

Sygn. akt: KIO 2177/10

WYROK
z dnia 21 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Katarzyna Prowadzisz

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 października 2010 r. przez **Solaris Bus & Coach S.A. ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62 - 005 Owińska** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Częstochowie Sp. z o.o., al. Niepodległości 30, 42-200 Częstochowa**

przy udziale wykonawców: **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** oraz **Konsorcjum: NEWAG S.A., KONCAR Elektricna vozila d.d., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Solaris Bus & Coach S.A. ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62 - 005 Owińska i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Solaris Bus & Coach S.A. ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62 - 005 Owińska tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Częstochowie Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Zakup składów tramwajowych dla potrzeb nowej linii tramwajowej w Częstochowie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2010/S 140-216021 w dniu 22 lipca 2010 r.

W dniu 28 września 2010 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding w Bydgoszczy.

Odwołujący, Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Owińskach wniósł w dniu 7 października 2010 r. odwołanie wobec:

- zaniechania przez zamawiającego czynności przekazania wykonawcom lub zamieszczenia na stronie internetowej, treści zapytań wraz z wyjaśnieniami,

- czynności rozstrzygnięcia postępowania z uwzględnieniem oferty wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding (zwany dalej „PESA”), której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również zawiera rażąco niską cenę oraz z uwzględnieniem oferty wykonawcy Konsorcjum: NEWAG S.A. i KONCAR Elektricna Vozila d.d. (zwane dalej Konsorcjum NEWAG), która jest niezgodna z treścią siwz. Powyższymi czynnościami odwołujący zarzucił niezgodność z przepisami ustawy Pzp: art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1, art. 38 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej Pzp.

W dniu 28 września 2010 r. zamawiający przekazał odwołującemu informację o ocenie ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty, natomiast w dniu 1 października 2010 r. zamawiający ujawnił odwołującemu część dokumentacji przetargowej, z której odwołujący powziął wiadomość o braku przekazania wykonawcom treści zapytania do siwz wraz z wyjaśnieniami. Zamawiający największą ilość punktów przyznał ofercie wykonawcy PESA, na drugim miejscu sklasyfikował ofertę Konsorcjum NEWAG, na trzecim - ofertę Solaris.

Odwołujący wyjaśnił w uzasadnieniu odwołania, iż gdyby zamawiający rozstrzygnął postępowanie bez naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp, to odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia. Wniósł o unieważnienie postępowania, alternatywnie o powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty PESA i NEWAG oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego.

W kwestii zarzutu zaniechania przekazania wykonawcom lub umieszczenia na stronie internetowej treści zapytań wraz z wyjaśnieniami, zgodnie z art. 38 Pzp odwołujący wskazał,

że z dokumentacji przetargowej w sposób nie budzący wątpliwości wynika, iż wykonawca PESA w dniu 24 sierpnia 2010 r. zwrócił się do zamawiającego na piśmie z zapytaniem dotyczącym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnośnie możliwości zmiany jednego z warunków technicznych przedmiotu zamówienia. Wykonawca szczegółowo uzasadnił swoje stanowisko. W dniu 26 sierpnia 2010 r. zamawiający pisemnie udzielił odpowiedzi ww. wykonawcy przywołując w treści pisma art. 38 ust. 4 oraz art. 38 ust. 6 Pzp wraz z informacją, że nie zmienia treści siwz oraz nie przesunął terminu składania ofert. Odwołujący podniósł, iż art. 38 ust. 2 Pzp nakazuje zamawiającemu ujawnienie treści zapytania oraz wyjaśnienia poprzez przekazanie tej treści wykonawcom, którym przekazał siwz, bądź zamieszczenie dokumentów na stronie internetowej, bez ujawniania źródła zapytania. Zamawiający zaniechał tej czynności, tym samym pozbawił wykonawców, (oprócz PESA), możliwości zapoznania się z treścią pytania i udzielonych wyjaśnień. Zdaniem odwołującego, już sam fakt wymiany korespondencji z zamawiającym w trybie określonym w art. 38 Pzp, bez ujawniania jej pozostałym uczestnikom postępowania, stawia danego wykonawcę w dużo korzystniejszej pozycji w momencie tworzenia oferty, gdyż ma on większą wiedzę w stosunku do pozostałych uczestników postępowania. Nie sposób ocenić jakie znaczenie może mieć dla poszczególnych wykonawców treść pytania jak i wyjaśnień, jednak ustawa Pzp nie wartościuje tego, nakazując zamawiającemu bezwzględnie i bez wyjątków ujawniać zarówno zapytania jak i wyjaśnienia, nawet wówczas gdy korespondencja jest krótka, bądź uznana przez któregokolwiek z uczestników postępowania za nieistotną. Jak pokazał przebieg postępowania, zamówienie uzyskał wykonawca, który jako jedyny miał dostęp do treści złożonego zapytania oraz udzielonego przez zamawiającego wyjaśnienia, odnosząc niewątpliwie z tego tytułu nieuprawnioną korzyść. Odwołujący wskazał, że wykazanie naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, stanowi podstawę do uwzględnienia odwołania.

Odwołujący podniósł także kolejny zarzut tj. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez PESA, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stwierdził, iż w postępowaniu oceniane były trzy oferty, w których ceny przedstawiały się w sposób następujący:

1. PESA - netto: 41 230 000,00; brutto: 50 300 600,00 PLN
2. NEWAG - netto: 51 625 000,00; brutto: 62 982 500,00 PLN
3. Solaris - netto: 51 192 124,00; brutto: 62 454 391,28 PLN.

Zamawiający, bezpośrednio przed otwarciem ofert, podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia (cena brutto), tj. 63 440 000,00 PLN.

Zdaniem odwołującego, już na pierwszy rzut oka da się zauważyć wyraźny dysonans pomiędzy kwotą oferowaną przez wykonawcę PESA, a pozostałymi cenami oferowanymi przez pozostałych wykonawców oraz kwotą, którą podał zamawiający przed otwarciem ofert.

Odwołujący podkreślił, iż zamawiający na etapie oceny ofert powziął wątpliwości co do wystąpienia przesłanki rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy PESA, albowiem zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienia w trybie art. 90 Pzp. W świetle zasad doświadczenia życiowego biorąc pod uwagę fakt, że zamawiający jest profesjonalistą prowadzącym działalność związaną z przewozami tramwajowymi od wielu lat, trudno uznać, że nie ma wystarczającego rozeznania rynku, aby „pomylić” się w szacowaniu wartości zamówienia o ponad 13 mln złotych. Odwołujący zauważył, że dwie pozostałe oferty różnią się od kwoty podanej przez zamawiającego, jak również od siebie - w przedziale nie większym niż 1 mln zł. Zatem cena oferty PESA w tym postępowaniu znacznie odbiega od szacunków i realiów rynkowych, zachodzą zatem przesłanki uznania ceny za rażąco niską.

Powołując się na orzecznictwo KIO (wyrok KIO z dnia 23.01.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 58/2009) odwołujący zauważył także, iż wezwanie w trybie art. 90 Pzp do złożenia wyjaśnień powoduje przerzucenie ciężaru dowodu w zakresie wykazania braku rażąco niskiej ceny na wykonawcę. Natomiast wykonawca PESA, udzielając wyjaśnień, ograniczył się jedynie do kilku ogólnych wywodów, które w żaden sposób nie wykazują jakie konkretnie składniki kosztowe pozwalają wykonawcy w tak znaczący sposób odbiegać od cen obowiązujących powszechnie na rynku. Wykonawca PESA nie wskazał także na poziom zysku, jaki mógłby osiągnąć realizując zamówienie. W świetle zasad doświadczenia życiowego, użyte w wyjaśnieniu wykonawcy PESA „argumenty” o charakterze nieostrym lub niedookreślonym nie mogą stanowić dla zamawiającego wiarygodnego wyjaśnienia.

Zamawiający, chcąc działać w sposób rzetelny i bezstronny winien dokonać choćby pobieżnej weryfikacji oświadczeń PESA zawartych w treści ww. pisma, gdzie PESA przywołuje inne, realizowane przez siebie zamówienia, powołując się na ewentualne oszczędności w produkcji tramwajów spowodowanych tzw. „efektem skali”, tj. realizację dużej ilości zamówień. Zdaniem odwołującego powyższe twierdzenia nie zasługują na uwzględnienie, gdyż zamówienia na dostawę tramwajów, charakteryzują się znaczną odmiennością. Tramwaje nie są produktem seryjnym, ale produktem złożonym, skomplikowanym technicznie, produkowanym na indywidualne zamówienie. Sam wykonawca PESA wielokrotnie w ramach także tego postępowania podkreślał ów indywidualizm zamówienia.

W celu dokonania oceny zasadności oświadczenia wykonawcy w tym zakresie zamawiający winien porównać oferowane przez wykonawcę ceny w innych, choćby tych wskazanych przez wykonawcę, postępowaniach:

1. przetarg Warszawa - 6 459 000,00 zł. netto (przy zamówieniu na 186 szt.)
2. przetarg Gdańska - 7 050 000,00 zł. netto (przy zamówieniu na 35 szt.)
3. przetarg Częstochowa - 5 534 768.80 zł. netto (przy zamówieniu na 7 szt.)

Zdaniem odwołującego, powyższe zestawienie pokazuje, że w obecnym postępowaniu cena została wyraźnie zaniżona, albowiem nie można przyjąć za racjonalne oferowanie ceny ponad 1,5 mln wyższej (porównanie: Częstochowa - Gdańsk), za jedną sztukę tramwaju w sytuacji, gdy montuje się pięciokrotnie mniej tramwajów. Gdyby zaś uśrednić cenę oferowanego tramwaju przez wykonawcę PESA z trzech postępowań (dwóch wskazanych powyżej oraz ostatniego realizowanego na dostawę tramwajów dla zamawiającego w Szczecinie - cena jednostkowa netto - 6 600 000,00 zł.) - przeciętna cena jednostkowa tramwaju oferowanego przez wykonawcę PESA wynosi: 6 703 000,00 zł. netto, co w zestawieniu z ceną oferowaną w przedmiotowym przetargu: 5 534 768,00 netto daje różnicę: 1 168 232,00 zł, tj. 17,4 %. Prezentowana różnica w cenach powiększa się w przypadku, gdy bierzemy pod uwagę wartość całego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zobowiązany był zatem uznać cenę, wskazaną przez wykonawcę PESA, za rażąco niską, co skutkowało winno odrzuceniem oferty.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PESA i Konsorcjum NEWAG, których treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwołujący podniósł, iż zamawiający w załączniku nr 1 do siwz - „Specyfikacja techniczna tramwaju - wymagania techniczne określające przedmiot zamówienia” pkt. 1.4 sformułował jednoznaczny wymóg: „zastosowania najlepszych dostępnych rozwiązań w zakresie konstrukcji i funkcjonowania podzespołów, które nie wpłyną w sposób negatywny na ergonomię i wzornictwo tramwaju oraz które zostały wcześniej sprawdzone w eksploatacji”.

Wykonawca Solaris w piśmie z dnia 5 sierpnia 2010 r. zadał pytanie dotyczące treści tego postanowienia siwz: „Czy zapis w siwz pkt. 1 4 (str. 17): Zamawiający wymaga zastosowania w zakresie konstrukcji i funkcjonowania podzespołów, (...) które zostały wcześniej sprawdzone w eksploatacji, należy rozumieć w ten sposób, iż podzespoły typu wózki, wyposażenie trakcyjne i inne powinny być stosowane dotąd w co najmniej kilku egzemplarzach tramwajów?”. Zamawiający wyjaśnił: „Tak, jest to prawidłowa interpretacja zapisu”. Wobec powyższego, nie budziło wątpliwości, że zawarty w ofercie podzespół, w postaci oferowanego wózka, ma być sprawdzoną i stosowaną już w praktyce konstrukcją, a contrario nie może być to komponent nowy - nie stosowany w żadnym funkcjonującym na rynku pojeździe.

W powyższym zakresie wykonawcy PESA oraz Konsorcjum NEWAG złożyli oferty niezgodne z siwz, a zatem podlegające odrzuceniu. Wózek tramwajowy to urządzenie jezdne, na którym opiera się część pasażerska (nadwozie) tramwaju. Wózek napędowy posiada silniki elektryczne i przekładnie mechaniczne, które napędzają koła. Wózek jest najistotniejszym podzespołem tramwaju z punktu widzenia wytrzymałości, a więc bezpieczeństwa jazdy, gdyż przenosi bezpośrednio obciążenia generowane w czasie jazdy

tramwaju, powstające na styku koła z szyną. Wózek odpowiada za prawidłową jazdę tramwaju po torowisku - niewykolejanie się tramwaju, dobry komfort dla pasażerów poprzez zminimalizowanie drgań pionowych i poziomych, niski poziom emisji hałasu.

Wyjaśnienia wykonawców PESA oraz Konsorcjum NEWAG zostały złożone w pismach z dnia 16 września 2010 r. i 24 września 2010 r. Z treści wyjaśnień wynika, że żaden z wykonawców nie posiada w swojej ofercie wózka, który spełniałby ww. warunek siwz, tj. „był stosowany dotąd w co najmniej kilku egzemplarzach tramwajów”. Konsorcjum NEWAG wyjaśniło wprost, iż „nie będziemy w stanie okazać stosownych referencji eksploatacyjnych wózków. W związku z powyższym podtrzymujemy naszą ofertę dostawy nowych innowacyjnych pojazdów wraz konstrukcją nowych podzespołów i zespołów (w tym wózka) (...)”. Powyższa deklaracja jest jednoznaczna – wykonawca przyznał, że nie spełnia omawianego warunku siwz: wykonawca nie dysponuje wózkiem, który jest użytkowany w praktyce oraz może zaoferować jedynie nową „innowacyjną” konstrukcję wózka. Późniejsze wyjaśnienia wykonawcy pozostają zatem bez znaczenia, gdyż zamawiający nie może oczekiwać przedstawienia mu różnych możliwości czy równoważnych rozwiązań zamiennych. Byłyby to bowiem niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty. Odwołujący podkreślił, że instytucja wyjaśnienia treści oferty służy tylko i wyłącznie rozwianiu wątpliwości zamawiającego co do niejasnej treści oferty.

Na marginesie odwołujący zauważył, że nawet gdyby przyjąć za mające jakiegokolwiek znaczenie dla sprawy dalsze wyjaśnienia wykonawcy, jakoby posiadał sprawdzone w eksploatacji poszczególne części wózka, to i tak nie można w sposób racjonalny przyjąć, że po złożeniu „sprawdzonych” części w całość może powstać „sprawdzony” podzespół tramwajowy - wózek. Projekt techniczny i montaż mają zasadnicze znaczenie dla tak złożonych technologicznie i rozwiniętych konstrukcji. Ponadto, wykonawca nie wykazał „doświadczenia” wszystkich elementów wózka, nie odnosząc się np. w ogóle do najistotniejszej części wózka, tj. ramy wózka oraz belki bujkowej, a dobra konstrukcja wózka wymaga złożonych wytrzymałościowych testów trwałościowych jego ramy, a następnie testów jazdy na torowisku dla potwierdzenia pożądaných właściwości jezdnych.

Wyjaśnienia treści oferty wykonawcy PESA przedstawiają polemikę z treścią omawianego postanowienia siwz - wykonawca stwierdził, że „wózki oferowanego przez niego tramwaju będą spełniały wszystkie wymagania Zamawiającego. Zastosowane w nich rozwiązania nie będą prototypowe i będą sprawdzone w eksploatacji”. W świetle powyższego, również w odniesieniu do tej oferty zastosowanie znajdują wywody przedstawione w kontekście oceny treści oferty wykonawcy Konsorcjum NEWAG.

Nie ulega wątpliwości, gdyż sam zamawiający tak wyjaśnił, że jego intencją było wymaganie wózków i innych podzespołów, które są już stosowane co najmniej w kilku egzemplarzach jeżdżących pojazdów. Nie znajduje zatem uzasadnienia wykładnia,

iż w istocie chodziło o bliżej nie sprecyzowane przez wykonawcę „rozwiązania techniczne”. Odwołujący podkreślił także, że w wezwaniu do wyjaśnienia treści oferty z dnia 8 września 2010 r. zamawiający jednoznacznie prosił o precyzyjne wyjaśnienie: „(...) kiedy, gdzie i w jakich pojazdach zostały sprawdzone w eksploatacji zaoferowane wózki”. Wobec tego nie można podzielić stanowiska wykonawcy, iż użycie słowa „wózek” jest tożsame ze słowem „rozwiązanie”. Taka wykładnia wykonawcy jest nie do przyjęcia i nie zasługuje na uwzględnienie. Podobnie jak w przypadku wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum NEWAG, dalsza część pisma wykonawcy PESA może być traktowana wyłącznie jako próba niedopuszczalnych negocjacji z zamawiającym. Wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanki „sprawdzenia” lub „doświadczenia” dla najistotniejszej konstrukcyjnie części wózka, tj. jego ramy wraz belką bujawkową.

Odwołujący podsumowując wskazał, że żaden z ww. wykonawców w rzeczywistości nie oferuje sprawdzonego w eksploatacji wózka, a co najwyżej niesprawdzony nigdzie i nie funkcjonujący w praktyce prototyp. Wykonawcy nie są nawet w stanie oświadczyć, że ich własne, oferowane w innych postępowaniach, tramwaje posiadają wymagany przez zamawiającego wózek, albowiem były to tramwaje i wózki o zupełnie innej konstrukcji.

Na marginesie odwołujący zauważył, że skonstruowanie nowego wózka jest zadaniem niezmiernie czasochłonnym, wymaga ogromnych nakładów pracy, serii skomplikowanych badań i ponoszenia olbrzymich kosztów rozwoju.

Odwołujący podniósł również zarzut, iż oferta wykonawcy PESA jest niezgodna z postanowieniami siwz w zakresie wymagania (załącznik nr 2 do siwz, str 47 pkt 15) przedstawienia przez wykonawców nacisków poszczególnych osi na tor przy maksymalnym napełnieniu wskazując, iż pozostali wykonawcy podali w swoich ofertach konkretne wartości, które zamawiający mógł ocenić i zweryfikować. Wykonawca PESA tymczasem, w formularzu ofertowym (str. 9 poz. 15), podał maksymalne naciski - przewidziane przez zamawiającego (tj. mniejsze lub równe 85 kN) dla wszystkich 8 osi, zamiast wymaganych konkretnych wartości dla każdej osi. Odwołujący wskazał, że równomierne rozłożenie nacisków na oś nie jest technicznie możliwe. Wykonawca PESA nie jest w stanie podać wyliczonych precyzyjnie nacisków na oś, a jedynie hipotetyczne dane mające spełniać wymagania zamawiającego, natomiast dla zamawiającego ustalenie konkretnych wartości nacisków na oś jest niezmiernie istotne, w celu możliwości oceny stopnia zużycia poszczególnych kół pojazdu.

W dniu 11 października 2010 r. wykonawca PESEA i Konsorcjum NEWAG przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących ofert złożonych przez tych wykonawców.

W dniu 19 października 2010 r. w toku posiedzenia zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku przekazania wszystkim wykonawcom treści pytania i wyjaśnień w trybie art. 38 ust. 4 Pzp zamawiający wyjaśnił, iż odpowiedź na pytanie zadane przez wykonawcę PESA stanowiła jedynie podtrzymanie zapisów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymaganych nacisków na oś oraz nie przesunął terminu składania ofert w postępowaniu. W ocenie zamawiającego zapytanie wykonawcy nie stanowiło pytania w rozumieniu art. 38 Pzp lecz zostało potraktowane jako prośba i sugestia zmiany siwz. Powyższa korespondencja nie miała wpływu na sytuację tego wykonawcy w postępowaniu, a brak jej przekazania pozostałym wykonawcom nie wpłynął w żaden sposób na treść złożonych ofert ani na wynik postępowania.

Oдноśnie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty, złożonej przez PESA, zamawiający wyjaśnił, że na etapie oceny ofert powziął wątpliwości co do wystąpienia przesłanki rażąco niskiej ceny tej oferty i zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie w tym zakresie w trybie art. 90 Pzp. Złożone wyjaśnienia zamawiający uznała za wiarygodne. Zamawiający wziął pod uwagę, iż wykonawca realizuje wiele zamówień na tramwaje i rozmiar produkcji pozwala na negocjowanie cen z dostawcami podzespołów, niższe koszty logistyczne, jak również niższy koszt prac przy produkcji jednostkowego tramwaju. Pomimo różnic konstrukcyjnych tramwajów zamawianych w tym postępowaniu w stosunku do dostarczanych dla innych zamawiających, należy uwzględnić fakt, iż zasadnicze podzespoły we wszystkich tramwajach pochodzą od tych samych dostawców. Na tej podstawie zdaniem zamawiającego należy przyjąć, że wykonawca zaoferował cenę, za którą możliwe jest wykonanie zamówienia przy zapewnieniu pokrycia kosztów i zysku wykonawcy.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty PESA i Konsorcjum NEWAG z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wskazał, że w toku udzielanych wyjaśnień do treści siwz pierwotnie wyjaśnił, iż zapis w pkt 1. 4 siwz oznacza, że oferowane podzespoły tramwaju winny być stosowane w co najmniej kilku egzemplarzach tramwajów, jednak nie dokonał modyfikacji – żądając zamiast zaoferowania sprawdzonych rozwiązań – zaoferowanie sprawdzonych gotowych elementów pojazdów. Tym samym zamawiający potwierdził interpretację ww. postanowienia siwz w wyjaśnieniach z dnia 15 sierpnia 2010 r., iż wymaganie dotyczy „zastosowania najlepszych dostępnych rozwiązań w zakresie konstrukcji i funkcjonowania podzespołów, jak również to, aby stosowane rozwiązania były sprawdzone w eksploatacji w co najmniej kilku egzemplarzach tramwajów lub innych pojazdów szynowych:

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony oraz uczestników postępowania złożone w toku rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut zaniechania przekazania wykonawcom lub zamieszczenia na stronie internetowej zamawiającego treści zapytania i wyjaśnienia zamawiającego w trybie art. 38 ust. 2 Pzp oraz naruszenia, w wyniku powyższego zaniechania, przepisu art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1 Pzp Izba uznała za zasadny. Jednocześnie Izba stwierdziła, że naruszenie wskazanych przepisów ustawy Pzp w ustalonym stanie faktycznym nie miało wpływu i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

Izba ustaliła, co było faktem bezspornym pomiędzy stronami, że zamawiający nie przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu i nie zamieścił na stronie internetowej treści zapytania przekazanego przez PESA w dniu 24 sierpnia 2010 r. wraz z wyjaśnieniami z dnia 26 sierpnia 2010 r. zgodnie z art. 38 ust. 2 Pzp, który zobowiązuje zamawiającego do dokonania tych czynności w toku postępowania. Powyższy przepis nie dopuszcza jakiegokolwiek odstępstwa w tym zakresie. Niewątpliwie zaniechanie powyższych czynności stanowi także naruszenie zasady jawności postępowania oraz zasady zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zważywszy jednak na dyspozycję przepisu art. 192 ust. 2 Pzp Izba zobowiązana jest do badania, czy naruszenie przepisu ustawy miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na powyższe Izba dokonała oceny treści informacji zawartej w zapytaniu i udzielonych przez zamawiającego wyjaśnieniach pod kątem znaczenia tej informacji dla wykonawców w toku postępowania, w szczególności w zakresie przygotowania oferty i konkurowania wykonawców w ubieganiu się o zamówienie, a także w zakresie wpływu na wybór oferty złożonej przez wykonawcę PESA jako najkorzystniejszej.

Izba uznała, że wniosek z dnia 24 sierpnia 2010 r. wykonawcy PESA o zmianę warunków technicznych w zakresie oczekiwanych przez zamawiającego nacisków na oś, który nie został uwzględniony przez zamawiającego, co wynika z treści pisma z dnia 26 sierpnia 2010 r., zawiera ogólne informacje, które mogłyby mieć nieznaczące znaczenie gospodarcze dla podmiotów działających na rynku pojazdów szynowych, jednak w odniesieniu do przebiegu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego informacje te nie niosą istotnej wiedzy, która mogła mieć jakikolwiek wpływ na możliwość przygotowania przez wykonawców prawidłowej i konkurencyjnej oferty. Odpowiedź zamawiającego, iż nie uwzględni wniosku i podtrzymuje zapisy zawarte w siwz nie wpłynęła w jakikolwiek również sposób na uprzywilejowanie w tym postępowaniu pozycji wykonawcy, który postawił zapytanie. Izba uznała, że nastąpiło uchybienie zasadzie jawności postępowania i równego traktowania wykonawców w wyniku nie przekazania przez zamawiającego treści analizowanego zapytania i wyjaśnienia wszystkim wykonawcom,

jednak waga tego uchybienia nie jest na tyle znacząca, aby stanowiło ono podstawę do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż nie spowodowało ono skutku w postaci istotnego zachwiania pozycji (uprzywilejowania lub dyskryminacji) któregokolwiek wykonawcy w postępowaniu w stosunku do pozostałych uczestników postępowania, które wpłynęłyby na wybór oferty wykonawcy PESA jako najkorzystniejszej. Na marginesie Izba wskazuje, że odwołujący nie podnosił w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie unieważnienia postępowania na podstawie przesłanek wymienionych w tym przepisie.

Zarzut nieuprawnionego zaniechania odrzucenia oferty, złożonej przez wykonawcę PESA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba uznała za niezasadny.

Izba podziela poglądy utrwalone w orzecznictwie, iż za cenę rażąco niską może być uznana cena, która jest niewiarygodna i nierealistyczna, odbiegająca w bardzo znacznym stopniu od cen występujących na rynku, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia. Wysokość zaoferowanej ceny musi wskazywać, że wykonawca zamierza wykonać zamówienie poniżej kosztów wytwarzania.

Oceniając zasadność zarzutu rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia należy odnieść cenę oferty zarówno do wartości przedmiotu zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, jak i cen innych ofert złożonych w postępowaniu, ale przede wszystkim do cen usług produktów lub robót budowlanych występujących na danym rynku. Bezwzględnie w przypadku otrzymania wyjaśnień od wykonawcy, stosownie do art. 90 ust. 2 Pzp zamawiający jest zobowiązany wziąć pod uwagę przy tym obiektywne czynniki wskazane przez wykonawcę, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Wyjaśnienia wykonawcy PESA (pismo z dnia 16 września 2010 r.) odnośnie wysokości ceny oferty, w ocenie Izby, są wiarygodne. Wykonawca wyjaśnił, iż wysokość zaoferowanej ceny wynika z szeregu połączonych ze sobą czynników. Wykonawca posiada duże doświadczenie w produkcji tramwajów, znacznie większe od innych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Doświadczenie takie umożliwia niewątpliwie usprawnienie metody zarządzania i oceny ryzyk związanych z realizacją umów na dostawę tramwajów, obniżenie kosztów obsługi gwarancyjnej i serwisowej, co ma wpływ na obniżenie ceny jednostkowej tramwaju. Jak wyjaśnił przystępujący PESA, ogromny wpływ na cenę tramwaju ma wdrożenie produkcji seryjnej tramwajów, która jest następstwem realizowanych zamówień dla innych zamawiających, obejmujących dostawy 221 szt. nowych tramwajów oraz zawarte ostatnio umowy na dostawy kolejnych 15 szt. tych pojazdów. Zgodzić się należy z przystępującym, iż duży rozmiar produkcji przekłada się bezpośrednio na możliwość negocjacji niższych cen od dostawców podzespołów, obniżenie kosztów logistycznych oraz obniżenie jednostkowych kosztów produkcji. Koszty uruchomienia nowej linii produkcyjnej

zostały w kalkulowane w zawarte wcześniej kontrakty, a tym samym nie są ponoszone w kolejnych kontraktach. Istotne znaczenie ma także dobra kondycja finansowa przedsiębiorstwa, pozwalająca na finansowanie produkcji z własnych środków oraz obniżenie ewentualnych kosztów finansowania produkcji z kredytów bankowych. Ponadto, za istotne okoliczności, mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać: udzielenie zaliczki przez zamawiającego na sfinansowanie produkcji w wysokości 10% wartości przedmiotu umowy, ograniczenie możliwości naliczania kar umownych do 10% wartości umowy, krótszy, w porównaniu z innymi umowami, termin płatności wynoszący 21 dni. Powyższe okoliczności faktyczne nie były kwestionowane przez odwołującego, podobnie jak wyjaśnienia przystępującego, iż pozostali wykonawcy (konsorcjum NEWAG i odwołujący Solaris Bus & Coach) nie posiadają porównywalnego doświadczenia w produkcji tramwajów, nie posiadają tak dużych zamówień na kolejne lata, w związku z czym nie dysponują tak korzystnymi warunkami wykonania zamówienia jak PESA. Dlatego też zaoferowane przez tych wykonawców ceny są wyższe od ceny zaoferowanej przez przystępującego PESA.

Izba uznając, iż cena oferty złożonej przez PESA nie odbiega w sposób znaczny od cen rynkowych, uwzględniła nie tylko ceny zaoferowane przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu lecz także ceny oferowane przez wykonawców w innych postępowaniach. Jak wynika ze złożonych przez przystępującego dowodów w postaci: kopii oferty złożonej przez odwołującego z dnia 26 stycznia 2009 r. w postępowaniu prowadzonym przez Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o. (nr 72/ZP/GZ/2008), kopii oferty tego wykonawcy z dnia 19 czerwca 2009 r. w postępowaniu prowadzonym przez Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o. (nr 18/ZP/GZ/2009), kopii oferty złożonej przez H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. z dnia 19 czerwca 2009 r. w postępowaniu prowadzonym przez Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o. (nr 18/ZP/GZ/2008), ceny pojazdów tramwajowych kształtują się na zbliżonym poziomie (5 950 000,00 zł – odwołujący Solaris Bus & Coach), a nawet poniżej ceny jednostkowej tramwaju zaoferowanej przez przystępującego PESA w przedmiotowym postępowaniu (4 780 000,00 zł – oferta H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o.).

Biorąc pod uwagę ustalone okoliczności, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, iż cena zaoferowana przez PESA w przedmiotowym postępowaniu jest rażąco niska, pomimo, iż jest niższa od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, a także niższa od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, powiększonej o należny podatek VAT. Tym samym nie wystąpiła przesłanka do odrzucenia oferty PESA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Nie potwierdził się, w ocenie Izby, zarzut dotyczący niezgodności treści oferty PESA i treści oferty złożonej przez Konsorcjum NEWAG z treścią siwz i zaniechania odrzucenia ww. ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 1.4 załącznika nr 1 do siwz, zamawiający wymagał „zastosowania najlepszych dostępnych rozwiązań w zakresie konstrukcji i funkcjonowania podzespołów, które nie wpłyną w sposób negatywny na ergonomię i wzornictwo tramwaju oraz które zostały wcześniej sprawdzone w eksploatacji”. W pkt VI 3.2 siwz zamawiający wymagał złożenia „szczegółowej kompletacji typu oferowanego tramwaju (specyfikacja techniczna) sporządzonej zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.” Zamawiający dokonał wykładni postanowienia zawartego w pkt 1.4 w wyjaśnieniach przekazanych wykonawcom w dniu 5 sierpnia 2010 r., 11 sierpnia 2010 r. oraz 16 sierpnia 2010 r. W ostatnich wyjaśnieniach z dnia 16 sierpnia 2010 r., zamawiający wyjaśnił, że „intencją zamawiającego jest wymaganie zastosowania najlepszych dostępnych rozwiązań w zakresie konstrukcji i funkcjonowania podzespołów, jak również to, aby stosowane rozwiązania były sprawdzone w eksploatacji w co najmniej kilku egzemplarzach tramwajów lub innych pojazdów szynowych”. Izba stwierdziła, iż udzielone wyjaśnienia w powyższym zakresie nie są sprzeczne z wyjaśnieniami udzielonymi wcześniej, ani z treścią postanowienia zawartego w siwz. W ocenie Izby, zwrot „rozwiązania w zakresie konstrukcji i funkcjonowania podzespołów” nie może być interpretowany w sposób zawężający, w szczególności jako „gotowe elementy pojazdu”, z których jednym jest omawiany wózek. Jak wynika ze stanowiska odwołującego, za podzespoły wózka należy uznać m.in. ramę wózka, belkę poprzeczną, hamulce, sprzęgła, zestawy kołowe, silniki wraz z przekładniami, piasecznice i system smarowania obrzeży kół, elementy sprężynowania i inne (Opinia techniczna z dnia 15 października 2010r. opracowana przez Politechnikę Poznańską Instytut Silników Spalinowych i Transportu zakład Pojazdów Szynowych). Nie budzi wątpliwości fakt, iż rozwiązania w zakresie konstrukcji i funkcjonowania wskazanych powyżej podzespołów mogą być sprawdzone w eksploatacji i zastosowane w wózku, który jest oferowany w tym postępowaniu. Tym samym sprawdzenie w eksploatacji rozwiązań konstrukcyjnych nie musi oznaczać konieczności sprawdzenia całego gotowego wózka w eksploatacji, choć z pewnością spełnia ono wymóg specyfikacji co do zaoferowania sprawdzonych rozwiązań konstrukcyjnych podzespołów. Na uwagę zasługuje również okoliczność, co do której zgodziły się strony i uczestnicy postępowania, iż wymagania techniczne zamawiającego zawarte w siwz dotyczą wózków skrętnych do tramwaju z czopem skrętu i przenoszonymi przez niego siłami pionowymi wózka, które w przypadku tramwaju w 100% niskopodłogowego nie są eksploatowane obecnie w Polsce, podczas gdy udział niskiej podłogi tramwaju stanowił jedno z kryteriów oceny ofert. Przyjście zatem, iż wymóg zamawiającego dotyczył zaoferowania sprawdzonego w eksploatacji wózka, oznaczałoby faktycznie zawężenie kręgu wykonawców, wbrew intencji zamawiającego, która została wyrażona m.in. w doborze kryteriów oceny ofert.

Wobec powyższego, wyjaśnienia zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2010 r. należy uznać za wiążące zarówno zamawiającego i wykonawców co do interpretacji postanowienia specyfikacji, skoro zamawiający nie dokonał wyraźnej zmiany treści postanowienia zawartego w specyfikacji. Zgodzić się należy także z twierdzeniem, iż wymóg zaoferowania sprawdzonych rozwiązań konstrukcyjnych odnosi się do podzespołów, a nie całych elementów tramwaju - np. wózków.

Stosowne oświadczenia o spełnieniu powyższego wymogu zostały przez obu wykonawców złożone i zostały potwierdzone w treści szczegółowych wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego przez wykonawcę PESA w piśmie z dnia 16 września 2010 r. oraz przez Konsorcjum NEWAG w piśmie z dnia 24 września 2010 r. zatem obie oferty potwierdzają spełnienie wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami.

Zarzut dotyczący braku podania w ofercie PESA wymaganych wartości nacisków na osie tramwaju przy maksymalnym napełnieniu, Izba uznała za niezasadny.

Izba ustaliła, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Załącznik nr 1 Specyfikacja Techniczna Tramwaju – wymagania techniczne określające przedmiot zamówienia pkt I. Wymagania podstawowe ppkt 12 - zamawiający postawił wymóg o treści „Maksymalny nacisk statyczny poszczególnych osi tramwaju przy maksymalnym napełnieniu nie może przekraczać 85 kN. W VI. ust. 3 siwz zamawiający określił, iż „w celu potwierdzenia, że oferowana dostawa odpowiada jego wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia żąda także złożenia wraz z ofertą: [...] szczegółowej kompletacji typu oferowanego tramwaju (specyfikacja techniczna), sporządzonej zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w niniejszej SIWZ”. Zamawiający załączył do siwz formularz do wypełnienia, w którym w 4 kolumnie tabeli opisał sposób jej wypełnienia jako „Odpowiedź wykonawcy (do wypełnienia)”.

Z powyższego wynika, że zamawiający nie narzucił wykonawcom jak mają wypełnić formularz. Z jego treści powinno jednak wynikać spełnienie wymagań zapisanych w siwz. Z uwagi na powyższe, wypełnienie pozycji nr 15 tabeli „Nacisk poszczególnych osi na tor przy maksymalnym napełnieniu” przez wpisanie dla każdej osi (4 wózków) „równy lub mniejszy 85” spełnia wymóg techniczny specyfikacji, dotyczący oferowanego przedmiotu zamówienia. Podnoszony przez odwołującego fakt, iż pozostali wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu wpisali omawiane wartości w inny sposób, w ocenie Izby nie dowodzi okoliczności, iż każdy inny sposób wypełnienia tabeli stanowi o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....