

**Sygn. akt: KIO 2794/13**

**WYROK**

**z dnia 20 grudnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Marek Koleśnikow

Piotr Kozłowski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2013 r. przez Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w Bydgoszczy w postępowaniu u udzielenie zamówienia prowadzonym przez Koleje Dolnośląskie S.A. w Legnicy,

przy udziale NEWAG S.A. w Nowym Sączu zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w Bydgoszczy 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. w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w Bydgoszczy na rzecz Koleje Dolnośląskie S.A. w Legnicy 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 (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Legnicy.

.....

.....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Koleje Dolnośląskie S.A. z siedzibą w Legnicy, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę jedenastu nowych Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych na potrzeby realizacji zadań przewozowych przez Spółkę Koleje Dolnośląskie S.A.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 21 marca 2013 r. w Dz. Urz. UE Nr 2013/S 057 – 093983.

W dniu 25 listopada 2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o odrzuceniu oferty Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w Bydgoszczy (dalej „PESA”) w obu częściach zamówienia (Zadanie A i Zadanie B).

W dniu 5 grudnia 2013 r. PESA wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem ww. czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu obrazę:

1. art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 90 ust. 3 Pzp - poprzez jego błędne zastosowanie prowadzące do uznania, iż wyjaśnienia odwołującego wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 90 ust 1 i 2 Pzp - poprzez ich błędne zastosowanie polegające na zaniechaniu wyjaśnień wszelkich elementów składowych ceny rodzących wątpliwości

zamawiającego, prowadzące w konsekwencji do błędnego (bezpodstawnego) zastosowania art. 90 ust. 3 Pzp;

4. art. 55 ust. 1 i 2 Dyrektywy 2004/18/WE - poprzez zaniechanie jego zastosowania prowadzące do błędnego (bezpodstawnego) zastosowania art. 90 ust. 3 Pzp;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie w stosunku do odwołującego;
6. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp - poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie w stosunku do odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- (I) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w każdej z części zamówienia (tj. Zadaniu A i Zadaniu B);
- (II) unieważnienia w każdej z części zamówienia (tj. Zadaniu A i Zadaniu B) czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu;
- (III) nakazania ponownej oceny i badania ofert w każdej z części zamówienia (tj. Zadaniu A i Zadaniu B);

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż przedstawione w nim zarzuty, twierdzenia i dowody na ich poparcie odnoszą się do obu części zamówienia.

Odnosnie zarzutu błędnego zastosowania art. 90 ust. 3 Pzp poprzez uznanie, iż dokonana ocena wyjaśnień odwołującego wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, odwołujący wskazał, że zamawiający nieprawidłowo zastosował dyspozycję tego przepisu. Przywołany przepis stanowi bowiem, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dla jego zastosowania konieczne jest aby ze złożonych wyjaśnień wynikało potwierdzenie wystąpienia ceny rażąco niskiej, a nie tylko wątpliwości zamawiającego w tym przedmiocie (a takie w tym przypadku zamawiający deklarował, stwierdzając, że analiza wyjaśnień wykonawcy nie rozwiała jego wątpliwości w tym zakresie). W świetle art. 90 ust. 3 Pzp to nie wątpliwości Zamawiającego statuują podstawę odrzucenia oferty, lecz dopiero ocena wyjaśnień (wraz z ewentualnymi dowodami) potwierdzająca, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Na potwierdzenie powyższej

tezy odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2012 r. sygn. akt KIO 460/12.

Odwołujący podkreślił, iż w przedłożonych wyjaśnieniach w sprawie rażąco ruskiej ceny udzielił szczegółowych informacji w sprawie wszystkich elementów mających wpływ na wysokość ceny. Wbrew temu, co pisze zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, jakoby zawarł bardzo szczegółowe wskazówki dotyczące kierunków wyjaśnień, to wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 28 października 2013 r. nie zawierało żadnych wskazówek w tej mierze, poza sformułowaniem obowiązku odniesienia się przez Odwołującego do następujących elementów mających wpływ na wysokość ceny:

- podstawa i sposób wyceny ceny jednostkowej za roboczo – godzinę wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi utrzymania pojazdów;
- sposób wyceny oraz informacji o rodzaju (modelu) pantografu oraz zastosowane rozwiązania techniczne w zakresie odbierania prądu;
- sposób wyceny oraz informacja o rodzaju (modelu) silnika trakcyjnego;
- podstawa i sposób wyceny kosztu usługi szkoleniowej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego;

Poza ww. elementami cenotwórczymi wezwanie Zamawiającego nie odnosiło się innych elementów cenotwórczych, ani też nie wskazywało żadnych innych wytycznych co do podania informacji w zakresie rażąco niskiej ceny. Ponadto, nawet w stosunku do ww. elementów cenotwórczych, Zamawiający nie precyzował stopnia uszczegółowienia przekazywanych mu informacji.

W odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie PESA w dniu 4 listopada 2013 r. złożyła szczegółowe wyjaśnienia odnosząc się do każdego z elementów ujętych przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 28 października 2013 r. oraz pomimo braku sprecyzowania oczekiwań Zamawiającego w tym przedmiocie, PESA opisała także inne czynniki wpływające na cenę jej oferty.

Dowód: pismo PESA datowane na dzień 30 października 2013 r.

Wobec tak sformułowanego wezwania Zamawiający nie może zasadnie podnosić zarzutów, iż Wykonawca nie wyjaśnił swojej ceny. Skoro Zamawiający (poza 4 powyżej wskazanymi czynnikami cenotwórczymi) nie sformułował swoich oczekiwań co do stopnia szczegółowości wyjaśnień, to nie może na etapie oceny ofert formułować w stosunku do wykonawcy zarzutu, iż ten nie wyjaśnił zagadnień, o wyjaśnienie których nie był proszony.

W informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający podnosi, iż Odwołujący nie przedłożył ceny roboczogodziny z tytułu świadczenia usługi utrzymania pojazdu, informacji o cenie pantografu oraz o cenie silnika trakcyjnego. Tymczasem według Odwołującego, Zamawiający nie

oczekiwał w swoim wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny podania tych cen. W piśmie z dnia 28 października 2013 r. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia jedynie elementów oferty wpływających na wysokość ceny wskazanych wyżej.

Zamawiający nie prosił zatem o podanie ceny, lecz podanie sposobu wyceny. W świetle tak sformułowanego oczekiwania Zamawiającego Odwołujący przedstawił każdorazowo sposób wyceny tych elementów cenotwórczych, a nie ich ceny. Mając na uwadze reguły wykładni oświadczeń woli wynikające z art 65 § 1 KC (w z w. z art. 14 PZP) Odwołujący nie miał wątpliwości, iż Zamawiający oczekuje od niego przedstawienia sposobu określenia tego kosztu, a nie samej wysokości kwoty ceny. Sposób posługiwania się pojęciem ceny w niniejszym postępowaniu (choćby na gruncie postanowień SIWZ) jednoznacznie wskazuje, iż Zamawiający nie traktuje pojęcia „sposób wyceny” jako synonimu pojęcia „cena”. Dodatkowo Odwołującego utwierdziło, w takim przekonaniu posłużeń się przez Zamawiającego związkiem frazeologicznym „sposób wyceny”.

Użycie słowa sposób wskazuje bowiem jednoznacznie, iż Zamawiającemu chodziło o podanie pewnej metodologii działań związanych z dokonywaniem wyceny, a nie ceny.

Stąd też, według odwołującego, dokonywanie odrzucenia jego oferty z powodu niepodania ww. cen, choć wezwanie Zamawiającego nie formułowało takiego obowiązku po stronie Odwołującego, było rażąco sprzeczne z art 90 ust 3 Pzp.

Zdaniem odwołującego również ocena pozostałych elementów wyjaśnień Odwołującego została dokonana wadliwie.

Zamawiający nie uznał wyjaśnień Odwołującego w sprawie oszczędności kosztów procesu produkcyjnego w związku z posiadaniem własnej linii produkcyjnej odniesieniu do pojazdów rodziny ELF, do której przynależy oferowany pojazd. W ocenie Zamawiającego nie jest to okoliczność wyróżniająca w szczególności sposób Odwołującego, gdyż konkurencyjny dostawca także posiada taką linię (Newag S.A.). Tak dokonana ocena sprowadza się wyłącznie do zestawienia faktów posiadania własnej linii produkcyjnej przez dostawców, bez odniesienia się do efektu skali wynikającego z wielkości produkcji realizowanej przez linię. Seryjna produkcja pojazdów rodziny ELF pozwala na oszczędności na poziomie do 40% kosztów robocizny w stosunku do pojazdów, które nie są budowane seryjnie. Zakładając koszt robocizny na poziomie co najmniej 5% kosztów budowy całego pojazdu można określić, że cena pojazdów seryjnych jest niższa o 2% w stosunku do ceny pojazdu nieseryjnych. Do tej pory Odwołujący zbudował 111 pojazdów elektrycznych, w tym prawie 2/3 (68 pojazdów) to pojazdy z rodziny ELF, 240 spalinowych zespołów trakcyjnych oraz 300 tramwajów. Wszystkie pojazdy są projektowane i wykonywane przez spółkę PESA, która zainwestowała w linie produkcyjne do wytwarzania:

- konstrukcji stalowych;

- wiązek elektrycznych;
- szaf elektrycznych;
- szaf pneumatycznych;

Dzięki temu Odwołujący mógł obniżyć koszty produkcji, optymalizując linie produkcyjne.

Jedna linia może wykonywać elementy do różnych pojazdów w odróżnieniu do konkurenta, a więc spółki NEWAG, która składa pojazdy z elementów dostarczanych przez innych wytwórców pojazdów. Jeżeli chodzi o rynek polski daje to największe doświadczenie w budowie nowoczesnych EZT.

Odwołujący zobrazował swoje większe od Newag doświadczenie w produkcji pojazdów elektrycznych, podając w tym zakresie dane liczbowe na temat ilości wyprodukowanych pojazdów.

Odwołujący wskazał, że obniżenie kosztów wynikająca z efektu skali jest czynnikiem całkowicie obiektywnym i unikalnym w tym znaczeniu, iż odnosi się tylko do wykonawcy, który z takim efektem ma do czynienia. Jakkolwiek posiadanie własnej linii produkcyjnej nie jest zjawiskiem unikalnym wśród producentów EZT, to wielkość produkcji i płynące z niej następstwa w zakresie kosztów są już unikalną cechą PESA.

Odwołujący podniósł również, iż dostosowywanie ofert do zmiennych warunków rynkowych jest normalną praktyką każdego przedsiębiorcy niezależnie od rynku, na którym działa. Kontrola (i redukcja) kosztów pozwala realizować zlecenia z mniejszą marżą wówczas, gdy warunki rynkowe uniemożliwiają realizację zleceń z marżą wyższą. Jakkolwiek celem każdego przedsiębiorcy jest maksymalizacja zysku, to jednakże zysk ten nie zawsze jest realizowany w tej samej wysokości. Niekiedy zaś zlecenia realizowane są marżami bliskimi zeru celem uniknięcia kosztów wygaszenia i wznowienia produkcji. Przykładem powyższego jest fakt, że w branży kolejowej marża może oscylować w przedziale od 1,5 do 20 %, czego przykładem są chociażby dane naszego konkurenta spółki NEWAG, z prospektu emisyjnego akcji zatwierdzonego przez KNF w dn. 08 listopada 2013 r. zgodnie z którym w okresie od 1 stycznia do 31 grudnia danego roku marża netto wynosiła odpowiednio: w 2010 - 1,6%, w 2011 - 2,2% w 2012 r. 8,6%.

W związku z powyższym podnoszone przez Zamawiającego różnice cenowe pomiędzy Odwołującym, a spółką Newag S.A., którego ofertę wybrano jako ofertę najkorzystniejszą nie przesądzają o rażąco niskiej cenie.

W latach 2011 – 2013 przeprowadzono w Polsce 21 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem była dostawa Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych (EZT). W ramach postępowań przetargowych wiodącym kryterium była cena za dostawę pojazdu oraz cena za jego utrzymanie (ponad 50%).

Według danych podanych przez Odwołującego, różnice pomiędzy cenami oferowanymi przez wykonawców składających oferty w postępowaniu na dostawy pojazdów EZT w 50% przypadków wynosi powyżej 10% różnicy w cenie za pojazd.

Ponadto w zakresie pojazdów 3-członowych różnica w ofertach wykonawców wyższa niż 10% wystąpiła w zdecydowanej większości postępowań (60%):

Dane przytoczone przez Odwołującego wskazują, że w zakresie pojazdów EZT, w szczególności w wersji 3-członowej, rok 2013 był wyjątkowy, ponieważ obserwowano duży popyt na pojazdy właśnie w takiej konfiguracji. Natomiast w warunkach popytu naturalnym stają się konkurencja pomiędzy ograniczonym gronem dostawców, czego efektem jest spadek cen oferowanych pojazdów - co odwołujący zobrazował. Nie można pominąć faktu, że oferowane ceny, jak wcześniej wskazano, dotyczą zarówno dostawy jak i utrzymania pojazdów. Warto zatem zwrócić uwagę, iż okres utrzymania pojazdu znacząco wpływa na cenę przedmiotu zamówienia. Omawiając ww. dane odwołujący podkreślił, że ceny zaoferowane w przetargu ogłoszonym przez Koleje Dolnośląskie tylko pozornie są najniższe.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający stwierdził, iż przy szacowaniu wartości przedmiotu zamówienia odnosił się do cen rynkowych w segmencie dostaw pojazdów elektrycznych. Powyższe jest o tyle zaskakujące, że Zamawiający oparł się wyłącznie na 2 przetargach, tj. przeprowadzonych przez Południową Grupę Zakupową oraz Województwo Podkarpackie, nie dokonując gruntownej analizy rynku w tym zakresie. Co więcej, w jednym ze wskazanych postępowań tj. (Południowa Grupa Zakupowa), PESA nie uczestniczyła w postępowaniu. Co prawda, ZNTK „Mińsk Mazowiecki” należy do tej grupy kapitałowej, co PESA, jednak ZNTK „MM” prowadzi własną politykę cenową. Powszechną praktyką w branży dostaw objętych przedmiotem zamówienia jest wystosowanie zapytań umożliwiających uzyskanie informacji dotyczącej szacunkowej wartości zamówienia, co miało wielokrotnie miejsce w przypadku Zamawiającego, w tym w zakresie dostawy pojazdów. Zaskakujący jest fakt, że w przypadku tak istotnego przetargu Zamawiający poprzestał wyłącznie na ocenie 2 przetargów, z których tylko w 1 startowała PESA, bez wszechstronnej analizy w zakresie dostawy pojazdów 3 jak i 4 członowych.

Odnosząc się do podobnych kryteriów jak przy analizie pojazdów 3 członowych należy wskazać, że również i w tym przypadku oferta złożona Spółce Koleje Dolnośląskie S.A. nie jest ofertą najniższą, ponieważ biorąc pod uwagę 5 letni okres utrzymania w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Marszałkowski Woj. Kujawsko – Pomorskiego to właśnie te oferty miały najniższy bilans. Reasumując, należy wskazać, że bezspornym jest fakt, iż w postępowaniach przetargowych prowadzonych w roku 2013, których przedmiotem była dostawa i utrzymanie Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych, miała miejsce duża konkurencja wykonawców. W przeprowadzonych postępowaniach znaczący, ponad 50% udział w kryterium



oceny ofert miała cena za dostawę oraz utrzymanie pojazdu. W konsekwencji tych obu czynników na rynku zaobserwowano spadek cen zarówno za pojazdy 3-, jak i 4-członowe.

Istotną kwestią jest również fakt, że w zakresie zadania A, tj. dostawy sześciu nowych, trójczłonowych EZT, Wykonawca PESA Bydgoszcz zaproponował Zamawiającemu pojazd 21WE, którego komponenty są kompatybilne z całą rodziną pojazdów ELF będących obecnie w seryjnej produkcji. Obecnie rodzina pojazdów ELF liczy 68 pojazdów i produkowana jest wyłącznie w naszym zakładzie. Taka flota pojazdów pozwala nam na optymalizację ofert dostawców, co przyczyniło się do zaoferowanie atrakcyjnej ceny zarówno Kolejom Dolnośląskim jak i innym Zamawiającym np. UM Woj. Kujawsko - Pomorskiego. W zakresie zadania B, tj. dostawy pięciu nowych, czterocłonowych EZT zaproponowany został Zamawiającemu pojazd z nowej „platformy pojazdów” dwu, trój i czterocłonowych. Przedmiotowy projekt jest pojazdem, który koncepcyjnie od samego początku był pojazdem niskobudżetowym, przy dokonaniu odpowiedniej optymalizacji do wymagań Zamawiającego. Pojazdy z tej platformy będą także dostarczane dla Województwa Małopolskiego (10 szt. EZT) i Województwa Podkarpackiego (2 szt.). Powyższe w znacznym stopniu wpłynęło na wycenę ceny jednostkowej za roboczegodzinę wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi utrzymania pojazdów, umożliwiając wynegocjowanie atrakcyjnych stawek za komponenty niezbędne do świadczenia usług utrzymaniowych. Odnosząc się wprost do postępowania prowadzonego przez Koleje Dolnośląskie na dostawę 11 EZT, należy stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu oferty złożone przez Wykonawców nie były najniższymi, zważywszy na fakt wymogu jedynie 1 rocznego okresu ich utrzymania. Pod tym względem w zakresie pojazdów 3-członowych najniższą ofertę złożono w postępowaniu prowadzonym przez Woj. Małopolskie i Podkarpackie i, co ważne, w postępowaniach tych żaden z wykonawców nie wniósł odwołania od wyników postępowania w omawianym zakresie. W zakresie pojazdów 4-członowych najniższe oferty złożono w postępowaniu prowadzonym przez UM Woj. Kujawsko-pomorskiego i również w tym postępowaniu wybór najkorzystniejszej oferty nie był kwestionowany

Przedstawione porównania cen pokazują zarazem, iż ceny zakwestionowane przez Zamawiającego jako ceny rzekomo rażąco niskie de facto (i de iure) nie miały takiego charakteru, ponieważ były normalnymi cenami rynkowymi za tego typu przedmioty zamówienia.

W świetle przedstawionej przez odwołującego interpretacji pojęcia rażąco niskiej ceny, nie można mówić, aby ceny Odwołującego były takimi cenami. Mieszczą się one w normalnych cenach funkcjonujących na rynku. Oznacza, to iż sama czynność wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny została dokonana nadużyciem uprawnienia wynikającego z art 90 PZP, gdyż przepis pozwala sankcjonować tylko ceny faktycznie rażąco niskie, a nie postrzegane przez Zamawiającego jako takie.

W przedmiotowym przypadku nie można powiedzieć o obiektywnie rażąco niskiej cenie oferty Odwołującego. Potwierdzeniem powyższego jest fakt, że różnica pomiędzy złożoną ofertą PESY, a ofertą NEWAG w stosunku do oszacowanego budżetu Zamawiającego wynosi zaledwie w przypadku zadania A: 6,4 %, natomiast w stosunku do zadania B: 11,7%.

Odnosnie błędnego zastosowania art. 90 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia wszelkich elementów składowych ceny rodzących wątpliwości Zamawiającego prowadzące do błędnego (bezpodstawnego) zastosowania art. 90 ust. 3 Pzp, wskazano, że przyjmując nawet, iż przedłożone przez PESA wyjaśnienia nie rozwiewały wszystkich wątpliwości Zamawiającego (czemu Odwołujący jednakże zaprzecza), to należy podkreślić, iż Zamawiający nie wykorzystał wynikającego z art. 90 ust 1 PZP uprawnienia do wyjaśnienia wątpliwości w przedmiocie ceny uznawanej przez Zamawiającego za cenę rażąco niską. Przywołany przepis nie stoi na przeszkodzie w wielokrotnym wzywaniu wykonawcy do wyjaśnienia elementów cenotwórczych, co jednoznacznie wynika z prawnoeuropejskiej genezy tego przepisu, konieczności takiej jego wykładni i znajduje potwierdzenie w orzecznictwie TS UE.

Tymczasem Zamawiający, dokonując oceny oferty Odwołującego, zaniechał prawidłowego zastosowania art. 90 PZP (interpretowanego w duchu art. 55 ust. 1 i 2 Dyrektywy 2004/18/WE), nie dążąc do wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności w których upatrywał powodów uznania ceny oferty Odwołującego za cenę rażąco niską.

Porównując wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 28 października 2013 r. z pismem z dnia 25 listopada 2013 r. informującym Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, widać jednoznacznie, iż Zamawiający dokonał odrzucenia oferty PESY, jako powód wskazując niewyjaśnienie innych elementów ceny oferty niż elementy, do których wyjaśnienia wzywał.

Z informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego (w pkt II s. 21) wynika, iż Zamawiający uznał, że cena oferty nie uwzględnia certyfikacji celem spełnienia Specyfikacji Technicznej Interoperacyjności (TSI) oraz kosztów ubezpieczenia na czas transportu. Elementy te w ogóle nie były przedmiotem wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (art. 90 PZP), ani nawet przedmiotem wezwania do wyjaśnienia treści oferty (art 87 ust. 1 PZP). Skoro rzekome niewycenienie przez PESA stanowiło powód uznania ceny Odwołującego za cenę rażąco niską, to tym samym Zamawiający winien wezwać Odwołującego do wyjaśnienia tej kwestii. Jeżeli zaś tego nie uczył w wezwaniu pierwotnym (tj. w piśmie z dnia 28 października 2013 r.), to, kierując się postanowieniami art. 90 PZP (interpretowanego zgodnie z art. 55 ust. 1 i 2 Dyrektywy 2004/18/WE), winien w kolejnych wezwaniach dążyć do wyjaśnienia tej kwestii.

Niezależnie od powyższego, koszty certyfikacji celem spełnienia Technicznej Specyfikacji Interoperacyjności (TSI) oraz koszty ubezpieczenia na czas transportu stanowią nieznaczny ułamek kosztu realizacji zamówienia.

Odnosnie odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazano, że stwierdzenie Zamawiającego, iż oferta PESA nie obejmuje kosztów certyfikacji celem spełnienia Specyfikacji Technicznej Interoperacyjności (TSI) oraz kosztów ubezpieczenia na czas transportu nie znajduje żadnego uzasadnienia w treści oferty Odwołującego.

Żadne z jej postanowień nie wskazuje, chociażby nawet pośrednio, że tego typu zobowiązanie nie zostało w tej ofercie przewidziane. Przeciwnie, formularz ofertowy (sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik Nr 1 do SIWZ) zawiera jednoznaczne oświadczenia Odwołującego wskazujące, iż omawiane elementy jego oferty objęte są zobowiązaniem z tej oferty wynikającym.

W pkt. 1-2 formularza oferty Odwołujący oświadczył bowiem, iż: oferuje dostawę przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem zgodnie ze szczegółowym opisem zawartym w SIWZ wraz z jej załącznikami stanowiącymi jej integralną część.

Ocena ofert dokonana przez Zamawiającego i odrzucenie oferty Odwołującego zostało dokonane również z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP. Zamawiający uznał bowiem bezpodstawnie, iż oferta Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm. - dalej: „UZNK”), a mianowicie utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Wskazana podstawa prawna odrzucenia oferty Odwołującego nie znajduje jednakże zastosowania do zaistniałego w sprawie stanu faktycznego.

Prowadzenie zróżnicowanej polityki cenowej i dostosowywanie cen do zmieniających się warunków rynkowych jest normalną praktyką każdego przedsiębiorcy. Zmienność czynników makro- i mikroekonomicznych powoduje, iż ceny oferowane przez każdego przedsiębiorcę, w tym także Odwołującego są zmienne w czasie. Nie oznacza to jednak, iż cena Odwołującego zaoferowana w niniejszym postępowaniu na charakter ceny dumpingowej, jak twierdzi bezpodstawnie Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego (pismo z dnia 25 listopada 2013 r. s. 22).

Cena zaoferowana przez Odwołującego za dostawę trójczłonowych EZT w niniejszym postępowaniu nie różni się zasadniczo od cen za analogiczne EZT zaoferowane w innych

postępowaniach. W niniejszym postępowaniu za EZT trójczłonowy PESA zaoferowała kwotę 13.350.000 zł (netto), zaś ceny zaoferowane innym Zamawiającym przedstawiają się następująco: 13 000 000,00 zł, 17 208 130,08 zł, 12 860 000,00 zł 11 306 574,30 zł, 9 870 000,00 zł. Cena ta nie odbiega zatem od cen stosowanych wobec innych Zamawiających, w żadnym zaś wypadku nie jest ceną dumpingową.

Ponadto wykazanie, że zachodzą przesłanki do uznania oferty Odwołującego za czyn nieuczciwej konkurencji obciąża Zamawiającego, gdyż to on z powyższego faktu wywodzi skutki prawne. Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 708/13) Użyte IU art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. sformułowanie "w celu" wskazuje, że czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska, oświadczenia i dowody stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Przedmiotem zamówienia była w tym przypadku dostawa 11 nowych Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych (EZT) wraz z ich rocznym utrzymaniem oraz przeszkoleniem obsługi.

Zamówienie podzielono na dwie części:

- Zadanie A – dostawa 6 sztuk EZT trójczłonowych,
- Zadanie B – dostawa 5 sztuk EZT czterocłonowych.

Szacunkową wartość zamówienia ustalono na poziomie:

- Zadanie A – 80 100 000 zł (98 523 000 zł brutto),
- Zadanie B – 101 000 000 zł (124 230 000 zł brutto).

W postępowaniu złożono następujące oferty cenowe:

- PESA: Zadanie A – 72 840 600 zł (brutto); Zadanie B – 79 150 500 zł (brutto),
- Newag: Zadanie A – 81 401 400 zł (brutto); Zadanie B – 95 940 000 zł (brutto),

Obaj wykonawcy zaoferowali 96 miesięczny okres gwarancji technicznej.

Pismem z dnia 28.10.2013 r. na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający zwrócił się do PESA o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, tj. do wyjaśnień w przedmiocie dotyczącym ustalenia, czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

W treści ww. pisma wskazano m.in.:

„[...] Mając na uwadze ukształtowaną linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający oczekuje od Państwa zawarcia w wyjaśnieniach szczegółowych informacji dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w szczególności takich jak:

- a) podstawa i sposób wyceny ceny jednostkowej za roboczo - godzinę wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi utrzymania pojazdów,
- b) sposób wyceny oraz informację o rodzaju (modelu) pantografu oraz zastosowanych rozwiązaniach technicznych w zakresie odbierania prądu,
- c) sposób wyceny oraz informację o rodzaju (modelu) silnika trakcyjnego,
- d) podstawa i sposób wyceny kosztu usługi szkoleniowej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, iż wymienione powyżej elementy ceny, których wyjaśnienia od Wykonawcy oczekuje nie stanowią katalogu zamkniętego, tj. Wykonawca – celem wykazania, iż jego cena nie ma charakteru rażąco niskiego - może odwoływać się także do innych elementów jego oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

[...] Zamawiający pragnie podnieść, iż w ramach czynności poprzedzających wszczęcie przedmiotowego postępowania dokonał oszacowania wartości przedmiotu zamówienia, działając w oparciu o normę wywodzoną z przepisu art. 32 ust. 1 p.z.p., w drodze wnikliwej analizy rynku związanej z dostawami taboru kolejowego, mając na uwadze dodatkowo swoje własne doświadczenia związane z nabywaniem taboru kolejowego oraz jego późniejszej eksploatacji. Na tej zasadzie, Zamawiający nie ma podstaw, by przypuszczać, iż z jego strony mogło dojść do tzw. przeszacowania wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia.

[...]

Mając powyższe na uwadze Zamawiający pragnie wskazać, iż ceny zawarte w Państwa ofertach stanowią odpowiednio 73,93 % wartości szacunkowej zamówienia (powiększonej o stawkę podatku VAT) dla części A oraz 63,71 % wartości szacunkowej zamówienia (powiększonej o stawkę podatku VAT) dla części B.

Powyższe obliczenia prowadzą Zamawiającego do wniosku, iż w odniesieniu do Państwa ofert (zarówno dotyczącej części A, jak również części B) zachodzi uzasadnione podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny, co powoduje, iż koniecznym staje się wezwanie Państwa do złożenia wyjaśnień w celu wyjaśnienia przedmiotowych wątpliwości.

W niniejszym przypadku, jak wskazano powyżej, już samo zestawienie wysokości zaoferowanych przez Państwa cen do ustalonej z należytą starannością szacunkowej wartości zamówienia wskazuje na konieczność skierowania do Wykonawcy wezwania z art. 90 ust. 1 p.z.p. Konieczność ta potwierdza - zgodnie z przywołanym wyrokiem KIO - także specyfika przedmiotu zamówienia, tj. m. in. okoliczność, iż ze względu na dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia oraz przepisy i wymagania stawiane tego typu pojazdom w związku z dopuszczeniem ich do eksploatacji powodują, że wykonawcy zmuszeniu są zaoferować bardzo zbliżony przedmiot zamówienia.

Zamawiający pragnie ponadto wskazać, iż przedmiot niniejszego postępowania jest współfinansowany ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej, co zmusza go do dołożenia podwyższonej staranności w zakresie badania i oceny ofert, także w kontekście ryzyka wystąpienia ceny rażąco niskiej za realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający, w pełni identyfikując się z linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej podziela ponadto jej stanowisko dotyczące znacznego ryzyka kontraktowego dotyczącego etapu związanego z prawidłową (tj. również terminową) realizacją zamówienia w przypadku uznania za najkorzystniejszą w postępowaniu oferty zawierającą cenę rażąco niską.

[...]"

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 30.10.2013 r. PESA złożyła wyjaśnienia następującej treści:

„[...]

Zamawiający wskazał, iż oczekuje szczegółowych informacji dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w szczególności takich jak:

- a) podstawa i sposób wyceny ceny jednostkowej za robocz-godzinę wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi utrzymania pojazdów,
- b) sposób wyceny oraz informację o rodzaju (modelu) pantografu oraz zastosowanych rozwiązaniach technicznych w zakresie odbierania prądu,
- c) sposób wyceny oraz informacje o rodzaju (modelu) silnika trakcyjnego,
- d) podstawa i sposób wyceny kosztu usługi szkoleniowej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego,

Wykonawca złożył ofertę na realizację następujących zadań:

- 1) Część A - dostawa sześciu nowych trójczłonowych Elektrycznych Zespołów trakcyjnych na potrzeby komunikacji miejskiej i podmiejskiej, z ceną brutto oferty - 72 840 600,00 zł (słownie: siedemdziesiąt dwa miliony osiemset czterdzieści tysięcy sześćset złotych 00/100)

- 2) Część B - Dostawa pięciu nowych , czterocłonowych Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych dla obsługi pasażerskiego w aglomeracji wrocławskiej, z ceną oferty 79150 500,00 (słownie pięćdziesiąt dziewięć milionów sto pięćdziesiąt złotych 00/100).

I. Biorąc pod uwagę zaistniałe okoliczności Wykonawca wyjaśnia poszczególne elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny pojazdów:

- 1) Podstawa i sposób wyceny ceny jednostkowej za roboczo-godzinne wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi utrzymania pojazdów

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest do wykonania w okresie pierwszego roku pełnego utrzymania pojazdów tj. wykonywania obsługi technicznej poziomów utrzymania zgodnie z zatwierdzoną przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego Dokumentacją Systemu Utrzymania. Wykonawca dokonał kalkulacji w zakresie usług utrzymania pojazdów (zarówno w stosunku do pojazdów oferowanych w zadaniu A jak również w zadaniu B) biorąc za podstawę fakt, że świadczenie usług utrzymaniowych pojazdów będzie odbywało się na miejscu u Zamawiającego. Szczegółowe zasady usług utrzymania (serwisowych) w okresie pierwszego roku eksploatacji EZT określone zostały w załączniku nr 3 do SIWZ Zakres Utrzymania Pojazdów.

Wykonawca za podstawę sposobu wyceny roboczo-godziny przyjął zatrudnienie kadry wymaganej do przeprowadzenia procesu utrzymania z rynku lokalnego. Pracownicy z rynku lokalnego zostaną przeszkoleni w siedzibie Wykonawcy.

Powyższe założenie przyczyni się do wyeliminowania następujących kosztów:

- noclegów;
- oddelegowania;
- przejazdów.

Istotną kwestią jest również fakt, że w zakresie zadania A, tj. dostawy sześciu nowych, trójczłonowych ezt, Wykonawca zaproponował Zamawiającemu pojazd 21 WE, którego komponenty są kompatybilne z całą rodziną pojazdów ELF będących obecnie w seryjnej produkcji. Obecnie rodzina pojazdów ELF produkowana jest wyłącznie w naszym zakładzie, co przyczyniło się do zaoferowania atrakcyjnej ceny. W zakresie zadania B, tj. dostawy pięciu nowych, czterocłonowych ezt zaproponowaliśmy Państwu pojazd z naszej nowej „platformy pojazdów” dwu, trój i czterocłonowych. Pojazdy tego typu będą także dostarczane dla Województwa Małopolskiego (10 szt. ezt) i Województwa Podkarpackiego (2 szt.). Powyższe w znacznym stopniu wpłynęło na wycenę ceny jednostkowej za roboczo-godzinę wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi utrzymania pojazdów, umożliwiając wynegocjowanie atrakcyjnych stawek za komponenty niezbędne do świadczenia usług utrzymaniowych.

2) Sposób wyceny oraz informacje o rodzaju (modelu) pantografu oraz zastosowanych rozwiązaniach technicznych w zakresie odbierania prądu Wykonawca w ramach stałej współpracy z poddostawcami wystosował zapytania ofertowe, na podstawie których nastąpiło oszacowanie najkorzystniejszej oferty i wytypowanie dostawcy. W zakresie Część A, tj. dostawa sześciu nowych trójczłonowych Elektrycznych Zespołów trakcyjnych oraz część B - dostawa pięciu nowych, czteroczłonowych Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych zastosowany zostanie ..... *(tu podano model pantografu, co ze względu na fakt, iż wyjaśnienia zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa – co prawda niezastrzeżoną przez zamawiającego przy przekazywaniu dokumentacji postępowania – nie będzie przytaczane w ustaleniach Izby – przypis Izby) spółki ... (tu podano producenta pantografu i scharakteryzowano właściwości techniczne urządzenia – przypis Izby).*

3) Sposób wyceny oraz informacje o rodzaju (modelu) silnika trakcyjnego.

Wykonawca po zapoznaniu się i analizie warunków SIWZ w ramach stałej współpracy z poddostawcami wystosował zapytania ofertowe do producentów napędów w kraju jak i zagranicą. Na podstawie otrzymanych odpowiedzi została wybrana oferta producenta.... *(Tu wskazano firmę-dostawcę, co zostało zresztą podane przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty PESA – przypis Izby)*

4) Podstawa i sposób wyceny kosztu usługi szkoleniowej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego Wykonawca w ramach usług utrzymaniowych zobowiązany jest do przeszkolenia osób wskazanych przez Zamawiającego z zakresu obsługi, budowy pojazdu, zakresu wykonywanych przeglądów, zgodnie z DSU oraz napraw bieżących (po przeszkoleniu przez Wykonawcę przedstawiciele Zamawiającego mają nabyć pełną wiedzę, doświadczenie i uprawnienia do wykonywania obsługi technicznej zgodnie z DSU). Szczegółowa liczba pracowników do przeszkolenia jak również godzin wymaganych został określona w załączniku nr 2a do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia - wymagani techniczne (dotyczy zadania A, Rozdział IV Szkolenia) oraz Załącznika Nr 2 b do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia - wymagani techniczne (dotyczy zadania B, Rozdział IV Szkolenia).

Z uwagi, że Wykonawca w planie założył wykonanie usług szkoleniowych teoretycznych wyłącznie u Zamawiającego zostały wyeliminowane koszty przewozu osób uczestniczących w szkoleniu oraz koszty zakwaterowania wraz z wyżywieniem. Szkolenia zostaną przeprowadzone przez pracowników Wykonawcy w ramach stałych obowiązków pracowniczych, co wyeliminuje koszty zatrudnienia dodatkowych osób, czy też wykonywania pracy w ramach dodatkowych godzin nadliczbowych.



Poniższa tabela przedstawiająca szczegółowe wyliczenia szacowanych kosztów w ramach przeprowadzonych szkoleń w siedzibie Zamawiającego

[.....]

*(W przedstawionej tabeli zawarto dokładne dane na temat wyceny ww. usług, w tym wartość wszystkich elementów kosztotwórczych na te usługi się składających – przypis Izby).*

Powyższe koszty w całości wyniosą 53 414,00 zł., co dotyczy kalkulacji kosztów zarówno dla zadania A jaki i B. Łączna kwota szkoleń za oba zadania wyniesie 106 828,00 zł. II.

Jednocześnie Wykonawca wskazuje, że na oferowaną cenę wpływa miały inne czynniki, jak chociażby znane i zastosowane rozwiązania techniczne, proces seryjnej produkcji pojazdów, współpraca ze stałymi poddostawcami, realizacja licznych projektów opartych na zbliżonych rozwiązaniach technicznych w zakresie oferowanych produktów.

Na uwagę zasługuje fakt, że wdrożona w naszym przedsiębiorstwie seryjna produkcja pojazdów pozwala na obniżenie kosztów ich wytwarzania. PESA reagując na zmiany rynkowe opracowała nową rodzinę pojazdów elektrycznych, która została zoptymalizowana pod kątem kosztowym i produkcyjnym. Powyższe pozwoliło wyeliminować ponoszenie kosztów jednorazowych, chociażby dzięki współpracy ze stałą grupą poddostawców. Jednocześnie PESA wdrożyła w swoich zakładach produkcję potokową, która pozwala obniżyć koszty płac i koszty stanowisk produkcyjnych.

Rozmiar produkcji przekłada się na możliwość negocjacji niższych cen od dostawców, niższe koszty logistyczne, jak również na niższy koszt prac wykonywanych przy produkcji pojedynczego pojazdu. Ponadto brak jest potrzeby modyfikacji linii produkcyjnej. Jakkolwiek oferowany przez nas pojazd będzie się różnił od już dostarczanych, tak by spełnić Państwa indywidualne wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jednak nie są to różnice, które istotnie ograniczałyby korzyści wynikające z takiego rozmiaru produkcji, albowiem zasadnicze kosztotwórcze podzespoły we wszystkich produkowanych pojazdach pochodzą od tych samych producentów.

Powyższe w znacznym stopniu powoduje zmniejszenie kosztów realizacji umowy oraz ryzyka związanego z jej realizacją, co pozwala obniżyć cenę oferowanego produktu. Ponadto dobra kondycja finansowa naszego przedsiębiorstwa umożliwia zwiększenie finansowania produkcji z własnych środków oraz obniża ewentualne koszty finansowania produkcji z kredytów bankowych. PESA podkreśla, iż posiada ogromne doświadczenie w produkcji elektrycznych zespołów trakcyjnych, spalinowych zespołów trakcyjnych oraz tramwajów na rynek polski i zagraniczny. Dzięki realizacji wielu umów na dostawę EZT udoskonaliliśmy nasze metody zarządzania i oceny ryzyk związanych z realizacją umów. Dotychczasowe doświadczenia w zakresie obsługi gwarancyjnej oraz obsługi utrzymaniowej, jak również stałe udoskonalanie naszych produktów na bazie doświadczeń serwisowych, oraz stała współpraca z

autoryzowanymi serwisami dostawców głównych podzespołów pozwalają nam na zmniejszenie udziału kosztów tych czynności w cenie elektrycznego zespołu trakcyjnego.

Jednocześnie chcielibyśmy podkreślić, że Zamawiający określił wyjątkowo krótki czas na dostawę pojazdów. W zakresie zadania A, tj. dostawy sześciu nowych, trójczłonowych ezt, dostawy datowane są na okres od 22.05.2014 r. do 24.09.2014 r. W związku z tym Wykonawca zaproponował Zamawiającemu pojazd 21 WE, którego komponenty są kompatybilne z całą rodziną pojazdów ELF będących obecnie w seryjnej produkcji. Obecnie rodzina pojazdów ELF produkowana jest wyłącznie w naszym zakładzie, co przyczyniło się do zaoferowanie atrakcyjnej ceny.

W zakresie zadania B, tj. dostawy pięciu nowych, czterocłonowych ezt zaproponowaliśmy Państwu pojazd z naszej nowej „platformy pojazdów” dwu, trój i czterocłonowych. Pojazdy tego typu będą także dostarczane dla Województwa Małopolskiego (10 szt. ezt) i Województwa Podkarpackiego (2 szt).

Zaproponowany pojazd czterocłonowy 42WE został zoptymalizowany dla niniejszego kontraktu w celu spełniania wszystkich wymagań.

[...]

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty PESA będącej przedmiotem niniejszego odwołania, zamawiający wskazał m.in.:

„[...]

I. Przesłanka odrzucenia ofert na podstawie normy prawnej z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 p.z.p.:

W dniu 28.10.2013r. Zamawiający skierował do Państwa pismo w przedmiocie wyjaśnień dotyczących elementów Państwa oferty mających wpływ na wysokość ceny, t.j.: do wyjaśnień w przedmiocie dotyczącym ustalenia, czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający oczekiwał od Państwa zawarcia w wyjaśnieniach szczegółowych informacji dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności takich jak:

- a) podstawa i sposób wyceny ceny jednostkowej za roboczo - godzinę wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi utrzymania pojazdów, b) sposób wyceny oraz informację o rodzaju (modelu) pantografu oraz zastosowanych rozwiązaniach technicznych w zakresie odbierania prądu,
- c) sposób wyceny oraz informację o rodzaju (modelu) silnika trakcyjnego,

d) podstawa i sposób wyceny kosztu usługi szkoleniowej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Jednocześnie Zamawiający wskazał dobitnie, iż wymienione elementy ceny, których wyjaśnienia od Wykonawcy oczekuje - nie stanowią katalogu zamkniętego, tj. Wykonawca - celem wykazania, iż jego cena nie ma charakteru rażąco niskiego - może odwoływać się także do innych elementów jego oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Z powyższego zatem nie sposób nie wywieść zdecydowanej konkluzji, iż Zamawiający abstrahując nawet od treści normy wywodzonej z przepisu art. 90 ust. 1 p.z.p., oczekiwał od Państwa wskazania wszelkich szczegółowych informacji dotyczących elementów (składowych), a także sposobu obliczenia ceny Państwa ofert.

Oferowane przez Państwo ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia w ramach niniejszego postępowania nie mogły nie wzbudzić uzasadnionych podejrzeń Zamawiającego co do ceny rażąco niskiej. W ramach czynności poprzedzających wszczęcie przedmiotowego postępowania Zamawiający dokonał oszacowania wartości przedmiotu zamówienia, działając w oparciu o normę wywodzoną z przepisu art. 32 ust. 1 p.z.p., w drodze wnikliwej analizy rynku związanej z dostawami taboru kolejowego, mając na uwadze dodatkowo swoje własne doświadczenia związane z nabywaniem taboru kolejowego oraz jego późniejszej eksploatacji.

Na tej zasadzie, Zamawiający nie miał podstaw, by przypuszczać, iż z jego strony mogło dojść do tzw. przeszacowania wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. W wyniku podjętych działań Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia jak poniżej:

[...]

Powyższe szacunkowe wartości będące efektem działań Zamawiającego, o których mowa powyżej, powodują, iż w odniesieniu do jednostkowego trójczłonowego oraz czteroczłonowego Elektrycznego Zespołu Trakcyjnego w odniesieniu do efektów szacowania wartości przedmiotu zamówienia poczynionego przez Zamawiającego mówimy o następujących wartościach:

- a) Zadanie A - pojazd trójczłonowy - 13 350 000,00 zł (słownie: trzynaście milionów trzysta pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100) bez podatku VAT, 16 420 500,00 zł (słownie: szesnaście milionów czterysta dwadzieścia tysięcy pięćset złotych 00/100) z podatkiem VAT. b)
- b) Zadanie B - pojazd czteroczłonowy - 12 870 000,00 zł (słownie: dwanaście milionów osiemset siedemdziesiąt tysięcy złotych 00/100) bez podatku VAT, 15 830 100,00 zł (słownie: piętnaście milionów osiemset trzydzieści tysięcy sto złotych 00/100) z podatkiem VAT.

Zamawiający pragnie ponadto dobitnie podnieść, iż szacując wartość przedmiotu zamówienia (czerwiec 2013r.) odnosił się w sposób bezpośredni do cen rynkowych w segmencie dostaw

pojazdów elektrycznych, na co wskazują chociażby ceny ofert składanych innym zamawiającym przez Państwa firmę, zgodnie z poniższymi danymi:

a) Południowa Grupa Zakupowa - dostawa dwunastu trójczłonowych Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych/czerwiec 2013r. - cena jednego pojazdu bez podatku VAT - 13 300 000,00 zł,

b) Województwo Podkarpackie - dostawa dwóch trójczłonowych Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych/lipiec 2013 r. - cena jednego pojazdu bez podatku VAT - 11 800 000,00 zł.

Zatem w kontekście powyższych danych Zamawiający raz jeszcze wskazuje, iż szacowana przez niego wartość przedmiotu zamówienia mieściła się w granicach cen w owym czasie uzyskiwanych przez zamawiających prowadzących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem była dostawa Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych. Powyższe stanowi również potwierdzenie faktu, iż czynność szacowania wartości przedmiotu zamówienia po stronie Zamawiającego odbyła się w zgodzie z dyrektywą wyrażoną w treści normy wywodzonej z treści przepisu art. 32 ust. 1 p.z.p., a więc z należytą starannością, jakiej wzorzec i miarę w tym przypadku należałoby przyjmować dla działań podejmowanych przez podmiot profesjonalnie funkcjonujący na rynku (tu Zamawiającego prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego). Podkreślenia przy tym wymaga, że zarówno ustalenie przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia, jak i kwot podanych przez Zamawiającego przed otwarciem ofert w trybie art. 86 ust. 3 p.z.p. nie było przez Państwo kwestionowane.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający pragnie raz jeszcze wskazać, iż ceny zawarte w Państwa ofertach stanowią jedynie odpowiednio 73,93 % (całkowitej) wartości szacunkowej zamówienia (powiększonej o stawkę podatku VAT) dla części A oraz 63,71 % wartości szacunkowej zamówienia (powiększonej o stawkę podatku VAT) dla części B. (!)

Powyższe dane liczbowe dotyczące cen doprowadziły Zamawiającego do wniosku, iż w odniesieniu do Państwa ofert (zarówno części A, jak również części B) zachodzi uzasadnione podejrzenie wystąpienia rażąco niskiej ceny, co spowodowało, iż koniecznym stało się wezwanie Państwa do złożenia wyjaśnień w celu usunięcia przedmiotowych wątpliwości. Wątpliwości Zamawiającego umacnia dodatkowo fakt konieczności spełnienia wymagań dostosowawczych do TSI dotyczących nowego taboru, co szczegółowo zostało zaprezentowane w dalszej części niniejszego pisma. Co istotne. zasadność wezwania do wyjaśnień w odniesieniu do wysokości zaoferowanej ceny. jak i każda inna czynność Zamawiającego, może być przedmiotem zaskarżenia w drodze korzystania ze środków ochrony prawnej. Państwo z takiej możliwości nie skorzystali (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2013r., KIO 1970/13).

[...]

Analiza Państwa stanowiska niestety nie rozwiązała wątpliwości Zamawiającego, nawet w obliczu bardzo szczegółowych wskazówek dotyczących kierunków Państwa wyjaśnień poczynionych w wezwaniu przez Zamawiającego. Państwa wyjaśnienia, chociaż zawierają się na kilku stronach, są w zasadzie bardzo ogólne, a nawet miejscami lakoniczne.

W Państwa stanowisku ograniczyliście się do wskazania kilku okoliczności, które pozwoliły zaoferować korzystną cenę, nie mniej jednak wyjaśnienia te nie zawierają szczegółowych danych obrazujących, w jaki sposób wskazywane przez Państwa „szczególne” okoliczności wpłynęły na ceny oferowane w ramach przedmiotowego postępowania.

Dla przykładu Zamawiający pragnie wskazać, iż w treści Państwa wyjaśnień wskazujecie Państwo w odniesieniu do sposobu wyceny oraz informacji o rodzaju (modelu) pantografu oraz zastosowanych rozwiązaniach technicznych w zakresie odbierania prądu, iż „(...) wykonawca w ramach stałej współpracy z poddostawcami wystosował zapytania ofertowe na podstawie, których nastąpiło oszacowanie najkorzystniejszej oferty i wytypowanie wykonawcy (...). Podobne stanowisko zajęliście Państwo w odniesieniu do wyjaśnienia sposobu wyceny oraz informacji o rodzaju (modelu) silnika trakcyjnego, wskazując Zamawiającemu, iż „(...) wykonawca po zapoznaniu się i analizie warunków SIWZ w ramach stałej współpracy z poddostawcami wystosował zapytania ofertowe do producentów napędów w kraju jak i za granicą. [...]"

Pomimo powyższych informacji w Państwa wyjaśnieniach nie znalazły się dowody potwierdzające, iż faktycznie w wyniku skierowanych zapytań ofertowych uzyskaliście Państwo wyjątkowo korzystne oferty, a nade wszystko, że przedmiotowe oferty są korzystniejsze niż otrzymywane wcześniej, co stanowiłoby uzasadnienie obniżenia ceny Państwa ofert - bez zaistnienia znamion zachowań skutkujących ich odrzuceniem przez Zamawiającego.

Nawet jeśli założyć, iż przedmiotowe informacje (dotyczące uzyskanych - korzystnych ofert) mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej u.z.n.k., to mogliście Państwo złożyć stosowne oświadczenie, co do zastrzeżenia braku jawności w odniesieniu do ww. - co zresztą uczyniliście Państwo i tak w odniesieniu do treści swoich wyjaśnień.

Zamawiający pragnie dodatkowo wskazać, iż przedstawienie mu takich informacji (danych), szczególnie z uwzględnieniem pewnego historycznego aspektu pokazującego, jak kształtowała się w dłuższym okresie czasu Państwa sytuacja w kontekście ofert pozyskiwanych od poddostawców (kontrahentów), pozwoliłaby mu na dokonanie analizy, czy

faktycznie w odniesieniu do Państwa przedsiębiorstwa można mówić o zaistnieniu pewnych szczególnych okoliczności, które pozwoliły Państwu na taką, a nie inną kalkulację ceny ofert. Zamawiający pragnie wskazać, iż bezspornie to po Państwa stronie leżał ciężar udowodnienia wszystkich, szczególnych okoliczności, które zdeterminowały proces kalkulacji ceny ofert.

Zamawiający pragnie zatem w tym miejscu podnieść raz jeszcze, iż treść Państwa wyjaśnień wyrażonych w piśmie z dnia 30.10.2013r. sprowadza się do wielokrotnych powtórzeń tych samych treści, których znaczenia i praktycznej wartości nie sposób ocenić, t.j.: „ (...) powyższe w znacznym stopniu powoduje zmniejszenie kosztów realizacji umowy oraz ryzyka związanego z jej realizacją (...)”, „(...) pozwala obniżyć koszty płac i koszty stanowisk produkcyjnych (...)”, „(...) wdrożona w naszym przedsiębiorstwie seryjna produkcja pojazdów pozwala na obniżenie kosztów ich wytwarzania (...)”.

Nadto Zamawiający pragnie wskazać na zdecydowaną niespójność logiczną udzielonych wyjaśnień w świetle jego wyraźnych oczekiwań wyrażonych w wezwaniu do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. Informujecie bowiem Państwo w treści przedmiotowych wyjaśnień, iż „(...) zasadnicze kosztotwórcze podzespoły wszystkich produkowanych pojazdach pochodzą od tych samych producentów (...)” oraz, że „(...) wykonawca zaproponował Zamawiającemu pojazd 21 WE, którego komponenty są kompatybilne z całą rodziną pojazdów ELF będących obecnie w seryjnej produkcji. Obecnie rodzina pojazdów ELF produkowana jest wyłącznie w naszym zakładzie, co przyczyniło się do zaoferowania atrakcyjnej ceny (...)”.

Mając zatem powyższe na uwadze Zamawiający pragnie zauważyć, iż wskazujecie Państwo z jednej strony na pewne niezmiennie elementy towarzyszące procesowi produkcyjnemu (stali producenci kosztotwórczych podzespołów, kompatybilność pojazdów) co powinno prowadzić do pewnego ustabilizowania cen oferowanych przez Państwo zamawiającym organizującym publiczne przetargi na dostawy taboru elektrycznego w Polsce. Obserwacje dotyczące Państwa przedsiębiorstwa powyższego jednak nie potwierdzają (!).

Po drugie posiadanie własnej linii produkcyjnej w ramach swojego przedsiębiorstwa w odniesieniu do pojazdów ELF, na co Państwo zwracacie uwagę, jest również praktyką stosowaną przez konkurencyjny wobec Państwa podmiot na rynku dostaw taboru kolejowego w Polsce NEWAG SA, który również złożył ofertę niniejszym postępowaniu. Zatem trudno mówić odniesieniu do powyższego o jakimś szczególnym i wyróżniającym tylko Państwa czynnikiem, który tym samym miałby spowodować inną ocenę udzielonych wyjaśnień.

Zamawiający pragnie wskazać, iż działania, na które Państwo kładziecie akcent, a więc optymalizacja kosztów, w kontekście wdrożenia innowacyjnych rozwiązań, czy to w obszarze czysto produkcyjnym, czy też z zakresu zarządzania przedsiębiorstwem, zarządzania zasobami ludzkimi, zarządzania łańcuchem dostaw jest działaniem właściwym nie tylko

Państwa firmie. Podobny cel przyświeca przecież wszystkim podmiotom gospodarczym funkcjonującym na rynku.

Przedkładanie jednak ponad powyższy kierunek działań, skąd inąd słuszny w obecnych czasach, objawiający się w takich zjawiskach jak innowacyjność, transfer technologii czy też w ich kontekście szeroko rozumiana optymalizacja kosztów działalności - działań mających znamiona praktyk niezgodnych z obowiązującymi przepisami, nie zasługuje w żadnej mierze na ochronę prawną, czego przykładem jest chociażby stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w treści niniejszego pisma i rozstrzygnięcie poczynione w odniesieniu do Państwa ofert (!). Zamawiający pragnie wskazać, iż w tzw. „tradycyjnej teorii firmy” przyjmuje się założenie, że celem zarówno firmy jak i właściciela sprawującego nad nią kontrolę jest maksymalizacja zysku, a maksymalizacja zysku jako celu ma charakter obiektywnej prawidłowości. Zatem abstrahując już nawet od czysto formalnego spojrzenia na zaistniały stan faktyczny w kontekście Państwa ofert (cen w nich zawartych) złożonych Zamawiającemu trudno przyjąć, iż w przypadku tego konkretnego postępowania postanowiliście Państwo działać w oderwaniu od pewnych obiektywnych przesłanek właściwych zarówno praktyce codziennego obrotu gospodarczego jak i nawet teoretycznych założeń z obszaru nauk o przedsiębiorstwie

Nadto Zamawiający pragnie wskazać, iż przedstawiona przez Państwo szczegółowa kalkulacja dotycząca świadczenia usługi szkoleniowej w ramach przedmiotu zamówienia nie jest w stanie przesądzić o wyczerpującym charakterze całych wyjaśnień, z uwagi na fakt, iż przeszkolenie pracowników Zamawiającego szczegółowo opisane w dokumencie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej SIWZ, stanowi jedynie usługę o charakterze pobocznym, uzupełniającym i nie stanowi istotnego elementu kosztotwórczego w odniesieniu do całkowitej ceny oferty. Tym samym możliwość szczegółowej analizy dotyczącej ceny usługi szkoleniowej nie przesądza o wyczerpującym charakterze całych wyjaśnień (!).

A contrario nie przedstawiliście Państwo informacji o cenie roboczo - godziny z tytułu świadczenia usługi utrzymania pojazdów, podobnie jak brak jest w Państwa wyjaśnieniach informacji o cenie pantografu oraz cenie silnika trakcyjnego. Wyżej wymienione elementy, w ocenie Zamawiającego, stanowią bardzo istotne elementy cenotwórcze, które niestety zostały pominięte w Państwa wyjaśnieniach. Podanie w odniesieniu do tych elementów szczegółowych zasad wyceny oraz samych cen nadałaby Państwa wyjaśnieniom niewątpliwie walor kompletności i wyczerpującego charakteru. Za przywołanym wyżej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 1970/13) podkreślić należy, że wykonawca musi na wiarygodnym poziomie szczegółowości i sprawdzalności wykazać czynniki, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny. Państwo temu obowiązkowi uchybiliście.

Zamawiający pragnie zwrócić uwagę Państwu na treść normy wywodzonej z przepisu art. 90 ust. 2 p.z.p. Zgodnie z powyższą zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zatem już nawet wykładnia językowa cytowanego wyżej przepisu powinna stanowić swoistą dyrektywę postępowania w toku udzielania wyjaśnień składanych Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 1 p.z.p. skierowane do Państwa w toku postępowania. Tym samym przedmiotowym wyjaśnieniom Wykonawca winien nadać charakter wyczerpujący, szczegółowy i nie budzący żadnych wątpliwości Zamawiającego.

Na marginesie powyższego Zamawiający pragnie ponadto wskazać, iż wobec Państwa zachowań w toku udzielania wyjaśnień, jak w obrębie całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winno się przykładać miarę należytej staranności wymaganej w obrocie prawnym - gospodarczym o charakterze profesjonalnym. Chociaż, jak wiadomo przepisy p.z.p. nie definiują terminu należytej staranności, jednak w odniesieniu do wzajemnych relacji między Zamawiającym, a wykonawcami, z uwagi na przepis art. 14 p.z.p. można z powodzeniem mówić o należytej staranności w rozumieniu przepisu art. 355 k.c. Zgodnie z przepisem art. 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności (art. 355 § 2 k.c.).

Mając zatem powyższe na uwadze Zamawiający pragnie wskazać, iż wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to w przeważającej części przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą na podstawie stosownych przepisów. W ich przypadku należyta staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Powyższe oznacza, iż przy ocenie postępowania przedsiębiorcy mamy do czynienia ze starannością wyższą niż przeciętna, wymaganą od specjalistów w danej dziedzinie.

Zamawiający mógł zatem i powinien, mając na uwadze normę z art. 355 k.c., oczekiwać od Państwa większej wiedzy, skrupulatności oraz rzetelności w podejmowanych działaniach (tu w toku udzielanych wyjaśnień).

[...]

Podstawą rozstrzygnięcia w odniesieniu do Państwa ofert złożonych w postępowaniu jest m.in. norma wywodzona z art. 90 ust. 3 i ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 p.z.p.



[...]

Ukształtowana już tym zakresie linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, iż za równoważne ze stanem niezłożenia wyjaśnień przez wykonawcę na wezwanie z art. 90 ust. 1 p.z.p. należy traktować wyjaśnienia w swojej treści lakoniczne, niepełne, a więc mające niewątpliwie charakter czynności pozornej.

Za takim kierunkiem rozumowania art. 90 ust. 3 p.z.p., w ocenie Zamawiającego, przemawia bezspornie wykładnia celowościowa przedmiotowego przepisu. W świetle jej dyrektyw nie można było nadać Państwu stanowisku wyrażonemu w piśmie z dnia 30.10.2013r. waloru wyjaśnień skutecznie złożonych, szczególnie w obliczu wskazywanego już wyżej ich lakonicznego i niepełnego charakteru.

[...]

Państwa wyjaśnienia nie przedstawiają jakichkolwiek informacji, które potwierdzają istnienie po Państwa stronie wyjątkowych, obiektywnych czynników, właściwych tylko Państwu, które pozwalają Państwu na tak duże obniżenie ceny, w szczególności do cen oferowanych przez Państwo w innych przetargach, gdzie Zamawiający nie żądał od wykonawców świadczenia usługi utrzymania pojazdu czy dostosowania pojazdów do norm europejskich.

II. Przesłanka odrzucenia ofert na podstawie normy prawnej z art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP

Zamawiający pragnie ponadto wskazać, iż w odniesieniu do Państwa oferty ma do czynienia z zaistnieniem przesłanki odrzucenia na podstawie normy prawnej wywodzonej z przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 p.z.p. t.j.: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 p.z.p.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający pragnie wskazać, iż przedmiotem zamówienia objętego niniejszym postępowaniem jest Dostawa jedenastu nowych Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych na potrzeby realizacji zadań przewozowych przez Spółkę Koleje Dolnośląskie SA. Zgodnie z treścią pkt. V.2 zd. 1 SIWZ Wykonawca jest zobowiązany ponadto do zapewnienia w związku z przedmiotem zamówienia świadczenia usług utrzymania każdego z EZT w okresie pierwszego roku eksploatacji od protokolarnego przekazania do eksploatacji oraz przeszkolenia pracowników wskazanych przez Zamawiającego w zakresie obsługi, budowy pojazdu, utrzymania zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania i napraw bieżących w terminie poprzedzającym dostawę pierwszego pojazdu. Jak więc widać z powyższego, przedmiot zamówienia miał charakter wyraźnie hybrydowy, gdyż nie ograniczał się jedynie do samej dostawy, ale obejmował swoim zakresem również usługi (w tym bardzo istotną z punktu widzenia Zamawiającego usługę utrzymaniową).

Nadto zgodnie z treścią Tytułu 1 (Rozdział 2) Załączników 2a oraz 2b do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia - wymagania techniczne konstrukcja i parametry pojazdów muszą

spełniać wymogi odpowiednich specyfikacji technicznych interoperacyjności (TSI), obowiązujących w dniu ogłoszenia przetargu oraz norm i przepisów wyszczególnionych w specyfikacjach TSI.

Zatem, jak wskazał Zamawiający w SIWZ, dostarczone mu w ramach przedmiotowego postępowania Elektryczne Zespoły Trakcyjne będą musiały spełniać przedmiotowe wymogi, w praktyce oznacza to konieczność odbycia procesu certyfikacyjnego.

Badania niezbędne do wszczęcia przedmiotowego procesu certyfikacyjnego prowadzi Instytut Kolejnictwa z siedzibą w Warszawie, który w marcu 2011r. został uznany jednostką notyfikowaną nr 1467 na dyrektywę 2008/57/WE w sprawie interoperacyjności systemu kolei we Wspólnocie. W imieniu Instytutu Kolejnictwa prowadzi certyfikację składników i podsystemów interoperacyjności na zgodność ze specyfikacjami Technicznymi Interoperacyjności (TSI) prowadzi Ośrodek Jakości i Certyfikacji.

Zamawiający pragnie wskazać, iż przedmiotowy proces jest czasochłonny, a dodatkowo jest związany z poniesieniem kosztów, co powoduje, iż w świetle rozważań poczynionych przez Zamawiającego w poprzednim punkcie, w odniesieniu do Państwa ofert można mówić dodatkowo o wypełnieniu przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt. 2 p.z.p. Niezgodność Państwa oferty polega na niezastosowaniu się do dyrektyw opisowych zamieszczonych przez zamawiającego w pkt. XV. SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny.

Zamawiający w treści pkt. XV.I SIWZ wskazał, iż Wykonawca w cenie oferty obowiązany jest uwzględnić wszelkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ t.j.: wykonania wszelkich obowiązków umownych Wykonawcy szczegółowo wymienionych oraz opisanych w treści niniejszej SIWZ oraz jej załączników oraz wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotowych obowiązków, t.j.: koszty przygotowania oraz opracowania wymaganej dokumentacji, koszty uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu, koszty transportu oraz ubezpieczenia na ten czas EZT. Co ważne w kontekście rozważań oraz uzasadnienia do przesłanki odrzucenia Państwa oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 p.z.p. - cena realizacji przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy (!). Z istoty zatem przedmiotowego charakteru ceny wynika konieczność oszacowania wszelkich elementów świadczenia na rzecz Zamawiającego.

W odniesieniu do przesłanki, która uzasadnia odrzucenie Państwa ofert, Zamawiający pragnie wskazać, iż ma ona charakter nieusuwalny, co tym samym umożliwia jej zastosowanie w odniesieniu do Państwa ofert złożonych w postępowaniu.

[...]

Brak uwzględnienia, któregośkolwiek z elementów świadczenia wykonawcy na rzecz zamawiającego rodzi stan faktyczny, w którym wykonawca w toku realizacji zamówienia, po podpisaniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego nie będzie w stanie wykonać

przedmiotu zamówienia za zaoferowaną wcześniej cenę. Powyższe ryzyko w ocenie Zamawiającego rodzi się w odniesieniu do Państwa ofert, na co wskazuje rażąco niski charakter ich ceny. Powyższe wynika wprost z braku wskazania w Państwa wyjaśnieniach ceny jakichkolwiek informacji dot. kosztów opisanego wyżej procesu certyfikacyjnego, kosztów ubezpieczenia EZT na czas transportu. Co bowiem istotne, oferowane przez Państwo pojazdy w organizowanych wcześniej przetargach nie musiałyby spełniać wymagań TSI.

Mając na uwadze powyższe rozważania w kontekście przesłanki odrzucenia ofert, której szczegółowe uzasadnienie znalazło się w niniejszym punkcie - Zamawiający pragnie na kanwie powyższego wyrazić przekonanie, iż faktyczna kalkulacja ceny ofert (szczególnie w odniesieniu do obowiązków certyfikacyjnych) mogłaby się dokonać w Państwa przypadku dopiero po podpisaniu umowy z Zamawiającym, gdyby do wyboru Państwa ofert w niniejszym postępowaniu doszło (!)

[...]

III. Przesłanka odrzucenia ofert na podstawie normy prawnej z art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp.

Zamawiający pragnie ponadto wskazać, iż w odniesieniu do Państwa oferty ma do czynienia z zaistnieniem przesłanki odrzucenia na podstawie normy prawnej wywodzonej z przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 p.z.p. t.j.: jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z treścią normy prawnej wywodzonej z przepisu art. 3 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustęp 2 przytoczonego przepisu wskazuje, iż czynem takim jest w szczególności utrudnianie dostępu do rynku.

Dodatkowo zgodnie z treścią normy z art. 15 ust. 1 pkt. 1 p.z.p. 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.

Zamawiający pragnie w tym miejscu dobitnie wskazać, iż z tego rodzaju praktyką ma do czynienia w odniesieniu do Państwa ofert złożonych w postępowaniu.

Zamawiający pragnie wskazać, iż ma obowiązek odrzucić ofertę nie tylko jeżeli narusza zasady uczciwej konkurencji (w tym jeżeli wykonawca oferuje cenę poniżej kosztów wytworzenia), ale również jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przy czym pomiędzy ceną dumpingową, czyli sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a rażąco niską ceną nie należy automatycznie stawiać znaku równości, chociaż dosyć często rażąco niska cena jest ceną

dumpingową. Z taką jednak sytuacją Zamawiający ma do czynienia w odniesieniu do Państwa ofert złożonych w postępowaniu (!).

Obserwacja polityki cenowej Państwa przedsiębiorstwa na przestrzeni lat 2011-2013 w stosunku do innych zamawiających, którzy w drodze publicznych przetargów zaspokajają swoje potrzeby związane z dostawami elektrycznego taboru kolejowego, prowadzi Zamawiającego do konkluzji, iż polityka ta sprowadza się do działań zdeterminowanych na pozyskanie rynku. Mając jednak na uwadze cały faktyczny i nade wszystko prawny kontekst ww. działań - Zamawiający pragnie wskazać, iż powyższy stan rzeczy nie zasługuje na ochronę prawną, co skutkuje koniecznością odrzucenia Państwa ofert na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 p.z.p.

[...]"

W treści odpowiedzi na odwołanie zamawiający potwierdził, iż okoliczność wpłynięcia wyjaśnień PESA po terminie, nie jest podstawą odrzucenia oferty podnoszoną przez zamawiającego.

W trakcie wyrokowania Izba uwzględniła i oceniła w charakterze dowodów:

- Opinię Politechniki Warszawskiej, Wydział Transportu, Zakład Podstaw Budowy Urządzeń Transportowych – przedłożoną przez odwołującego,
- Opinię Zespołu Doradców Gospodarczych TOR – przedłożoną przez odwołującego
- Kalkulację kosztów PESA Bydgoszcz S.A. wykonania 11 szt. elektrycznych zespołów trakcyjnych dla Kolei Dolnośląskiej – przedłożoną przez odwołującego,
- Zestawienie „Zamówień na dostawę czteroczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych na polskim rynku – PESA” – przedłożone przez przystępującego,
- Zestawienie „Zamówień na dostawę trójczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych na polskim rynku – PESA” – przedłożone przez przystępującego.

## **Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podstawę prawną rozstrzygnięcia w przedmiocie wystąpienia ceny rażąco niskiej, należy wskazać, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izbą wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Powyższe regulacje wymagają podkreślenia zwłaszcza w kontekście, iż możliwość orzeczenia o wystąpieniu ceny rażąco niskiej sprowadza się właśnie do kwestii dowodowych.

Przed omówieniem kwestii powstania obowiązku zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, konieczne jest zdefiniowanie pojęć tam używanych oraz scharakteryzowanie całej instytucji ceny rażąco niskiej.

Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Przy czym nie ma tu potrzeby bliższego charakteryzowania pojęcia „cena”, odnoszącego się oczywiście do ceny ofertowej oraz posiadającego swoją definicję legalną, jednak rozpatrywanego w tym przypadku jako pewna wielkość czy kategoria ekonomiczna a nie prawna. Pojęcie „rażąco niska”, stanowiące swego rodzaju klauzulę generalną, również samo w sobie nie budzi wątpliwości interpretacyjnych. W orzecznictwie (powoływanym przez obie strony) wskazuje się, iż chodzi tu po prostu o znaczące zniżenie kwotowe ceny ofertowej od wskazanego w przepisie punktu odniesienia. Oczywiście kwalifikacja danego zniżenia jako „rażącego”, w związku z faktem, iż jest to pojęcie logiczne nieostre, odbywać się będzie każdorazowo z uwzględnieniem wszelkich okoliczności danego przypadku. Ponadto rzeczony rażące zniżenie ceny, jest oceniane „w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym to wartość przedmiotu zamówienia, wyznaczana jest zakresem, rozmiarami, koniecznym do jego wykonania nakładem pracy i materiałów oraz ich wartością, porównaniem cen występującym w danej branży i asortymencie... etc., stanowić będzie punkt odniesienia dla porównania zaoferowanej ceny. Innymi słowy to realna, rynkowa wartość danego, konkretnego zamówienia, jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Przy czym zastrzec należy, iż według koniecznych założeń, rynkowa wartość danego zamówienia powinna być możliwa do ustalenia oraz jest kategorią obiektywną (przynajmniej dla danego rynku, który jest wyznacznikiem cen danego rodzaju). Nie należy mieszać jej również z indywidualnymi kosztami wykonania zamówienia właściwymi danemu wykonawcy (choć w przypadku niektórych, specyficznych rodzajów zamówień, to właśnie koszty indywidualnych wykonawców, mogą być jedynymi dostępnymi danymi obrazującymi wartość przedmiotu zamówienia, dającymi się do tej wartości uogólnić).

Dla zobrazowania powyższego przykładem, wskazać można, iż cena skalkulowana przez danego wykonawcę znacznie poniżej jego indywidualnych nakładów i kosztów, które ponieść będzie musiał dla wykonania zamówienia (np. w związku z wyjątkowo wysokimi kosztami jego działalności czy złą organizacją produkcji i pracy), a jednocześnie wyższa niż rynkowa wartość przedmiotu zamówienia, nie będzie ceną, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. To regulacje dotyczące czynów nieuczciwej konkurencji (tzw. ceny dumpingowej) referują do sprzedaży dóbr poniżej kosztów ich wytworzenia (kosztów danego przedsiębiorcy), natomiast rażące zniżenie ceny, do którego referuje ww. przepis, ustala się w odniesieniu do uogólnionej i obiektywnej wartości danego przedmiotu zamówienia. Ujmując

rzecz najprościej: cena rażąco niska, to cena znacząco zaniżona w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

Tym samym, w pierwszej kolejności, dla stwierdzenia ceny rażąco niskiej, rozumianej jako przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, konieczne będzie ustalenie, iż cena ofertowa w tym przypadku znacząco odbiega (w dół) od wartości danego przedmiotu zamówienia. Jednakże samo stwierdzone zniżenie ceny w stosunku do tej wartości, nie wystarcza do odrzucenia oferty na podstawie ww. przepisu. Mianowicie, w świetle regulacji art. 90 ustawy, wykonawca ma możliwość niejako wytłumaczenia się z zniżenia swojej ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Zastane obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, dokonane przez wykonawcę, skutkować będzie odrzuceniem oferty z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej, tylko wtedy, gdy obniżenie to, nie będzie uzasadnione obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat finansowych, wykonać zamówienie za cenę niższą niż jego ogólna wartość rynkowa. (Właśnie w ramach wykazywania i oceny okoliczności tego typu, jest miejsce na przedstawienie konkretnych kosztów danego wykonawcy).

Jak wynika z powołanych wyżej przepisów, ustawodawca przyjął więc następującą konstrukcję zapobiegania przyjmowania ofert z ceną rażąco niską:

Oferty tego typu odrzucane są na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o ww. przepis jest więc realne wystąpienie zaoferowania ceny znacząco niższej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednakże powyższe nie może nastąpić bez uprzedniego umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 Pzp), w ramach których wykazać może, iż w jego przypadku obniżenie to było następstwem obiektywnych czynników, przykładowo wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp. W przypadku, gdy zaoferowana przez niego cena w ogóle nie jest zaniżona w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, wykonawca w ramach swoich wyjaśnień może poprzestać na powołaniu okoliczności tego rodzaju, nie musi natomiast przedstawiać i wskazywać żadnych okoliczności, związanych z jego działalnością i indywidualną sytuacją, które umożliwiły mu obniżenie ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia (skoro obniżenie takie w ogóle nie miało miejsca).

Podstawą i powodem wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy jest więc nic innego, jak uznanie przez zamawiającego, iż dana cena ofertowa jest znacznie niższa niż wartość jego przedmiotu zamówienia. To wystąpienie określonych faktów, czy powzięcie informacji, wskazujących na możliwość ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, prowadzi po stronie zamawiającego do obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a w następstwie, po stronie wykonawcy, do ich przedstawienia. Sam obowiązek przedłożenia wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, sankcjonowany jest przez przepis art. 90 ust. 3 ustawy, ustanawiający samodzielną przesłankę odrzucenia oferty w przypadku braku przedłożenia wyjaśnień (w ogóle braku wyjaśnień dotyczących ceny, a nie wyjaśnień lakonicznych czy niesatysfakcjonujących zamawiającego). Natomiast wyjaśnienia ogólnikowe, lakoniczne czy niewiarygodne, a więc takie, które nie wykazują możliwości wykonawcy do skalkulowania ceny na określonym poziomie bez poniesienia strat lub finansowania zamówienia z innych źródeł niż żądane wynagrodzenie umowne, stanowiąc mogą podstawę

do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – ale tylko w wypadku, gdy rzeczywiście zaniżenie ceny ofertowej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia ma miejsce.

Reasumując, dopiero po otrzymaniu wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie wyceny jego oferty, zamawiający decyduje o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Ewentualnie, w przypadku gdy wyjaśnienia nie zostaną przedłożone, albo z samej ich treści wynika, że cena jest rażąco niska (wykonawca podał tam okoliczności powyższe potwierdzające, np. wskazał, że w ogóle nie uwzględnił w swojej kalkulacji cenowej jakiejś zasadniczej, ważącej kosztowo części zamówienia), zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy. Natomiast prawidłowość zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty, warunkowana będzie przez ocenę całokształtu okoliczności sprawy związanych zarówno z ustaleniem wartości samego zamówienia, jak też wiarygodnością i rzeczowością wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie jego indywidualnych możliwości i powodów zaofiarowania ceny obniżonej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

Zasadniczą trudność oraz wiele kontrowersji przy ocenie prawidłowości zastosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy, stwarza rozkład ciężaru dowodu, co do ustalenia i wykazania ww. okoliczności, a także ustalenie momentu (postępowanie o udzielenie zamówienia *versus* postępowanie odwoławcze), w którym okoliczności te mogą, czy też powinny być wykazywane.

Generalnie, wskazane wyżej przepisy ustawy i Kodeksu cywilnego dotyczące rozkładu ciężaru dowodu, nie doznają wyłączenia. Danych okoliczności dowodzić powinna więc strona, która je podnosi i na nie się powołuje, a więc strona, która wystąpienie danych faktów wywodzi, a nie im przeczy (*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*). Przy czym dla stwierdzenia wystąpienia ceny rażąco niskiej, szerokie zastosowanie znaleźć mogą różnorakie domniemania faktyczne z tym związane (żadnych domniemań prawnych adekwatne przepisy w tym zakresie nie przewidują), a więc wnioski o wystąpieniu jednych faktów, na podstawie faktów innych.

Przy czym zaznaczyć należy, iż fakty stanowiące podstawę samego domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej winny wystąpić w odpowiednim nagromadzeniu i wadze, aby wystąpienie domniemania uzasadnić. W szczególności podstawą takiego domniemania nie jest samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp niewsparte dodatkowymi, indywidualnie ocenianymi dla danego postępowania okolicznościami, występującymi w odpowiednim kontekście i nagromadzeniu, np. takimi jak: porównanie cen ofertowych złożonych w postępowaniu, otrzymaniem niewiarygodnych i lakonicznych wyjaśnień w tym zakresie, różnicami pomiędzy ceną oferowaną, a występującymi na rynku cenami za wykonanie zamówień takich samych czy podobnych, i przede wszystkim różnicami pomiędzy ceną wykonawcy, a nawet fragmentarycznymi informacjami o realnych rynkowych kosztach (cenach) wykonania danych elementów zamówienia... *etc.*

Jak już zaznaczono powyżej, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 w przypadku gdy z informacji zawartych w wyjaśnieniach wynikało potwierdzenie zaofiarowania ceny rażąco niskiej – przepis nie referuje natomiast do braku wykazania przez wykonawcę, iż cena rażąco niska nie jest. Wyjaśnienia



ogólnikowe lub lakoniczne nie będą więc wcale same w sobie bezpośrednim dowodem potwierdzającym, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niska, jednakże mogą stać się jedną z podstaw domniemania w tym przedmiocie, uprawniającego do odrzucenia oferty z tej przyczyny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Wyjaśnienia tego typu w zestawieniu z innymi „poszlakami” wystąpienia ceny rażąco niskiej, mogą przesądzić o konieczności zastosowania ww. przepisu. Przy czym jeszcze raz podkreślić należy, iż samo zwrócenie się zamawiającego o złożenie tego typu wyjaśnień żadnego domniemania faktycznego nie tworzy – stanowi tylko wyraz podjętych przez zamawiającego podejrzeń, co do charakteru ceny oferowanej (z powodu stwierdzonej przez zamawiającego różnicy w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia) i próbę ich obligatoryjnego wyjaśnienia na tej drodze. Przy przeciwnej konstatacji należałoby np. przyjąć, iż w przypadku zwrócenia się przez zamawiającego do najdroższego wykonawcy, którego cena – co można stwierdzić bez żadnego postępowania wyjaśniającego – jest horrendalnie zawyżona w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, również powstawałoby, *contra factum*, domniemanie faktyczne, że jego cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Idealnym i zupełnym wykazaniem powstania ceny zaniżonej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia jest wykazanie cen danego zakresu zamówienia obowiązujących na rynku. Zresztą wykazanie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, również może polegać na tym samym. Mianowicie – jak już wskazano powyżej – wykazanie, iż cena danej oferty jest ceną rynkową, powoduje, że nie ma dalszej potrzeby dowodzenia jakichkolwiek okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp, uzasadniających jej obniżenie w stosunku do rynkowych kosztów wykonania zamówienia i cen rynkowych w tym zakresie. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków można uznać za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dóbr materialnych i dających się wycenić usług. Dowodzenie wystąpienia ceny rażąco niskiej lub jej braku, w pierwszej kolejności winno więc polegać na wykazaniu zakresu wymaganych przy danym zamówieniu nakładów materiałowych, pracy czy innych niezbędnych czynników kosztotwórczych, a następnie ich rynkowej wartości. W przypadku gdy powyższe nie jest w pełni możliwe należy powziąć i ustalić przynajmniej pewne okoliczności (i ich dowody) fragmentaryczne (np. w odniesieniu do zasadniczych, najbardziej kosztotwórczych części zamówienia) czy wskazujące na powyższe pośrednio, które ewentualnie umożliwiłyby przyjęcie stosownego domniemania faktycznego i ciężar udowodnienia rzeczywistych cen rynkowych lub możliwość obniżenia ceny ofertowej w stosunku do wymagań rynku, przerzuciłyby na stronę, która wystąpieniu ceny rażąco niskiej przeczy. Przy czym ze względu na przebieg i specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ocenę różnych czynności przez jego uczestników podejmowanych, różne będą również ich role procesowe w postępowaniu odwoławczym i związana z nimi specyfika prowadzonego postępowania dowodowego. Różna będzie więc rola i cele zamawiającego w tym zakresie, inna rola odwołującego dowodzącego okoliczności wskazujących, że zaoferowana przezeń cena rażąco niska nie jest, a jeszcze inna odwołującego, który wykazuje, że rażąco niska jest cena innego wykonawcy (z dodatkowymi rozróżnieniami sytuacji czy dany wykonawca był już wzywany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp).

Ze względu na bogactwo stanów faktycznych bezcelowe jest tworzenie i omawianie jednego modelu teoretycznego obejmującego wszystkie ww. okoliczności. Na potrzeby niniejszego rozstrzygnięcia wystarczy więc opisać wymagania dowodowe w schemacie właściwym dla rozpatrywanego przypadku.

Mianowicie w przypadku, gdy zamawiający stwierdza zaniżenie danej ceny w stosunku do wartości jego przedmiotu zamówienia i wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie oferowanej ceny, wykonawca może w swoich wyjaśnieniach podnosić dwa różne typy okoliczności: albo uznając, że wezwanie jest właściwie niezasadne, wywodzić, że żadne znaczące rozbieżności pomiędzy jego ceną ofertową a realną wartością przedmiotu zamówienia w danym przypadku nie występują (przy czym nie musi wcale kwestionować rzeczonego wezwania na drodze środków ochrony prawnej); albo wykazywać, że zaoferowana przezeń cena – nawet jeżeli rzeczywiście niższa od wartości przedmiotu zamówienia – pokrywa indywidualne koszty wykonawcy związane w wykonaniem zamówienia i na jego sfinansowanie temu wykonawcy w zupełności wystarczy.

W tym miejscu należy wskazać na fundamentalne rozróżnienie obu ww. sytuacji i ich znaczenia dla postępowania dowodowego prowadzonego w postępowaniu odwoławczym.

W pierwszym przypadku, a więc przy niezasadności wezwania do złożenia wyjaśnień, po odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, wnoszący odwołanie wykonawca, będzie mógł wykazać (udowodnić) przed Izłą, że zamawiający dla oceny charakteru ceny ofertowej przyjął nieprawidłową wartość przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie musi wcale udowadniać powyższego już w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, np. w ramach składanych przez siebie wyjaśnień. Także w trakcie postępowania odwoławczego będzie mógł wykazać, iż ww. podstawowa okoliczność, do której wskazany przepis referuje, w ogóle nie wystąpiła. Oczywiście ciężar dowodu okoliczności wskazujących na podnoszoną przez odwołującego rzeczywistą wartość przedmiotu zamówienia, w postępowaniu odwoławczym na nim będzie spoczywał.

Natomiast w przypadku zasadności wezwania, zupełne i kompletne wyjaśnienia w przedmiocie prawidłowości jego indywidualnej kalkulacji cenowej, wykazujące zamawiającemu, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo i pozwalające ocenić ją w taki sposób, powinny zostać przedłożone przez wykonawcę zgodnie z art. 90 Pzp w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Na przedkładanie tego typu wyjaśnień, ich uzupełnianie i rozszerzanie już po odrzuceniu oferty odwołującego, w trakcie postępowania odwoławczego, będzie po prostu za późno.

Uzasadnieniem dla ww. stanowiska jest okoliczność, że przedmiotem oceny dokonywanej w trakcie postępowania odwoławczego jest prawidłowość czynności zamawiającego, w tym przypadku czynności odrzucenia oferty jako zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Czynność taka podjęta zostaje w oparciu o informacje dostępne zamawiającemu, które zgodnie z przepisami ustawy mógł i powinien uzyskać. Instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 Pzp, została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych kalkulacji, cech i uwarunkowań... etc., dowodzące możliwości zaoferowania cen tak niskiej, a zamawiający mógł te

informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wiadomości na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnych, dostępnych wykonawcy okoliczności, które taką kalkulację umożliwiają, zamawiający nie może uzyskać z innego źródła niż sam wykonawca i przede wszystkim informacje te powinien uzyskać w stosownym czasie – co pozwoli mu na dokonanie prawidłowej czynności przyjęcia bądź odrzucenia oferty – a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Natomiast ustalenie rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia jest jak najbardziej dostępne zamawiającemu bez udziału składającego wyjaśnienia wykonawcy. (Właściwie zamawiający powinien to uczynić już przed wszczęciem postępowania ustalając szacunkową wartość zamówienia). Innymi słowy, rzeczywistą wartość przedmiotu zamówienia warunkującą niemożliwość zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, wykonawca może wykazywać zarówno przed Izba, jak i uprzednio zamawiającemu. Natomiast dostępne mu indywidualnie okoliczności i powody, które umożliwiły mu skalkulowanie ceny na zaoferowanym poziomie, może i powinien wykazać już zamawiającemu. Izba natomiast może stwierdzić w takim przypadku jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa.

W ramach oceny prawidłowości czynności odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę, mogą więc być badane okoliczności w świetle przepisów warunkujące taką ocenę: przyjęta przez zamawiającego wartość przedmiotu zamówienia stanowiąca punkt odniesienia dla badanej ceny, a także złożone zamawiającemu wyjaśnienia wykonawcy w przedmiocie sposobu jej kalkulacji.

Na marginesie można jeszcze dodać, iż trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy zakres wyjaśnień w przedmiocie kalkulacji ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, a zwłaszcza rodzaju podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko wskazanie i powołanie określonych informacji. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany – wyjaśnienia powinny być konkretne. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, położenia siedziby blisko miejsca wykonania zamówienia ... *etc.*, przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych.

Odnosząc powyższe do rozpatrywanego przypadku, Izba oceniając całość okoliczności faktycznych sprawy, stwierdziła, iż zamawiający zasadnie wezwał wykonawcę do przedłożenia wyjaśnień dotyczących

ceny jego oferty i domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w tym przypadku wystąpiło, a także nie zostało przez odwołującego obalone. Oceny powyższego nie zmieniają ani wyjaśnienia wykonawcy w przedmiocie jego indywidualnej kalkulacji cenowej złożone zamawiającemu, ani postępowanie dowodowe zmierzające do wykazania rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia prowadzone przed Izba. Natomiast postulaty ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów mających wpływ na wysokość ceny – nie przekreślając generalnie możliwości dokonywania czynności tego typu – w okolicznościach danej sprawy uznano za nieuprawnione.

W pierwszej kolejności, oceniając wyjaśnienia odwołującego z dnia z dnia 30.10.2013 r., Izba stwierdziła, że nie były to wyjaśnienia zawierające konkretne informacje na temat wyceny elementów oferty, pozwalające ocenić i stwierdzić, że cała cena oferty została skalkulowana prawidłowo, a więc że jest to cena, za którą PESA, bez strat i finansowania zamówienia z innych źródeł, będzie w stanie dany przedmiot zamówienia wykonać. Tym samym nie były to wyjaśnienia, które mogły wykazać, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Zamawiający, wzywając odwołującego do przedłożenia wyjaśnień, wyraźnie wskazał, iż oczekuje w ich ramach, wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym między innymi sposobu wyceny takich elementów oferty jak: pantograf, silnik trakcyjny, ceny jednostkowe za roboczo-godzinę utrzymania pojazdów i usługi szkoleniowe. Przy czym zamawiający zaznaczył, iż są to jedynie niektóre, wybrane części przedmiotu zamówienia, do których wykonawca w swoich wyjaśnieniach powinien się odnieść.

Odwołujący w wyjaśnieniach opisał jedynie metodologię wyceny ww. elementów oferty, nie podając jednak ich cen cząstkowych – co jest obecnie przedmiotem sporu pomiędzy stronami. Odwołujący twierdził, że zamawiający zwracając się jedynie o przedstawienie „sposobu wyceny” wcale podawania cen poszczególnych elementów oferty nie żądał, natomiast zamawiający wywodził, iż wyjaśnienia bez ich podania nie mogły zostać uznane za kompletne i stanowić wystarczającej podstawy do stwierdzenia, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

W powyższym sporze rację należy przyznać zamawiającemu. Nie zasługują na podzielenie semantyczne wywody odwołującego na temat znaczenia frazeologizmów używanych w wezwaniu zamawiającego. Nie zasługuje również na aprobatę, oparte o powyższe, usiłowanie wykazania, iż wystarczające (bo jedynie żądane) było podanie w ramach wyjaśnień jedynie „sposobu wyceny”, a więc podanie okoliczności jakie wykonawca brał przy tym pod uwagę, bez podawania rezultatu tej wyceny. Całość treści wezwania zamawiającego, a także kontekst i cel jego wystosowania, nie pozostawiała żadnych wątpliwości, co do informacji, które w wyjaśnieniach powinny się znaleźć. Winny to być wyczerpujące i rzeczowe informacje na temat sposobu wyceny jak największej ilości elementów oferty, w jak największym stopniu wyczerpujących całość kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Ujmując rzecz najprościej: wykonawca powinien po prostu podać ile kosztował go będzie silnik trakcyjny, a ile

pentagram, a także ile wyniosą inne najpoważniejsze pozycje kosztotwórcze składające się na cenę oferty. Po prostu nie można ocenić prawidłowości deklarowanego „sposobu wyceny” bez znajomości jego kwotowego rezultatu. Tylko posiadając pełnię informacji, co do sposobu wyceny (w tym jego rezultatu) poszczególnych elementów oferty, zamawiający mógł ocenić wiarygodność wyjaśnień i prawidłowości wyceny całej oferty. Odwołujący tego typu zestaw danych zaprezentował jedynie w odniesieniu do jednego elementu swojej oferty – usług szkoleniowych. Niestety, był to tak nieznaczący element wartości zamówienia, iż dla oceny realności całej ceny pozostawał właściwie bez znaczenia.

Ponadto, niezależnie od interpretacji frazeologii użytej w wezwaniu zamawiającego, wezwanie to pozostawało otwarte (co w podkreślono dodatkowo w jego treści), a więc umożliwiono wykonawcy dowolność w prezentacji wszelkich niezbędnych elementów i informacji, które mogły posłużyć do uzasadnienia wysokości ceny, którą zaoferował. Zamawiający nie zakazywał wykonawcy podawania w wyjaśnieniach wszelkich innych informacji niż wprost zażądane w wezwaniu, niezbędnych dla ustalenia charakteru oferowanej ceny. Informacje na temat elementów oferty mających wpływ na wysokość całej ceny ofertowej, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy, to zawsze i w pierwszej kolejności, informacje na temat wyceny (kosztów) tych elementów przyjmowanej przez wykonawcę. Nie można ocenić wartości ekonomicznej złożonego zamówienia, jeżeli nie zna się wartości jego elementów składowych (przynajmniej tych najważniejszych). Nie można również ocenić realności kosztów wykonania tych elementów, jeżeli ich wartość nie zostanie przez wykonawcę podana.

Na marginesie można dodać, iż odwołujący, jako niezwykle doświadczony uczestnik rynku zamówień publicznych, powinien z powyższego zdawać sobie sprawę i tego typu wyjaśnienia składać, a nie zasłaniać się teraz dialektycznymi interpretacjami treści żądań zawartych w wezwaniu zamawiającego.

Jakkolwiek podnoszenie i podawanie okoliczności, które powinny znaleźć się w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu jest przed Izłą spóźnione, to jednak informacje na ich temat mogą mieć pewne znaczenie uzupełniając i rozwiewając wątpliwości, co do faktów już wcześniej podanych w wyjaśnieniach. Informacje czy dowody tego typu, mogą po prostu generalnie wzmacniać wiarygodność wyjaśnień złożonych zamawiającemu, w różny sposób wpływając na ich ocenę. Również nie sposób z góry przesądzić, czy dane dowody (szczególnie z dokumentów) wnioskowane w postępowaniu odwoławczym służą wprowadzeniu do oceny informacji, które powinny zostać uprzednio, w ramach procedury wyjaśniającej, przedstawione zamawiającemu, czy też dotyczą jedynie faktów i informacji w wyjaśnieniach już podawanych, których prawdziwość zamawiający kwestionował.

Z tego względu, i w celu ustalenia powyższego, Izba dopuściła prowadzenie ograniczonego postępowania dowodowego również w kierunku wykazywania prawidłowości indywidualnej kalkulacji cenowej odwołującego. W tym zakresie oceniła więc informacje podawane przez

PESA na swój temat – z zastrzeżeniem, iż w przeciwieństwie do wyjaśnień składanych zamawiającemu, wszystkie deklaracje składane w postępowaniu odwoławczym, co do faktów spornych pomiędzy stronami, muszą zostać udowodnione. Ww. informacje i dotyczące ich dowody nie wykazały, iż cena ofertowa odwołującego została skalkulowana na poziomie adekwatnym do przedmiotu zamówienia i pokrywa całość kosztów wykonania zamówienia, które wykonawca poniesie – w ten sposób pośrednio potwierdzając, czy raczej wzmacniając, słuszność oceny wyjaśnienia z dnia 30.10.2013 r. dokonanej przez zamawiającego. Przede wszystkim jednak, w ramach dopuszczalnego do dowodzenia na tym etapie zakresu okoliczności, dowody te nie wykazały, iż z ww. wyjaśnieniach podano konkretne informacje, z których przynajmniej można było wyprowadzić dane niezbędne do potwierdzenia prawidłowości wyceny oferty.

W swoich pismach procesowych oraz na rozprawie odwołujący podał szereg twierdzeń na temat szczególnej pozycji odwołującego na rynku pojazdów szynowych, jego wielkiego potencjału i zaplecza, stosowanych nowoczesnych technologii oraz stosownej organizacji prowadzonej seryjnie produkcji. Niewątpliwie powyższe okoliczności w przypadku odwołującego w mniejszym lub większym stopniu, występują, jednakże podawane w odniesieniu do nich dane procentowe na temat poziomu oszczędności, na które okoliczności te mają się przekładać, pozostawały gołosłowne. Bez wykazywania kosztów poszczególnych elementów produkcji oferowanego pojazdu szynowego, twierdzenia te pozostają nieweryfikowalnymi deklaracjami wykonawcy, w bliżej nieokreślony sposób przekładającymi się na wartość konkretnego pojazdu.

Natomiast opinia PW zawierała opis przedmiotu zamówienia, deklarację, że wykonawca przedstawił opiniującemu kalkulację swoich kosztów, które poniesie przy wykonaniu tego zamówienia (rzeczony kalkulacji w opinii nie podano), a następnie solenną deklarację, że w związku z faktem, iż wyliczenie zawiera wszelkie pozycje kosztów rodzajowych, jakie będzie musiał ponieść wykonawca przy wykonaniu zamówienia, oferta została skalkulowana zgodnie z wytycznymi SIWZ. Powyższe opracowanie nie jest dowodem na realność i prawidłowość kalkulacji cenowej wykonawcy. Może dowodzić najwyżej faktu (i to tylko przez odwołanie do autorytetu sporządzającego opinię), iż przy swojej kalkulacji wykonawca uwzględnił wszystkie elementy przedmiotu zamówienia. Nie wiadomo jednak czy wycenił je prawidłowo i nie zaniżył ich wartości.

Natomiast kalkulacja kosztów PESA przedłożona na rozprawie jest ewidentnie informacją spóźnioną, którą w ramach procedury oceny ofert należało przedstawić zamawiającemu. Ponadto zawiera dane ogólne, odnoszące się do zagregowanych, rodzajowych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia (np. koszty materiałów, robocizny... etc.), a nie jego poszczególnych elementów. Np. wykonawca, z nieznanymi względów, nawet na rozprawie nie

podał żądanych przez zamawiającego informacji na temat kosztów poszczególnych podzespołów pojazdów.

Również w ramach toczącego się przed Izba postępowania dowodowego dotyczącego ustalenia rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia, gdzie odwołujący mógł powoływać dowody w pełnym zakresie, nie podważono przyjętej przez zamawiającego wartości.

Na podstawie przedstawianych przez odwołującego i przystępującego zestawień cen ofertowych, przyjąć można, iż szacunkowa wartość zamówienia obliczona przez zamawiającego na wskazywanych w informacji o odrzuceniu oferty podstawach, zgrubnie odpowiada średniej cenie rynkowej pojazdu. Nie jest to w żadnym razie wartość zawyżona, w zestawieniu z którą wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów ceny oferty nie mogłoby wyrzucić żadnych skutków prawnych, a przesłanka odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp nie mogła znaleźć zastosowania.

Jak już wskazano, zestawienia ofert składanych w przetargach organizowanych na rynku polskim, z uwzględnieniem ofert odwołującego (przedstawiane w pismach procesowych odwołującego, w opinii TOR oraz przez przystępującego) prowadzi do konstatacji, że średnia cena ofert za trójczłonowe oraz czteroczłonowe EZT oferowana na rynku jest generalnie wyższa od cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu przez odwołującego. Powyższe wystarczyło do potwierdzenia szacunków zamawiającego i wystąpienia opartego o te okoliczności domniemania zaniżenia ceny odwołującego w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przy czym wskazać należy, iż dowody zmierzające do wykazania rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia odnoszące się jedynie do porównywania cen w różnych przetargach, mają ograniczoną wartość dowodową. W ramach poszczególnych postępowań stawiane są różne wymagania, co do samego pojazdu (podzespołów, wykończenia, dostosowań...), jak też warunków jego utrzymania lub gwarancji, a pociągi są dostarczane w różnych latach, co powoduje konieczność uwzględnienia szeregu zmiennych (np. takich jak inflacja, wzrost kosztów pracy, z drugiej racjonalizacja produkcji i obniżanie jej kosztów... etc.). Bez wykazywania wartości poszczególnych różnic wynikających z odmiennych warunków powoływanych przetargów, porównanie cen występujących w różnych przetargach jest wątpliwe.

W związku z powyższym, zamiast ograniczać się jedynie do porównywania cen ofertowych, strony powinny dążyć raczej do wykazania wartości rynkowej poszczególnych elementów zamówienia. Na budowę elektrycznego pociągu, jakkolwiek niewątpliwie stanowiącą przedsięwzięcie złożone i skomplikowane, składa się szereg możliwych do wyodrębnienia i oddzielnego wycenienia, części składowych i elementów. Z pewnością możliwe jest określenie ilości przysłowiowej blachy zużywanej do wykonania wagonu oraz wykazanie jej cen rynkowych. Np. odwołujący, nie chcąc podawać zamawiającemu za ile może zakupić

rzeczony pentografy oraz silniki od swoich dostawców, mógł próbować dowodzić ile tego typu podzespoły ogólnie kosztują na rynku. Podanie i wykazanie wartości głównych, najbardziej kosztownych elementów zamówienia, stanowiłoby dosyć miarodajny obraz wartości całego jego przedmiotu.

Reasumując, stwierdzić należało, iż odwołujący, na którym ciężar wykazania wartości przedmiotu zamówienia w tym przypadku spoczywał, powyższego nie udowodnił.

Odnosnie postulowanego przez odwołującego dodatkowego wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny, Izba wskazuje, iż wezwanie tego typu nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach rozpatrywanej sprawy.

Izba bynajmniej generalnie nie wyklucza możliwości powtórzenia wezwania, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. Jednakże w związku z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także ekonomiką i całą konstrukcją postępowania o udzielenie zamówienia (w tym badania i oceny ofert, zwłaszcza w zakresie poziomu ceny), sytuacja tego typu powinna być rozpatrywana raczej w kategoriach wyjątku od zasady jednokrotnego wezwania, a nie postulowanej reguły. Tym samym ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień powinno mieć miejsce w ograniczonych sytuacjach i szczególnych okolicznościach. Okoliczności tego typu w rozpatrywanym przypadku nie zachodzą. Odwołujący otrzymał od zamawiającego klarowne w swej treści wezwanie dające mu możliwość pełnego wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny i z możliwości tej nie skorzystał. W jego wyjaśnieniach bynajmniej nie podawano informacji niejasnych lub trudnych do zweryfikowania, które wymagałyby wyjaśnień dodatkowych, ale po prostu pominięto podstawowe informacje wymagane przez zamawiającego, bez których zresztą żadne wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny dotyczącej złożonego przedmiotu, nie powinny zostać uznane za wystarczające.

Ponadto postulat wielokrotnego wzywania do wyjaśnień tego typu, oparty jest o założenie konieczności ustalenia prawdy materialnej i wszystkich okoliczności wpływających na ocenę charakteru danej ceny. Przy takim ujęciu sprawy równie zasadnie odwołujący mógłby podać pominięte przez siebie informacje (czyli wartości poszczególnych elementów oferty) w postępowaniu odwoławczym, i w tym postępowaniu dążyć do wykazania prawdy materialnej odnośnie charakteru swojej ceny. Niepotrzebne byłoby w tym przypadku sztuczne mnożenie czynności zamawiającego związanych z wyjaśnianiem elementów ceny, ale możliwe wykazanie i ustalenie wszelkich istotnych dla sprawy okoliczności przed Izbą. (Czego odwołujący nie uczynił).

W związku z powyższym, zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 Pzp uznano za niepotwierdzone oraz utrzymano decyzję zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego, jako zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.



Za niezasadny uznano również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 55 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/18/WE (klasycznej), a to chociażby ze względu na fakt, iż zamawiający oraz prowadzone przezeń postępowanie regulacji tej nie podlega. Przepisem znajdującym zastosowanie jest w tym przypadku odmienna regulacja art. 57 dyrektywy 2004/17/WE (sektorowej).

Za oczywiście zasadny uznano zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z odrzuceniem oferty odwołującego również na podstawie tego przepisu. Oferta odwołującego w swojej wyrażonej na piśmie treści (a inna treść oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie występuje) pozostawała idealnie zgodna z SIWZ. Wykonawca w ofercie zobowiązał się do wykonania wszystkich wymaganych w SIWZ obowiązków i elementów przedmiotu zamówienia, a swoje zobowiązanie w tym zakresie również wyraził w sposób w specyfikacji wymagany.

Powyższej konstatacji nie zmienia hipotetyczna okoliczność, iż w chwili zaciągania ww. zobowiązania, wykonawca pozostawał w błędzie, co do jego rzeczywistego zakresu, albo wskazywanych przez zamawiającego elementów przedmiotu zamówienia nie wycenił. Powyższe może być najwyżej przyczynkiem do stwierdzenia błędu w obliczaniu ceny i odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy (co jednak ze względu na brak danych w tym zakresie, zawartych w treści oferty, jest właściwie nie do przeprowadzenia). W żadnym razie nie stanowi jednak niezgodności treści oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty, a także na rozprawie nie był w stanie wskazać, które postanowienia oferty odwołującego nie odpowiadały treści SIWZ.

Ze względu na utrzymanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, uwzględnienie ww. zarzutu nie miało wpływu na wynik postępowania i w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy, nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

Za zasadny uznano również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, popełnionego przez odrzucenie oferty odwołującego na tej podstawie. Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek jakiegokolwiek nazwanego lub nienazwanego czynu nieuczciwej konkurencji, ustanawianych w przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). W szczególności nie wykazał, aby w tym przypadku miała miejsce sprzedaż towarów poniżej kosztów ich wytworzenia albo zakupu – zamawiający po prostu nie zna kosztów odwołującego związanych z wytwarzaniem oferowanych pociągów.

Uwzględnienie ww. zarzutu, tak jak w przypadku zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....