczekiwanym poziomie. Przedstawiona przez Przystępującego cena jest realna, wiarygodna oraz jest ceną rynkową, obliczoną w sposób rzetelny, z uwzględnieniem wszelkich kosztów i ryzyk związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia. Przystępujący wyjaśnił, że na udzielone wyjaśnienia składały się następujące elementy:

Część jawna:

- a) Wyjaśnienia wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa,
- b) Stosowany przez Przystępującego wzór zobowiązania do zachowania poufności,
- c) Umowa nr DT/II/145/2021,

Część zastrzeżona:

- a) Szczegółowe wyjaśnienia – część zastrzeżona
- b) Kalkulacja cenowa zawierająca 5 tabel z podziałem na dwa zadania,
- c) Umowy o pracę z pracownikami,
- d) Dowody w zakresie pozostałych kosztów ponoszonych w związku z zatrudnieniem,
- e) 46 stronicowy zbiór ofert podmiotów współpracujących oraz faktur, potwierdzający prawidłowość stawek przyjętych w kalkulacji cenowej (plik „Oferty.pdf”)

Przystępujący w wyjaśnieniach ceny nie ograniczył się do złożenia ogólnego zapewnienia, że wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Kalkulacja złożona przez Przystępującego jest konkretna, wyczerpująca i przekonująca, ujawniająca składniki

cenotwórcze, a przede wszystkim adekwatna do wezwania Zamawiającego i zawierające wszystkie elementy, których Zamawiający zażądał w wezwaniu. Przystępujący wyjaśnił, dlaczego ma możliwość zaoferowania takiej ceny, a swoje twierdzenia poparł dowodami. Ze względu na powyższe, nie sposób uznać, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie zawierają żadnych szczegółowych merytorycznych informacji i danych.

Z uwagi na fakt, iż kalkulacja ceny stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, Przystępujący załączył do niniejszego pisma przedmiotową kalkulację z naniesioną numeracją poszczególnych pozycji kosztowych, co umożliwi odniesienie się do argumentacji Odwołującego w niniejszym piśmie. Przystępujący zastrzega, iż kalkulacja załączona niniejszego pisma stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm., dalej: „UZNK”).

W ocenie Przystępującego, za lakoniczne i ogólnikowe należy uznać stanowisko Odwołującego. Uzasadnienie odwołania nie zawiera praktycznie żadnych dowodów, w szczególności pozbawione jest także jakiegokolwiek podsumowania, w którym zostałyby określone wszystkie składniki cenotwórcze wraz z przyporządkowaniem minimalnych kosztów. W odwołaniu nie określono, o ile oferta Przystępującego jest niższa od globalnej sumy kosztów, które muszą zostać poniesione przez każdego wykonawcę.

Przystępujący oświadczył, że uwzględnił elementy cenotwórcze wskazane przez Odwołującego w przedłożonej kalkulacji.

Ad. Koszty materiałów wraz z podaniem ofert na ich zakup

Przedstawiona przez Przystępującego kalkulacja w wierszach od 4 do 48 przedstawia podział czynności (zakres naprawy) zgodny z dokumentami zamówienia oraz dokumentacją utrzymania pojazdów (DSU). W przypadku wszystkich czynności wiążących się z koniecznością zapewnienia materiałów zastępczych wskazano ich koszt lub wartość wykonania czynności przez podmiot zewnętrzny. Ceny materiałów oraz usług podmiotów zewnętrznych zostały potwierdzone odpowiednimi dowodami (plik „Oferty” strony 1-46). Odwołujący nie wskazał, ile w jego ocenie wynoszą minimalne koszty związane z zapewnieniem materiałów.

Ad. Koszty pracy wraz z podaniem liczby zakładanych roboczogodzin

Przedstawiona przez Przystępującego kalkulacja w wierszach od 4 do 48 przedstawia podział czynności (zakres naprawy) zgodny z dokumentami zamówienia oraz dokumentacją utrzymania pojazdów (DSU). Do każdej czynności została przypisana ilość roboczogodzin potrzebnych do wykonania poszczególnych czynności wraz z zestawieniem wartości robocizny. Czasochłonność została ustalona w oparciu o specyfikę czynności, posiadane

przez Przystępującego wieloletnie doświadczenie, w tym również przy realizacji podobnych projektów oraz wnikliwą analizę OPZ. Koszty pracy zostały udowodnione poprzez przedłożenie zanonimizowanych umów o pracę dla poszczególnych specjalistów. Uwzględniono koszty związane z zatrudnieniem pracowników - przedstawiono m.in. dowody potwierdzające wysokość kosztów ponoszonych z badaniami pracowniczymi oraz obsługą BHP. Odwołujący nie wskazał natomiast, ile w jego ocenie wynoszą minimalne koszty związane z kosztami pracy.

Ad. Koszty finansowe, koszty ogólnozakładowe i wydziałowe

Przedstawiona przez Przystępującego kalkulacja w wierszu 54 uwzględnia koszty administracyjne związane z funkcjonowaniem i obsługą przedsiębiorstwa. Tymczasem Odwołujący nie wskazał, ile w jego ocenie wynoszą minimalne koszty z funkcjonowaniem i obsługą przedsiębiorstwa. Odwołujący nie wyjaśnił także własnego rozumienia kosztów finansowych. Przystępujący wskazuje, iż nie będzie ponosił kosztów związanych z zapewnieniem dodatkowego finansowania.

Ad. Koszty udzielenia gwarancji

Przedstawiona przez Przystępującego kalkulacja w wierszu 55 uwzględnia koszty związane z zapewnieniem gwarancji. Odwołujący nie wskazał jednak, ile w jego ocenie wynoszą minimalne koszty związane z zapewnieniem gwarancji.

Ad. Zysk

Przedstawiona przez Przystępującego kalkulacja zakłada osiągnięcie zysku na rynkowym poziomie, odpowiadającym marży w tego typu projektach. Planowany zysk został przedstawiony w wierszu 61.

Ad. Koszty ryzyk

Budżet przewidziany na koszty związane z wystąpieniem czynników ryzyka został uwzględniony w wierszu 59 kalkulacji. Natomiast w wierszu 60 został przewidziany budżet na pozostałe i ewentualne inne koszty. Przystępujący przewidział zatem odpowiednią, niezbędną rezerwę na ryzyka oraz nieprzewidziane koszty. Przystępujący podkreślił, iż nie ma jednego modelu szacowania ryzyk i nieprzewidzianych kosztów jakie mogą wystąpić na etapie realizacji zamówienia. Przystępujący określając kwotę rezerwy bazował na własnych doświadczeniach oraz know-how nabytym w ramach podobnych zamówień.

Ad. Inne koszty wskazane przez Odwołującego

Odwołujący wskazał także na koszty inżynieringu, w tym prace projektowe w zakresie przystosowania pojazdu EN57AL-1530 do przewozu rowerów oraz koszty opracowania dokumentacji. Przystępujący wyjaśnił, iż uwzględnił koszty odbioru komisarycznego, koszty

transportu i jazd próbnych. Twierdzenia Odwołującego nie są prawdziwe, a przedmiotowe koszty (wartość netto) zostały uwzględnione w kalkulacji, tj.:

- wiersz 56 – „Koszty związane z kontrolą procesu realizacji zamówienia i odbiorów pojazdu”,
- wiersz 57 – „Koszty transportu pojazdu do/z miejsca naprawy”, - wiersz 58 – „Koszty jazdy próbnej (wielokrotna + pojedyncza)”.

Ponadto, w zakresie poszczególnych podzespołów zostały przypisane odrębne koszty związane z transportem. Koszty poszczególnych przejazdów (z rozbiem na trasy) zostały udowodnione przez Przystępującego wyceną przygotowaną przez firmę specjalizującą się w transporcie kolejowym oraz w usługach trakcyjnych (strona 43 – plik „Oferty”). Przystępujący wskazał, iż przedstawione w kalkulacji koszty są większe niż te wskazane przez Odwołującego.

Wyjaśnienia Przystępującego uwzględniały wszystkie elementy wskazane przez Zamawiającego. Zamawiający w skierowanym do Przystępującego wezwaniu wskazał na ogólne ustawowe przesłanki związane z wezwaniem, zażądał także odniesienia się do szczegółowo wskazanych następujących elementów:

- Przekładnia główna 275 GGM SO/549 – została uwzględniona w wierszu 40 kalkulacji. Koszty zostały wykazane odpowiednim dowodem – szczegółową ofertą (strona 37 – plik „Oferty”).
- Sprzęg czołowy Scharfenberga – została uwzględniona w wierszu 10 kalkulacji. Koszty zostały wykazane odpowiednim dowodem – szczegółową ofertą (strona 7 – plik „Oferty”).
- Sprężarka śrubowa 102ZW 01-2 wraz z silnikiem - została uwzględniona w wierszu 11 kalkulacji. Koszty zostały wykazane odpowiednim dowodem – szczegółową ofertą (strona 14 – plik „Oferty”).
- Zewnętrzne tablice hamulcowe - została uwzględniona w wierszu 11 kalkulacji. Koszty zostały wykazane odpowiednim dowodem – szczegółową ofertą (strona 14 – plik „Oferty”).
- Dławik filtra sieciowego - został uwzględniony w wierszu 20 kalkulacji. Koszty zostały wykazane odpowiednim dowodem – szczegółową ofertą (strona 25 – plik „Oferty”).
- Wyłącznik szybki - został uwzględniony w wierszu 36 kalkulacji. Koszty zostały wykazane odpowiednim dowodem – szczegółową ofertą (strona 29 – plik „Oferty”).
- Przetwornica statyczna - został uwzględniony w wierszu 37 kalkulacji. Koszty zostały wykazane odpowiednim dowodem – szczegółową ofertą (strona 20 – plik „Oferty”).
- Silnik trakcyjny - został uwzględniony w wierszu 38 kalkulacji. Koszty zostały wykazane odpowiednim dowodem – szczegółową ofertą (strona 31 – plik „Oferty”).
- Nastawnik jazdy - został uwzględniony w wierszu 26 kalkulacji. Koszty zostały opisane i udowodnione w części zastrzeżonej wyjaśnień Przystępującego.

- Klimatyzacja oraz przeprowadzenie diagnostyki na stanowiskach probierczych - została uwzględniona w wierszu 12 kalkulacji. Koszty zostały wykazane odpowiednim dowodem – szczegółową ofertą (strona 3 i 4 – plik „Oferty”).
- Kompletna rewizja zestawów kołowych - została uwzględniona w wierszu 9 kalkulacji.
- Czynności rewizyjne wykonywane są przez Przystępującego z wykorzystaniem własnej kadry. Przystępujący przedstawił odpowiednie wyliczenia w tym zakresie.
- Wykonanie dokumentacji dla przystosowania pojazdu do przewozu min. 30 szt. rowerów - została uwzględniona w wierszu 69 kalkulacji. Koszty zostały wykazane odpowiednim dowodem szczegółową ofertą (strona 45 – plik „Oferty”).
- Inne koszty – Przystępujący uwzględnił oraz udowodnił wysokość kosztów związanych m.in. z kosztami pracy, obsługą administracyjną, zapewnieniem gwarancji, koszty ryzyka.

Przystępujący podkreślił, że na wskazane wyżej zindywidualizowane zagadnienia przedstawił szczegółowe dowody, które nie budzą wątpliwości Zamawiającego. W pozostałym zakresie wezwanie miało czysto formalny charakter, stanowiło powtórzenie przepisów ustawy, co najważniejsze nie zawierało innych szczegółowo wyspecyfikowanych wątpliwości. Zamawiający nie sformułował żadnych kolejnych, konkretnych pytań lub wątpliwości dotyczących ceny oferty lub sposobu jej kalkulacji. Zamawiający wskazał wręcz, że wykonawca ma przedstawić wyjaśnienia w obszarach, które uważa za istotne.

Przystępujący przedstawił kalkulację cenową odpowiadającą charakterystyce zamówienia. Kalkulacja ta jest bardzo rozbudowana i obejmuje wszystkie elementy składowe zamówienia. Koszty wskazane dla poszczególnych pozycji zostały udowodnione odpowiednimi ofertami handlowymi oraz fakturami. Przedstawione dowody nie mogą budzić żadnych wątpliwości, co do ich rzetelności i realności. Poszczególne dane przedstawione w kalkulacji zostały wyjaśnione w części zastrzeżonej wyjaśnień.

Tymczasem Odwołujący wskazał jedynie, że udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia są lakoniczne i ogólnikowe, nie znając jednak pełnej treści wyjaśnień, przedstawionych tabel oraz załączonych dowodów, stąd twierdzenia Odwołującego należy ocenić wyłącznie jako gołosłowne.

W jawnej części wyjaśnień Przystępujący przedstawił ogólne informacje dotyczące swojej działalności rynkowej, które stanowiły dopełnienie szczegółowej kalkulacji oraz przedstawionych dowodów. W szczególności Przystępujący opisał swoje wieloletnie doświadczenie przy wykonywaniu konserwacji i napraw pojazdów szynowych, przedstawiając jedną ze zrealizowanych umów tj. umowę zawartą z Województwem Wielkopolskim na wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania dla 5 elektrycznych zespołów trakcyjnych.

Przystępujący wskazał, że różnica cenowa pomiędzy ofertą Przystępującego, a cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców nie jest znacząca. Odwołujący w

żaden sposób nie wyjaśnił oraz nie udowodnił, dlaczego nie jest możliwe wykonanie zamówienia za kwotę 11 576 145,00 zł (oferta Przystępującego), natomiast jest możliwe wykonanie zamówienia za kwotę 13 124 000,00 zł (oferta Polregio) oraz za kwotę 14 573 409,00 zł (oferta Odwołującego). Oferta Przystępującego jest o 11,58% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Różnica na takim poziomie wydaje się więc w pełni zawierać w rynkowej normie, a wynika ona z opracowanej szczegółowej kalkulacji, a nie zaś nierzetelnej wyceny usług. Tym samym bez wątpliwości stwierdzić można, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest rażąco niska.

Przystępujący przyznał, że kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 28 000 000,00 zł jest niemal dwukrotnie większa także od ceny oferty Odwołującego. Odwoływanie się zatem do tej wartości nie wydaje się słuszne i racjonalne.

Odwołujący w treści odwołania przywołał także tabelę sporządzoną przez pracownika Zamawiającego w toku szacowania wartości zamówienia. Odwołujący całkowicie pominął jednak informację, iż do przedmiotowej tabeli załączono dokumenty, na których oparto przyjęte wartości, które wprost pokazują, iż bazowano wyłącznie na krótkich informacjach prasowych opartych na wyborze oferty najkorzystniejszej. Całkowicie natomiast pominięto jakąkolwiek analizę porównawczą wymagań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia oraz projektu umowy. W treści samej notatki wskazano, iż została oparta na różnych wersjach pojazdów szynowych i przy różnych wymaganiach zakresu czynności. Tak przygotowana tabela nie może zatem stanowić nawet środka uprawdopodobniającego rażąco niską cenę w ofercie Przystępującego. Należy wyjaśnić, iż wszystkie postępowania na przeglądy P4 organizowane przez Zamawiających różnią się od siebie, bowiem w dużej części oparte są o dodatkowe wymagania zależne od potrzeb konkretnego Zamawiającego. Odnosząc się do przedmiotowej tabeli wskazać należy, iż obejmuje ona okres od 2017 r. do 2020 r. w którym miał miejsce drastyczny spadek cen tj. z 2 369 000 zł do 1 585 000 zł za naprawę jednego pojazdu. Tak znaczący spadek cen jest wynikiem przede wszystkim walki z istniejącymi monopolami, a co za tym idzie znacznym zwiększeniem konkurencji na rynku. W trzech ze wskazanych postępowań została złożona wyłącznie jedna oferta. Przystępujący zwraca uwagę, że znaczne obniżenie cen realizacji usług jednej naprawy elektrycznych zespołów trakcyjnych wynika z faktu, iż w porównaniu do postępowań na realizację ww. napraw przeprowadzonych we wcześniejszych latach na rynku pojawiło się znacznie więcej podmiotów posiadających odpowiednią wiedzę i doświadczenie do realizacji napraw elektrycznych zespołów trakcyjnych. W odróżnieniu do sytuacji sprzed kilku lat, obecnie znacznie więcej podmiotów działających na rynku napraw pojazdów szynowych posiadają wiedzę i doświadczenie do realizacji napraw pojazdów elektrycznych, co w konsekwencji znacznie wpłynęło na zmniejszenie cen realizacji napraw ww. pojazdów. Ponadto, dwa ze

wskazanych w tabeli postępowań dotyczyły przeglądów na poziomie P5, a nie jak w obecnym postępowaniu na poziomie P4.

Wskazana przez Odwołującego cena za naprawę jednego pojazdu w 2020 r. wyniosła 1 585 000 zł netto przy zamówieniu obejmującym naprawę wyłącznie jednego pojazdu. Obecne zamówienia obejmuje naprawę siedmiu pojazdów, co ma również przełożenie na możliwość obniżenia ceny jednostkowej. Przystępujący wskazał, że na rynku były już przeprowadzone postępowania, w których dokonywano wyboru oferty o zbliżonej wartości do oferty Przystępującego. W postępowaniu nr MWZ3-26-113-2018 prowadzonym przez Koleje Mazowieckie na:

- Wykonanie 27 napraw w poziomie utrzymania P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN57AL oraz

- Wykonanie 23 napraw w poziomie utrzymania P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN57AKM,

sam Odwołujący zaoferował ceny 1 350 000,00 zł netto za 1 szt. oraz 1 195 000,00 netto za 1 sztukę.

Przystosowanie pojazdu EN57AL-1530 do przewozu minimum 30 sztuk rowerów –
Zadanie II

Przystępujący zauważył, że wartość Zadania II jest znikoma w stosunku do całości zamówienia, tj. stanowi ok. 1 % wartości zamówienia u wszystkich oferentów. Przy wynagrodzeniu ryczałtowym, zdaniem Przystępującego, nawet wykazanie zbyt niskiej ceny za wykonanie jakiegoś elementu przedmiotu zamówienia nie może skutkować co do zasady uznaniem całej ceny za rażąco niską i w konsekwencji powodować odrzucenie oferty. Oferta Przystępującego za wykonanie zadania II wynosi 79 642,50 zł. Odwołujący szacuje koszty za wykonanie zadania II po cenach rynkowych w przedziale 120 000,00 – 180 000,00 zł. Według Odwołującego więc oferta Przystępującego nie została doszacowana na kwotę 40 357,50 zł, co przy wartości oferty wynoszącej 11 576 140,00 zł stanowi znikomą wartość (0,34% oferty), co w kontekście zakładanego zysku przesądza o bezzasadności argumentacji dotyczącej zadania II.

Przystępujący wyjaśnił, że przedstawił szczegółową kalkulację dotyczącą przystosowania pojazdu EN57AL1530 do przewozu minimum 30 sztuk rowerów. Kalkulacja ta uwzględnia wszystkie elementy kosztowe wskazane przez Odwołującego, a także szereg innych kosztów koniecznych do poniesienia. Kalkulacja została poparta dowodami. W zastrzeżonej części wyjaśnień zostały opisane poszczególne pozycje kosztowe zawarte w kalkulacji.

W wierszu 69 kalkulacji Przystępujący przedstawił koszty związane z opracowaniem wymaganej dokumentacji technicznej. Przedstawiony koszt wynika wprost z załączonej do wyjaśnień oferty biura projektowego (strona 45 – plik „Oferty”), specjalizującego się w

działalności w sektorze kolejnictwa. Oferta obejmuje w szczególności wykonanie prac projektowo konstrukcyjnych wraz z wykonaniem oceny istotności wpływu zmian. Oferta ta odwołuje się wprost do zadania II przedmiotu zamówienia i obejmuje wszystkie elementy wynikające z OPZ. Odwołujący nie wskazał jakie koszty według niego wiążą się z opracowaniem dokumentacji projektowej.

Przystępujący w przedłożonej kalkulacji przedstawił zakładaną ilość roboczogodzin potrzebnych do wykonania poszczególnych czynności wraz z przedstawieniem wartości robocizny. Do kalkulacji załączono dowody potwierdzające ceny materiałów i elementów niezbędnych do realizacji zadania (strona 44 – plik „Oferty”). Kalkulacja oraz zastrzeżona część wyjaśnień uwzględniają koszty związane z procedurami odbiorowymi. Ponadto należy wskazać, iż odwoływanie się wyłącznie do cen uzyskiwanych w ramach programów pilotażowych nie może stanowić dowodu przesądzającego o błędnej kalkulacji kosztów przez Przystępującego.

Kwestionując wyjaśnienia ceny złożone przez Przystępującego Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów ani nawet zasługujących na uwzględnienie argumentów świadczących o nierealnie niskim poziomie zaoferowanej ceny czy choćby o tym, że wyjaśnienia Przystępującego uznać należy za niezłożone.

Przystępujący wskazał, iż ustawa Pzp nie wprowadza zakazu kilkukrotnego wezwania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Zdaniem Przystępującego, odwołanie zostało wadliwie skonstruowane, gdyż przedmiotem prawidłowo wniesionego odwołania powinien być co najwyżej zarzut braku dalszego wezwania do wykonawcy do złożenia dalszych wyjaśnień i adekwatne do tego żądanie.

II. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SPS, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim SPS zamierza samodzielnie wykonać wszystkie prace objęte zamówieniem, zamiast zlecić naprawę określonych komponentów do ich producenta lub autoryzowanego serwisu producenta zgodnie z wymogami Zamawiającego, Przystępujący wskazał, co następuje:

Brak konkretyzacji zarzutu musi skutkować jego oddaleniem. Odwołujący wskazał wyłącznie, iż oferta Przystępującego jest niezgodna z załącznikiem nr 7 do SWZ. Należy wyjaśnić, iż załącznik nr 7 do SWZ to liczący 23 strony Opis przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie skonkretyzował zatem zarzutu tzn. nie wskazał żadnego konkretnego punktu czy postanowienia, z którym oferta Przystępującego rzekomo jest niezgodna. Tak ogólne stwierdzenia, jakie podniósł w niniejszej sprawie, nie mogą być traktowane jako prawidłowo sformułowane zarzuty. Sposób ich skonstruowania uniemożliwia dokonanie oceny ich zasadności. Odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego - powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co

oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich faktycznego zakresu.

Twierdzenie, iż Przystępujący nie będzie realizował zamówienia w sposób wynikający z Opisu przedmiotu zamówienia oraz Dokumentacji utrzymania pojazdów (DSU), w szczególności naprawy nie będą realizowane przez producentów podzespołów lub autoryzowane przez tych producentów serwisy jest nieprawdziwe i nie zostało poparte żadnymi dowodami. Przystępujący będzie realizował naprawy z udziałem wskazanych podmiotów, czego najlepszym dowodem jest zebrana i przedstawiona Zamawiającemu szeroka dokumentacja zawierająca oferty handlowe na dokonanie poszczególnych napraw i czynności wynikających z OPZ. W zastrzeżonej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Przystępujący przedstawił dedykowane oferty handlowe złożone przez podmioty uprawnione do dokonywania poszczególnych napraw i innych czynności. Oferty te pozwoliły Zamawiającemu ocenić czy poszczególne czynności wynikające z OPZ zostaną wykonane przez podmiot uprawniony. Przystępujący wprost wskazał, iż będzie korzystał z tych podmiotów. Zamawiający nie miał w tym zakresie żadnych wątpliwości i zaakceptował ofertę Przystępującego.

Co do charakteru informacji dotyczącej udziału podwykonawców przy realizacji zamówienia Przystępujący wskazał, że zarzut nie dotyczy sposobu wypełnienia przez Przystępującego formularza ofertowego w zakresie dotyczącym udziału podwykonawców przy realizacji zamówienia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej kształtuje się pogląd, zgodnie z którym ewentualne uchybienia dotyczące określenia zakresu prac powierzanych podwykonawcy nie uzasadniają odrzucenia oferty, bowiem informacje te nie stanowią treści oferty i mają charakter informacyjny (wyrok z dnia 4 sierpnia 2017 r., KIO 1528/17, wyrok z dnia 21 listopada 2017 r., KIO 2336/17). Wykonawcy nie muszą znać pełnej listy podwykonawców na etapie składania oferty, a ich wskazanie może nastąpić także na etapie realizacji umowy. Informacje dotyczące podwykonawców nie stanowią zatem treści oferty sensu stricto.

Przystępujący wyjaśnił, że określił zakres udziału podwykonawców w sposób wynikający z dotychczasowej praktyki panującej na rynku napraw pojazdów trakcyjnych. Dla wszystkich podmiotów działających na tym rynku, oczywistym jest, że pewien zakres prac musi zostać wykonany przez uprawnione podmioty, tj. w sposób wynikający z Dokumentacji utrzymania pojazdów (DSU). Także Zamawiający posiada taką wiedzę, gdyż zakres podwykonawstwa w tym przypadku kształtowany jest właśnie postanowieniami DSU. W treści złożonych wyjaśnień Przystępujący kilkakrotnie wskazywał i udowadniał, iż prace zostaną wykonane przez podmioty uprawnione.

Przystępujący wskazał, że Odwołujący opisał udział podwykonawców w następujący sposób: „Naprawa rewizyjna niektórych podzespołów wymienionych w OPZ”, tj. całkowicie

niejednoznacznie i nie dając żadnej wiedzy jaki jest realny udział podwykonawców w realizacji zamówienia. Gdyby zatem uznać, iż informacja dotycząca zakresu udziału podwykonawców stanowi podstawę do oceny oferty w zakresie ich zgodności z OPZ, to również oferta Odwołującego musiałaby podlegać odrzuceniu.

Ponadto, na etapie składania ofert Zamawiający nie oczekiwał od wykonawców żadnego oświadczenia czy dokumentów dotyczących realizacji części zamówienia przez podmioty uprawnione. Ocena ofert w tym zakresie polegała więc na weryfikacji ogólnego oświadczenia o zobowiązaniu do wykonania zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami SWZ. Zamawiający nie przewidział badania podwykonawców w zakresie potencjalnego wykluczenia, a projekt umowy dopuszcza wprowadzenie podwykonawstwa na etapie realizacji umowy. Wskazanie zakresu podwykonawstwa miało więc charakter wyłącznie informacyjny, który nie może rzutować na badanie i ocenę ofert.

III. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu kompletnych wyjaśnień złożonych przez SPS na skutek wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, Przystępujący wskazał, co następuje:

Odwołujący nie posiada interesu w zakresie przedmiotowego zarzutu, a jego uwzględnienie nie będzie miało wpływu na wynik postępowania. Przedmiotowy zarzut dotyczy wyłącznie dokumentów składanych w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Jednocześnie, Odwołujący stawia zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę. Tym samym, Izba już na etapie tego postępowania odwoławczego przesądzi, czy oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Ewentualne uwzględnienie odwołania jedynie w zakresie przedmiotowego zarzutu nie zmieni wyniku postępowania, nie wpłynie także na sytuację Odwołującego oraz nie będzie prowadzić do przywrócenia możliwości ponownego podnoszenia zarzutów w zakresie rażąco niskiej ceny. Tym samym, nawet ewentualne stwierdzenie zasadności przedmiotowego zarzutu, nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania.

Zamawiający udostępnił Odwołującemu część złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, co umożliwiło Odwołującemu sformułowanie szeregu zarzutów wobec złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, co samo w sobie dowodzi, że zaniechanie odtajnienia całości ww. wyjaśnień Przystępującego w żaden sposób nie wpłynęło na wynik przedmiotowego postępowania. Ponadto, Odwołujący zarzucił naruszenie art. 74 ust. 1 i 2 Pzp który stanowi, że protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Natomiast załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania – przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny. Odwołujący wskazał też na zasadę przejrzystości, a także zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący

kwestionuje zatem jedynie czynności Zamawiającego w zakresie udostępnienia dokumentów, a nie wynik badania i oceny ofert w zakresie zasadności zastrzeżenia przez Przystępującego części informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK. W ocenie Przystępującego, zarzut kwestionujący wynik badania i oceny ofert w zakresie zasadności zastrzeżenia informacji musi opierać się na art. 18 ust. 1 i 3 Pzp. Wszystkie czynności dokonane przez Zamawiającego były prawidłowe, w szczególności po wyborze oferty najkorzystniejszej udostępnił on Odwołującemu wszystkie dokumenty, które nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym, nie jest możliwe stwierdzenie naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

Przystępujący podkreślił, że Odwołujący zastrzegł własne wyjaśnienia ceny w zdecydowanie szerszym zakresie niż Przystępujący.

Przystępujący zastrzegając przedłożone Zamawiającemu wyjaśnienia przedstawił szerokie uzasadnienie, odnosząc się przy tym do poszczególnych przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 UZNK. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do przedstawionego uzasadnienia, czy poszczególnych przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 UZNK. Przystępujący wskazał, że opisał i przedstawił w uzasadnieniu procedury i środki stosowane w celu zachowania wybranych informacji w poufności. Działania te są stosowane w codziennej działalności Przystępującego. Ponadto, Przystępujący przedstawił listę działań i środków stosowanych w celu zachowania informacji w poufności, wskazując m.in. na stosowanie systemu RCP oraz kontroli dostępu, szyfrowanie poczty i stosowanie certyfikatów SSL, stosowanie VPN oraz brak udostępniania RDP na zewnątrz, stosowanie protokołów TCP/IP z zaporami firewall, czy też wprowadzenie wewnętrznej procedury przetwarzania informacji o poufnym charakterze. Z całą pewnością przedstawiona przez Przystępującego lista ma walor dowodowy.

Złożone wyjaśnienia ceny wskazują szczegółowy sposób kalkulacji ceny oferty poprzez odniesienie się do kosztów realizacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, zarówno jeśli idzie o koszty świadczenia zamawianych usług jak też i zysk Przystępującego. Ponadto, zastrzeżone informacje wskazują na warunki, na jakich będą współpracować z Przystępującym inne firmy zaangażowane w realizację pewnych elementów zamówienia. W szczególności, w załącznikach do wyjaśnień ceny podano szczegółowe informacje o cenach za jakie Przystępujący będzie nabywać poszczególne usługi czy podzespoły. Wszystkie powyższe informacje mają oczywistą i istotną wartość gospodarczą, gdyż stanowią źródło wiedzy o stosowanych upustach, rabatach, promocjach, czy po prostu o cenach oferowanych Przystępującemu przez osoby i firmy z którymi współpracuje. Informacje takie mają wartość gospodarczą, bowiem w oparciu o nie konkurencja Przystępującego będzie mogła łatwiej, a jednocześnie precyzyjniej szacować na ile wycenimy analogiczne usługi w innych postępowaniach dotyczących zamówień o

zbliżonym charakterze. Także sam fakt kooperowania (i wiedza na temat uzyskiwanych cen od kooperantów Przystępującego) ma istotne znaczenie gospodarcze. Ujawnienie tych informacji naraża Przystępującego na ryzyko przechwycenia lub utrudnienia realizacji kontraktów zawartych z naszymi współpracownikami.

Orzecznictwo Sądu Antymonopolowego (w aktualnym stanie prawnym Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów) jednoznacznie wskazuje źródła zaopatrzenia przedsiębiorcy, jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa (postanowienia Sądu Antymonopolowego z 15 maja 1996 r. (sygn. akt XVH Amz 1/96; opublikowane w Systemie informacji Prawnej LEX) i z 30 października 1996 r. (sygn. akt XVII Amz 3/96; opublikowane w Systemie Informacji Prawnej LEX). W świetle obowiązującego prawa i orzecznictwa ukształtowanego na jego podstawie nie może być jakichkolwiek wątpliwości, że informacje na temat kontrahentów Przystępującego spełniają kryterium informacji posiadającej wartość gospodarczą, o którym stanowi art. 11 ust. 2 UZNK. Informacją gospodarczą są oczywiście także informacje dotyczące cen zaproponowanych Przystępującemu przez współpracujące z nim podmioty za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia.

W złożonych wyjaśnieniach zostały wskazane i szczegółowo omówione obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej przez Przystępującego ceny. Informacje te niewątpliwie mają wartość gospodarczą, bowiem wskazane przez Przystępującego ww. obiektywne czynniki nie mają charakteru jednorazowego i nie dotyczą wyłącznie niniejszego postępowania, lecz będą oddziaływać na wysokość cen oferowanych przez Przystępującego w innych postępowaniach dotyczących zamówień o zbliżonym przedmiocie. Zapoznanie się z wyjaśnieniami złożonymi przez Przystępującego istotnie ułatwiłoby konkurencji szacowanie wysokości cen, które Przystępujący chciałby zaoferować w innych postępowaniach.

W świetle okoliczności przedstawionych powyżej nie ma wątpliwości, że Przystępujący, dokonując zastrzeżenia wyjaśnień ceny, wykazał, iż zawarte w wyjaśnieniach i zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., XIX Ga 167/07, wskazano, że zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu. Przystępujący zastrzegł jedynie szczegółową kalkulację cenową oraz załączone do niej dowody potwierdzające realność i prawdziwość stawek wskazanych w kalkulacji.

Zamawiający nie składał odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. Na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podniósł, że zarzuty nie są oparte na dokumentach, które zostały złożone Zamawiającemu przez Przystępującego w ramach wyjaśnień. Wskazał,

że szacowanie przedmiotu zamówienia w praktyce obiega od realnych cen ofert składanych w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego, przedstawiona kalkulacja przez Przystępującego, jest prawidłowa - wyjaśnienia te potwierdziły się. Zamawiający wskazał na ewidentne różnice jeśli chodzi o przejęte przez wykonawców sposoby kalkulacji ofert. Zamawiający zaakceptował takie wyjaśnienia przyjmując, że wykonawca może według swojego uznania przedstawić Zamawiającemu sposób skalkulowania ceny. Podkreślił, że wyjaśnienia Przystępującego są w pełni adekwatne do treści wezwania. Zamawiający podkreślił, że przystosowanie pojazdów do przewozu rowerów nie stanowi modernizacji w ścisłym znaczeniu tego słowa nie wymaga bowiem jakichś istotnych zmian konstrukcji pojazdu. Odwołujący nie wykazał niedoszacowania oferty Przystępującego na kwotę 300 tys. zł w odniesieniu do 1 szt. pojazdu. Doświadczenie ze zrealizowanego w 2021 r. zamówienia potwierdza, że zmiany w pojeździe mające na celu dostosowanie do przewozu rowerów mogą mieć charakter nieistotny, który nie wymaga przejścia wszystkich kosztownych procedur wskazywanych przez Odwołującego.

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 przedstawionych w odwołaniu, stosownie do art. 555 Pzp.

Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca: Serwis Pojazdów Szynowych . Sp. z o.o. Sp.K., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Izba dopuściła w ramach materiału dowodowego:

1. Pismo POLREGIO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 19 października 2021 r. na potwierdzenie oferty na wykonanie odbiorów komisarycznych jednego pojazdu w niniejszym zamówienia w kwocie – 16197,24 zł netto.

2. Pismo POLREGIO sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku z dnia 5 sierpnia 2021 r. – Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego o nazwie „Wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych EN57AL-1529 i EN57AL-1536” – na potwierdzenie ze SPS złożył ofertę na kwotę 4 946 789,40 zł natomiast Odwołujący ZNTK „Mińsk Mazowiecki” na kwotę 6 578 027,70 zł.
3. Pismo POLREGIO sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku z dnia 27 kwietnia 2021 r. – Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego o nazwie „Wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania (P4) wraz z pracami dodatkowymi elektrycznego zespołu trakcyjnego EN57AL-1543” – na potwierdzenie ze SPS złożył ofertę na kwotę 2 769 880,05 zł natomiast Odwołujący ZNTK „Mińsk Mazowiecki” na kwotę 3 189 759,00 zł.
4. Korespondencja elektroniczna z dnia 18 i 23 listopada 2021 r. – oferta na dostawę nadajników jazdy firmy SCHALTBAU (2155 Euro/szt.) - Tajemnica przedsiębiorstwa zastrzeżona przez Przystępującego.
5. Oferta Endego sp. z o.o. z dnia 12 stycznia 2022 r. na „wykonanie dokumentacji technicznej i konstrukcyjnej przystosowanie pojazdu typu 5B+6B+5B serii EN57AL-1530 do przewozu minimum 30 szt. rowerów w wagonie Ra pojazdu- na kwotę 135 200,00 PLN.
6. Pismo - Sieć Badawcza Łukasiewicz- Instytut Pojazdów Szynowych „TABOR” w Poznaniu z dnia 8 października 2021 r. – „Oferta – dopuszczenie do eksploatacji” na potwierdzenie etapów prac i ich wyceny.
7. Pismo - Sieć Badawcza Łukasiewicz- Poznański Instytut Technologiczny w Poznaniu z dnia 18 stycznia 2022 r. odnośnie „Postępowania w przypadku wprowadzenia zmian w pojazdach kolejowych dopuszczonych do eksploatacji”.

Przedmiotem zamówienia jest naprawa rewizyjna siedmiu elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 5B+6B+5B serii EN57AL o numerach 1527, 1530, 1296, 1528, 1574, 1519 i 1522 w zakresie odpowiadającym IV Poziomowi Utrzymania i przystosowanie pojazdu EN57AL-1530 do przewozu minimum 30 sztuk rowerów. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwa zadania:

1) naprawa rewizyjna siedmiu elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 5B+6B+5B serii EN57AL o numerach 1527, 1530, 1296, 1528, 1574, 1519 i 1522 w zakresie odpowiadającym IV Poziomowi Utrzymania, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 226 ze zm.), Dokumentacją Techniczno Ruchową (DTR), Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru (WTWiO),

Dokumentacją Systemu Utrzymania (DSU), a także odpowiednimi Europejskimi Normami i Kartami UIC, lub równoważnymi dokumentami, obowiązującymi w okresie trwania umowy.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Specyfikacja Warunków Zamówienia wraz z załącznikami oraz wykaz protokołów, które należy wypełnić w trakcie wykonywania napraw rewizyjnych dla poszczególnych elektrycznych zespołów trakcyjnych – załącznik nr 1 do umowy.

2) przystosowanie pojazdu EN57AL-1530 do przewozu minimum 30 sztuk rowerów które zostanie wykonane przez Wykonawcę w zakresie odpowiadającym zapisom stanowiącym załącznik nr 2 do umowy w trakcie wykonywanej naprawy rewizyjnej pojazdu określonej w pkt 1.

W rozdziale V SWZ Podwykonawstwo Zamawiający postanowił, że:

1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (podwykonawcom).
2. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań dotyczących przedmiotowego zamówienia.
3. Zamawiający wymaga, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców.
4. Obowiązki informacyjne Wykonawcy dotyczące zgłaszania podwykonawców zostały zawarte we Wzorze Umowy, stanowiącym Załącznik nr 6 do SWZ.

Zgodnie z treścią protokołu postępowania, wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 17.577.000,00 zł. Wartość zamówienia została ustalona w dniu 27.07.2021 r. na podstawie: Analizy danych z innych postępowań o udzielenie zamówienia oraz informacji rynkowych zebranych na podstawie:

Zadanie I. szacowania internetowego rynku podobnych zamówień i ofert ZNTK Mińsk Mazowiecki SA.

Zadanie II. Wyników oferty złożonej przez CSI Invest Sp. z o.o.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone trzy oferty:

- 1) oferta Serwis Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z ceną 11 576 145,00 zł brutto,
- 2) oferta Konsorcjum firm Polregio sp. z o. o. i CSI Invest sp. z o. o. na kwotę 16 142 520,00 zł brutto

3) oferta ZNTK „Mińsk Mazowiecki” S.A. w wysokości 14 573 409,00 zł brutto.

W danym stanie faktycznym nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 5 i 6 Pzp, poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień złożonych przez SPS w trybie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Izba nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 224 ust. 5 i 6 Pzp, poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień złożonych przez SPS na wezwanie Zamawiającego, a w konsekwencji – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z ust. 6, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podnosił w ramach niniejszego zarzutu, że oferta wykonawcy SPS zawiera rażąco niską cenę w porównaniu do wartości przedmiotu zamówienia i cen ofert przyjętych przez Zamawiającego do oszacowania wartości zamówienia.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Wszystkie oferty złożone w postępowaniu zawierają ceny niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Z uwagi na powyższe, wszyscy wykonawcy, w tym Przystępujący i Odwołujący, byli wzywani przez Zamawiającego do wyjaśnienia kalkulacji ceny oferty w trybie art. 224 ust. 1 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Wykonawca SPS zaoferował łączną cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia w wysokości 11 576 145 zł, która stanowi 54 % wartości szacunkowej zamówienia, przy czym wykonanie naprawy rewizyjnej jednego pojazdu serii EN57AL zaoferował w cenie 1 335 250 zł netto. Oferta wykonawcy SPS jest niższa jedynie o ok. 11% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Porównanie tej ceny do innych cen rynkowych, wskazywanych zarówno przez Odwołującego (m.in. w złożonych przez niego wyjaśnieniach kalkulacji ceny na wezwanie Zamawiającego), jak i wskazanych przez wykonawcę SPS, oferowanych w innych tego rodzaju zamówieniach potwierdza, że cena oferty SPS w przedmiotowym postępowaniu nie obiega w sposób rażąco od cen rynkowych.

Z informacji zebranych w postępowaniu odwoławczym odnośnie cen rynkowych na zbliżony przedmiot zamówienia wynika jednoznacznie, że szacunkowe ceny przeglądów rewizyjnych elektrycznych pojazdów szynowych zawarte w załączniku do notatki służbowej z dnia 27 lipca 2021 r. z czynności szacowania wartości zamówienia, sporządzonej przez Zamawiającego, nie odzwierciedlają aktualnych rzeczywistych cen rynkowych w odniesieniu

do przedmiotu zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem. Trzeba zauważyć, że z treści ww. notatki wynika, że została ona oparta na różnych wersjach pojazdów szynowych i przy różnych wymaganiach zakresu czynności. Nie ulega przy tym wątpliwości, że postępowania na przeglądy P4 organizowane przez różnych zamawiających różnią się wymaganiami, w zależności od konkretnych potrzeb danego zamawiającego.

Dodatkowo, jak wyjaśnił Przystępujący, czemu Odwołujący nie oponował, zestawienie cen zebranych przez Zamawiającego obejmuje okres od 2017 r. do 2020 r., w którym miał miejsce drastyczny spadek cen, tj. z 2 369 000 zł do 1 585 000 zł za naprawę jednego pojazdu, który był wynikiem przede wszystkim znacznego zwiększenia konkurencji na rynku.

Odwołujący sformułował rozpoznawane w tym miejscu zarzuty w znacznej części w oparciu o część ogólną wyjaśnień Przystępującego, która nie została zastrzeżona przez tego wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia te nie zawierają istotnych szczegółowych danych dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty przez wykonawcę SPS.

Cześć szczegółowa wyjaśnień złożonych przez wykonawcę SPS zawierająca w załączeniu liczne środki dowodowe spełniają wymogi wyjaśnień, które obalają domniemanie ceny rażąco niskiej w ofercie SPS. Przedmiotem wyjaśnień są konkretne informacje co do sposobu kalkulacji kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia. Są one także adekwatne do zakresu wezwania skierowanego przez Zamawiającego. Podkreślić przy tym należy, że treść tego wezwania nie została sformułowana w sposób indywidualny do tego wykonawcy. Wezwanie tej samej treści zostało skierowane przez Zamawiającego do wszystkich trzech wykonawców, co potwierdza, że Zamawiający wzywał do wyjaśnień w związku z formalną przesłanką, a nie w związku z powzięciem wątpliwości przez Zamawiającego co do wysokości zaoferowanej ceny.

Odwołujący, twierdząc, „iż nie ma możliwości rzetelnego i zgodnego z specyfikacją warunków zamówienia wykonania Zamówienia za cenę zaoferowaną przez SPS” okoliczności tej nie udowodnił, a nawet nie uprawdopodobnił w toku postępowania odwoławczego. Nie potwierdziło się stanowisko Odwołującego, że wykonawca SPS nie przewidział konieczności wykonania wszystkich napraw przewidzianych w ramach przedmiotu zamówienia przez podmioty uprawnione zgodnie z wymaganiem SWZ. SPS przedłożył kalkulację ceny potwierdzoną dowodami (oferty). Przystępujący przedstawił szczegółową kalkulację cenową. Przyjęte wartości zostały wykazane dowodami, w szczególności zostały udowodnione wszystkie elementy wskazane w wezwaniu Zamawiającego. Z treści wyjaśnień wykonawcy SPS nie wynika, aby wykonawca pominął koszty odbioru komisarycznego, które należało uwzględnić w cenie oferty (zgodnie z § 3 ust 1 wzoru umowy) oraz koszty transportu i koszty jazd próbnych (§ 3 ust 8 i 10 wzoru umowy).

W zakresie kosztów przystosowania pojazdu EN57AL-1530 do przewozu minimum 30 sztuk rowerów Izba zważyła, że zarzut został poparty przez Odwołującego argumentacją niewiarygodną. Odwołujący przedstawił koszty w zakresie wykonania dokumentacji technicznej oraz badań i oceny wykonanych zmian, które przewyższają cenę zarówno Przystępującego, jak i Odwołującego.

Odnosząc się do oczekiwań sformułowanych przez Odwołującego co do zawartości, formy i treści wyjaśnień, które powinien złożyć Przystępujący, podkreślić należy, że ustawa Pzp nie narzuca konkretnej formy czy sposobu przedstawienia wyjaśnień składanych w trybie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp. Każdy wykonawca może przedstawiać wyjaśnienia odnośnie ceny oferty według własnego uznania, byleby wyjaśnienia te były wyczerpujące, szczegółowe i przekonujące. Ustawa nie narzuca też wykonawcy, za pomocą jakich dowodów powinien uwiarygodnić swoje wyjaśnienia.

Wyjaśnienia złożone przez SPS stanowią w pełni merytoryczne uzasadnienie zaoferowanej ceny. Wskazywane przez SPS okoliczności takie jak doświadczenie wykonawcy, efekt skali i racjonalizacja kosztów prowadzenia działalności mają jedynie charakter wprowadzający do informacji bardziej szczegółowych, zawartych w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Przystępujący przedstawił kalkulację cenową odpowiadającą charakterystyce zamówienia. Kalkulacja ta jest rozbudowana i obejmuje wszystkie elementy składowe zamówienia. Koszty wskazane dla poszczególnych pozycji zostały udowodnione odpowiednimi ofertami handlowymi oraz fakturami. Przedstawione dowody nie budzą wątpliwości, co do ich rzetelności i realności. Poszczególne dane przedstawione w kalkulacji zostały wyjaśnione w części zastrzeżonej wyjaśnień.

Odwołujący podnosił, że nie ma możliwości rzetelnego i zgodnego z specyfikacją warunków zamówienia wykonania Zamówienia za cenę zaoferowaną przez SPS, jednak twierdzeń swoich nie udowodnił. W ocenie Odwołującego, szczególną uwagę należy poświęcić kosztom przystosowania pojazdu EN57AL-1530 do przewozu minimum 30 sztuk rowerów. Odwołujący oszacował powyższe koszty w przedziale 120.000-180.000 zł. Ponadto należy uwzględnić znaczne koszty zdaniem Odwołującego, na wykonanie badań niezbędnych do uzyskania dopuszczenia do eksploatacji tego pojazdu, które mogą być wykonane jedynie przez upoważniony podmiot, tj. przez Sieć Badawczą Łukasiewicz – Instytut Pojazdów Szynowych „TABOR” lub przez Instytut Kolejnictwa, a wykonawca SPS powinien w swoich wyjaśnieniach ceny uwzględnić ofertę od jednego z tych podmiotów i przedstawić dowód. Odwołujący wskazywał na rozprawie koszt 134 tys. zł za wykonanie dokumentacji i 104 tys. zł na przeprowadzenie badań i oceny zmian w pojeździe w wyniku dostosowania pojazdu do przewozu rowerów. W ocenie Izby powyższe twierdzenia nie

odzwierciedlają warunków rynkowych w sposób wiarygodny. Izba zwraca uwagę, że sam Odwołujący zaoferował wykonanie zadania II za kwotę 178 350.00 zł, która jest niższa od sumy kosztów powoływanych przez Odwołującego na rozprawie.

Z wyjaśnień SPS nie wynika, aby wymagane koszty nie zostały uwzględnione w ofercie Przystępującego. Izba nie zgodziła się z twierdzeniem Odwołującego, że cena zaoferowana przez wykonawcę CSI w zamówieniu pilotażowym powinna stanowić wyznacznik kosztów realnych dla innych wykonawców. W wierszu 69 kalkulacji Przystępujący przedstawił koszty związane z opracowaniem wymaganej dokumentacji technicznej. Przedstawiony koszt wynika z załączonej do wyjaśnień oferty biura projektowego, specjalizującego się w działalności w sektorze kolejnictwa. Oferta obejmuje w szczególności wykonanie prac projektowo konstrukcyjnych wraz z wykonaniem oceny istotności wpływu zmian. Oferta ta odwołuje się wprost do zadania II przedmiotu zamówienia i obejmuje wszystkie elementy wynikające z OPZ.

Kalkulacja oraz zastrzeżona część wyjaśnień uwzględniają koszty związane z procedurami odbiorowymi. Część utajniona wyjaśnień zawiera zestawienie kosztów, które potwierdza, że wykonawca SPS przedstawił wyjaśnienia mające wartość merytoryczną, które przekonały Zamawiającego co do możliwości wykonania przez wykonawcę zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia. Tym samym oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu.

Niezasadny jest zarzut naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SPS, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim SPS zamierza samodzielnie wykonać wszystkie prace objęte zamówieniem, zamiast zlecić naprawę określonych komponentów do ich producenta lub autoryzowanego serwisu producenta zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zarzut niezgodności treści oferty SPS z warunkami zamówienia został sformułowany w odwołaniu w sposób bardzo ogólny, Odwołujący wskazywał na niezgodność z Załącznikiem nr 7 do SWZ, który stanowi Opis przedmiotu zamówienia - Odwołujący nie wskazał żadnego konkretnego postanowienia, z którym niezgodna jest treść oferty Przystępującego.

W niniejszej sprawie nie było sporne wymaganie SWZ dotyczące zakresu prac, które muszą być wykonane przez producentów poszczególnych urządzeń lub ich autoryzowanych przedstawicieli. Jak wskazywał Przystępujący, dla wszystkich podmiotów działających na danym rynku, oczywistym jest, że pewien zakres prac musi zostać wykonany przez uprawnione podmioty, tj. w sposób wynikający z Dokumentacji utrzymania pojazdów (DSU) -

zakres podwykonawstwa w tym przypadku jest ukształtowany postanowieniami DSU. Jak sam też Odwołujący przyznał, zakres prac, które muszą być wykonane przez producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela wynika z opisu przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę sposób, w jaki wykonawcy przedstawili w swoich ofertach zakres przedmiotu zamówienia, który będzie wykonywany przez podwykonawców oraz fakt, że Zamawiający uznał wszystkie oferty za zgodne z warunkami zamówienia, nie ma podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów. Brak powtórzenia w treści oferty tego zakresu prac nie stanowi materialnej niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Ten brak ma charakter formalny, nieistotny z punktu widzenia treści oferty *sensu stricto*, a tym samym nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga fakt, że wykonawcy jednoznacznie potwierdzili w ofertach wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami SWZ (w tym OPZ).

Zauważyć należy, że sam Odwołujący opisał sposób określenia zakresu udziału podwykonawców jako: „*Naprawa rewizyjna niektórych podzespołów wymienionych w OPZ*”. Opis ten należy uznać *de facto* za równoznaczny z brakiem jego złożenia, gdyż nie posiada on żadnej wartości informacyjnej, merytorycznej.

Zauważenia wymaga także, że żaden z wykonawców nie wskazał w ofercie listy podwykonawców - ich wskazanie jest dopuszczalne na etapie realizacji umowy.

Powyższe potwierdza, że wskazanie zakresu podwykonawstwa w przedmiotowym postępowaniu miało charakter jedynie informacyjny, który nie może rzutować na ocenę ofert. Zamawiający, oceniając oferty, nie naruszył w tym przypadku zasady równego traktowania wykonawców.

Za nieuzasadniony należało uznać zarzut naruszenia przepisu art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu kompletnych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę SPS na skutek wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp, tj. treści pisma SPS z dnia 25 listopada 2021 r. w całości.

Odwołujący złożył w dniu 22 grudnia 2021 r. do Zamawiającego wniosek o udostępnienie m.in. protokołu postępowania wraz z załącznikami, w tym także wyjaśnień składanych przez wykonawcę SPS. W dniu 28 grudnia 2021 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu kopie wnioskowanych dokumentów, z wyłączeniem informacji, które zostały skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę SPS jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 74 ust. 1 Pzp, protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Zgodnie z ust. 2, załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:

1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,

2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków

– przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Zamawiający zrealizował wniosek Odwołującego o udostępnienie protokołu postępowania i załączników, zgodnie z ww. przepisami oraz z uwzględnieniem art. 18 ust. 1 i ust. 2 i ust. 3 Pzp.

Podkreślić należy, że Odwołujący nie zarzucał w odwołaniu naruszenia art. 18 ust. 1 Pzp, który stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne ani art. 18 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Odwołujący nie zarzucał również naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Odwołujący w uzasadnieniu niniejszego zarzutu nie odwoływał się do powyższych przepisów, podnosił jednak w argumentacji brak skutecznego zastrzeżenia przez wykonawcę SPS informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 25 listopada 2021 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności Odwołujący wskazywał, że wykonawca przedstawił jedynie własne deklaracje i oświadczenia, a nie przedstawił m.in. dokumentów wewnętrznych spółki, zarządzeń, regulaminów potwierdzających wdrożenie i stosowanie w praktyce systemu zabezpieczenia informacji.

Zauważyć należy, że zarówno samo zastrzeżenie, jak i uzasadnienie zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę, składane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stanowią oświadczenia wykonawcy. Obowiązek „wykazania” że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa polega przede wszystkim na przedstawieniu przez wykonawcę konkretnych okoliczności potwierdzających spełnienie wszystkich przesłanek wymaganych do uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazywane przez wykonawcę okoliczności muszą być rzeczowe, wiarygodne, spójne i konkretne na tyle, aby umożliwiły dokonanie oceny zastrzeżonych informacji w kontekście art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji. Obowiązek „wykazania” obejmuje przedstawienie, stwierdzenie, pokazanie, dowiedzenie okoliczności, na potwierdzenie zaistnienia (spełnienia) przesłanek, określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Powyższe nie jest tożsame jednak z obowiązkiem „udokumentowania” każdego stwierdzenia lub oświadczenia wykonawcy zawartego w takim uzasadnieniu.

W piśmie Przystępującego z dnia 25 listopada 2021 r. wykonawca SPS składając wyjaśnienia dotyczące ceny oferty zastrzegł część wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa i zawarł uzasadnienie tego zastrzeżenia. Przedstawione przez wykonawcę SPS uzasadnienie zastrzeżenia części wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ma charakter rzeczowy i wiarygodny. Wykonawca przedstawił obszernie uzasadnienie, odnoszące się do przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk. Wykonawca SPS opisał w uzasadnieniu procedury i środki stosowane w celu zachowania wybranych informacji w poufności, wskazując m.in. na stosowanie systemu RCP oraz kontroli dostępu, szyfrowanie poczty i stosowanie certyfikatów SSL, stosowanie VPN oraz brak udostępniania RDP na zewnątrz, stosowanie protokołów TCP/IP z zaporami firewall, wprowadzenie wewnętrznej procedury przetwarzania informacji o poufnym charakterze. Wykonawca załączył do uzasadnienia - wzór zobowiązania do zachowania poufności.

Przedstawione przez wykonawcę SPS uzasadnienie ma walor dowodowy. W ocenie Izby, nie można zgodzić się z Odwołującym, że w ramach „wykazania” że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 Pzp) wykonawca jest zobowiązany m.in. przedłożyć zamawiającemu całą dokumentację (dokumenty wewnętrzne spółki, zarządzenia, regulaminy) potwierdzającą wdrożenie w przedsiębiorstwie systemu zabezpieczenia informacji, do którego odwołuje się w swoim piśmie. Wzór zobowiązania do zachowania poufności przedłożony przez wykonawcę jest jednym z dowodów potwierdzającym, że taki system w przedsiębiorstwie obowiązuje. Dowód, że oświadczenia wykonawcy SPS w powyższym zakresie są bez pokrycia, spoczywał w tych okolicznościach na Odwołującym. Odwołujący nie uprawdopodobnił w postępowaniu swoich twierdzeń, zatem zarzut pozostał gołosłowny i jako taki nie podlegał uwzględnieniu przez Izbę.

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 oraz § 8 ust. 2 zd. pierwsze 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: