

Sygn. akt: KIO 1040/19

WYROK

z dnia 18 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 czerwca 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 czerwca 2019 r.** przez wykonawców **Konsorcjum firm: 1) Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. sp. k., ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon; 2) P.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych Trzeciewnica, ul. Powstańców Wlkp.13, 89-100 Nakło nad Notecią; z adresem: ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon** w postępowaniu prowadzonym przez **"Przewozy Regionalne" sp. z o. o. ul. Kolejowa 1, 01-217 Warszawa, Oddział Lubelski z siedzibą w Lublinie ul. Gazowa 4, 20-406 Lublin**

przy udziale wykonawcy **D.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „SELUCH” D.S., ul. Okrężna 12 a, 86-120 Pruszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: 1) Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. sp. k., ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon; 2) P.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych Trzeciewnica, ul. Powstańców Wlkp.13, 89-100 Nakło nad Notecią; z adresem: ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Konsorcjum firm: 1) Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. sp. k., ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon; 2) P.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych Trzeciewnica, ul. Powstańców Wlkp.13, 89-100 Nakło nad Notecią; z adresem: ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Konsorcjum firm: 1) Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. sp. k., ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon; 2) P.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych Trzeciewnica, ul. Powstańców Wlkp.13, 89-100 Nakło nad Notecią; z adresem: ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon** na rzecz **"Przewozy Regionalne" sp. z o. o. ul. Kolejowa 1, 01-217 Warszawa, Oddział Lubelski z siedzibą w Lublinie ul. Gazowa 4, 20-406 Lublin** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Naprawa główna 10 sztuk PowerPacków z 5-ciu pojazdów kolejowych typu 218Md serii SA134 - Postępowanie nr PRTc-251/1/2019*”; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25.03.2019 r. pod nr 2018/S 59-137569 przez "Przewozy Regionalne" Sp. z o. o., ul. Kolejowa 1, 01-217 Warszawa, Oddział Lubelski z siedzibą w Lublinie, ul. Gazowa 4, 20-406 Lublin zwana dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 28.05.2018 r. (umieszczając na Platformie Zakupowej Open Nexus) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty D.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „SELUCH” D.S., ul. Okrężna 12 a, 86-120 Pruszcz zwanego dalej: „SELUCH” D.S. albo „*wykonawcy SELUCH*” albo „*Przystępującym*”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta – Konsorcjum firm: 1) Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. sp. k. ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon; 2) P.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych Trzeciewnica, ul. Powstańców Wlkp.13, 89-100 Nakło nad Notecią; z adresem: ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon zwane dalej: „Konsorcjum SPS ” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 07.06.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum SPS wniosło odwołanie na czynność z 28.05.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). 1. Odwołujący zarzucił naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z naruszeniem art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę SELUCH, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i pomimo że wykonawca SELUCH nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp, a tym samym wykonawca SELUCH nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- b) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę SELUCH, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ;

c) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy SELUCH z postępowania, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

d) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty SELUCH niezgodnie z przepisami Pzp.

2. Wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- 1) unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez SELUCH jako najkorzystniejszej oferty;
- 2) powtórzył czynność badania i oceny ofert, w tym dokonał czynności odrzucenia oferty SELUCH oraz wykluczenia tego wykonawcy z postępowania,
- 3) dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych w postępowaniu ofert.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z naruszeniem art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę SELUCH, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i pomimo że wykonawca SELUCH nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust 1 Pzp, a tym samym wykonawca SELUCH nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, stwierdzić należy co następuje.

1. Zamawiający pismem z 15.05.2019 r. na podstawie art. 90 ust. 1 pkt 1a ppkt 1 Pzp w celu ustalenia, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do wykonawcy SELUCH o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności wyjaśnienie cen z poz. Nr 1, 11, 14, 15, 16, 17 Formularza cenowego. Podkreślić należy, że w świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy powyższe wezwanie było w pełni uzasadnione. Zamawiający wskazał w ww. wezwaniu, że „(...) w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły 4 oferty. Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert w tym postępowaniu jest o ponad 30% wyższa od ceny najkorzystniejszej oferty tj. oferty złożonej przez Pana”

2. Wykonawca SELUCH w dniu 20.05.2019 r. złożył do Zamawiającego pismo mające zawierać wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny. Jak wynika z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 28.05.2019 r. Zamawiający uznał powyższe pismo za wystarczające i nie odrzucił oferty wykonawcy SELUCH ze względu na rażąco niską cenę.

3. W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1a Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Stosownie do przepisu art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. W wyroku z 24.06.2010 r. (sygn. KIO/UZP 1157/10, również wyrok z 20.05.2016 r., sygn. akt: KIO 750/16) Izba stwierdza: „Wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust 1 p.z.p. ustanawia

domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia"

Podobne stanowisko prezentowane było również przez sądy powszechne, np. w wyroku SO w Częstochowie z dnia 1.04.2005 r. Podkreślenia wymaga, że koncepcja ta nie kłóci się z założeniem profesjonalizmu wykonawców, którzy, co oczywiste, nie działają non profit i których aktywność biznesowa obliczona jest na wygenerowanie zysku. Obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień, które w pierwszej kolejności powinny odnosić się do wątpliwości zamawiającego sformułowanych w wezwaniu. W przypadku, kiedy wezwanie dotyczy ceny oferty, wykonawca powinien odnieść się kompleksowo do zaoferowanej ceny, bowiem to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym powinien wykazać zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska. Istotne jest, aby składane wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego. Celem składanych wyjaśnień jest bowiem stworzenie u zamawiającego podstaw do stwierdzenia, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty było nieuzasadnione. Na konieczność przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dodatkowo wskazuje fakt, iż wykonawca zobowiązany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie tak, aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Prawo zamówień publicznych nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Każdy wykonawca ma obowiązek złożyć profesjonalne i kompletne wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oraz załączyć dowody dotyczące elementów ceny mających wpływ na jej wysokość w terminie wskazanym w wezwaniu. Przedstawione przez wykonawcę SELUCH wyjaśnienia są niekompletne w zakresie kalkulacji ceny i jej składowych. Dodatkowo wykonawca SELUCH nie załączył wiarygodnych dowodów lub w ogóle pominął dowody potwierdzające jego wyjaśnienia złożone w odniesieniu do poszczególnych pozycji Formularza Cenowego. Dokonując oceny wyjaśnień dot. ceny uznać należy, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez jego niezastosowanie i nieodrzućenie oferty SELUCH mimo tego, że wykonawca ten nie udowodnił, że cena przez niego zaoferowana nie jest ceną rażąco niską.

4. Przechodząc do pierwszej, ogólnej części wyjaśnień złożonych przez wykonawcę SELUCH (str. 2 pisma z 20.05.2019 r.) Odwołujący podkreśla, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca SELUCH ograniczył się ogólników, wręcz haseł, które niczego nie tłumaczą, w szczególności poziomu oferowanej przez tego wykonawcę ceny oferty.

Na str. 2 udzielonych wyjaśnień Wykonawca SELUCH wskazuje na:

- doświadczony zespół remontowo naprawczy oraz kadrę techniczną - nie wskazując nawet ile i jakie konkretnie osoby wchodzi w skład tego zespołu oraz kadry, a także jakie posiadają doświadczenie,

- wybrane rozwiązania techniczne (zespoły branżowe techniczne, koordynacja pracy, logistyka zamówień i dostaw itd.) - nie wskazując żadnych szczegółów tych rozwiązań, a w szczególności nie dowodząc, jak zaprezentowane rozwiązania techniczne przełożyły się na cenę oferty przetargowej złożonej w niniejszym postępowaniu,
- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne wykonawcy (baza techniczna, wdrożone środki i urządzenia techniczne, sprawna baza logistyczna, dostępność serwisów mobilnych) - nie wskazując żadnych szczegółów tych warunków, a w szczególności nie dowodząc, jak zaprezentowane rozwiązania techniczne przełożyły się na cenę oferty przetargowej złożonej w niniejszym postępowaniu, gdzie i jaką bazę techniczną posiada wykonawca, jakie środki techniczne wdrożył w trakcie prowadzenia swojej działalności gospodarczej, jakie posiada urządzenia techniczne oraz ile (i jakich) serwisów mobilnych jest dostępnych dla wykonawcy,
- koszty pracy - przy czym twierdzenie to nie znajduje żadnego odzwierciedlenia w dalszej części wyjaśnień oraz dowodach. Nie wiadomo bowiem iloma i jakimi osobami wykonawca zamierza świadczyć usługi objęte przedmiotem zamówienia i jakie są dokładnie koszty pracy tych osób.

Nie sposób zatem uznać, by tak lakoniczne wyjaśnienia czyniły zadość przepisom Pzp oraz wezwaniu Zamawiającego. Szczególnego podkreślenia wymaga okoliczność, że przedstawione na str. 2 pisma SELUCH wyjaśnienia nie zostały poparte żadnymi dowodami.

5. Odnosząc się do drugiej części wyjaśnień, zawartych na str. 3-6 pisma, Odwołujący zwraca uwagę, że wykonawca SELUCH wyjaśniając pozycje budzące największe wątpliwości Zamawiającego, tj. Nr 1, 11, 14, 15, 16, 17 Formularza cenowego, oparł się wyłącznie na czterech dowodach: kalkulacji indywidualnej (Zał. nr 1 do pisma SELUCH), Ofercie handlowej nr ZO 2926/GR/19 od P. R. sp. z o.o. z 07.05.2019 r. (Zał. nr 2 do pisma SELUCH), Ofercie cenowej MOTOBUS sp. z o.o. sp. k. z 08.04.2019 r. (Zał. nr 3 do pisma SELUCH) oraz Ofercie Maximus z 03.04.2019 r. (Zał. nr 4 do pisma SELUCH).

Zauważył, że przy każdej z ww. pozycji Formularza cenowego wykonawca SELUCH wskazywał wprost dowody, jakie składa na poparcie wyliczenia ceny z danej pozycji. O ile wyjaśniając poz. nr 1 wykonawca SELUCH oparł się na trzech dowodach (tj. Zał. nr 1, 2, 3), o tyle wyjaśniając poz. Nr 11 i 14 Formularza cenowego jako dowody wskazał wyłącznie zał. nr 2 i 3, dla poz. 15 i 16 Formularza cenowego – zał. nr 3 i 4, zaś dla poz. 17 Formularza cenowego - zał. nr 3. Okoliczność ta ma znaczenie dla oceny skuteczności złożonych wyjaśnień i obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, o czym mowa poniżej.

6. Oceniając stanowisko wykonawcy SELUCH zawarte na str. 3-6 pisma, zdaniem Odwołującego budzące największe wątpliwości Zamawiającego pozycje cenowe nie zostały wyjaśnione. W szczególności wykonawca SELUCH nie przedstawił wyjaśnień w sposób na tyle szczegółowy, aby można było je powiązać z przedstawionymi wraz z pismem dowodami.

Jak już wyżej podnoszono, wyłącznie wyliczenia dla poz. Nr 1 Formularza cenowego opierają się na trzech złożonych dowodach. Jeśli chodzi o zaprezentowane w Zał. nr 1 do wyjaśnień wykonawcy SELUCH „Koszty robocizny oraz normaliów”, to brak jest możliwości sprawdzenia przyjętych w kalkulacji założeń. Nie wiadomo, dlaczego wykonawca przyjął do kalkulacji ilość 240 roboczogodzin oraz stawkę 90 zł za jedną roboczogodzinę. Ani z wyjaśnień, ani z przedłożonej kalkulacji oraz pozostałych dowodów nie wynika, ile osób będzie zaangażowanych w realizację zamówienia i jaka jest wysokość ich wynagrodzenia. Pozostałe dowody (zał. nr 2 i 3 do wyjaśnień SELUCH) zostaną omówione poniżej.

Dalej, odnosząc się do pozostałych pozycji Formularza cenowego Odwołujący podkreśla, że jedynymi dowodami dla poz. Nr 11 i 14 są zał. nr 2 i 3 do wyjaśnień SELUCH, dla poz. Nr 15 i 16 – zał. nr 3 i 4, a dla poz. 17 – zał. nr 3. Jeśli chodzi o zał. nr 2 - Oferta handlowa nr ZO 2926/GR/19 od P. R. sp. z o.o. z 07.05.2019 r. Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z oświadczeniem P. R. sp. z o.o. jego oferta zawiera regenerowane podzespoły. Tymczasem zgodnie z postanowieniami Zał. nr 1 do SIWZ, opisującego zakres prac przy wykonywaniu naprawy głównej PowerPacków, możliwość regeneracji dotyczyła wyłącznie głowic, sprężarki powietrza (z zastrzeżeniem ewentualnej konieczności wymiany na nową), pompy i silników hydraulicznych (z zastrzeżeniem ewentualnej konieczności wymiany na nowe). Zatem nawet w odniesieniu do sprężarki powietrza, czy pompy i silników hydraulicznych, wykonawca jako profesjonalista winien założyć, że w toku realizacji zamówienia zajdzie konieczność wymiany tych elementów na nowe, a cenę nowych podzespołów uwzględnić w Formularzu cenowym.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w Ofercie handlowej wskazano, że jest ona „ważna do wyczerpania zapasów magazynowych” oraz „ważna 1 miesiąc od daty wystawienia”. W ocenie Odwołującego wykonawca SELUCH nie posiada więc gwarancji dostępności podzespołów oraz niezmienności ich cen. Przedłożona Oferta handlowa nie zabezpiecza więc pełnego okresu realizacji umowy w sprawie zamówienia. Niezależnie od powyższego, w odniesieniu do poz. Nr 14 Formularza cenowego, Odwołujący wskazuje, że na koszty tej pozycji, czyli wymiany okablowania Powerpacka, powinny składać się pozycje 123, 124, 125, 126, 127, 128 Oferty handlowej nr ZO 2926/GR/19 od P. R. sp. z o.o., które dopiero łącznie stanowią cenę okablowania Powerpacka. Zatem już tylko z dowodu przedstawionego przez wykonawcę SELUCH wynika, że wycena w Formularzu cenowym wymiany okablowania Powerpacka na kwotę 4850,00 zł jest rażąco zaniżona, poniżej kosztów realizacji,

Jeśli chodzi o załącznik nr 3 - Oferta cenowa MOTOBUS sp. z o.o. sp. k. z 08.04.2019 r. Odwołujący wskazuje, iż z treści tej oferty nie wynika ani, że dotyczy ona wykonawcy SELUCH, ani, że dotyczy ona oferty złożonej w ściśle określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie sposób zatem przyjąć, by Oferta Motobus miała jakkolwiek związek

z ofertą przetargową SELUCH i cenami tego wykonawcy zaoferowanymi w Formularzu cenowym. Z oferty tej nie wynika również, że obejmuje ona nowe podzespoły, czyli takie, jak wymagane w Zał. nr 1 do SIWZ niniejszego postępowania.

Jeśli chodzi o zał. nr 4 - Oferta Maximus Producent chłdnic z 03.04.2019 r. Odwołujący wskazuje, iż z treści tej oferty nie wynika, że dotyczy ona przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Oferta ta nie została również opatrzona jakimkolwiek podpisem ze strony producenta chłdnic. Z oferty tej nie wynika również, że obejmuje ona nowe podzespoły, czyli takie, jak wymagane w Zał. nr 1 do SIWZ niniejszego postępowania. Nadto, przedłożona oferta nie zabezpiecza interesu wykonawcy i pełnego okresu realizacji umowy w sprawie zamówienia, bowiem utraciła ważność w dniu 06.05.2019 r. W szczególności oferta ta pozostawała już nieaktualna w momencie składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Z powyższych względów uznał, że złożone wyjaśnienia (a w zasadzie ich brak) w odniesieniu do poz. Nr 1, 11, 14, 15, 16, 17 Formularza cenowego nie mogą stanowić podstawy do przyjęcia, że wykonawca SELUCH w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego obalił ciężące na nim domniemanie rażąco niskiej ceny.

7. Niezależnie od powyższego i z daleko idącej ostrożności Odwołujący podnosi, że zawarte w zał. nr 2, 3, 4 do pisma SELUCH z 20.05.2019 r. oferty mogą co najwyżej dowodzić ceny zakupu materiału (podzespołu). Natomiast złożone wyjaśnienia i dowody nie wskazują, że różnica pomiędzy ceną zakupu danego materiału a ceną podaną w konkretnej pozycji Formularza cenowego wykonawcy faktycznie uwzględnia wszystkie koszty niezbędne do wykonania prac wymaganych w SIWZ, w tym wynagrodzenie osób wykonujących prace objęte przedmiotem zamówienia równe lub wyższe minimalnemu wynagrodzeniu za pracę albo minimalnej stawce godzinowej wynikających z przepisów prawa czy choćby minimalny zysk wykonawcy z realizacji niniejszego zamówienia.

8. Podsumowując, Odwołujący podkreśla, że KIO w swoich wyrokach konsekwentnie wskazuje, iż niewystarczające jest ograniczenie się przez wykonawcę do wyliczenia w składanych wyjaśnieniach przykładowych czynników mających wpływ na zaoferowaną cenę. Jeżeli zatem wykonawca SELUCH w złożonych wyjaśnieniach ograniczył się do ogólnikowych stwierdzeń i nie wskazał w jaki konkretnie sposób powołane przez niego okoliczności wpłynęły na wysokość zaoferowanej przez niego ceny, to nie można złożonego przez niego pisma uznać za wyjaśnienia ceny. Stanowisko takie Izba wyraziła w szeregu orzeczeń, m.in. w:

- wyroku z 15.05.2012 r., sygn. akt: KIO 882/12: *„wyjaśnienia złożone przez odwołującego należało uznać za wyjątkowo ogólne, uniemożliwiające zamawiającemu dokonanie nawet próby przesądzenia/ czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji. Wykonawca posłużył się ogólnymi sformułowaniami, nawiązującymi do nieskonkretyzowanych okoliczności w oparciu o które nie sposób wywieść, jakie w istocie*

elementy cenotwórcze uwzględniono w cenie a także, w jaki sposób zasygnalizowane przez odwołującego w wyjaśnieniach okoliczności (oszczędności i brak potrzeby ponoszenia wyszczególnionych wydatków, jak no. preferencyjne warunki zakupu. amortyzacja i spłacenie sprzętu) przekładają się na cenę zaoferowaną w postępowaniu”.

- wyroku z 14.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1124/11: *„w świetle powyższego podzielono stanowisko odwołującego przedstawione w odwołaniu dotyczące niezłożenia przez przystępującego wymaganych wyjaśnień. Za takim wnioskiem przemawiały lakoniczne, ogólne formuły wyjaśnienia, odwołujące się do nieskonkretyzowanych okoliczności a także fakt, że nie sposób na podstawie tak dokonanych wyjaśnień wywieść, w jaki sposób zasygnalizowane przez przystępującego w wyjaśnieniach okoliczności przekładają się na cenę zaoferowaną w postępowaniu. Powyższe świadczy o niezłożeniu przez przystępującego wymaganych przez zamawiającego wyjaśnień i obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.”*

- wyroku z 25.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2465/10: *„w ocenie Izby, w sytuacji kiedy złożone wyjaśnienia nie pozwalają na zweryfikowanie wiarygodności ceny złożonej w ofercie, tj. nie zawierają informacji na temat rzeczywistego wpływu powoływanych okoliczności na wysokość ceny, wówczas wypełniona zostaje przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PrZamPubl. Celem, dla którego wykonawca wzywany jest do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowanie wysokości ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powinny one zatem osadzać się na konkretnych uwarunkowaniach, jakie towarzyszyć będą realizacji danego zamówienia i pozwalać na ocenę stopnia, w jakim wpływały na ustalenie poziomu kosztów. Jeżeli wykonawca powołuje się na pewne okoliczności, mające mieć wpływ na wysokość ceny, to powinien również wykazać w jaki sposób zostały one uwzględnione przy kalkulacji kosztów. Informacji takich nie zawierały wyjaśnienia złożone przez Mirbud S.A., przez co nie było możliwe stwierdzenie dopuszczalności ich uwzględnienia przez zamawiającego.”*

Nie można przy tym zapomnieć, że Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień ceny nakazał wyjaśnienie sposobu wyliczenia ceny oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu. Wskazanie przez Zamawiającego w szczególności na poz. Nr 1, 11, 14, 15, 16, 17 Formularza cenowego nie zwalniało wykonawcy SELUCH z obowiązku odniesienia się, choćby w sposób mniej szczegółowy, do pozostałych pozycji Formularza cenowego, co jednak nie zostało przez tego wykonawcę uczynione. Wykonawca SELUCH poprzez złożenie odpowiednich wyjaśnień i poparcie ich dowodami miał udowodnić, że cena jego oferty Inie jest rażąco niska. Jednak wykonawca ten nie uczynił zadość powyższemu obowiązkowi, co przesądza o konieczności odrzucenia jego oferty.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę

SELUCH, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, stwierdzić należy co następuje.

9. Postanowienia Zał. nr 1 do SIWZ opisują zakres prac przy wykonywaniu naprawy głównej PowerPacków. Jak już wyżej; podniesiono, zgodnie z treścią ww. Załącznika możliwość regeneracji podzespołów dotyczy i wyłącznie ściśle określonych przez Zamawiającego elementów, tj. głowic, sprężarki powietrza (z zastrzeżeniem ewentualnej konieczności wymiany na nową), pompy i silników hydraulicznych (z zastrzeżeniem ewentualnej konieczności wymiany na nowe). Wykonawca SELUCH wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny z dnia 20.05.2019 r. przedstawił dowody, na podstawie których kalkulował cenę ofertę, a tym samym ustalał sposób świadczenia usługi. Niewątpliwie zatem przedłożone wyjaśnienia wraz z dowodami odnoszą się do treści złożonej oferty. Jak wynika z Oferty handlowej ZO 2926/GR/19 od P. R. sp. z o.o. z 07.05.2019 r. niniejsza oferta zawiera ceny za regenerowane podzespoły. Okoliczność ta dowodzi, w jaki sposób wykonawca SELUCH ukształtował swoją ofertę i jak zamierzał wykonać umowę w sprawie zamówienia. Oczywistym pozostaje, że treść oferty SELUCH pozostaje niezgodna z treścią SIWZ z uwagi na nie spełnienie obowiązku wymiany podzespołów na nowe, co zostało ujawnione w toku wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Okoliczność ta jednocześnie tłumaczy tak niski poziom ceny oferty SELUCH, odbiegający w sposób istotny od cen ofert pozostałych wykonawców. W związku z powyższym oferta SELUCH podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy SELUCH z postępowania, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, stwierdzi co następuje.

10. Zgodnie z postanowieniami § 6 ust. 2 SIWZ Wykonawca musiał wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jedną umowę na naprawę PowerPacków o wartości brutto nie mniejszej niż 500 000,00 zł. Dalej, w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu, o których mowa w § 6 ust. 2 SIWZ, wykonawca musiał przedłożyć na wezwanie Zamawiającego wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie

Wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

11. Zamawiający pismem z 26.04.2019 r. wezwał wykonawcę SELUCH do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 3 i 4 SIWZ. W odpowiedzi na powyższe j wezwanie, wykonawca SELUCH złożył pismo z 29.04.2019 r. stanowiące oświadczenie własne, z którego wynika zakres wykonanej usługi, jej wartość oraz odbiorca. W tym miejscu Odwołujący podnosił, że wykonawca SELUCH nie dopełnił wymagań SIWZ i nie uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego, bowiem nie przedstawił wymaganych dokumentów, tj. wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane. Złożone oświadczenie własne p. D.S. nie wskazuje na daty wykonania usługi, a przede wszystkim nie jest dokumentem wystawionym przez odbiorcę wykonanej usługi i nie potwierdza należytego wykonania usług. Odwołujący z ostrożności wskazał, że możliwość zastąpienia dokumentów wymaganych zarówno postanowieniami SIWZ, jak i Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeniem wykonawcy jest wyjątkiem od reguły. Odwołujący podnosi, że wykonawca SELUCH odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z 26.04.2019 r. nie wskazał jakiegokolwiek uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze, z powodu której nie jest w stanie uzyskać dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług, wystawionych przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane. Wykonawca SELUCH nie przedstawił również żadnych dowodów na okoliczność braku możliwości uzyskania tych dokumentów.

12. W świetle powyższego, skoro wykonawca SELUCH w odpowiedzi na wezwanie nie przedstawił Zamawiającemu wymaganych w SIWZ dokumentów, to nie wykazał on, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w § 6 ust. 2 SIWZ.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty SELUCH niezgodnie z przepisami Pzp, stwierdzić należy co następuje. Powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, oferta złożona przez wykonawcę SELUCH podlega odrzuceniu, a wykonawca SELUCH - wykluczeniu,

Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą, tj. ofertą, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

Zamawiający w dniu 10.06.2019 r. wezwał (droga elektroniczną przy pomocy Platformy Zakupowej Open Nexus) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13.06.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) „SELUCH” D.S.” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: „SELUCH” D.S.”.

Zarzut pierwszy Odwołującego, jest niezasadny. Zamawiający korespondencją z 15.05.2019 r. poinformował, Przystępującego, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego wpłynęły 4 oferty oraz ustalono, że średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert w tym postępowaniu jest o ponad 30% wyższa od ceny najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, tym samym Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 pkt. 1a ppkt. 1 Pzp wezwał Przystępującego do udzielenia w terminie 21.05.2019 r. wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności o wyjaśnienie poz. 1, 11, 14, 15, 16 i 17 Formularza cenowego. Przystępujący pisemnie w dniu 20.05.2019 r. złożył do Zamawiającego wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w dniu 28.05.2019 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przystępujący, wbrew twierdzeniom Odwołującego, spełnił ciężący na nim obowiązek i wykazał, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Wyjaśnienia zostały przedstawione w sposób pełny, klarowny i czytelny – były wyczerpujące.

Przystępujący wskazał na czynniki mające istotny wpływ na zasadność wyjaśnień; nie przedstawił natomiast ogólnikowych stwierdzeń, jak próbuje wykazać Odwołujący. Zamawiający poddał analizie wyjaśnienia Przystępującego i przeprowadził dowody, które uznał za istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Ustawa nie określa katalogu dowodów, które wykonawca jest zobowiązany przedstawić Zamawiającemu, zatem Przystępujący przedstawił szczegółowo wyjaśnienia dotyczące ceny, ale również przedstawił dowody, które w sposób jednoznaczny, przy uwzględnieniu czynników rynkowych uzasadniały racjonalność jego oferty. Odmienna ocena Odwołującego i podkreślenie konieczności złożenia bardziej szczegółowych wyjaśnień nie czynią, że wyjaśnienia Przystępującego nie były wyczerpujące.

W konkluzji należy wyrazić pogląd, że złożone wyjaśnienia nie stanowiły przeszkody w realizacji celu postępowania. Zakres składanych wyjaśnień nie jest ograniczony strukturą zawartych stwierdzeń. Nie oczekuje się wymagalnej proporcji czy wzajemnych relacji między jego poszczególnymi częściami. Rozmiar wywodów wyjaśnienia poświęconych wskazaniu podstawy faktycznej nie jest kryterium dla dokonania oceny zasadności zarzutu naruszenia braku złożenia wyjaśnień ceny. Nawet zwarte ujęcie części rezolutywnej wyjaśnienia może bowiem zawierać wszystkie niezbędne jego elementy wymagane przez ustawodawcę.

Wyjaśnienia sporządzone zostały w sposób bardzo staranny i zawierają wszystkie elementy konieczne – są jasne i logiczne, dowody załączone są rzetelne i wiarygodne; sposób przedstawienia wyjaśnień jest również precyzyjny i wyczerpujący - pokazują motyw i wypełnienie obowiązku Przystępującego w postępowaniu.

Wniosek: Przystępujący złożył wyczerpujące wyjaśnienia. Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt.4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp wobec wykazania przez Przystępującego, że cena wskazana w ofercie nie jest rażąco niska.

Przystępujący w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny, wbrew twierdzeniom Odwołującego, przedstawił w sposób zwarty, systematyczny, parametry mające istotny wpływ na:

- kwestie oszczędności metody wykonania zamówienia z podkreśleniem korzystania z doświadczonego zespołu remontowo naprawczego, przy wykorzystaniu zespołu doświadczonych pracowników w sektorze napraw kolejowych, co w warunkach sprawnej logistyki i doboru sprzętu gwarantuje wykonanie zamówienia przy ponoszeniu mniejszych kosztów, co w konsekwencji pozwala na oszczędności w procesie napraw objętych zamówieniem;
- na zastosowanie wybranych rozwiązań technicznych z uwagą, że przy wykonywaniu zamówienia wdrożone zostały systemy pozwalające na pracę branżowych zespołów technicznych wykonujących w określonych czasie specjalistyczne prace a nadto, prace tych zespołów są koordynowane w sposób bazujący na wykorzystaniu doświadczenia i wiedzy zatrudnionych osób w sposób optymalny; nie bez znaczenia jest wiedza i doświadczenie osób, co pozwala sprawnie zdiagnozować problemy techniczne, tak aby zostały one rozwiązane bez zbędnej zwłoki bez ponoszenia dodatkowych kosztów;
- warunki wykonywania zamówienia z podkreśleniem, że stwarzają one potencjalne możliwości sprawnego i skutecznego wykonania zamówienia, takie jak baza techniczna, sprawne wykorzystanie dostępnych środków i urządzeń technicznych w lokalnej infrastrukturze technicznej a nadto zaplecze logistyczne oraz funkcjonowanie zespołów technicznych opartych na mobilnych serwisach technicznych;
- specyfikę i przystępność projektu wykonawcy ze wskazaniem na systemy, na bazie których wykonywane zostaje zamówienie, począwszy od diagnostyki, zaplanowania

szczegółowych robót, dostaw materiałów, weryfikacji bieżącej zakresu wykonywanych prac, wdrożenia mechanizmów etapowego wykonania zamówienia przy optymalnym wykorzystaniu zespołów branżowych oraz stałe monitoring postępu robót i dostaw materiałów na każdym etapie zamówienia)

- koszty pracy – wykorzystanie mechanizmów organizacyjnych i oparcie wykonywania zamówienia na stałych pracownikach, którzy niezależnie od posiadanej wiedzy i doświadczenia, podnoszą ciągle swoje umiejętności, tym samym wskazano, że wynagrodzenie do ustalenia ceny oferty jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia, co dla wykonawcy wykonującego prace specjalistyczne jest standardem.

Uwagi Odwołującego się do tzw. drugiej grupy wyjaśnień Przystępującego są nieracjonalne i niezasadne. Odwołujący upatruje zasadność swojego zarzutu w tym, że wyjaśnienia wykonawcy D.S. zostały złożone wyłącznie na podstawie czterech dowodów. Odwołujący pomija okoliczność, że w przekazanym Wykonawcy wezwaniu Zamawiający w sposób możliwie precyzyjny określił żądany zakres wyjaśnień czy też określił konkretne wątpliwości odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny wskazując w szczególności na wyjaśnienie poz. Nr 1, 11, 14, 15, 16 i 17 Formularza cenowego.

Odwołujący zamiast racjonalnie przedstawić swoją ocenę stawia zarzut oparcia wyjaśnień przez Przystępującego na kilku dowodach, co nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, skoro dowody te wypełniają przesłankę merytoryczności w wykazaniu podstawy ceny przyjętej przez Przystępującego. Odwołujący bezskutecznie poszukuje argumentów dla swojej tezy, oczekując złożenia większej i jeszcze większej ilości dowodów, aby rozbudowana ilość ostatecznie osiągnęła nasycenie terminem „wyczerpująca”. Nic bardziej prawdziwego. Nie ilość złożonej dokumentacji i dowodów świadczy o jakości wyjaśnień Przystępującego, ale przejrzystość dowodów i trafność argumentacji. Niekiedy nadmierna ilość dokumentacji i twierdzeń strony wręcz utrudnia zrozumienie istoty wyjaśnień, a także odróżnienie rzeczy rzeczywiście istotnych od nieistotnych, zważywszy, że przedmiotem dowodów w postępowaniu są okoliczności mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Wykonawca D.S. przedstawił w Wyjaśnieniach swoje stanowisko.

Zważył, że celem złożenia wyjaśnień było umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez Przystępującego kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę, dlatego też przedstawione zostały wyjaśnienia w sposób jednoznaczny, konkretny, ujawniając tym samym najważniejsze składniki cenotwórcze czynności wskazanych w Formularzu cenowym.

Zanegował argumentację Odwołującego w odniesieniu do Poz. Nr 1 Formularza cenowego. Koszt naprawy głównej został bowiem wyliczony na podstawie kalkulacji własnej,

uwzględniającą ilość roboczogodzin niezbędnych do wykonania czynności oraz stawkę przyjętą, dla tak skalkulowanych prac. Wykonawca wyraźnie wskazał, że pozycja w kosztów materiałów i robocizny została oparta na:

- kalkulacji indywidualnej „Koszty materiałów stały zakres prac”, „Koszty robocizny oraz normaliów”;
- „Oferty Handlowej nr ZO 2926/GR/19” od P. R. sp. z o.o. w Grójcu z 07.05.2019 roku;
- „Oferty cenowej” MOTOBUS sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy z 08.04.2019 r.

Ostatecznie suma kosztów jednostkowych kalkulacji własnej kosztów materiałów oraz robocizny opartej na doświadczeniu/wiedzy oraz ofercie materiałów dostępnych na rynku w wysokości 161 250,00 zł. (114 390,00 złotych + 46 250,00 zł.) stanowiła podstawę wyliczenia kosztu Naprawy głównej w poz. Nr 1 Formularza cenowego.

W odniesieniu do uwag Odwołującego dotyczących Oferty handlowej nr ZO 2926/GR/19” od P. R. sp. z o.o. w Grójcu z 07.05.2019 r. wskazał, że wykonawca D.S. prawidłowo przygotował swoją ofertę. Odwołując się do treści zał. nr 1 SIWZ wskazał, że zakres prac podlegający możliwości regeneracji dotyczył głowic, sprężarki powietrza, pompy i silników hydraulicznych, zatem wykonawca spełnił swoje wymagania przedstawiając dokumenty potwierdzające możliwość wykonania tych napraw w oparciu o regenerowane podzespoły. Koszt wykonania zostało oceniony racjonalnie.

Oferta wykonawcy została sporządzona w sposób gwarantujący wykonanie zamówienia z zabezpieczeniem jej wykonania. Uwagi dotyczące rzekomego zaniżenia ceny wymiany okablowania PowerPacka nie są poparte żadnymi dowodami i pozostają nieuprawnione.

Nieuprawnione pozostają również zastrzeżenia Odwołującego przyjęte za podstawę zarzutów odwołujące się do jednostronnej oceny „Oferty cenowej” MOTOBUS sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy z 08.04.2019 r., jak i „Oferty Maximus – Producent chłodnic” w Kargowa z 04.04.2019 r. – oferty przedmiotowe zostały przygotowane i złożone w związku z postępowaniem Przystępującego; a uwagi sugerujące, że możliwe oferowane podzespoły mogą być nie nowe - czynią zastrzeżenia mało poważnymi.

Przystępujący w obliczu powyższych uwag Odwołującego w odniesieniu do poz. Nr 1, 11, 14, 15, 16, 17 potwierdza, że wyjaśnienia zostały przedstawione Zamawiającemu w sposób czytelny i kompleksowy; nadto wykazał, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę i przedstawiona cena nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu ustawy. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, mechanizm wyjaśnienia ceny zamówienia został przez wykonawcę przedstawiony czytelnie, cenę skalkulowano rynkowo, zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji. Gołosłowne pozostają uwagi Odwołującego o ogólnych sformułowaniach, nieskonkretyzowanych okolicznościach, lakonicznych uwagach. Argumentacja przedstawiona przez Przystępującego oparta na dowodach, które

w najważniejszych pozycjach wyjaśnienia, jako kluczowe, zostały omówione stanowiły wypełnienie obowiązku przez wykonawcę.

Pozostałe trzy zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp, art. 91 ust.1 Pzp, stanowią następstwo stanowiska Odwołującego, który w sposób swobodny kwalifikuje ocenę wykonania obowiązków przez Przystępującego. Argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniu nie jest materialnie obiektywna, zamiast rzeczowej argumentacji, zawiera selektywną analizę jednostkowych pozycji wraz z kreowaniem zagrożeń; zastrzeżenia takie nie zostały jednoznacznie wykazane. W ocenie Przystępującego w obszernej argumentacji przedstawionej przez Odwołującego, uzupełnioną znanymi niewątpliwie stronom wyrokami KIO, w kwestii zarzutu dotyczącego wyjaśnień i dowodów wykonawcy jest stosunkowo niewiele treści obiektywnej przydatnej dla rozstrzygnięcia istoty odwołania. Przystępujący w przedmiotowym przystąpieniu przedstawił zwięźle swoje stanowisko, racjonalizując swoje twierdzenia i tam gdzie to możliwe ograniczają ich ilość dla przejrzystości argumentacji.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia się zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania przesłaną przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, a zwłaszcza postanowień SIWZ w tym wzorze umowy i zał. nr 1 do tego wzoru umowy, wyjaśnień postanowień SIWZ z 05.04.2019 r., informacji z 25.04.2019 r. o ofertach, które zostały złożone w postępowaniu, kopii oferty Odwołującego oraz kopii oferty Przystępującego, wezwania skierowanego do Przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 24.04.2019 r., odpowiedzi Przystępującego z 29.04.2019 r., wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 pkt 1a ppkt 1 Pzp pismem z 15.05.2019 r. wyjaśnień Przystępującego

z dnia 20.05.2019 r. wraz z dowodami: kalkulacją indywidualną „Koszty materiałów stały zakres prac”, „Koszty robocizny oraz normalistów”; ofertą Handlową nr ZO 2926/GR/19” od P. R. sp. z o.o. w Grójcu z 07.05.2019 r.; ofertą cenową MOTOBUS sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy z 08.04.2019 r., ofertą firmy Maximus z 03.04.2019 r. oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 28.05.2019 r.

Odnośnie opinii prywatnej - firmy PARATECHNICA Biuro Rzecznawców sporządzonej 17.06.2019r., a złożonej przez Odwołującego na rozprawie, Izba uznała niniejszą opinie za stanowiskiem strony w sprawie, czyli Odwołującego, stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba, czy też osoby, która (e) ją podpisała (y) wyraziła zawarty w niej pogląd.

Dodatkowo Izba zaliczył w poczet materiału dowodowego złożony przez Zamawiającego na rozprawie:

- 1) dwa opracowania własne, tj. 2 tabele: 1 dotyczy - szacowania wartości zamówienia z 28.12.2018r., 2 to zestawienie ofert w postępowaniu, w szczególności – cen jednostkowych – tzn. cen złożonych w tym postępowaniu, w szczególności w kontekście poz. 1, 11, 14, 15, 16 i 17 formularza cenowego;
- 2) kopie umowy (CRU-K/Zg/35/2017) na realizację zamówienia, którym wykazał się Przystępujący na rzecz Zamawianego;
- 3) wyciąg Dokumentację Systemu Utrzymania /Autobusu Szynowego Typu 218d/.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty:

- a) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z naruszeniem art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i pomimo że Przystępujący nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1Pzp, a tym samym Przystępujący nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- b) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ;

c) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Przystępującego z postępowania, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

d) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego niezgodnie z przepisami Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści odwołania, treść informacji z 25.04.2019 r. o ofertach które zostały złożone w postępowaniu (Przystępującego - 2 974 053,90 PLN; Autoryzowany Serwis Obsługi DTS-Szubin P. T. ul. Pałucka, 89-200 Szubin - 6 726 378,00 PLN; P. R. Sp. z o. o. ul. Armii Krajowej 43, 05-600 Grójec - 3 846 841,87 PLN; Odwołującego - 3 667 338,48 PLN), treści wezwania skierowanego do Przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 24.04.2019 r. („(...)na podstawie § 8 ust. 15 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wzywa Państwa do złożenia w terminie 10 dni tj. do dnia 07.05.2019 r. aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów o których mowa w § 7 ust. 3 i 4 SIWZ. (...)"), odpowiedzi Przystępującego z 29.04.2019 r. w ramach której Przystępujący powołał się na zamówienie realizowane na rzecz tego samego Zamawiającego choć innego oddziału („(...)usługa wymagana do spełnienia wymogów SIWZ została wykonana na rzecz Państwa Spółki zgodnie z umową CRU-K/Zg/35/2017 z oddziałem Lubuskim. Usługa polegała na wykonanie przeglądu P2 wraz z obsługą PowerPacków na 14000 mtg na łączną kwotę 760 000,00 zł netto. W tej samej umowie koszt samego przeglądu P2 wynosił 31 000,00 zł. Wartość przeglądu PowerPacków na 14000 mtg wynosiła 729 000,00 zł (...)"), wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 pkt 1a ppkt 1 Pzp pismem z 15.05.2019 r. („(...) informuje, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły 4 oferty. Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert w tym postępowaniu jest o ponad 30% wyższa od ceny najkorzystniejszej oferty tj. oferty złożonej przez Pana. W związku z tym, na podstawie art. 90 ust. 1 pkt 1a ppkt 1 ustawy Pzp Zamawiający wzywa Pana do udzielenia w terminie 21.05.2019 r. wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu. W szczególności prosimy o wyjaśnienie poz. Nr 1, 11, 14, 15, 16 i 17 Formularza cenowego. (...)"), wyjaśnień Przystępującego z dnia 20.05.2019 r. wraz z dowodami: kalkulacją indywidualną „Koszty materiałów stały zakres prac”, „Koszty robocizny oraz normaliów”; ofertą Handlową nr ZO 2926/GR/19” od P. R. sp. z o.o. w Grójcu z 07.05.2019 r.; ofertą cenową MOTOBUS sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy z 08.04.2019 r., ofertą firmy Maximus z 03.04.2019 r. oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 28.05.2019 r.

W ramach wyjaśnień Przystępującego z 20.05.2019 r. stwierdzono:

„Wyjaśnienie sposobu wyliczenia ceny oferty przez Wykonawcę

Podstawa prawna:

art. 90 ust. 1 pkt. 1a ustawy Pzp: „ W przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonego o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień (...)

Wyjaśnienie stanu faktycznego:

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego do dnia 25 kwietnia 2019 roku złożyli 4 oferty:

<i>Nr Oferty</i>	<i>Nazwa i adres Oferenta/Wykonawcy</i>	<i>Cena oferty (złotych)</i>	<i>Stosunek ceny oferty poz. nr 1 do innych ofert (%)</i>
<i>1</i>	<i>„Seluch” D.S, ul. Okrężna 12 a, 86? 120 Pruszcz-</i>	<i>2.974.053,90</i>	
<i>2</i>	<i>Autoryzowany Serwis Obsługi DTS-Szubin P. T., ul. Pałucka, 89-200 Szubin</i>	<i>6.726.378,00</i>	<i>226.17</i>
<i>3</i>	<i>P. R. sp. z o.o.</i>	<i>3.846.841,87</i>	<i>129,35</i>
<i>4</i>	<i>Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. sp. k. ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon Serwis Pojazdów Szynowych Autoryzowana Stacja Obsługi P.M., Trzeciewnica, ul. Powstańców Wielkopolskich 13, 89-100 Nakło nad Notecią</i>	<i>3.667.338,48</i>	<i>123,31</i>

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 3 456 421,50 złotych brutto. Wykonawca udziela wyjaśnienia dotyczących wyliczenia ceny w zakresie obejmującym kwestie oszczędności metody wykonania zamówienia (wskazanie: doświadczony zespół remontowy naprawczy, kadra techniczna z kilkunastoletnim doświadczeniem, sprawdzona logistyka), wybranych rozwiązań technicznych (wskazanie: zespoły branżowe techniczne, koordynacja pracy, logistyka zamówień i dostaw, doświadczenie i wiedza w rozwiązywaniu kwestii technicznych), wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych wykonawcy (wskazanie: dostępność bazy technicznej, wdrożone środki i urządzenia techniczne, sprawna baza logistyczna, dostępność serwisów mobilnych) oryginalności projektu wykonawcy (zaplanowanie i wdrożenie mechanizmów etapowego wykonania zamówienia przy optymalnym wykorzystaniu zespołów branżowych oraz materiałów do napraw), kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10

października 2012 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265) - i tu jako wskazanie Wykonawca informuje, że do ustalenia ceny oferty przyjął koszty pracy wyższe od minimalnego wynagrodzenia.

Należy wskazać, że w przekazanym Wykonawcy wezwaniu **Zamawiający w sposób możliwie precyzyjny określił żądany zakres wyjaśnień czy też określił konkretne wątpliwości odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny wskazując w szczególności na wyjaśnienie poz. Nr 1, 11, 14, 15, 16 i 17 Formularza cenowego.**

Skoro celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez Wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że Wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę, to poniżej Wykonawca przedstawia wyjaśnienia jednoznaczne, konkretne, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze czynności wskazanych w Formularzu cenowym:

Poz. Nr 1 - Naprawa główna (silnik, rama, przekładnia) - sztuk 10 cena jednostkowa netto - 161 250,00 złotych/1 sztuka

Wyliczenia kosztu naprawy głównej - nastąpiło na podstawie kalkulacji własnej obejmującej koszty materiałów i robocizny przyjętej na podstawie: r kalkulacji indywidualnej „Koszty materiałów stały zakres prac”, „Koszty robocizny oraz normalistów”;

- „Oferty Handlowej nr ZO 2926/GR/19” od P. R. sp. z o.o. w Grójcu z dnia 7 maja 2019 roku

- „Oferty cenowej” MOTOBUS sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy z dnia 8 kwietnia 2019 roku
przykładowo:

- regeneracja sprężarki powietrza - cena za 1 szt. - 7 930,00 złotych (poz. nr 3 kalkulacji indywidualnej „Kosztów materiałów stały zakres prac”) przy cenie zakupu - cena za 1 szt. - 7 809,47 złotych (poz. 88 „Oferta Handlowa”)

- wymiana rozrusznika - cena za 1 szt. - 3 600,00 złotych (poz. nr 10 kalkulacji indywidualnej „Kosztów materiałów stały zakres prac”) przy cenie zakupu - cena za 1 szt. - 3 500,00 złotych (poz. 113 „Oferta Handlowa”)

- wymiana korbowodu - cena za 1 szt. - 1 350,00 złotych netto (poz. nr 16 kalkulacji indywidualnej „Kosztów materiałów stały zakres prac”) przy cenie zakupu - cena za 1 szt. - 1 289,94 złotych (poz. 114 „Oferta Handlowa”).

Wniosek: suma kosztów jednostkowych kalkulacji własnej kosztów materiałów oraz robocizny opartej na doświadczeniu/wiedzy oraz ofercie materiałów dostępnych na rynku w wysokości 161 250,00 złotych (114 390,00 złotych + 46 250,00 złotych) stanowiła podstawę wyliczenia kosztu Naprawy głównej w poz. Nr I Formularza cenowego.

Dowód: kalkulacja indywidualna „Koszty materiałów stały zakres prac”, „Koszty robocizny oraz normalistów” — **załącznik nr 1.** „Oferta Handlowa nr ZO 2926/GR/19” od P. R. sp. z o.o. w Grójcu z dnia 7 maja 2019 roku - **załącznik nr 2.** „Oferta cenowa” MOTOBUS sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy z dnia 8 kwietnia 2019 roku - **załącznik nr 3.**

Poz. Nr 11 - Wymiana wałka rozrządu (wraz z popychaczami i wtryskami) - sztuk 6 cena jednostkowa netto - 9 930,00 złotych/1 sztuka

Wyliczenia kosztu wymiany wałka rozrządu - nastąpiło na podstawie kalkulacji własnej obejmującej koszty materiałów i robocizny przyjętej na podstawie indywidualnej kalkulacji oraz:

- „Oferty Handlowej nr ZO 2926/GR/19” od P. R. sp. z o.o. w Grójcu z dnia 7 maja 2019 roku;
- „Oferty cenowej” MOTOBUS sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy z dnia 8 kwietnia 2019 roku
przykładowo:

- wymiana wałka rozrządu - cena za 1 szt. - 9 930,00 złotych (poz. Nr 11 Formularza cenowego) przy cenie zakupu - cena za 1 szt. - 7 006,81 ,złoty (poz. 134 „Oferta Handlowa”) lub 8 500,00 złotych (poz. 5 „Oferta cenowa”)

Dowód: „Oferta Handlowa nr ZO 2926/GR/19” od P. R. sp. z o.o. w Grójcu z dnia 7 maja 2019 roku - **załącznik nr 2** „Oferta cenowa” MOTOBUS sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy z dnia 8 kwietnia 2019 roku - **załącznik nr 3**.

Poz. Nr 14 - Wymiana okablowania PowerPack’a - sztuk 6 cena jednostkowa netto - 4 850,00 złotych/1 sztuka

Wyliczenia kosztu wymiany okablowania PowerPack’a - nastąpiło na podstawie kalkulacji własnej obejmującej koszty materiałów i robocizny przyjętej na podstawie indywidualnej kalkulacji oraz:

- „Oferty Handlowej nr ZO 2926/GR/19” od P. R. sp. z o.o. w Grójcu z dnia 7 maja 2019 roku;
- „Oferty cenowej” MOTOBUS sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy z dnia 8 kwietnia 2019 roku
przykładowo:

- wymiana okablowania PowerPack’a - cena za 1 szt. - 4 850,00 złotych (poz. Nr 14 Formularza cenowego) przy cenie zakupu - cena za 1 szt. - 2 333,54 złotych (poz. 127 „Oferta Handlowa”) lub 2300,00 złotych (poz. 7 „Oferta cenowa”)

Dowód: „Oferta Handlowa nr ZO 2926/GR/19” od P. R. sp. z o.o. w Grójcu z dnia 7 maja 2019 roku - **załącznik nr 2** „Oferta cenowa” MOTOBUS sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy z dnia 8 kwietnia 2019 roku - **załącznik nr 3**.

Poz. Nr 15 - Wymiana chłodnicy cieczy chłodzącej silnika - sztuk 8 cena jednostkowa netto - 8 400,00 złotych/1 sztuka

Wyliczenia kosztu wymiany chłodnicy cieczy chłodzącej - nastąpiło na podstawie kalkulacji własnej obejmującej koszty materiałów i robocizny przyjętej na podstawie indywidualnej kalkulacji oraz:

- „Oferty cenowej” MOTOBUS sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy z dnia 8 kwietnia 2019 roku;
- „Oferty Maximus - Producent chłodnic” w Kargowa z dnia 4 kwietnia 2019 roku
przykładowo:

- wymiana chłodnicy cieczy chłodzącej - cena za 1 szt. - 8 400,00 złotych (poz. Nr 15 Formularza cenowego) przy cenie zakupu - cena za 1 szt. - 7 000,00 złotych (poz. 8 „Oferta cenowa”) lub 8 100,00 złotych (poz. 1 „Oferta Maximus - Producent chłodnic”).

Dowód: „Oferta cenowa” MOTOBUS sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy z dnia 8 kwietnia 2019 roku - załącznik nr 3. „Oferta Maximus - Producent chłodnic” w Kargowa z dnia 4 kwietnia 2019 roku - załącznik nr 4.

Poz. Nr 16 - Wymiana chłodnicy intercoolera - sztuk 4 cena jednostkowa netto - 7 400,00 złotych/l sztuka.

Wyliczenia kosztu wymiany chłodnicy intercoolera - nastąpiło na podstawie kalkulacji własnej obejmującej koszty materiałów i robocizny przyjętej na podstawie indywidualnej kalkulacji oraz:

- „Oferty cenowej” MOTOBUS sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy z dnia 8 kwietnia 2019 roku;
- „Oferty Maximus - Producent chłodnic” w Kargowa z dnia 4 kwietnia 2019 roku

przykładowo:

wymiana chłodnicy intercoolera - cena za 1 szt. - 7 400,00 złotych (poz. Nr 16 Formularza cenowego) przy cenie zakupu - cena za 1 szt. - 6 000,00 złotych (poz. 9 „Oferta cenowa”) lub 7 100,00 złotych (poz. 2 „Oferta Maximus - Producent chłodnic”).

Dowód: „Oferta cenowa” MOTOBUS sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy z dnia 8 kwietnia 2019 roku - załącznik nr 3. „Oferta Maximus - Producent chłodnic” w Kargowa z dnia 4 kwietnia 2019 roku - załącznik nr 4.

Poz. Nr 17 - Wymiana kompensatorów wydechowych - sztuk 4 cena jednostkowa netto - 1 240,00 złotych/1 sztuka

Wyliczenia kosztu wymiany kompensatorów wydechowych - nastąpiło na podstawie kalkulacji własnej obejmującej koszty materiałów i robocizny przyjętej na podstawie indywidualnej kalkulacji oraz:

- „Oferty cenowej” MOTOBUS sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy z dnia 8 kwietnia 2019 roku;

przykładowo:

wymiana kompensatorów wydechowych - cena za 1 szt. - 1 240,00 złotych (poz. Nr 17 Formularza cenowego) przy cenie zakupu - cena za 1 szt. - 800,00 złotych (poz. 10 „Oferta cenowa”)

Dowód: „Oferta cenowa” MOTOBUS sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy z dnia 8 kwietnia 2019 roku - załącznik nr 3.

Wykonawca w sposób rzetelny przedstawił wyjaśnienia, załączając odpowiednie dowody tam gdzie istotne czynniki kosztotwórcze kształtowały cenę naprawy. Wykonawca ma świadomość, że o fakcie, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga ostatecznie Zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego

dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, dlatego też Wykonawca w sposób jak najbardziej przejrzysty wraz z załączonymi dowodami złożył przedmiotowe wyjaśnienia.

Wykonawca pragnie dodatkowo wskazać, że przedstawione wyjaśnienia oparte zostały na cenach rynkowych materiałów i robocizny, przy czym zaznacza jednocześnie za uzasadnieniem orzeczenia Sądu Okręgowego w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10) że: „Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame.”

Wyjaśnienie zostały złożone przez Wykonawcę przy zachowaniu należytej staranności i przy zabezpieczeniu interesu Zamawiającego. (...).”

Nadto, zgodnie z § 6 ust. 2 SIWZ Zamawiający wymagał: „Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w § 6 ust. 1 i 2. Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu Postępowania, Zamawiający może na każdym etapie Postępowania wezwać Wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu lub spełniają warunki udziału w Postępowaniu, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Oświadczenia lub dokumenty powinny być złożone w formie elektronicznej i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zgodnie z § 8.”. Z kolei na potwierdzenie wymogu Zamawiający oczekiwał w § 8 ust. 4 SIWZ: „W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu, o których mowa w § 6 ust. 2, Wykonawca musi przedłożyć na wezwanie Zamawiającego wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 4 do SIWZ), oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal

wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.”

Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu trzeciego, Izba uznała że podlega on oddaleniu. W tym zakresie Izba kierowała się art. 26 ust. 6 Pzp w zw. z § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126 oraz z 2018 r., poz. 1993). Przewiduje on obowiązek wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Owo wskazanie powinno, zdaniem składu orzekającego, być na tyle konkretne, aby Zamawiający mógł zidentyfikować postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym niezbędne dokumenty zostały przez wykonawcę złożone. Przy czym, wskazanie takie powinno nastąpić w momencie, w którym zaistniała konieczność odwołania się do dokumentów będących w posiadaniu Zamawiającego. (za wyrokiem KIO z 13.07.2018-07-13 r., sygn. akt: KIO 1278/18). Zgodnie bowiem z przepisem art. 26 ust. 6 ustawy „Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy Z kolei przepis § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju sprawie rodzajów dokumentów (...) stanowi, że „W przypadku wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy, zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy, korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne”. Takimi dokumentami są w szczególności dowody, o których mowa w § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia. (za wyrokiem KIO z 26.10.2017 r., sygn. akt: KIO 2160/17). Jeżeli więc Zamawiający posiada dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, to wykonawca na wezwanie Zamawiającego nie ma obowiązku ich złożenia, lecz ma obowiązek wskazać dokumenty, które posiada Zamawiający.

W przedmiotowym stanie faktycznym jak wynika z dokonanych ustaleń – Przystępujący poinformował Zamawiającego pismem z 29.04.2019 r., że powołuje się na zamówienie zrealizowane na jego rzecz, choć dla innego oddziału. Zgodnie z dokonanymi

ustaleniami przez Zamawiającego potwierdzonymi złożoną na rozprawie kopią umowy /CRU-K/Zg/35/2017/ (oświadczył także, że dysponuje stosowną referencją), wykazane zamówienie odpowiada wymogowi postawionemu przez Zamawiającego w § 6 ust. 2 SIWZ, zostało zrealizowane należycie i pozytywnie zweryfikowane przez Zamawiającego. Jednocześnie Izba wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego zgodnie z którym: „Zamawiający nie kwestionuje, że każdy oddział został umocowany do prowadzenia zamówień, jednakże nie są one odmiennymi Zamawiającymi i uczyniono, to jedynie dla celów technicznych.”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego, Izba uznała że podlega on oddaleniu. Po analizie postanowień SIWZ, tak zał. nr 1 do wzoru umowy, jak i samej umowy, tudzież odpowiedzi na pytania z 15.04.2019 r. (odpowiedź na pytanie 3), Izba uznała, że brak jest dostatecznych podstaw do uznania, że zaoferowany asortyment był niezgodny (czy też nie odpowiadał postanowieniom SIWZ). Mimo bowiem znajdowania się w zał. nr 1 do wzoru umowy w pkt 3 ppkt 3 stwierdzenia, że: „w razie konieczności wymiana na nowa sprężarkę” (tylko w jednym wypadku – nie w każdym związanym z elementem regenerowanym, nie ma takiego zapisu przy regeneracji głowic /pkt 3 ppkt1/) należy zauważyć, że umowa rzeczywiście odwołuje się do dokumentacji technicznej w § 1 ust. 2 oraz § 6 ust. 2, m.in. której wyciąg złożył na rozprawie Zamawiający (wyciąg Dokumentację Systemu Utrzymania /Autobusu Szynowego Typu 218d/).

Z kolei sama odpowiedź na pytanie 3 z 15.04.2019 r. jest niejednoznaczna i ma charakter warunkowy: („Pytanie nr 3)

Wykonawca zainteresowany przedmiotowym zamówieniem zapytał o komentarz do formularza cenowego (Załącznik SIWZ 1.1 do oferty) w następujący sposób:

Dlaczego zakwalifikowanych do wymiany, są tylko 24 tłoki i tuleje cylindrowe (na 60)?

Jeśli jest to naprawa główna z poziomu P4, de facto przywracająca parametry silników zbliżone poziomem do silników fabrycznie nowych, wymianie podlegają na nowe wszystkie kompletne zestawy: tłok/tuleja cylindrowa.

Czy zostały przez PR dokonane fachowe pomiary tychże elementów?

Zmierzono: kanały pod pierścieniowe, otwory pod sworznie tłoków, pomierzone tuleje cylindrowe oraz sprawdzone pod kątem kawitacji?

Jednakże eksperymenty dokonywane na wnioski zamawiających (pomimo pomiarów) ponownych montażu elementów nie sprawdzały się.

Pojawiały się nadmierne luzy sworzni oraz na otworach pod pierścieniami.

Czy oznacza to, iż 36 kompletów tłok/tuleja ma być zamontowanych starych ?

Poza tym w zakupie do silników R85L (inny typ tłoka niż w serii od R80 do R84), są tylko możliwe do zakupu oryginalne tłoki i tuleje cylindrowe sprzedawane w zestawach (tłok-tuleja).

De facto silniki mają ponownie przejechać 16.000 mth.

Dlaczego zostały zakwalifikowane tylko do wymiany 4 bloki silnikowe, 4 wały korbowe, 4 kolejne bloki i wały mają być naprawiane.

A co z pozostałymi 2-ma wałami oraz blokami silnikowymi ?

Głowice silnika - 15 zostało zakwalifikowanych do wymiany.

Zostały już zweryfikowane jako złomowe nie nadające się do naprawy? Jeśli głowice nie są pęknięte, na specjalistycznych maszynach poddawemy podzespół regeneracji, do stanu fabrycznie nowego (szlif, wymiana 100 % prowadników, uszczelniaczy, tych zaworów i sprężyn, które nie nadają się regeneracji również na dedykowanych do tego maszynach).

Czy jest ew. możliwość obejrzenia tych podzespołów i dokonania własnej analizy wraz z pomiarami ?

Odpowiedź nr 3)

Zamawiający oczekuje wykonania napraw powerpacków zgodnie z zakresem opisany w pkt. 3 załącznika nr 1 do umowy, która jest załącznikiem nr 5 do SIWZ.

Czynności będące przedmiotem zapytania będą wykonywane tylko w przypadku kiedy podczas weryfikacji silników zostanie stwierdzona konieczność ich wykonania ze względu na ich uszkodzenia lub zużycie eksploatacyjne, potwierdzone wynikami pomiarów.

W celu ustalenia wysokości wynagrodzenia ze te czynności, zostały one ujęte w formularzu cenowym.

Poszczególne ilości czynności np. wymiany tłoków czy napraw bloku silnika są ilościami szacunkowymi, które Zamawiający ustalił na podstawie doświadczenia nabytego podczas eksploatacji powerpacków.

Liczby te służą do sprawiedliwej oceny wszystkich złożonych ofert i ustalenia maksymalnej kwoty wynagrodzenia za całość usługi.

W toku wykonywania umowy możliwe jest, jeżeli taka będzie konieczność zlecenie np. wymiany wszystkich 60- ciu tłoków wraz z tulejami, a nie zlecenie żadnej wymiany bloku silnika, gdyby okazało się, że wszystkie nadają się do dalszej eksploatacji.

Podobnie jest z innymi pracami dodatkowymi. Zamawiający nie przeprowadzał własnych badań i pomiarów.

Regeneracja głowic silnika jest w zakresie stałym naprawy i musi być wykonana w ramach wynagrodzenia za stały zakres naprawy.

Zamawiający zapłaci dodatkowo tylko za nową głowice, której zakup będzie podyktowany tym, ze starej nie da się zregenerować.

Pojazdy, z których PowerPacki są przedmiotem zamówienia są obecnie eksploatowane i oględziny są możliwe tylko podczas przerw pomiędzy rozkładowymi kursami bez demontażu podzespołów.”).

Powyższe jest zbieżne, że stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym na rozprawie. Zgodnie z którym nie musi być to wyłącznie „wymiana na nowe”, gdyż: „*musi być to element zgodny z dokumentacją techniczną o parametrach ściśle wskazanych tam*”. W konsekwencji wszelkie niejasności postanowień SIWZ i udzielonych odpowiedzi, w tym wypadku z 15.04.2019 r. (odpowiedź na pytanie nr 3) należy rozpatrywać na korzyść w tym wypadku Przystępującego. Brak jest podstaw do obciążania Przystępującego negatywnymi konsekwencjami takich, a nie innych postanowień SIWZ. Zostało to celnie wskazane przykładowo w wyroku KIO z 16.04.2015 r. sygn. akt: KIO 660/15: *"Należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców"*. Podkreślono także w uchwale KIO z 03.08.2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, że: *"Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego."*. Podobnie w wyroku SO w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15: *"Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny; a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)"* oraz w wyroku SO w Szczecinie z 07.03.2018 r. (sygn. akt. VIII Ga 102/18) wskazujący, że: *"Wyrażona w art. 7 ust 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk [por. postanowienie TSUE z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17, Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o. o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu; wyrok TSUE z 2.06.2016 r. w sprawie C-27/15, Pizzo v. CRGT Srl; wyrok TSUE z 7.04.2016 r. w sprawie C-324/14, Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, Monitor Prawniczy z 2016 r., Nr 11, s. 570; oraz wyrok TSUE z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów"*.

Uznając zarazem przy tym, że rozstrzygający charakter będzie zawsze miała dokumentacja techniczna, w tym także - Dokumentację Systemu Utrzymania /Autobusu Szynowego Typu 218d/.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu pierwszego, Izba uznała że podlega on oddaleniu. W tym wypadku, po pierwsze Izba dostrzeżę kwestie „rażąco zawyżonej ceny”, podkreśla, że ten element nie stanowił przedmiot odwołania, a także pojęcie takie nie funkcjonuje w zamówieniach publicznych, a przynajmniej w ustawie Pzp. W konsekwencji stwierdzając, że Zamawiający w sposób właściwy odczytał orzecznictwo Izby i zasadnie nie odstępował od wezwania.

Po drugie, Izba uznała, że wskazane sześć pozycji (Nr 1, 11, 14, 15, 16 i 17 Formularza cenowego) w wezwaniu skierowanym przez Zamawiającego do Przystępującego ma charakter istotny, kluczowy dla zaoferowanej ceny. Jednocześnie uznając wobec ich istotności, że część o charakterze ogólnym wyjaśnień jest na potrzeby tego konkretnego wezwania w tym kontekście wystarczająca.

Odnosnie przedstawionych wyjaśnień co do owych sześciu pozycji formularza cenowego. To w pierwszej kolejności, Izba uznała, co do podważanych, a złożonych jako dowody wraz z wyjaśnieniami ofert handlowych kooperantów Przystępującego, że Wykonawca miał wykazać możliwość dysponowania określonymi wartościami cenowymi, co niewątpliwe uczynił. Kwestia o charakterze ścisłym, że dla konkretnego postępowania i w kontekście złożonej oferty przez Przystępującego jest pożądana, ale nie bezwarunkowa, z uwagi na stanowisko wyrażone powyżej. Przy czym, Izba wskazuje co podnosił na rozprawie Zamawiający, a czego sens sprowadzał się do tego, że daty tych ofert są zbieżne z terminem składania ofert obowiązującym w jego postępowaniu. Niewątpliwe także Przystępujący przedstawił oferty cenowe na zakup określonych podzespołów, których ceny mieszczą się w poszczególnych pozycjach cenowych pozostawiając jeszcze element cenowy na inne koszty.

Przedstawił także opracowanie własne kalkulację indywidualną „*Koszty materiałów stały zakres prac*” oraz „*Koszty robocizny oraz normalistów*”. W drugiej z nich znajduje się także koszt robocizny. Odnosnie tego, że ten koszt dotyczy tylko poz. 1, a nie pozostałych pięciu zakwestionowanych pozycji, Izba podnosi za Zamawiającym, którego stanowisko uznała za własne i podzieliła (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „*Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, co słusznie zauważył uczestnik w odpowiedzi na skargę.*”), że Przystępujący w ramach kosztów naprawy głównej przedstawił przykładowo - koszt wymiany rozrusznika, co wiąże się z naprawą silnika, a podana cena za 1 roboczogodzinę – 90 PLN, ma zastosowanie do pozostałych pozycji.

Przywołał także poz. 12 i 13 formularza cenowego, gdzie podano koszt – naprawy wałka rozrządu oraz koszt wymiany głowicy silnika. W zakresie poz. 14 formularza cenowego, Izba podkreśla, że kwestia wymiany okablowania, tak czy inaczej (tzn. czy chodziło tylko o PLD, czyli samą wiązkę, czy też wymianę całego okablowania) należy odnieść do cen w obu ofertach kooperantów, nie tylko oferty Motobus Sp. z o.o. Sp. k. W ofercie handlowej kooperanta z firmy P. R. Sp. z o.o. jest zaoferowana cena zbliżona i nie ma tam zastrzeżenia iż dotyczy to PLD /wiązki/. Brak jest podstaw do podważania na zasadzie analogi w tym zakresie w oferty firmy P. R. Sp. z o.o., która wielokrotnie była przywoływana przez strony na rozprawie, jako kluczowy źródło części na rynku kolejowym. Izba także przyznaje racje Zamawiającemu, że po odjęciu w poszczególnych sześciu pozycjach formularza cenowego cen za zakup podzespołów, pozostaje także wystarczająca kwota na pozostałe koszty, w tym koszt transportu.

Dodatkowo dla jasności, Izba stwierdza, że według jej oceny opinia prywatna operuje cenami katalogowymi, dodatkowo bazuje na innej ofercie handlowej firmy P. R. Sp. z o.o. niż złożoną przez Przystępującego. Nie uwzględnia realiów staję współpracy między stałymi kooperantami. W rezultacie jest nieprzydatna.

Jednocześnie Izba podkreśla, że nie bez wpływu na ocenę wyjaśnień Przystępującego z 20.05.2019 r. i brak celowości ewentualnego dopytywania, co jest ogólnie przyjęte w orzecznictwie w określonych okolicznościach i pod pewnymi warunkami, miała kwestia oferty, której cena *de facto* spowodowała zaistnienie po stronie Zamawiającego obowiązku wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pkt 1a ppkt 1 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu czwartego, Izba z uwagi na oddalenie pozostałych zarzutów, jako konsekwencję, uznała, że także ostatni z zarzutów podlega oddaleniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek

Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....