

Sygn. akt KIO/UZP 977/09

WYROK
z dnia 11 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Lubomira Matczuk-Mazuś**

Członkowie: **Andrzej Niwicki**
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: **Łukasz Sierakowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 sierpnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz i Bankowy Leasing Sp. z o.o., ul. Tymienieckiego 30a, 90-350 Łódź**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szybka Kolej Miejska, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa**, protestu z dnia **17 czerwca 2009 r.**,

przy udziale **Konsorcjum firm: ING Lease (Polska) Sp. z o.o., Pl. Trzech Krzyży 10/14, 00-499 Warszawa i NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, ul.

Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz i Bankowy Leasing Sp. z o.o., ul. Tymienieckiego 30a, 90-350 Łódź i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz i Bankowy Leasing Sp. z o.o., ul. Tymienieckiego 30a, 90-350 Łódź,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **xxx zł 00 gr** (słownie: xxx złote zero groszy) przez xxx xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz i Bankowy Leasing Sp. z o.o., ul. Tymienieckiego 30a, 90-350 Łódź.**

U z a s a d n i e

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na leasing finansowy elektrycznych zespołów trakcyjnych w ilości 4 (czterech) szt., ogłoszonym w Dz. Urz. UE z dnia 22 stycznia 2009 r. nr 2009 / S 14 - 019786, odwołujący - wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding z siedzibą w Bydgoszczy i Bankowy Leasing Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, protestu z dnia 17 czerwca 2009 r. , wniesionego w dniu 24 czerwca 2009 r.

W proteście podał, że pismem z dnia 15 czerwca 2009 r. (pismem z dnia 17 czerwca 2009 r. została sprostowana omyłka pisarska zawarta w piśmie z dnia 15 czerwca 2009 r.), został

zawiadomiony o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez drugiego wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu tj. Konsorcjum firm: ING Lease (Polska) Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu.

Protest dotyczył czynności wyboru oferty wskazanego wykonawcy i zawierał zarzuty wobec zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwaną w skrócie siwz i z powodu rażąco niskiej ceny oferty.

Zamawiający oddalił protest pismem z dnia 3 lipca 2009 r. Wobec czego, odwołujący wniósł odwołanie pismem z dnia 13 lipca 2009 r., w którym podtrzymał zarzuty z protestu podając, że zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp, przez nie odrzucenie oferty konkurencyjnej z powodu niezgodności jej treści z treścią siwz oraz zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z tymi wnioskami o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ING Lease (Polska) Sp. z o.o. oraz NEWAG S.A.,
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty tych wykonawców oraz
- 3) nakazanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W przypadku nieuwzględnienia wniosku z punktu 1, zarzucił zaskarżonym czynnościom zamawiającego również naruszenie:

- 4) art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie oceny oferty odwołującego niezgodnie z opisem oceny ofert zawartym w siwz,
- 5) §1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane, w zw. z art. 26 ust. 1 Pzp przez nie żądanie od wykonawców doświadczenia w dostawie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych o wartości co najmniej 100.000.000,00 zł, czyli w dostawach odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawą stanowiącym przedmiot zamówienia, które to naruszenia miały wpływ na wynik postępowania.

W związku z tymi naruszeniami wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania podał.

I. Mimo stanowiska zamawiającego zawartego w uzasadnieniu oddalenia protestu w części, podtrzymał twierdzenie, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jest niezgodna z siwz w następującym zakresie:

1. Nie zawiera wymaganego w pkt 4 załącznika nr 2.1 do wymagań technicznych siwz, przekroju przez zespół napędowy. Na rysunku 70RSNa 074100-2-00 linia przekroju przecina jedynie oś zestawu kołowego i to poza strefą, na której zabudowana jest przekładnia. Na rysunku 70RSNa 090100-2-00 zespół napędowy (silnik i przekładnia) jest pokazany również w widoku. Przekrój obejmuje tylko koła i maźnice. Podobnie wygląda sytuacja na rysunku 70RSNa 070000-2-00.

Reasumując, stwierdził, że na żadnym z rysunków nie widnieje przekrój przez zespół napędowy, nie jest pokazane rozmieszczenie łożysk i kół zębatach, nie przedstawiono również sposobu połączenia silnika z przekładnią.

2. Oferta nie zawiera opisanego w pkt 18 załącznika nr 2.1 do wymagań technicznych siwz, schematu blokowego agregatu sprężarkowego, zastępując ten wymóg prezentacją schematu elektrycznego agregatu sprężarkowego pozbawionego wszelkich koniecznych do jego działania lecz „nieelektrycznych” urządzeń, takich jak: chłodnica powietrza i oleju, wentylator, zawory bezpieczeństwa, układ ssania powietrza, układ odolejania i odwadniania sprężonego powietrza.

Schemat blokowy (ang. block diagram, flowchart) - jest narzędziem nakierowanym na prezentację kolejnych czynności w projektowanym algorytmie. Realizowane jako diagram, na którym procedura, system albo program komputerowy są reprezentowane przez opisane figury geometryczne, połączone liniami, zgodnie z kolejnością wykonywania czynności wynikających z przyjętego algorytmu rozwiązania zadania. Cechuje je: prosta zasada budowy, elastyczność zapisów, możliwość zapisu z użyciem składu wybranego języka programowania, łatwa kontrola poprawności algorytmu. Schematy blokowe pozwalają na prostą zamianę instrukcji na instrukcje programu komputerowego.

Przedstawiony przez wykonawców schemat elektryczny agregatu sprężarkowego nie spełnia wymogów, jakim odpowiadać powinien schemat blokowy.

Zgodnie z załącznikiem nr 2.5 do Wymagań technicznych dla pojazdów, stanowiącym załącznik nr 2 do siwz, w ofertach należało przedstawić wyniki przejazdów teoretycznych lub praktycznych odcinka testowego. Załącznik dokładnie precyzuje programy, według których należy wykonać te jazdy oraz wymagania dotyczące sposobu przedstawienia wyników.

Wyniki przedstawione przez wykonawców, w ocenie odwołującego, nie spełniają tych wymagań.

Uzupełniając zastrzeżenia zgłoszone w proteście, odwołujący przedstawił w zestawieniu tabelarycznym, stanowiącym załącznik do odwołania, szczegółową analizę niezgodności w wybranej ofercie.

W tabeli przedstawione zostało zestawienie wszystkich wymaganych w siwz wielkości, dla których należało przedstawić wyniki w formie graficznej oraz numerycznej. Tabela ta obrazuje, że dla żadnego z programów jazdy umieszczonych w załączniku numer 5 wybranej oferty, wymóg ten nie został spełniony.

W kolumnie "Uwagi" zamieszczone zostały informacje o błędach merytorycznych, zawartych na wykresach, dodatkowo potwierdzających nie spełnienie wymogów siwz.

Zgodnie z siwz, należało przedstawić wyniki obliczeń dla 3 różnych programów jazdy w dwóch wariantach (bez pasażerów oraz z pasażerami). Ponieważ w ofercie wspólnej niektóre z programów jazdy przedstawione są nawet 5 razy (np. program jazdy II - bez pasażerów) brakuje informacji, który z nich należy przyjąć do oceny, a tym samym nie wiadomo, jakie parametry będzie posiadał pojazd oferowany - co wprost nie spełnia wymagań siwz.

Również, dla żadnego z przedstawionych programów jazdy nie podano końcowych wartości obliczonych wielkości - niespełniony jest wymóg siwz, który stanowi: „Ponadto należy obliczyć końcowe dane: czasy przejazdów w [s], zużycie energii elektrycznej w [kWh], energię możliwą do rekuperacji w [kWh]”.

Opisane uchybienia skutkować powinny uwzględnieniem pierwszego wniosku odwołującego, czyli unieważnieniem czynności oceny ofert oraz nakazaniem zamawiającemu powtórzenia tej czynności, odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz wyborem jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

II. Zamawiający w punkcie XX siwz określił kryteria oceny ofert oraz sposób obliczania każdego z przyjętych kryteriów. Następnie, w czasie oceny ofert - kryteria gwarancji (kryterium 2) oraz procent osi napędowych w pojeździe w odniesieniu do wszystkich osi pojazdu (kryterium 5 podkryterium 2), ofertę odwołującego ocenił niezgodnie z siwz, przyznając 0 punktów, chociaż w opisach sposobu oceny obu tych kryteriów zawartych w siwz, odpowiednio na stronach 10 i 11, nie wskazał możliwości przyznania 0 punktów.

Opisanym działaniem, zamawiający naruszył, zarówno art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ wybraną ofertę ocenił zgodnie z opisem oceny kryteriów zawartym w siwz, a ofertę odwołującego w sposób nie wynikający z siwz, jak również art. 91 ust. 1 Pzp, przez dokonanie oceny oferty odwołującego w powyższy sposób, sprzeczny z siwz.

III. Zamawiający w punkcie 11.1.5) ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że przedmiotem zamówienia jest leasing zakupionych przez wykonawcę 4 elektrycznych zespołów trakcyjnych o parametrach określonych w "Wymaganiach technicznych dla pojazdów" zawartych w załączniku nr 2 do siwz, o wartości określonej w punkcie 11.2.1) ogłoszenia na kwotę co najmniej 100.000.000,00 zł. W załączniku nr 2 do siwz, lit. A na str. 18, zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia określając go jako "leasing fabrycznie nowych normalnotorowych pasażerskich elektrycznych zespołów trakcyjnych". Zgodnie z art. 2 pkt 2 Pzp, nabywanie rzeczy na podstawie umowy leasingu określane jest jako dostawa. Łącząc definicję ustawową ze wskazanymi wyżej postanowieniami ogłoszenia oraz siwz, konieczne w rozumieniu § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w zw. z art. 26 ust. 1 Pzp, jest żądanie od wykonawców udokumentowania doświadczenia w dostawach nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych o wartości co najmniej 100.000.000 zł., jako odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia.

Uwzględnienie obu wymienionych zarzutów skutkować powinno uwzględnieniem wniosku o unieważnienie postępowania.

Na zakończenie wskazał, że nadal podtrzymał nie wymienione wyżej zarzuty, dotyczące treści oferty, wskazane w proteście, czyli:

- 1) zarzut rażąco niskiej ceny wybranej oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2) zarzut niezgodności danych zawartych na rysunku oznaczonym jako "Wygląd zewnętrzny pojazdu" tej oferty z normą TSI PRM oraz
- 3) zarzut prezentowania w tej ofercie zacisków hamulca różnych producentów.

Zarzuty te, skierowane zostały jednak wyłącznie jako uzupełnienie zarzutów wyżej opisanych, które jako zasadne i rzeczowo uzasadnione, zasługują w pełni na uwzględnienie.

Zamawiający odrzucił protest w zakresie żądania zamieszczenia warunku dotyczącego doświadczenia wykonawców na kwotę co najmniej 100 000 000 zł, w pozostałym zakresie protest oddalił.

Zamawiający podał w rozstrzygnięciu protestu, że do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, przystąpił wykonawca składający wybraną ofertę i w zgłoszeniu przystąpienia zawarł następujące stanowisko.

Do oferty załączono wszystkie wymagane w siwz rysunki techniczne, zarzut rozbieżności pomiędzy załączonymi rysunkami nie występuje, gdyż jedynym warunkiem siwz, co do konkretnego rysunku, było przedstawienie przekroju przez zespół napędowy, zatem, wszystkie pozostałe elementy przedstawione na tym rysunku mają jedynie charakter poglądowy.

Ponadto, wszystkie załączone do oferty wyniki przejazdu teoretycznego oraz wykresy zawierają parametry, dla których zrealizowano dany przebieg i które były wymagane w siwz. Niesłuszny jest również zarzut braku informacji co do materiału poszycia pudła, gdyż podano w ofercie, że jest to aluminium, podano również informację co do osłon przeciwsłonecznych. Zdaniem przystępującego, zarzuty protestującego dotyczące określonych wymogów technicznych, są bezzasadne. Bezzasadny jest również zarzut protestującego, że cena oferty jest rażąco niska. Przyznane przez zamawiającego punkty w kryterium 2 (gwarancja) i kryterium procentu osi napędowych, zostały wyliczone poprawnie, a oprotestowany warunek doświadczenia, jest oczywiście spóźniony, gdyż protestujący nie dotrzymał terminu wynikającego z art. 180 ust. 3 Pzp oraz protest jest niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 Pzp.

W ocenie zamawiającego, protest dotyczący naruszenia § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w zw. z art. 26 ust. 1 Pzp, przez nie żądanie od wykonawców doświadczenia w dostawie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych o wartości co najmniej 100.000.000 zł, należy uznać za niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 Pzp i w tej części na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp powinien zostać odrzucony. W przedmiotowym postępowaniu wykonawca złożył protest o identycznym brzmieniu na postanowienia siwz. Protest został oddalony, a następnie ostatecznie rozstrzygnięty z dniem 13 marca 2009 r. tj. z dniem wydania postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej o odrzuceniu odwołania.

Zgodnie z art.181 ust. 6 Pzp, wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3, nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Zatem, sformułowanie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, nie może być przedmiotem kolejnego protestu na obecnym etapie postępowania. Również termin na złożenie protestu na postanowienia siwz wynosił 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Złożony obecnie protest należało uznać za wniesiony po terminie.

Z tych względów protest w tej części podlegał odrzuceniu.

W ocenie Zamawiającego, pozostałe zarzuty podniesione przez protestującego są bezzasadne.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności wybranej oferty z siwz, zamawiający stwierdził, że:

Ad.1. Oferta zawiera wymagany rysunek nr 4 „Przekrój przez zespół napędowy” wg załącznika nr 2.1, który to rysunek znajduje się na str. 290 oferty.

Ad. 2. Oferta zawiera wymagany rysunek nr 18 „Schemat blokowy agregatu sprężarkowego” wg. załącznika 2.1 wymagań technicznych, który to rysunek znajduje się na stronie 315 i 353 oferty (część 2. rysunku złożeniowego).

Ad. 3. Informacja podana na rysunku „Wygląd zewnętrzny pojazdu” umieszczonym w punkcie 7 oferty, zgodnie z którą, na przekroju C-C zaznaczono wymiar od „poziomu peronu 550 mm”, jest nie wymagana według siwz. „Docelowa wysokość peronów w obszarze obsługiwanych przez zamawiane pojazdy 760 mm ponad poziomem główki szyny. W okresie przejściowym wysokość peronów 760-960 mm ponad poziomem główki szyny (zał. 2 do siwz pkt L ppkt 6). Zamawiane pojazdy nie będą obsługiwały peronów o wysokości 550 mm ponad poziomem główki szyny.”

Ad. 4. W tabelach opisujących rysunki 4 i 17 nie podano producenta zacisku hamulca tarczowego. Dlatego brak jest podstawy do twierdzenia, że zacisk hamulca tarczowego na każdym z dokumentów mających potwierdzać wykonanie wymogów z obu punktów (4 i 17), pochodzi od innego producenta.

Ad. 5. Zamawiający stwierdził, że po dokładnej analizie, uznał, iż oferta zawiera wszystkie wymagane dane dotyczące wyników przejazdów teoretycznych lub praktycznych odcinka testowego (2.5 do siwz). Strony oferty z wynikami zostały ułożone przez wykonawcę w przypadkowej kolejności, co nie powoduje ich niezgodności z postanowieniami siwz.

Ad. 6. Według zamawiającego, załącznik nr 3 do oferty, w punktach: J - pudło zespołu l.p. 1 - materiał poszycia pudła i M-wyposażenie kabiny maszynisty l.p. 4., osłony przeciwsłoneczne, są zgodne z siwz. Wykonawca umieścił opis, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, m.in. KIO, z którego wynika możliwość potwierdzenia przez wykonawcę wymagań na skutek złożenia oświadczenia, że składana oferta odpowiada wymaganiom siwz. Tak wskazano zastosowanie aluminium do poszycia pudła, podając w załączniku nr 8 do oferty.

Ad. 7. Również zarzut rażąco niskiej ceny pozostaje chybiony. Protestujący zarzucił, że cena jednego pojazdu wskazana w ofercie przystępującego jest rażąco niska, tymczasem jak słusznie zauważył przystępujący, w tym zakresie należy brać pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie ceny jednostkowe. Określone przez wykonawcę ceny jednostkowe, nie mogą stanowić podstawy do oceny, czy złożono ofertę z rażąco niską ceną, gdyż przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wskazuje na cenę, a nie cenę jednostkową. O rażąco niskiej cenie można mówić w przypadku, gdy całkowita cena oferty odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku. Powyższe potwierdza ugruntowane orzecznictwo KIO. Zamawiający ponadto zauważył, że rozpatrywanie ceny jednostkowej dostawy pojazdu, w oderwaniu od pozostałych kosztów uwzględnionych w ofercie, takich jak cena świadczeń dodatkowych oraz przede wszystkim koszt leasingu pojazdu, nie jest obiektywnym badaniem ceny oferty. Rozbieżność cenowa w złożonych ofertach wynika raczej z przyjętej przez wykonawców marży finansowej w ramach kosztów leasingu, która z uwagi na długi czas finansowania znacznie zwiększa cenę oferty protestującego. Zamawiający analizując ofertę stwierdził, że zaproponowana cena odpowiada cenom rynkowym i jest wiarygodna. Stwierdził, że decyzja o podjęciu procedury wyjaśnień należała wyłącznie do niego. Nie widział podstaw do ewentualnego żądania od przystępującego wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

Ad. 8. Zarzut nieprawidłowej oceny ofert w kryterium 2 (gwarancja) oraz podkryterium 2 w kryterium 5 (procent osi napędowych w pojeździe w odniesieniu do wszystkich osi pojazdu), jest nieprawidłowy, gdyż siwz nie przewidywała punktów za spełnienie wymogu osiągnięcia wartości minimalnej w danym kryterium. W takim przypadku w kryterium 2 (gwarancja) po podstawieniu do wzoru z kryterium okresu 240 minimalnego), otrzymany wynik to 0 (zero). Natomiast w przypadku podkryterium 2 w kryterium 5 (procent osi napędowych w pojeździe w odniesieniu do wszystkich osi pojazdu), 1 pkt przysługiwał dopiero za przekroczenie wartości 40 % o minimum 1 (jeden) %. Zatem, podanie wartości minimalnej (40%) skutkowało nie otrzymaniem żadnych punktów, czyli 0 (zero) w tym kryterium. Z uwagi na powyższe, zarzut ten nie był trafny i protest w tym zakresie należało oddalić.

Wobec powyższego, brak było przesłanek do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a tym bardziej do unieważnienia postępowania, więc zamawiający odrzucił protest w części dotyczącej 3. punktu i oddalił protest w pozostałej części.

Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca Konsorcjum firm: ING Lease (Polska) Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego, wnosząc pismo - zgłoszenie

przystąpienie do postępowania, do prezesa UZP w dniu 29 lipca 2009 r. W piśmie tym wykonawca wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu numer 3 i w zakresie naruszenia § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, w zw. z art. 26 ust. 1, tj. naruszenia art. 7 ust.1 i art. 91 ust.1 Pzp, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2, 4,5 i 6 Pzp. W pozostałej części wniósł o oddalenie odwołania. W dniu 6 sierpnia 2009 r. pełnomocnik przystępującego wniósł pismo, w którym powtórzył wniosek odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 lub pkt 7 Pzp. W pierwszej części uzasadnienia podał, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, bo do odwołania nie załączono pełnomocnictwa, z którego wynikałoby uprawnienie osób, które podpisały odwołanie do wniesienia odwołania w imieniu konsorcjum, a ponadto złożone odwołanie nie jest kompletne, ponieważ nie zawiera wszystkich załączników, o których mowa w regulaminie dotyczącym rozpoznawania odwołań. Wnioskodawca powołał się na orzecznictwo sądów okręgowych i KIO, z którego wynika, iż brak właściwego pełnomocnictwa przy odwołaniu, stanowi brak nieusuwalny na późniejszym etapie postępowania, zatem powodujący odrzucenie odwołania. W załączniku do pisma również podtrzymał zarzuty dotyczące odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2, 4, 5 i 6 Pzp. Wskazał, że zarzut dotyczący kryteriów oceny ofert i dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków doświadczenia, był przedmiotem rozpoznania odwołania zakończonego jego odrzuceniem - postanowienie KIO z dnia 13 marca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 250/09, a ponadto kryteria oceny ofert zostały właściwie zastosowane przy ich ocenie, stąd ewentualny wniosek o oddalenie tego zarzutu, a po drugie zarzut dotyczący spełniania warunku doświadczenia był również przedmiotem powyższego odwołania i jako dotyczący postanowień zawartych w odwołaniu i siwz, jest spóźniony.

Zarzuty dotyczące meritum sprawy - zarzuty techniczne.

1. Przekrój przez zespół napędowy: przystępujący podniósł, iż zamawiający nie stawiał szczegółowych wymogów co do tego rysunku, lecz celem jego żądania była możliwość uzyskania ogólnego poglądu co do zaoferowanego pojazdu. Szczegółowy przekrój przez zespół napędowy, który umożliwia ocenę sposobu napędu, został przedstawiony na rysunku nr 70RSNa 074100-2-00 „Zawieszenie układu napędowego” (zał. Nr 2 do oferty pkt 4), dodatkowo na rysunkach nr 70 RSNa 090100-2-00 „Zestaw kołowy Ø920 napędny z przekładnią SZH 495” oraz nr 70RSNa 070000-2-00 „Wózek napędny” (zał. nr 2 do oferty pkt 17).
2. Schemat blokowy agregatu sprężarkowego: - odnosząc się do definicji odwołującego „schemat blokowy”, jako nieadekwatnej do przedmiotu zamówienia i wyrwanej z kontekstu zamieszczonego na stronie internetowej Wikipedia, przystępujący podał, iż zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego przedstawił ideę działania wraz z opisaniem

głównych elementów układu i sposobu łączenia tych elementów ze sobą i z siecią pokładową pojazdu, powołał się na załączony do oferty rysunek nr 8.006.1.001.8072 „Schemat blokowy agregatu sprężarkowego”.

3. Zarzut dotyczący wyników przejazdów teoretycznych i praktycznych: - odwołujący wskazał, iż przedstawiona wraz z odwołaniem tabela jest nierzetelna i subiektywna, wystarczy bowiem pozamieniać kolejność wierszy w niej zawartych by wykazać, że w ofercie przystępującego znajdują się wszystkie wyniki i obliczenia. Na dowód tego przystępujący przedłożył taką samą tabelę ze wskazaniem stron oferty, na której znajdują się rzekome braki wyników wskazane przez odwołującego.
4. Zarzut dotyczący rysunku „Wygląd zewnętrzny pojazdu”: - zarzut ten nie był podniesiony w odwołaniu. W ocenie przystępującego, celem przedłożenia wyżej wymienionego rysunku, było uzyskanie ogólnego poglądu na wygląd, kształt i wymiary gabarytowe pojazdu. Z rysunku tego wynika, iż konstrukcja pojazdu spełnia wymagania opisane w załączniku 2 do siwz pkt L ppkt 6, tj. wymóg obsługi peronu o wys. 760 mm, a podana dodatkowo informacja o odległości od peronu niskiego 550 mm jest tylko i wyłącznie informacją dodatkową, nie wymaganą w siwz.
5. Zarzut dotyczący zacisków hamulca: - zarzut ten również nie został podtrzymany w odwołaniu. Przystępujący podał, że w żadnej części jego oferty nie został wskazany producent zacisków. Niezależnie od powyższego, na obu rysunkach został wskazany zacisk hamulcowy o takiej samej funkcjonalności i obrazujący jednakowy system hamowania.
6. Zarzut dotyczący szczegółowej specyfikacji technicznej: – również zarzut ten nie został podtrzymany w odwołaniu. Przystępujący stwierdził, że wskazał aluminium jako materiał, z którego wykona poszycie pudła, natomiast w zakresie osłon przeciwsłonecznych, w dwóch miejscach oferty wskazał, że oferuje przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Podsumowując podał, że wskazane zarzuty mają charakter formalny, sprowadzają się jedynie do szczegółowości dokumentacji mającej charakter wyłącznie poglądowy, przy braku zaprzeczenia ze strony odwołującego w przedmiocie zaoferowania przedmiotu zamówienia, zgodnego z wymaganiami siwz.

7. W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, przystępujący podał, że dowoływający ograniczył się tylko do podtrzymania tego zarzutu, nie przedstawiając jednak w odwołaniu żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego i podniósł przy tym, że na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia faktu, z którego wywodzi skutki prawne. Podał również, że wskazanie rażąco niskiej ceny w ofercie, uzasadnia wszczęcie procedury wyjaśniającej na podstawie art. 90 Pzp. Tabelka przedstawiona na stronie 5 protestu, nie stanowi żadnego dowodu w sprawie, gdyż dotyczy prostej dostawy,

bez elementów leasingu. Cena jednostkowa niższa w ofercie przystępującego od ceny w ofercie odwołującego o 3 000 000 zł, jest niczym szczególnym ani nietypowym w przypadku dostawy tego typu pojazdów. Zarzut rażąco niskiej ceny należy zawsze odnieść do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, w tym przypadku jest to różnica stanowiąca niecałe 13%, przy porównaniu wartości szacunkowej zwiększonej o podatek VAT. Przystępujący odwołał się do orzecznictwa UE wskazując na orzeczenie ETS oraz orzeczenia KIO twierdząc, że niezasadne jest zarzucanie rażąco niskiej ceny, na zasadzie cen poniżej pewnego poziomu, tj. tańszych o więcej niż o określony % od średniej ceny wszystkich złożonych ofert w postępowaniu. Powołał się również na procedury w postępowaniach prowadzonych przez Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., gdzie zakładano osiągnięcie marży na poziomie około 3,5 % rocznie, wskazał, że prawdopodobny poziom marży doliczony przez odwołującego wynosi 5,5% rocznie i jest wyższy od górnego przedziału oferowanego na rynku tj. 4%. Zatem, różnica w cenach ofert wynika, w zasadzie z zaferowania przez odwołującego niespotykanej wysokiej marży leasingowej. Na zakończenie tego wyводу przystępujący podał, że odwołujący wskazując doświadczenie w realizacji dostaw 11 elektrycznych zespołów trakcyjnych w 2007 r., zrealizował tę dostawę za kwotę 12 700 000 zł. za pojazd. W związku z czym, w ocenie przystępującego, niezasadny jest zarzut rażąco niskiej ceny oferty przystępującego, który podał kwotę 12 900 000 zł.

Na rozprawie, strony postępowania i przystępujący do postępowania odwoławczego, podtrzymały swoje stanowiska, złożyły wyjaśnienia, złożyły i omówiły wskazane w uzasadnieniu dowody oraz zamawiający przedstawił i omówił, z prawem ustosunkowania się również odwołującego i przystępującego, rysunki techniczne załączone do oferty, o których mowa wyżej.

KIO, na podstawie wskazanych wyżej dowodów oraz dokumentów zawartych w aktach sprawy i oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego, w tym w szczególności oferty przystępującego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, wnosząc protest i odwołanie w zakresie merytorycznych zarzutów dotyczących elementów technicznych oferty i zarzutu rażąco niskiej ceny wybranej oferty, bowiem jest jednym z dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu i oferta odwołującego, jest ofertą ważną oraz uzyskała drugą punktację, po dokonaniu jej oceny z zastosowaniem kryterium oceny ofert opisanych w siwz. W zakresie zarzutów dotyczących oceny oferty w przedmiocie

kryterium osi napędu oraz żądania zamawiającego wykazania się doświadczeniem przez wykonawców w postaci zrealizowania dostaw o wartości co najmniej 100 000 000 zł, KIO stwierdziła spóźnione podniesienie tych zarzutów z uwagi na upływ terminu na ich podważanie, a także fakt już podnoszenia tych zarzutów w postępowaniu, które było przedmiotem rozpoznania przed KIO, zakończonym postanowieniem z dnia 13 marca 2009 r. Zarzuty te powodują odrzucenie odwołania, zatem KIO rozpoznając pozostałe zarzuty na rozprawie, powyższych zarzutów nie rozpoznała, jako zarzutów podlegających odrzuceniu, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 5 i 6 Pzp.

Nie podlega natomiast odrzuceniu odwołanie z tego tytułu, że odwołanie wniesione do Prezesa UZP nie zawierało wszystkich załączników wyszczególnionych w § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327, z późn. zm.), a przede wszystkim nie zawierało pełnomocnictwa dla osób, które podpisały odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji pełnomocnika wnoszącego odwołanie: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding z siedzibą w Bydgoszczy, nie załączono, istotnie, odpisu KRS drugiego wykonawcy, który udzielił pełnomocnictwa wnoszącemu odwołanie: Bankowy Leasing Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, a także dowodu potwierdzającego uprawnienie pana Rolanda Ćwierza do reprezentowania wykonawcy Bankowy Leasing Sp. z o.o. Odpis KRS oraz stosowna uchwała załączone zostały do oferty i złożone w postępowaniu przed zamawiającym. Skład orzekający Izby po dokonaniu kserokopii tych dokumentów i uwierzytelnieniu ich przez odwołującego, załączył do akt sprawy, uznając, że stanowią one wystarczającą podstawę do uznania odwołania za wniesione w zakresie wyżej wskazanym.

Odwołujący, zgodnie z oświadczeniem złożonym do protokołu rozprawy, wycofał zarzuty dotyczące braku poszycia pudła, odległości od peronu niskiego 550 mm oraz zabezpieczeń przeciwsłonecznych.

Zatem, pozostały do rozpoznania na rozprawie zarzuty dotyczące niezgodności treści wybranej oferty z treścią siwz, przedstawione, jako zarzuty dotyczące wymagań technicznych oraz zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego, co powoduje, zdaniem odwołującego, obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp.

W ocenie KIO, nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez zamawiającego w zakresie wskazanym, przepisów Pzp i odwołanie podlega oddaleniu.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w siwz, jako leasing finansowy elektrycznych zespołów trakcyjnych, polegający na zakupieniu przez wykonawcę we własnym zakresie i na swój koszt, pojazdów będących przedmiotem zamówienia, w sumie 4 elektrycznych zespołów trakcyjnych. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w tym wymagania techniczne pojazdów, zawiera załącznik nr 2 do siwz pt. „Wymagania techniczne dla pojazdów”. Do tego załącznika dodano dalsze załączniki, w tym m.in. załącznik nr 2.1. pt. „Wykaz schematów i rysunków do złożenia z ofertą”, w którym zamawiający wymienił w kwestionowanych przez odwołującego pkt 4, 7 i 18, odpowiednio - Przekrój przez zespół napędowy, Wygląd zewnętrzny pojazdu, Schemat blokowy agregatu sprężarkowego.

W załączniku 2.5. podał, że należy przedstawić wyniki przejazdów teoretycznych lub praktycznych odcinka testowego. Przedstawiając wyniki należy obliczyć końcowe dane: czasy przejazdów w [s], zużycie energii elektrycznej w [kWh], energię możliwą do rekuperacji w [kWh].

Z zamieszczonego opisu wynika, że wymagania techniczne dotyczące zamawianych pojazdów określone zostały w załączniku nr 2 do siwz, natomiast w załącznikach szczegółowych (od 2.1 do 2.5) do załącznika nr 2, zamawiający zawarł w pkt 1-19 dodatkowe żądania. W załączniku 2.1 pt. Wykaz schematów i rysunków do złożenia z ofertą, zawarł sam wykaz schematów i rysunków, poprzestając wyłącznie na podaniu ich nazw, bez opisanie wymagań w zakresie sposobu ich przedstawienia, jak również nie podał granicznych wymagań, których nie spełnienie skutkować będzie niezgodnością treści oferty z treścią siwz, w razie jakiegokolwiek odstępstwa w kierunku sporządzenia schematów i rysunków według koncepcji wykonawców. Na rozprawie wyjaśnił wspólnie z przystępującym, że nie żądał takich rysunków, jak wskazał odwołujący, gdyż jego celem było uzyskanie ogólnego wyobrażenia o zasadzie konstrukcyjnej całego pojazdu.

Rysunek nr 4 przedstawia cały zespół napędowy, natomiast element wskazany przez odwołującego, jest tylko częścią tego zespołu, więc niezasadne byłoby żądanie przekroju tylko części, a więc podzespołu.

Z kolei odwołujący podtrzymał w tym zakresie swoje twierdzenie, że rysunek nr 4 przedstawia nie zespół napędowy, a wózek napędowy, w którego skład wchodzi zespół. Przyjęcie różnych rysunków przez zamawiającego i uznanie ich, jako odpowiadających wymaganiom zawartym w siwz, powoduje, w ocenie odwołującego, nierówne traktowanie wykonawców.

KIO uznała, że nawet przedstawienie zespołu napędowego z jego przekrojem, w ofercie przystępującego, w innym w miejscu niż powinno nastąpić to zgodnie z twierdzeniem odwołującego, nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz, z uwagi na fakt, że

zamawiający, istotnie, żądanie przedstawienia schematów i rysunków potraktował w siwz, jak złożenie materiałów poglądowych, w zakresie całościowej konstrukcji oferowanych pojazdów, nie nadając szczególnego charakteru opracowaniom, gdyż twierdzenie takie nie wynika z treści siwz.

W zakresie schematu blokowego agregatu sprężarkowego, odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, że przedstawiony w ofercie przystępującego rysunek nr 18, jest to schemat blokowego agregatu, a nie schemat elektrycznego agregatu. Różnice stron stanowi więc określenie czy jest to blokowy czy elektryczny schemat. Zamawiający żądał przedstawienia, we wskazanym wyżej załączniku, schematu blokowego agregatu sprężarkowego na podstawie, którego miał uzyskać wiedzę na temat ogólnych rozwiązań technicznych oferowanych pojazdów. Zarówno zamawiający, jak i przystępujący wskazywali, że odwołujący swój zarzut w tym zakresie feruje na podstawie definicji „zaczerpniętej” ze strony internetowej Wikipedii, na dowód czego złożyli omawiany wydruk. Zamawiający oświadczył, że nie wymagał przedstawienia danych, które uzyskał z rysunku nr 18, w szczególnie opisany sposób, skutkujący odrzuceniem oferty. KIO, mając na uwadze, że sposób przedstawienia schematu blokowego agregatu sprężarkowego, nie stanowił treści oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, uznała, że zarzut odwołującego nie może być uwzględniony, jako wywierający opisany skutek.

Również KIO, nie uwzględniła zarzutu dotyczącego braku w ofercie przystępującego danych wymaganych zgodnie z załącznikiem 2.5 do załącznika nr 2 siwz.

Zgodnie z tym załącznikiem, jak wskazano wyżej, wykonawcy mieli obowiązek podać w ofertach wyniki badań uzyskane na podstawie przejazdu testowego wraz z załączeniem dodatkowych danych, tj. czasów przejazdów w [s], zużycia energii elektrycznej w [kWh], energię możliwą do rekuperacji w [kWh].

Zamawiający nie określił szczególnej formy przedstawienia danych, podał jedynie, że należy je przedstawić w formie graficznej oraz numerycznej.

Odwołujący załączył do odwołania tabelę, która miała zawierać błędy zawarte w wybranej ofercie w tym zakresie, które w całości podważył na rozprawie przystępujący, bowiem przedstawił również tabelę, z której wynikało inne zestawienia danych z oferty, a które potwierdzało poprzez przedstawienie poszczególnych wierszy tabeli, że w ofercie przystępującego zawarto wymagane wyniki. Odwołujący nie zaprzeczył i nie podważył ustaleń przystępującego. Zamawiający potwierdził, że dane, o których mowa, zostały przedstawione w ofercie przystępującego na stronach 492 - 594.

Niezależnie od przyznania przez odwołującego, że zarzut dotyczący punktacji w kryterium - procent osi napędowych w pojeździe w odniesieniu do wszystkich osi pojazdu (5.b), był przedmiotem wcześniejszego protestu, KIO stwierdziła, że zerowe punkty w zakresie tego

kryterium i kryterium – okres gwarancji za pojazd, wynikają z opisanych w siwz wzorów. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, z którego może wynikać inna punktacja. Fakt, że zamawiający nie określił, w jakiej sytuacji nie przyzna punktów podając wynik jako 0, nie świadczy, że ocena ofert została dokonana niewłaściwie, skoro wynik taki jest efektem działań arytmetycznych na skutek zastosowania wzoru podanego w siwz.

Odwołujący nie wykazał także podstaw do odrzucenia oferty przystępującego z powodu zaoferowania różnych zacisków hamulcowych (na różnych rysunkach zawartych w ofercie przedstawiających ten sam element są zaciski hamulcowe różnych typów). Zamawiający wymagał, by pojazd był wyposażony w hamulce tarczowe. Przyznał, że w ofercie są rysunki wskazujące w jednym przypadku wózek, w drugim układ napędowy, gdzie zostały narysowane zaciski hamulcowe w innym kształcie. Jednak z obu rysunków wynika, że mimo, że są inne kształty zacisków, w istocie są to tego samego typu zaciski hamulcowe. Przystępujący zaś stwierdził, że zaznaczył na rysunkach zaciski hamulcowe rysując cienkie linie, nie zamieszczając przy tym żadnego opisu w tym zakresie, stąd nie może być trafny zarzut zaoferowania różnych zacisków hamulcowych, w szczególności zacisków różnych producentów.

Zarzut rażąco niskiej ceny odwołujący odniósł do ceny jednostkowej pojazdu, zamiast do ceny ofert, które wynoszą: cena oferty odwołującego 146 363 217,93 zł, cena oferty przystępującego 106 327 191,58 zł, twierdząc, że różnica w cenie za jeden pojazd wynosi 3 000 000 zł, co stanowi o cenie rażąco niskiej.

Słusznie, w ocenie KIO, stwierdzili zamawiający i przystępujący, że ustalenie rażąco niskiej ceny należy odnieść do wartości zamówienia (między 100 000 000,00 a 120 000 000,00 PLN), powiększonej o kwotę należnego podatku VAT, a także należy uwzględnić, że cena każdej oferty musi być badana w warunkach realizacji danego zamówienia. Zgodnie zaś z wyrokiem z dnia 13 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1492/08 - dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20 %, 30 %, czy 60 %) od ceny oferty innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niska, konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Dla określenia ceny rażąco niskiej, istotne znaczenie ma cena łączna oferty, a nie jej poszczególne ceny jednostkowe.

KIO podziela stanowisko przystępującego, że to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia, że cena zaoferowana przez przystępującego jest rażąco niska tzn. że za tę cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia, względnie cena zaoferowana przez przystępującego uzasadnia wszczęcie procedury wyjaśniającej z art. 90 ustawy Pzp

(art. 6 k.c. – ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne).

Odwołujący nie wykazał, że zachodzą wskazane okoliczności. Nie odniósł się do kosztów leasingu. Czynniki ten ma znaczenie, gdyż cena oferty, uzależniona jest od wysokości ustalonej marży finansującego. W ocenie przystępującego, odwołujący ustalił w swojej ofercie marżę na rażąco wysokim poziomie wynoszącą od 5,5% do 5,8% rocznie. Marża doliczona do kosztów finansowania, którą zaoferował przystępujący wynosi rocznie 3,5% (str. 259 oferty), przy poziomie rynkowym do 4% rocznie.

Tabela cen zawarta na stronie 5 protestu nie stanowi, w ocenie KIO, wystarczającego dowodu w tej sprawie.

Przystępujący odwołując się do danych zawartych w tabeli skomentował je następująco, stwierdził, że ceny podane w wierszu 7, są to ceny jednostkowe netto pojazdów, przy czym ceny wykonawców przystępującego i odwołującego (NEWAG i PESA), są to ceny z przedmiotowego postępowania (kolumny 3 i 4) i różnica w ich wysokości wynosi 3 285 000 zł, natomiast ceny zawarte w kolumnach 5, 6, i 7, dotyczą prawdopodobnie innych postępowań, przy czym cena z kolumn 6 i 7 dotyczy postępowania prowadzonego przez Koleje Mazowieckie. Podkreślił, że występująca różnica w oferowanych przez dostawców cenach jednostkowych, nie jest niczym szczególnym, nawet jeśli jest to różnica kilkumilionowa w cenie poszczególnych pojazdów. Przystępujący złożył do akt sprawy swoje opracowanie zawierające zestawienie cen ofert w postępowaniu prowadzonym przez Koleje Mazowieckie, wraz z załącznikami. Opracowanie wykazało różnice w cenach oferowanych na rynku. W ocenie przystępującego, zasadniczym elementem rzutującym na różnicę cen, jest marża przedstawiona przez wykonawców. Podał, że marża rynkowa występuje w przedziale 3-4%, natomiast marża rzędu 5,5-5,8%, jest marżą niespotykanie wysoką.

Przedstawione przez obie strony ceny ofert za dostawy odpowiadające dostawom stanowiącym przedmiotowe postępowanie, nie uzasadniają, w ocenie KIO, zarzutu rażąco niskiej ceny w wybranej ofercie.

W zakresie zarzutu dotyczącego rysunku nr 7 „Wygląd zewnętrzny pojazdu”, KIO uwzględniła wyjaśnienia przystępującego, zawarte w złożonych pismach, że celem przedłożenia tego rysunku był ogólny pogląd na wygląd, kształt, wymiary gabarytowe oferowanego pojazdu i, że te elementy przedstawia rysunek załączony do oferty przystępującego. Tabela przedstawiona na rysunku podaje charakterystyczne dane techniczne pojazdu (prędkość, ciężar, liczbę miejsc itp.), niezbędne dla pełnej oceny

pojazdu. Konstruktor nie tylko pokazał sam pojazd z zewnątrz, ale także podał na rysunku wiele szczegółów np. dotyczących wnętrza pojazdu, układu siedzeń (załączone przekroje), podał również szkic związany z możliwością obsługi różnych wysokości peronów (przekrój C-C).

Na podstawie powyższych ustaleń, KIO uznała, że nie potwierdziły się zarzuty odwołującego w przedmiocie niezgodności treści oferty przystępującego z treścią siwz oraz zarzut rażąco niskiej ceny oferty i, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 Pzp. Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 Pzp.

KIO, w aktualnym brzmieniu przepisu art. 191 ust. 2 Pzp, nie posiada kompetencji orzeczniczych polegających na unieważnieniu postępowania.

KIO nie uznała również, że występują przesłanki unieważnienia przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146. ust. 1 pkt 6 Pzp, z powodu nie zamieszczenia w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 1 siwz (opis warunku dotyczącego doświadczenia wykonawców) kwoty w wysokości co najmniej 100 000 000 zł, jako kwoty, której powinny odpowiadać zrealizowane przez wykonawców dostawy.

Warunek doświadczenia został opisany w siwz, był także przedmiotem postępowania prowadzonego w wyniku wniesienia protestu i zarzut ten, jak uzasadniono wyżej, był pozbawiony podstaw do rozpoznawania w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Na marginesie sprawy KIO zauważa, że z przepisów ustawy Pzp, jak również przepisów wykonawczych do ustawy, w szczególności z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z późn. zm.) nie wynika obowiązek żądania przez zamawiającego wykazania doświadczenia przez wykonawców w zrealizowaniu usług, dostaw czy robót budowlanych, w określonej kwocie.

Z powyższych względów, KIO oddaliła odwołanie, na podstawie art. 191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do jego wyniku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do **Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....