

Sygn. akt: KIO 2672/18

WYROK

z dnia 18 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 stycznia 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28.12.2018 r. **przez odwołującego:** Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz, w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** "Przewozy Regionalne" sp. z o.o. Oddział Opolski z siedzibą w Opolu, ul. Krakowska 48, 45-075 Opole

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Serwis Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. ul. Szczecińska 15-19; 86-065 Lisi Ogon oraz P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P. M. Autoryzowana Stacja Obsługi Serwis Pojazdów Szynowych Trzeciewnica ul. Powstańców Wielkopolskich 13; 89-100 Nakło nad Notecią

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwanie wykonawcy wybranego do złożenia wyjaśnień na okoliczność ceny złożonej oferty.
2. kosztami postępowania obciąża "Przewozy Regionalne" sp. z o.o. Oddział Opolski z siedzibą w Opolu, ul. Krakowska 48, 45-075 Opole i :

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od "Przewozy Regionalne" sp. z o.o. Oddział Opolski z siedzibą w Opolu, ul. Krakowska 48, 45-075 Opole kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy sto złotych zero groszy) na rzecz Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 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 Opolu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Izba ustaliła

Ogłoszenie na przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 października 2018 roku pod poz. 2018/S 203-463759.

Prowadzącym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego są "Przewozy Regionalne" sp. z o.o. Oddział Opolski z siedzibą w Opolu zwane dalej „Przewozy Regionalne” lub „zamawiającym”.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są przeglądy okresowe autobusów szynowych w zakresie przeglądów poziomu PU4 dla autobusów szynowych SA103-003 i SA103-004.

Odwołującym są Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy zwane dalej „PESA” lub „odwołującym”.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zwane dalej „postępowaniem” prowadzone jest w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz.1986 z późn.zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „PZP”.

Odwołujący składając przedmiotowe odwołanie działał na podstawie art. 179 ust. 1 i art 180 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu w dniu 18 grudnia 2018 r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Wykonawców w składzie: Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o, Sp. K. z siedzibą w Lisim Ogonie oraz P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P. M. Serwis Pojazdów Szynowych ASO z siedzibą w Trzeciewnicy zwane dalej „Serwis Pojazdów Szynowych” lub „Konsorcjum przystępujące”.

PESA składając odwołanie wskazała na naruszenie przez Przewozy Regionalne następujących przepisów PZP przy czynnościach oraz zaniechaniach tego zamawiającego:

I. art. 90 ust. 1 przez zaniechanie badania czy oferta zawiera rażąco niską cenę, pomimo tego, że zaoferowana przez Konsorcjum przystępujące cena wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ,

II. art. 90 ust. 1a pkt 1) przez zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum przystępujące o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp pomimo tego, że zaoferowana przez Konsorcjum cena jest niższa o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert,

III. art. 89 ust. 1 pkt 4 przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum przystępujące pomimo tego, że podlegała ona odrzuceniu ze względu na to, że zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

IV. art. 7 ust. 1 przez zaniechanie przeprowadzenia badania ceny zaoferowanej przez Konsorcjum przystępujące oraz odrzucenia oferty złożonej przez to Konsorcjum, w wyniku czego doszło do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji,

V. art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r (j.t. Dz.U.2018r. poz.419) dalej „ustawa ZNK” przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum przystępujące pomimo tego, że podlegała ona odrzuceniu ze względu na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom przez oferowanie wykonania usług poniżej kosztów ich realizacji.

PESA w związku z podniesionymi powyżej zarzutami wniosła o:

I. uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum przystępujące,

II. dokonanie wyboru oferty PESA, jako najkorzystniejszej i jedynej niepodlegającej odrzuceniu oferty złożonej w tym postępowaniu,

IV. przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania lub złożonych podczas rozprawy na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia,

V. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Co do wykazania naruszenia interesu odwołującego

Odwołujący przedstawił w odwołaniu następującą argumentację faktyczną i prawną. Odwołujący jest przedsiębiorcą działającym na rynku produkcji pojazdów szynowych i złożył w postępowaniu ważną ofertę. W konsekwencji dąży więc do uzyskania zamówienia, zatem ma interes w złożeniu odwołania. Co więcej interes wykonawcy przejawia się również w dążeniu do wyeliminowania z obrotu oferty, której proces wyboru obarczony jest wadą w postaci niezgodności z ustawą.

Informacja Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu wpłynęła do Wykonawcy za pośrednictwem poczty elektronicznej oraz została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego dnia 18.12.2018 r., w związku z czym termin do wniesienia odwołania zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt, 1) Pzp został zachowany. **Izba powyższe okoliczności uznaje za zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy w toku czynności sprawdzanych z urzędu.**

Co do terminów wniesienia odwołania i doręczenia odpisu odwołania do wiadomości zamawiającego.

Niniejsze odwołanie wnoszone jest do Prezesa KIO zgodnie z treścią art. 180 ust. 4 tj. w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania pocztą elektroniczną na adres wskazany w petitum odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp. W dniu 18 grudnia 2018 r., pismem nr PRLa-251/4/2018 Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej w postępowaniu przez Konsorcjum przystępujące. Dowód przywołany zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, pismo PRLa-251/4/2018 z dnia 18 grudnia 2018 r. (w dokumentacji postępowania). Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Argumentacja odwołującego przedstawiona została następująco: Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zwraca się do wykonawcy, którego zaoferowana cena lub koszt wydają się rażąco niskie, do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. O ile procedura określona w art. 90 ust. 1 pozostawia zamawiającemu swobodę działania i zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień pozostawia do uznania zamawiającego, o tyle w art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawodawca wyraźnie zobowiązał zamawiającego do żądania takich wyjaśnień w przypadku wystąpienia określonych, opisanych w tym przepisie okoliczności. Mianowicie, w przypadku gdy całkowita cena oferty jest niższa o przynajmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień oraz przedstawienie dowodów, że wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę jest możliwe i że za tę cenę wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ. Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, że w postępowaniu złożone zostały dwie oferty na wykonanie zamówienia o przedmiocie określonym w § 4 ust. 1 SIWZ: oferta Konsorcjum przystępujące na łączną kwotę 3.348.060,00 zł brutto (słownie: trzy miliony trzysta czterdzieści osiem tysięcy sześćdziesiąt 00/100 złotych) oraz oferta PESA na łączną kwotę 7.389.840,00 zł brutto (słownie: siedem milionów trzysta osiemdziesiąt dziewięć tysięcy osiemset czterdzieści 00/1 złotych).

Przywołano dowód: Informacja z otwarcia ofert, pismo PRLa-251/4/2018 z 4 grudnia 2018 r. (akta - dokumentacja Postępowania). Odwołujący dokonując stosownych obliczeń stwierdził, że oferta Konsorcjum przystępujące jest niższa od średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu o 37,64%, co oznacza, że oferta taka, zgodnie z dyspozycją art. 90 ust 1a pkt 1) powinna obligatoryjnie podlegać badaniu na zasadach opisanych w art. 90 ustawy Pzp. Stąd odwołujący konkluduje w odwołaniu: Dokonany przez Przewozy Regionalne wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum przystępujące, w ocenie odwołującego PESA, zostało dokonane z naruszeniem przepisów PZP. Przewozy Regionalne zaniechały dokonania czynności, do których zgodnie z art. 90 ust. 1 a pkt 1) były zobowiązane, a ponadto dokonały wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP. Odwołujący po otrzymaniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty zwrócił się do Zamawiającego pismem nr ZOP/MR/357/12/2018 z dnia 19 grudnia 2018 r., w trybie przewidzianym ustawą z dnia 6 września 2001 r, o dostępie do informacji publicznej (Dz.II.2018.133G.tj.), o przekazanie korespondencji prowadzonej z Konsorcjum oraz o udzielenie informacji na temat tego, czy Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum o wyjaśnienia i przeprowadził badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. **Brak żądania przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.** Za niezgodne z ustawą PZP należy uznać działanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu zwrócenia się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny. Zgodnie bowiem z treścią art. 90 ust 1a pkt 1) ustawy Pzp w tym stanie faktycznym Zamawiający był zobowiązany do zwrócenia się o stosowne wyjaśnienia, ponieważ wypełnione zostały przesłanki opisane w art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp tj. całkowita cena oferty była niższa o 37,64% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu.

Odwołujący podniósł w odwołaniu także zagadnienie kognicji Izby w zakresie możliwości badania czy oferta ma zaniżoną cenę w sytuacji gdy to obowiązkiem zamawiającego jest wykonanie czynności badania ceny czy kosztu oferty w kierunku rażąco niskiej ceny jako wymóg to jest obowiązek narzucony przez przepisy PZP w tym wypadku przez art.90 ust.1 a pkt 1) PZP. I tak odwołujący podniósł: Zwrócić należy uwagę, że z ugruntowanego orzecznictwa KIO wynika, że w przypadku gdy, Zamawiający w ogóle nie zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień związanych z zaoferowaną w postępowaniu ceną to wykazywanie przez tego wykonawcę dopiero na rozprawie przed KIO, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jest spóźnione. Potwierdza to również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 3 czerwca 2013 r., wydany w sprawie o sygnaturze KIO 893/14, z którego wynika, że „Kwestia, czy w danej ofercie mamy do czynienia z ceną rażąco niską czy też nie, powinna być rozstrzygnięta w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które stosownie do art. 15 ust. 1 p.z.p, prowadzone jest przez zamawiającego. W toku postępowania odwoławczego ocenie

KIO podlegają tylko czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu. Wobec czego jeśli Zamawiający w ogóle nie zwrócił się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień związanych z zaoferowaną ceną oraz o przedstawienie dowodów dotyczących wyliczenia ceny, to prowadzenie w tym przedmiocie postępowania przed KIO nie jest możliwe.

Odwołujący przedstawił również argumentację na okoliczność co do ustalenia braku rażąco niskiej ceny przez zamawiającego: Jak wskazał Zamawiający w swoim piśmie z 27 grudnia 2018 r. Zamawiający, nie zwrócił się on do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień i przedstawienie dowodów związanych z zaoferowaną ceną ponieważ nie uważa, że cena jest rażąco niska. Zdaniem Odwołującego takie postępowanie Zamawiającego doprowadziło do naruszenia szeregu przepisów ustawy Pzp, a w efekcie doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 powinna podlegać odrzuceniu. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy wezwanie Konsorcjum do złożenia wyjaśnień było obligatoryjne ze względu na treść art. 90 ust. 1 a pkt 1). Niezależnie od powyższego Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum do złożenia wyjaśnień oraz przedłożenia dowodów również na podstawie art. 90 ust. 1, ponieważ przy zachowaniu przez Zamawiającego należytej staranności przy badaniu i wyborze najkorzystniejszej oferty, zaoferowana przez Konsorcjum cena powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Zauważyć tu należy, że oferty składane przez jednego z członków Konsorcjum były już odrzucane w wyniku przeprowadzonego przed KIO postępowania odwoławczego, ze względu na to, że oferta zawierała rażąco niską cenę. Dowód: pismo Odwołującego nr ZOP/MR/357/12/2018 z dnia 19 grudnia 2018 r., Pismem nr PRLa-251/4/2018 z dnia 27 grudnia 2018 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi wskazując, że nie zwracał się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień związanych z zaoferowaną ceną. Dowód: pismo Zamawiającego nr PRLa-251/4/2018 z dnia 27 grudnia 2018 r. Co istotne, z doświadczenia Odwołującego, który jest podmiotem działającym od wielu lat na rynku produkcji i utrzymania pojazdów szynowych oraz wykonuje usługi przeglądów tych pojazdów szynowych na poziomach P1-F5 oraz ich modernizacje wynika, że nie jest możliwe należyte, zgodne SIWZ, dokumentacją pojazdu, obowiązującymi normami oraz przepisami wykonanie przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną przez Konsorcjum cenę. Należy zwrócić uwagę, że naprawa na poziomie PU4 charakteryzuje się koniecznością wykonania wielu czynności, w tym w szczególności tych wynikających z Dokumentacji Systemu Utrzymania pojazdu oraz przeprowadzenia szeregu badań, a po jej wykonaniu i przed wprowadzeniem pojazdu do eksploatacji - jazd próbnych, których koszty są stałe i identyczne dla wszystkich wykonawców. Co więcej w przypadku przedmiotowego zamówienia w cenie oferty, poza standardowym zakresem naprawy na czwartym poziomie utrzymania, należało uwzględnić jeszcze koszty wykonania prac dodatkowych polegających na: montażu wyświetlaczy

systemu informacji pasażerskiej, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 3 stycznia 2013 r. w sprawie sposobu prowadzenia rejestru oraz sposobu oznakowania pojazdów kolejowych, - malowaniu zewnętrznego poszycia pojazdów. Mając na uwadze charakter tych czynności oraz specjalistyczną wiedzę i materiały niezbędne do ich wykonania uznać należy, że ich wykonanie wymaga dodatkowych nakładów w stosunku do zwyczajowo wykonywanego przeglądu na czwartym poziomie utrzymania, a co za tym idzie zwiększa to cenę wykonania tego zamówienia. Cena oferty Konsorcjum jest ceną rażąco niską ponieważ posiada jej wszelkie cechy. Przepisy prawa zamówień publicznych nie zawierają definicji legalnej ceny rażąco niskiej, jednak na podstawie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych można podsumować, że rażąco niska cena oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów (por. m. in. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 4.06.2008 r., X Ga 127/08, KIO 2622/14) oraz znacząco odbiegającą od cen rynkowych. Za cenę rażąco niską będziemy uznawać taką cenę, za którą wykonanie zamówienia zgodnie z SIWZ oraz obowiązującymi przepisami nie jest możliwe, co zdaniem Odwołującego ma miejsce w przedmiotowej sprawie. Zdaniem Odwołującego postępowanie Zamawiającego doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna podlegać odrzuceniu również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, tj. ze względu na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interesy innego przedsiębiorcy lub klienta. Według sformułowanej przez doktrynę definicji za "dobre obyczaje" uważa się zachowanie "zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji, poprzez rzetelne i niezafalszowane współzawodnictwo jakością ceną i innymi (...) cechami oferowanych towarów i usług. (J. Szwaja, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - Komentarz, C.H. Beck, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 157). Zakazy zawarte w przedmiotowej ustawie mają za cel przeciwdziałanie posługiwania się przez przedsiębiorców nieuczciwymi praktykami, które pozwoliłyby im osiągnąć lepszą pozycję na rynku kosztem konkurentów (por. m.in. wyrok SN z dnia 2 lutego 2001 r. W CKN 255/00, OSNC 2001, nr, poz. 137). W tym kontekście - w ocenie odwołującego - zaoferowanie przez Konsorcjum określonej ceny w Postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ tego według rodzaju postępowanie spełnia przesłanki określone w art. 15 ust 1 pkt 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto narusza podstawowe zasady uczciwości Kupieckiej i prowadzi do wypaczenia cen na rynku albowiem jest zachowaniem godzącym w zasady uczciwej konkurencji to jest

oferowanie świadczenia w konkretnych warunkach niewykonalnego do spełnienia po to tylko by uzyskać zamówienie (por. wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2010 r., Sygn.. akt KIO/UZP 1059/10).Mając na uwadze powyższe odwołanie uznać należy za uzasadnione, w związku z czym powinno ono zostać uwzględnione.

Dnia 14 stycznia 2019 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie.

Działając na podstawie art. 186 ust 1 ustawy Pzp, Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wniesione w dniu 28 grudnia 2018 r. PESA to jest odwołującego. Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że po zapoznaniu się z treścią odwołania, zarzutami odwoławczymi sformułowanymi przez Odwołującego, uzasadnieniem tych zarzutów oraz żądaniami określonymi w odwołaniu, Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, jako bezzasadnego. W uzasadnieniu stanowiska stwierdził i oświadczył jak poniżej.

We wstępnej części uzasadnienia stanowiska zamawiający podniósł kwestię odrzucenia odwołania z uwagi na to, że nieuprawniony pełnomocnik złożył odwołanie. I tak: W imieniu PESA odwołanie podpisała i wniosła radca prawny M. R. na mocy pełnomocnictwa udzielonego przez Prezesa Zarządu T. Z. oraz Członka Zarządu S. K.. Wraz z pełnomocnictwem złożono informację odpowiadającą aktualnemu odpisowi z KRS z dnia 13 lutego 2017 r., w którym widnieją obydwaj członkowie zarządu. Zgodnie z zasadami reprezentacji do składania oświadczeń i podpisywania w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu lub jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. Załączona do odwołania i pełnomocnictwa informacja odpowiadającą aktualnemu odpisowi KRS jest nieaktualna. W złożonej wraz z ofertą Odwołującego informacją odpowiadającą aktualnemu odpisowi KRS z dnia 3 grudnia 2018 r. nie figuruje żaden z udzielających pełnomocnictwa członków zarządu Odwołującego. W całym Zarządzie Spółki PESA funkcję pełni jedynie Członek Zarządu P. S. W świetle powyższego istnieje uzasadniona wątpliwość i podstawa do stwierdzenia, że osoba podpisująca odwołanie nie była do tego uprawniona, a związku z tym samo odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wobec niewykazania uprawnienia do wniesienia odwołania w imieniu Odwołującego.

Należy także dodać, że w wątpliwość należy poddać fakt, czy postawione przez Odwołującego zarzuty spełniają w istocie przesłanki konieczne do tego, aby je za takie uznać. W szczególności uwaga ta odnosi się do zarzutów 4 i 5, choć także do pozostałych.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają definicji legalnej zarzutu odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza wypracowała jednak w orzeczeniach własną definicję tego terminu, według której zarzut odwołania to „zespół okoliczności faktycznych i prawnych,

tj. czynność lub zaniechanie Zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne.”

W wyroku KIO z dnia 12 lutego 2015 r. (sygn. KIO 176/15) Izba podkreśliła, że Odwołujący, sporządzając zarzuty „przytoczył szereg okoliczności faktycznych wskazujących na postanowienie SIWZ, którego modyfikację skarży, odwołując się chociażby do wcześniejszej próby jego zmiany (...), czy wreszcie do czynności, która stanowiła podstawę wniesienia odwołania, (...).” (odwołanie odnosiło się do niewłaściwych zapisów SIWZ).

W związku z powyższym zdaniem KIO: „Nie sposób przy tym twierdzić, że ze względu na wymogi konstrukcyjne odwołania, wynikające z przepisu art. 180 ust. 3 PZP, treść zarzutu ogranicza się wyłącznie do twierdzeń zawartych w petitum odwołania, pomijając chociażby argumentację sformułowaną na jego poparcie w części poświęconej uzasadnieniu zarzutów odwołania. Podejście takie, jako skrajnie formalistyczne, należy odrzucić”.

Stanowisko to jednoznacznie pokazuje, że odwołanie, a w szczególności jego uzasadnienie powinno zawierać uzasadnienie faktyczne stawianych zarzutów. Z sytuacją taką nie mamy do czynienia w przypadku odwołania Pojazdu Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w Bydgoszczy.

Zarzut 5 nie zawiera uzasadnienia faktycznego, ponieważ w jego miejsce odwołujący przywołuje tylko wybrane przepisy prawa oraz pogląd doktryny i orzeczenie KIO.

Zarzut 4 nie znajduje żadnego odniesienia w uzasadnieniu.

Zarzut 3 „uzasadniono” stwierdzeniem, że zaoferowana przez wybranego wykonawcę cena posiada wszelkie cechy ceny rażąco niskiej, bo jest niewiarygodnie niska i nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia, nieadekwatna do zakresu i kosztów. Stwierdzenie to jest jednak gołosłowne, pomijając fakt, że jest cytatem z orzecznictwa.

W kwestii zarzutów 1 i 2 Odwołujący w prawdzie przedstawia ogólne wywody, związane ze stawianymi zarzutami, ale nie posługuje się przy tym popartymi, czy uprawdopodobnionymi konkretnymi argumentami odnoszącymi się do stanu faktycznego, które pozwoliłyby Izbie do dokonania subsumpcji stanu faktycznego pod określoną normę prawną.

Należy także zauważyć, że na użyte odwołania, Odwołujący nie dokonuje właściwego wskazania podstaw prawnych. Pomija bowiem kluczowe w tej sprawie elementy przepisów, co poskutkowało brakiem możliwości właściwego ustalenia norm, które z art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 Pzp wynikają. Odwołujący celowo pomija fakt, że Zamawiający ustalił, że rozbieżność (liczona w stosunku do średniej ofert i przekraczająca 30%) wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Bez żadnego też uzasadnienia Odwołujący konstatuje, że Zamawiający powinien uznać, że cena zaoferowana przez wybrane Konsorcjum wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Niezależnie od braku argumentacji ze strony Odwołującego, w omawianym stanie faktycznym,

Zamawiający miał podstawy, aby nie wzywać do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, o czym poniżej w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie.

Podsumowując rozważania na temat formalnej strony odwołania, należy podkreślić (w ślad za wyrokiem KIO z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 589/13), że:

1. Uzasadnienie zarzutu nie może być sformułowane tylko poprzez powołanie innych orzeczeń KIO. Odnosząc się do stawianego przez Odwołującego zarzutu, a właściwie do cytowanego w odwołaniu bogatego orzecznictwa, KIO stwierdziła, że „tezy z orzeczeń nie mogą być uznane za argumenty merytoryczne mające uzasadniać i udowadniać zasadność podniesionego zarzutu. Poza tym Izba wyjaśniła, że: „Zgodnie z zasadą kontradiktoryjności wyrażoną w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp gromadzenie i przedkładanie materiału dowodowego należy do stron i uczestników postępowania, a nie do organu orzekającego. To strony, pod rygorem negatywnych konsekwencji w wydanym przez Izbę orzeczeniu, co do podnoszonych zarzutów, powinny przytoczyć odpowiednie okoliczności faktyczne, mogące być podstawą rozstrzygnięcia. ”KIO przypominała również, że „ C..) każdy skład Izby, wydając rozstrzygnięcie w sprawie konkretnego odwołania nie jest związany innym orzeczeniem sądu czy Krajowej Izby Odwoławczej wydanym w innej sprawie”. Doprecyzowanie zarzutu w trakcie rozprawy nie jest możliwe. W odwołaniu (o którym mowa z zdaniu wstępnym) wskazano, że wybrany w postępowaniu wykonawca zaprezentował referencje, które nie potwierdzają jego wiedzy i doświadczenia zgodnie z wymogiem określonym przez zamawiającego w SIWZ. Zdaniem Odwołującego załączone referencje wykonawcy „są wadliwe ponieważ wystawili je sobie sami nawzajem uczestnicy konsorcjum. Natomiast referencje winny być przedstawione od podmiotów trzecich tj. np. kopalni.” W trakcie rozprawy Odwołujący doprecyzował, że ww. zarzut dotyczy niewykazania spełnienia warunku w zakresie wartości zrealizowanych dostaw. „Izba przed merytorycznym odniesieniem się do tego zarzutu wskazuje, że zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp zarzut musi być postawiony wyraźnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne ani formułowanie, ani jak i ani doprecyzowywać treści zarzutów odwołania. Zważyć należy, że samo powołanie przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, który miałby naruszyć zamawiający nie tworzy zarzutu (...) Istotne jest aby zarzut został w pełni sprecyzowany w odwołaniu, gdyż umożliwia to zarówno zamawiającemu jak i potencjalnym uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, tym samym wskazanie konkretnych uchybień określa ramy postępowania odwoławczego. Za niedopuszczalne należy uznać wskazywanie na rozprawie zarzutów mających oparcie tylko w przywołanej podstawie prawnej bez kwestionowania konkretnej czynności zamawiającego opisanej w odwołaniu. W przedmiotowej sytuacji podnoszone nowe okoliczności pomimo iż mieszczą się w wskazanej w odwołaniu podstawie prawnej, winny być traktowane, jako nowy zarzut, który jako spóźniony nie

może być podstawą orzekania i wyrokowania przez Izbę. Tym samym ocenie Izby podlega zarzut zawarty w odwołaniu dotyczący niewykluczenia konsorcjum C. z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zakresie wiedzy i doświadczenia”.

Podstawa zarzutów odwołania musi odnosić się do konkretnego/szczegółowego przepisu. Kolejny zarzut rozpatrywany przez KIO dotyczy naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 PZP, czyli jednej z podstawowych zasad udzielania zamówień. Przepis ten nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Izba, nie poświęcając zbyt wiele uwagi uzasadnieniu ww. zarzutu orzekła, że „art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zasadzie nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutów odwołania, a zawsze winien odnosić się do konkretnego/szczegółowego przepisu ustawy P.z.p., dotyczącego konkretnej czynności lub zaniechania czynności przez zamawiającego, do której był na podstawie tego szczególnego przepisu ustawy zobowiązany.” Tego Odwołujący także nie uczynił w uzasadnieniu stawianych zarzutów (bo przepis art. 7 przywołał tylko na wstępie). Z ostrożności procesowej Zamawiający przedstawia stanowisko merytoryczne, odnoszące się do zarzutów i wniosków stawianych w odwołaniu.

W zakresie zarzutu nr 1 i 2 - to jest naruszenia art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 PZP.

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał zasadności i nie udowodnił stawianego zarzutu. Nie przedstawił też żadnych dowodów na poparcie stawianych tez.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp:

Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: (...)

Ponadto, jak stanowi ust. 1a pkt 1 cytowanego artykułu:

W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej 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, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia:

Zamawiający dokonał weryfikacji oferty Konsorcjum analizując, czy jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wziął przy tym pod uwagę doświadczenia własne, jak i wyniki innych postępowań z ostatniego okresu (począwszy od 2016 r. do dnia 10 października 2018 r. Potwierdza to: „PROTOKÓŁ sporządzony w dniu 10.10.2018 r. w celu oszacowania wartości zamówienia w postępowaniu na „Wykonanie przeglądów z poziomu PU4 dla

autobusów szynowych SA103-003 i SA 103-004 "prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego".

W aktach sprawy, które oprócz przyjętych podstaw szacowania, w tym kosztów, prezentuje kalkulację przyjętą przez Zamawiającego, jako podstawę ustalenia szacunkowej wartości zamówienia. Jako dowody, Zamawiający załącza dokumenty przywołane w pkt 2-6 tabeli zawartej w Protokole, a ponadto dokument zawierający porównanie pojazdów SA103 do SA 134 zgodnie z DSU.

Należy tu zwrócić szczególną uwagę na dokument: „Oferta PESA Bydgoszcz z dnia 26.03.2018 r.”, która była ważna do dnia 31 grudnia 2018 r. i obejmowała takie pozycje jak:

wykonanie naprawy poziomu P4; naprawa wyświetlaczy systemu informacji podróżnych wraz z wymianą tablic bocznych na 4 wierszowe wraz z sterowaniem; naprawa klimatyzacji.

Nadmienione dokumenty, ustalenia i wyliczenia, a także abstrakcyjnie wysoka cena PESA zaoferowana w niniejszym postępowaniu (7.389.840,00 zł brutto) oraz cena oferty wybranej (3.348.060,00 zł brutto) — obie wyższe od wartości szacunkowej i przeznaczonej na realizację zamówienia (odpowiednio 2.040.000,00 zł netto i 2.500.000,00 zł brutto) pozwoliły Zamawiającemu na uznanie, że cena wybranej oferty nie wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, rozbieżność (liczona w stosunku do średniej ofert i przekraczająca 30%) wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Należy jednak przy tym podkreślić, że Odwołujący celowo pomija fakt, że Zamawiający ustalił, że rozbieżność (liczona w stosunku do średniej ofert i przekraczająca 30%) wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Ponadto, bez żadnego też uzasadnienia Odwołujący konstatuje, że Zamawiający powinien uznać, że cena zaoferowana przez wybranego Wykonawcę wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Zamawiający podejmując decyzję o wyborze oferty Konsorcjum dokonał weryfikacji wyników innych postępowań w analogicznym przedmiocie i warunkach jego wykonania. Sprawdził także oferty Konsorcjum i Odwołującego.

Odpowiadając na złożone w dniu 28 grudnia 2018 r. przez PESA w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie przeglądów z poziomu PU4 dla autobusów szynowych SA103-003 i SA 103-004”, należy stwierdzić, że nie zostały naruszone przepisy prawa wymienione w odwołaniu. Zamawiający miał podstawy do nieprzeprowadzenia badania oferty pod względem rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a pkt 1 Pzp pomimo, że cena oferty jest niższa o więcej niż 30% niż średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert,

ponieważ rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagały wyjaśnienia, a Zamawiający znał te okoliczności już w trakcie ustalania wartości szacunkowej zamówienia. Ponadto podmioty składające się na Konsorcjum to liczący się od lat na rynku kolejowym uczestnicy rynku.

Jak już wyżej wspomniano Zamawiający oszacował należycie wartość zamówienia wziął przy tym pod uwagę doświadczenia z wykonaniem tożsamego poziomu przeglądu P4 na spalinowym pojeździe trakcyjnym SA134. Pojazd ten jest dwuczłonowy, posiada większe gabaryty, podwójną ilość silników, większą ilość wózków jezdnych (dokumentacja fotograficzna i opis w załączeniu). W postępowaniu ogłoszonym w 2017 r. w trybie przetargu nieograniczonego udział wziął tylko jeden Wykonawca, tj. PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz. Wartość netto wykonania jednego przeglądu wraz z naprawą wyświetlaczy systemu informacji wizualnej wyniosła 1 990 000,00 zł netto. Umowa obowiązywała do 30 czerwca 2018 r.

Ponadto Oddział Opolski wystąpił w roku 2018 dla potrzeb oszacowania wartości zamówienia do Rynku. PESA Bydgoszcz przedstawiła kalkulację cenową w dniu 26 marca 2018 r. ważną do dnia 31 grudnia 2018 r. na kwotę 2 205 000 zł. Oferta obejmowała: wykonanie naprawy poziomu P4; naprawę wyświetlaczy systemu informacji podróży wraz z wymianą tablic bocznych na 4 wierszowe wraz z sterowaniem; naprawę klimatyzacji.

W dniu 20 czerwca 2018 r., odpowiadając na zapytanie Oddziału Opolskiego, PESA przedstawiła ofertę cenową na modernizację pojazdu SA 103, która obejmowała modernizację klimatyzacji za cenę 265 000 zł oraz modernizację monitoringu za cenę 85 000 zł.

PR Opole wystąpiło do właściciela pojazdu, tj. Urzędu Marszałkowskiego Województwa Opolskiego, z wnioskiem, czy jako właściciel jest zainteresowany ujęciem w postępowaniu przetargowym na wykonanie przeglądu poziomu P4 wykonania modernizacji klimatyzacji i monitoringu (PR Opole jako, że nie jest właścicielem pojazdu nie może sfinansować modernizacji).

Województwo nie wyraziło zgody na tak znaczące nakłady finansowe, dlatego też PR Opole ogłosił postępowanie na stały zakres przeglądu poziomu P4 oraz naprawę wyświetlaczy systemu informacji wizualnej oraz dodano wykonanie malowania poszycia zewnętrznego pojazdu.

Reasumując kalkulacja wartości zamówienia została wykonana przez Oddział Opolski na podstawie:

dotychczasowej wiedzy wykonania przeglądu poziomu P4;

kalkulacji cenowej, o której mowa w pkt 2 po odjęciu prac, które nie zostały ujęte w postępowaniu przetargowym oraz dodaniu malowania poszycia zewnętrznego pojazdu, które mogło oscylować w granicach 20 000 zł. Kalkulacja ta wynosi 1 970 000 zł.

Zdaniem Zamawiającego złożenie oferty przez Konsorcjum nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a wręcz przeciwnie uważamy, że złożenie oferty z tak wysoką ceną przez PESA stanowi ten czyn poprzez wypaczenie

cen na rynku poprzez nadmiernie wysokich kosztów takiej usługi. Przemawia za tym fakt wykonania przeglądu na dwuczłonowym pojeździe SA 134 w miesiącu czerwcu za kwotę 1 990 000 zł oraz przedłożenie oferty cenowej na pojazd SA 103 przed ogłoszeniem przetargu w cenie 2 000 000 zł, która to była ważna do końca 2018 r.

W związku z powyższymi argumentami Oddział Opolski nie wezwał Wykonawcy Konsorcjum przystępujące do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z okoliczności oczywistych, które zdaniem Zamawiającego nie wymagały wyjaśnienia (art. 90 ust. 1a ustawy Pzp)

Należy także zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2018 (Sygn. akt KIO 2729/17), w którym Izba stwierdziła, że: Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku. Mechaniczne porównywanie wartości zamówienia z cenami złożonych ofert nie daje podstaw do ogólnego założenia, że mamy do czynienia z ceną nierealną.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, w szczególności dlatego, że opiera się na opinii Odwołującego (bez uzasadnienia zarzutu), ale nie opierającej się na faktach i nie polegającej na prawdzie. Ponadto zarzut jest przedwczesny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, w szczególności dlatego, że nie został poparty żadnym uzasadnieniem, a nawet związany z pozostałymi zarzutami (które także nie zasługują na uwzględnienie).

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018 r. poz. 419). Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie w pierwszym rzędzie z powodów opisanych w stanowisku do zarzutów nr 1, 2 i 3. Poza tym jest gołosłowny i nieudowodniony.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018 r. poz. 419):

Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;

W świetle cytowanego przepisu na przesłankę odrzucenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji składają się: utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich

odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący nie wykazał spełnienia ww. przesłanek, a w szczególności przesłanki utrudniania dostępu do rynku. Jak wspomniano na wstępie nie przedstawił w ogóle uzasadnienia zarzutu. Jak czytamy w pozycji „Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz” który swoją redakcją objął prof. dr hab. Janusz Szwaja (Wyd. 4, Warszawa 2016): Sądy nie mogą ograniczać analizy do stwierdzenia, że któreś z zachowań opisanych w pkt 1—5 art. 15 ust. 1 ZNKU w danym stanie faktycznym wystąpiło. Są obowiązane zbadać, czy w konsekwencji ich wystąpienia doszło do utrudniania dostępu do rynku danemu przedsiębiorcy (powodowi). Jak czytamy także w cytowanej pozycji: Uznanie sprzedaży poniżej kosztów własnych (sprzedaży ze stratą) za czyn nieuczciwej konkurencji musi być traktowane jako rozwiązanie szczególne i wyjątkowe. W gospodarce rynkowej bowiem zasadą jest swoboda ustalania i różnicowania cen przez przedsiębiorców, wyjątkiem zaś — ich narzucanie lub regulowanie przez państwo lub inne podmioty. (...) Jeżeli więc akceptuje się zasadę swobodnego (rynkowego czy umownego) ustalania cen i znaczenie konkurencji cenowej (walki cenowej) w gospodarce rynkowej, to dozwolona musi być także sprzedaż poniżej kosztów własnych (sprzedaż ze stratą), tak w sposób jawny (np. wyprzedaż posezonowa, wyprzedaż towarów, na które nie ma popytu), jak i ukryty (np. zachowanie ceny mimo wzrostu jakości towaru lub usługi). Jest ono bowiem typowym instrumentem konkurencji. W wyniku walki cenowej zyskują przede wszystkim konsumenci. Zaniżanie cen (walka cenowa) może więc być uznane za nieuczciwe utrudnianie tylko w wyjątkowych okolicznościach (por. wyr. KIO przy Prezesie UZP z "(244401951/09, niepubl; tak również M. Sieradzka, kom. do art. 15 ust. 1 pkt I, M.Sieradzka; komentarz ZNKU, 2016, s. 660).

Przed wszystkim eliminacja innego przedsiębiorcy musi być jako cel. Ustawodawca za nieuczciwą konkurencję uznał między innymi sprzedaż poniżej kosztów własnych (sprzedaż ze stratą), która podejmowana jest w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, czyli w celu zajęcia jego miejsca na rynku, a w konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen lub innych warunków umów. Dlatego sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania jej jako czynu nieuczciwej konkurencji — konieczne jest wykazanie, że doszło do niej w celu eliminacji innych przedsiębiorców (Wyrok SA w Warszawie z 10.1.2008 r., 1 ACA 231/07, OSA 2010, Nr 2, poz. 4; wyr. KIO przy Prezesie UZP z 6.5.2011 r., KIO 867/11, Wspólnota 2011, Nr 24, poz. 30). Dozwolona jest w konsekwencji sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, dokonywana w innym celu niż eliminacja tych przedsiębiorców — w takiej sytuacji bez znaczenia pozostawałby skutek nawet w postaci wyeliminowania przedsiębiorcy jako niezamierzony (por. wyr. SA w Warszawie z 10.1.2008 r., 1 ACA 231/07, OSA 2010, Nr 2, poz. 4; wyr. KIO przy Prezesie UZP z 23.2.2010 r., KIO 1941/09, niepubl.).

Na zakończenie należy także wspomnieć o tym, że żeby zastosować do odrzucenia oferty

Konsorcjum wskazaną przez Odwołującego podstawę prawną, należy wykazać winę umyślną, czego Odwołujący także nie uczynił, Jak czytamy bowiem w cytowanym komentarzu:

Z użycia w art. 15 ust. 1 pkt 1 zwrotu "w celu" wynika, że czyn nieuczciwego zaniżania cen może być dokonany tylko świadomie, z winy umyślnej dolus directus (zob. Nowińska, du Vall, Komentarz ZNKU, 2013, s. 254; tak również M. Sieradzka, kom. do art. 15 ust. 1 pkt 1, w: Zdyb, Sieradzka, Komentarz ZNKU, 2016, s. 661).

Stanowisko Zamawiającego potwierdza także inne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zawarte np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2016 r. (sygn. akt. KIO 266/16): Odkodowując normę zawartą we wskazanym przepisie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), należy dojść do przekonania, że jedynie działanie, jakim jest złożenie oferty może być postrzegane w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji, na gruncie przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503), gdzie samo zaoferowanie towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia nie jest zakazane, jeśli nie ma na celu utrudniania dostępu do rynku w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

i analogiczne w wyroku KIO z dnia 27 października 2017 r. (sygn. akt KIO 2144/17).

Ze względu na powyższe zamawiający wniósł o oddalenie Odwołania, zgodnie z wnioskiem zawartym w odpowiedzi na odwołanie i zasądzenie jego kosztów od Odwołującego na rzecz Zamawiającego.

Izba zważyła

Na podstawie przeprowadzonych dowodów na rozprawie i dokonanych ustaleń z dokumentacji postępowania prowadzonej przez zamawiającego jak i dowodów wskazanych w odwołaniu, w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie Izba zważyła jak poniżej.

W postępowaniu odwoławczym bezspornie ustalono, że oferta Konsorcjum przystępującego to jest wykonawcy wybranego jest niższa o 37,64% od średniej arytmetycznej złożonych ofert, co wypełnia przesłanki art.90 ust.1a pkt 1 PZP i zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w procedurze art.90 ust.1 PZP. Również poza sporem pozostaje okoliczność, że zamawiający wezwania do złożenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny złożonej oferty przez wykonawcę wybranego nie wypełnił. W złożonej odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił stanowisko w sprawie sprowadzając stan rzeczy do wystąpienia okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia zaistniałych rozbieżności cenowych. Na tę okoliczność zamawiający przywołał oferty, które składał jeszcze w marcu i czerwcu 2018 roku

odwołujący („Odwołujący celowo pomija fakt, że Zamawiający ustalił, że rozbieżność (liczona w stosunku do średniej ofert i przekraczająca 30%) wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Bez żadnego też uzasadnienia Odwołujący konstatuje, że Zamawiający powinien uznać, że cena zaoferowana przez wybrane Konsorcjum wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Niezależnie od braku argumentacji ze strony Odwołującego, w omawianym stanie faktycznym, Zamawiający miał podstawy, aby nie wzywać do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, o czym poniżej w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie. (...)Należy tu zwrócić szczególną uwagę na dokument: „Oferta PESA Bydgoszcz z dnia 26.03.2018 r.”, która była ważna do dnia 31 grudnia 2018 r. i obejmowała takie pozycje jak:

wykonanie naprawy poziomu P4; naprawa wyświetlaczy systemu informacji podróźnych wraz z wymianą tablic bocznych na 4 wierszowe wraz z sterowaniem; naprawa klimatyzacji.

Nadmienione dokumenty, ustalenia i wyliczenia, a także abstrakcyjnie wysoka cena PESA zaoferowana w niniejszym postępowaniu (7.389.840,00 zł brutto) oraz cena oferty wybranej (3.348.060,00 zł brutto) — obie wyższe od wartości szacunkowej i przeznaczonej na realizację zamówienia (odpowiednio 2.040.000,00 zł netto i 2.500.000,00 zł brutto) pozwoliły Zamawiającemu na uznanie, że cena wybranej oferty nie wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, rozbieżność (liczona w stosunku do średniej ofert i przekraczająca 30%) wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Należy jednak przy tym podkreślić, że Odwołujący celowo pomija fakt, że Zamawiający ustalił, że rozbieżność (liczona w stosunku do średniej ofert i przekraczająca 30%) wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.”).

W ocenie Izby przywołane zdarzenia nie stanowią o udowodnieniu ani przez zamawiającego, ani przez przystępującego, który nie stawiał się na rozprawę prawidłowo zawiadomiony o jej terminie, że w sprawie występująca rozbieżność cenowa złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, w związku z art. 190 ust.1 a PZP gdzie dowód powinien być przeprowadzony przez przystępującego po stronie zamawiającego. Niemniej zamawiający podjął trud za przystępującego po jego stronie wskazując i przedkładając na powyższe stanowisko szereg dokumentów z których wynika, po pierwsze że odwołujący składał oferty i wykonywał zadania za wynagrodzeniem na poziomie niższym oraz, po drugie że w innych postępowaniach podobne usługi były oferowane na poziomie wykonawcy wybranego to jest przystępującego po stronie

zamawiającego. Niemniej w ocenie Izby nie oznacza to, że są to okoliczności oczywiste, które nie wymagają wyjaśnienia, ponieważ zamawiający nie wykazał, że były to tożsame zakresy usług przeglądowych, że zostały wykonane należycie, bądź nie zawierały rażąco niskiej ceny. Ponadto wykonawcy w tym wypadku PESA mają prawo do zmiany żądanego wynagrodzenia na przestrzeni czasowej zarówno z przyczyn wewnętrznych to jest polityki cenowej spółki jak i przyczyn zewnętrznych to jest sytuacji rynkowej zmiany cen materiałów i cen robocizny.

Tak więc na podstawie art.192 ust.2 PZP w związku z naruszeniem przez zamawiającego art.190 ust.1a pkt 1)PZP Izba uwzględniła odwołanie

Co do poszczególnych zarzutów to:

I. art. 90 ust. 1 przez zaniechanie badania czy oferta zawiera rażąco niską cenę, pomimo tego, że zaoferowana przez Konsorcjum przystępujące cena wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ .

Izba nie stwierdza naruszenia tego przepisu, ponieważ okoliczności w sprawie wskazują na naruszenie art.90 ust.1 a pkt 1 PZP. Izba uznaje ten zarzut jako przedwczesny.

II. art. 90 ust. 1a pkt 1) przez zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum przystępujące o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp pomimo tego, że zaoferowana przez Konsorcjum cena jest niższa o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Izba stwierdza naruszenie tego przepisu.

III. art. 89 ust. 1 pkt 4 przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum przystępujące pomimo tego, że podlegała ona odrzuceniu ze względu na to, że zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba nie stwierdza naruszenia tego przepisu i uznaje ten zarzut jako przedwczesny.

IV. art. 7 ust. 1 przez zaniechanie przeprowadzenia badania ceny zaoferowanej przez Konsorcjum przystępujące oraz odrzucenia oferty złożonej przez to Konsorcjum, w wyniku czego doszło do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Izba stwierdza naruszenie tego przepisu co do zaniechania przeprowadzenia badania ceny zaoferowanej przez Konsorcjum przystępujące.

V. art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r (j.t. Dz.U.2018r. poz.419) dalej „ustawa ZNK” przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum przystępujące pomimo tego, że podlegała ona odrzuceniu ze względu na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom przez oferowanie wykonania usług poniżej kosztów ich realizacji.

Izba nie stwierdza naruszenia tego przepisu jako przede wszystkim przedwczesnego w niniejszej sprawie.

W tym stanie rzeczy Izba nakazała unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwanie Konsorcjum przystępujące to jest wykonawcę wybranego do złożenia wyjaśnień w trybie art.90 ust.1 PZP.

Izba również nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania jako złożonego przez podmiot nieuprawniony to jest w oparciu art.189 ust.2 pkt 2)PZP, uznając pełnomocnictwo osoby składającej odwołanie za aktualne na dzień składania odwołania i prawidłowo udzielone na dzień umocowania.

Izba również nie podziela stanowiska zamawiającego co do nieprawidłowego sformułowania zarzutów odwołania, odnosząc powyższe stanowisko Izby do zarzutu uwzględnionego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis przez odwołującego.

Przewodniczący: