

Sygn. akt: KIO 1288/13
KIO 1292/13

WYROK

z dnia 19 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 29 maja 2013 r. przez wykonawcę **Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki (sygn. akt KIO 1288/13),**
- B. w dniu 29 maja 2013 r. przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz (sygn. akt KIO 1292/13),**

w postępowaniu prowadzonym przez **"PKP Intercity" Spółka Akcyjna, ul. Żelazna 59a, 00-848 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: Stadler Polska Sp. z o.o., NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1288/13 i 1292/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

A. oddała odwołanie o sygn. akt KIO 1288/13,

B. oddała odwołanie o sygn. akt KIO 1292/13,

2. kosztami postępowania obciąża **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz i Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz i Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz i Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki** na rzecz **"PKP Intercity" Spółka Akcyjna, ul. Żelazna 59a, 00-848 Warszawa** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika: w tym kwotę 1 800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) od **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** oraz kwotę 1 800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) od **Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki**.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1292/13

KIO 1288/13

U z a s a d n i e n i e

"PKP Intercity" Spółka Akcyjna, ul. Żelazna 59a, 00-848 Warszawa (dalej: „zamawiający” lub „PKP Intercity”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 20 elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

4 grudnia 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2012/S 233-383554 opublikowano ogłoszenie o zamówieniu.

22 maja 2013 r. zamawiający pismami wezwał wykonawców: Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki (dalej: „ZNTK” lub „odwołujący”) oraz Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz (dalej: „PESA” lub „odwołujący”) do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp w celu ustalenia, czy złożone oferty zawiera rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, żądając udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość zaoferowanych przez odwołujących cen.

KIO 1288/13

29 maja 2013 r. ZNTK wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec ww. czynności zamawiającego.

Zaskarżonej czynności zamawiającego ZNTK zarzucał naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm. - dalej: ustawa o cenach), poprzez ich niewłaściwe zastosowanie całkowicie bezpodstawne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do

- przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą wykładnię pojęcia „rażąco niskiej ceny” skutkującą przyjęciem, iż może mieć miejsce rażąco niska cena oferty w sytuacji, gdy jedynie jeden z czynników składających się na cenę oferty budzi wątpliwości zamawiającego, zaś cała cena oferty nie ma, z uwzględnieniem pozostałych czynników, cech ceny „rażąco niskiej”;
2. art. 90 ust. 1 oraz ust. 2 Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na nieprecyzyjnym określeniu zakresu żądanych od odwołującego wyjaśnień bez konkretnego wskazania do czego zamawiający odnosi swe wątpliwości, a także żądaniu wyjaśnień wykraczających poza treść złożonej oferty, której treść i forma w pełni odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz” lub „specyfikacja”);
 3. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez określenie odwołującemu w wezwaniu z dnia 22 maja 2013 roku terminu do złożenia wyjaśnień, który jest krótszy niż termin do skorzystania ze środków ochrony prawnej przysługujących od tej czynności zamawiającego, co skutkuje koniecznością udzielenia odpowiedzi przez odwołującego, pomimo oczywistej wadliwości wezwania dokonanego przez zamawiającego;
 4. art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez niewłaściwe ich zastosowanie polegające na bezpodstawnym zażądaniu przez zamawiającego udzielenia wyjaśnień przez odwołującego „zgodnie z Dokumentacją Utrzymania Technicznego”, która to dokumentacją podobnie jak szereg innych dokumentów związanych z oferowanymi przez odwołującego pojazdami na obecnym etapie postępowania nie istnieje, gdyż dotychczas w niniejszym postępowaniu nie oczekiwano od wykonawców jej zredagowania, a wszelką dokumentację pojazdów wykonawca zobowiązany będzie dostarczyć zgodnie z siwz dopiero na 3 miesiące przed terminem dostawy pierwszego pojazdu;
 5. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 PZP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na prowadzeniu przez zamawiającego postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców polegające na wezwaniu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp tylko niektórych wykonawców biorących udział w postępowaniu;

Z uwagi na powyższe zarzuty ZNTK wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania odwołującego pismem z dnia 22 maja 2013 roku do złożenia wyjaśnień określonych w tym piśmie,
3. przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na okoliczności wskazane w uzasadnieniu

niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu odwołania ZNTK podnosił, że zamawiający jest uprawniony do zwrócenia się do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia jedynie w przypadku, gdy istnieje uzasadnione podejrzenie co do zaniżenia ceny oferty, przy czym powszechny jest pogląd, że przepis ten dotyczy ceny oferty jako całości, a nie jej poszczególnych składników. Ceną oferty jest cena stanowiąca ekwiwalent za cały przedmiot zamówienia. Wskazywał, że w ramach postępowaniu przetargowym oferty złożyło 4 wykonawców, żądających następujących kwot za realizację całości umowy obejmującej dostawę pojazdów wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania.

ZNTK podkreślał, że ceny złożonych ofert nie odbiegają od siebie w sposób zasadniczy, stąd uznać należy, że są to ceny realne za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Wyjaśniał, że na cenę oferty w niniejszym postępowaniu składają się 2 odrębne tzw. czynniki cenotwórcze, to jest z jednej strony cena brutto za dostawę pojazdów, zaś z drugiej strony cena brutto za wykonanie usługi utrzymania, tj. stawka za 1 km przebiegu pojazdu. Odnosząc się do brzmienia wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 22 maja 2013 roku zdaniem ZNTK należy uznać, iż zamawiający kwestionuje jedynie cenę usługi utrzymania jako mogącą wypełniać potencjalnie znamiona rażąco niskiej. Podejrzenie co do wystąpienia rażąco niskiej ceny, odnosi się do następujących czynników cenotwórczych: cena brutto usługi utrzymania (w tym niewskazane i niesprecyzowane w treści zgodnej z postanowieniami siwz oferty wykonawcy ceny 1 przeglądu na poziomach utrzymania od P1 do P4, ceny brutto podzespołów, części, akcesoriów i materiałów eksploatacyjnych) oraz cena wskazana w części oferty stanowiącej załącznik nr 11 do siwz (cena elementów tzw. wyprawki).

Zdaniem odwołującego żądanie zamawiającego, dotyczące złożenia wyjaśnień w kontekście rażąco niskiej ceny odnoszące się wyłącznie do składnika ceny oferty, tj. kosztów związanych ze świadczeniem usługi utrzymania jest niedopuszczalne, albowiem zamawiający zobowiązany jest oceniać cenę oferty jako całości, a nie poszczególnych składników na nią się składających.

Następnie podnosił, że zamawiający w siwz w sposób jednoznaczny wskazał, w jaki sposób należy określić cenę oferty. Zdaniem ZNTK koresponduje to z treścią zredagowanego przez zamawiającego formularza ofertowego, w którym odwołujący zobowiązany był podać w pkt 3, iż oferuje „wykonanie *przedmiotu zamówienia* za cenę wyliczoną zgodnie z wymaganiami określonymi w Rozdziale XIII siwz w tym: Wartość dostawy 20 elektrycznych zespołów trakcyjnych (...) oraz Szacowana wartość świadczenia

usług utrzymania przez okres 15 lat (...).” Wyjaśniał, że zwrot użyty przez zamawiającego w formularzu ofertowym „przedmiot zamówienia” ma taki sam zakres znaczeniowy jak w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W ocenie ZNTK już z tego wynika, że ocena, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną powinna obejmować zbadanie ceny całkowitej oferty, a nie jej poszczególnych elementów cząstkowych.

Zdanie ZNTK z powyższego wynika zatem, iż na przedmiot zamówienia składa się zarówno dostawa pojazdów, jak usługi utrzymania. Suma cen jednostkowych za realizację ww. elementów składających się na przedmiot zamówienia stanowi cenę za realizację zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt. 1 Pzp. Okoliczność, że zamawiający dokonał wyodrębnienia tych składników cenotwórczych nie wpływa w żaden sposób na obowiązek traktowania ich sumy, czyli ceny za realizację przedmiotu zamówienia jako wynagrodzenia ryczałtowego, zaś całego świadczenia jako niepodzielnego. Odwołujący zaznaczał, że zamawiający w żaden sposób nie określił sposobu obliczania przez wykonawców poszczególnych cen jednostkowych składających się na cenę oferty (cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia). Zamawiający ograniczył się jedynie do żądania wskazania wyników kalkulacji dokonywanych przez wykonawców, zaś znaczenie prawne przyznał wyłącznie sumie tych składników, którą określił w formularzu ofertowym jako cenę za „przedmiot zamówienia”. Tym samym zamawiający w opinii ZNTK w pośredni sposób ujawnił swoją wolę, aby tę cenę traktować jako wynagrodzenie ryczałtowe.

Odwołujący wskazywał, że zamawiający nie wymagał od wykonawców przedstawienia szczegółowych kalkulacji ceny ofertowej i tym samym bezpodstawne jest domaganie się przez zamawiającego szczegółowych informacji w tym zakresie na obecnym etapie postępowania. Jak zostało to już bowiem wyjaśnione wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy. Na płaszczyźnie językowej przez tzw. „ryczałt” rozumie się całkowitą sumą przeznaczoną na poszczególne wydatki bez podziału na poszczególne pozycje (tak: Słownik Wyrazów Obcych PWN, Warszawa 2004). Zatem to zamawiający (a nie wykonawca), kształtując zamówienie publiczne jako oparte na rozliczeniu ryczałtowym, już redagując siwz, godzi się na niewnikanie w przyszłości w rozliczeniach stron w wysokość kosztów ponoszonych przez wykonawcę przy świadczeniu usługi utrzymania pojazdów. Podnosił, że dokonując takiej, a nie innej redakcji siwz, zamawiający winien być zatem konsekwentny i nie modyfikować ryczałtowego charakteru rozliczeń z wykonawcą. Zauważyć trzeba, że taki rodzaj rozliczeń przyjęto jeszcze przed terminem składania ofert. Wydaje się natomiast, że w istocie rzeczy, takiej spóźnionej proceduralnie zmiany siwz polegającej na modyfikacji trybu rozliczeń z ryczałtowego na zawierający elementy kosztorysowe, usiłuje dokonać obecnie Zamawiający.

Odwołujący podkreślał, że w ramach postępowania wykonawca składając ofertę nie był zobowiązany do ujęcia jej w formę kosztorysu bądź też do poparcia jej treści kosztorysem. Mimo to, co do części oferty domagał się tego zamawiający w piśmie z dnia 22 maja 2013 roku skierowanym do odwołującego. Za wystarczające dla przedłożenia ważnej i kompletnej oferty w części dotyczącej ceny uznano jednak, zgodnie z treścią siwz i skorelowanego z tą treścią wzorca formularza ofertowego wskazanie ceny realizacji zamówienia oraz składników cenotwórczych stanowiących cenę dostawy pojazdu i cenę wykonania usługi utrzymania pojazdów (tak: postanowienie XI siwz oraz załącznik nr 4 do siwz stanowiący wzór oferty). Cenę realizacji zamówienia ukształtowano zatem, o czym była już mowa wyżej jako cenę tzw. ryczałtową. Dalej idące oczekiwania co do przedstawiania przez wykonawcę zamawiającemu składników cenotwórczych winny znaleźć odzwierciedlenie w treści postanowień specyfikacji, czego jednak zamawiający nie uczynił.

Zdaniem ZNTK kolejnym argumentem przemawiającym za niepodzielnym charakterem przedmiotu zamówienia oraz wynagrodzeniem ryczałtowym jest czynność dokonana przez zamawiającego w dniu otwarcia ofert. Zamawiający, stosownie do art. 86 ust. 3 Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (2.121.022.332 zł brutto). Zamawiający, dopytywany przez oferentów, oświadczył, że podana kwota stanowi budżet brutto za dostawę pojazdów i za ich utrzymanie przez okres 15 lat a także poinformował, iż nie jest w stanie podać jaką kwotę z tego budżetu zamierza przeznaczyć wyłącznie na utrzymanie pojazdów.

Odwołujący wskazywał, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedmiot zamówienia jest niepodzielny i obejmuje dostawę 20 fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania. Wynika to w sposób jednoznaczny z siwz. Niepodzielny zakres przedmiotu zamówienia wynika z preambuły wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 3 do siwz. „Niniejsza umowa zostaje zawarta w rezultacie przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Spółkę „PKP Intercity” Spółka Akcyjna postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 20 elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług utrzymania”.

Również postanowienie zawarte w § 2 umowy (zatytułowanym „Przedmiot umowy”):

„Przedmiotem umowy jest:

- 1) dostawa do Zamawiającego 20 (słownie: dwudziestu) elektrycznych zespołów trakcyjnych („Pojazdów”) dla potrzeb wykonywania przewozów pasażerskich oraz przeszkolenie osób wskazanych przez Zamawiającego w zakresie ich obsługi, a także dostawa tzw. wyprawki (...).
- 2) Świadczenie przez Wykonawcę usług utrzymania Pojazdów (...).”

Także zapis IV. 1 pkt 1 SIWZ („Opis przedmiotu zamówienia) wprost określa, iż:

„Przedmiotem zamówienia jest dostarczenie fabrycznie nowych, jednego typu 20 elektrycznych zespołów trakcyjnych (dalej zwanych „Pojazdami” lub każdy z osobna zwany „Pojazdem”) wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania.”

Odwołujący ponadto wyjaśniał, że zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu wprost wskazał, iż zamówienie nie jest podzielone na części (pkt II. 1.8), zaś w siwz podał (Rozdział XI ust. 2), iż zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert wariantowych, a także ofert, które nie obejmują wykonania całego przedmiotu zamówienia, tym samym nie dopuszcza się składania ofert częściowych. Zdaniem odwołującego oczywistą konsekwencją tak ukształtowanych warunków postępowania przetargowego przez zamawiającego jest niepodzielność przedmiotu zamówienia. Odwołujący, jak i każdy z wykonawców chcących złożyć niepodlegającą odrzuceniu ofertę, powinien zatem w formularzu ofertowym uwzględnić całość przedmiotu, a nie jego poszczególne elementy składowe.

Wobec tak zredagowanych postanowień specyfikacji oraz wzoru umowy wraz preambułą w niej zawartą, zdaniem ZNTK uznać trzeba, iż prawidłowa i w pełni zgodna z siwz oferta winna odnosić się do całości przedmiotu zamówienia, którego przedmiot ukształtowano w niniejszym postępowaniu jako niepodzielny. Odwołujący wyjaśniał, że w doktrynie prawa uważa się, że o przymocie podzielności lub niepodzielności, „decyduje przede wszystkim cel świadczenia, a więc wynikający z treści zobowiązania wierzyciela. Może on stanowić podstawę do dokonania innej kwalifikacji świadczenia, niżeli wynikałoby, to ze zwykłych właściwości pewnych przedmiotów świadczenia” (tak: Z. Radwański, „Zobowiązania - część ogólna” Warszawa 1997 r., Nb. 134). Zdaniem ZNTK w niniejszym postępowaniu, taki właśnie unitarny przedmiot zamówienia składający się z wiązek wielu świadczeń wykonawcy, ukształtowany został jednostronnymi działaniami zamawiającego - redaktora postanowień siwz, w tym postanowień zawierających dyrektywy co do sposobu zredagowania oferty, obliczenia ceny oraz zawierających wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego. Od chwili utrwalenia się treści postanowień specyfikacji (tj. po upływie terminu na zaskarżanie postanowień siwz przez potencjalnych wykonawców oraz po upływie terminu składania ofert) niepodzielność przedmiotu zamówienia nie może podlegać już zatem żadnym modyfikacjom.

Odwołujący zwracał uwagę, że potwierdzeniem jego stanowiska, iż świadczenie będące przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego ma charakter niepodzielny, tzn., że zamawiający nie może traktować czynności związanych z utrzymaniem pojazdów jako odrębnej umowy (odrębnego zamówienia), jest brzmienie przepisu art. 142 ust. 2 Pzp,

który statuuje zakaz zawierania umów, których przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągle, na okres dłuższy niż 4 lata. Gdyby bowiem Zamawiający uznawał czynności utrzymania za odrębne świadczenie, to łącząc te usługi z dostawą fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych *de facto* zmierzałby do obejścia prawa, czyli zakazu zawierania umów na okres dłuższy niż 4 lata, o którym stanowi powołany powyżej art. 142 ust. 2 Pzp.

Niezależnie od podniesionej powyżej bezzasadności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust.1 Pzp odwołujący kwestionował również sposób, w jaki zredagowane zostało skierowane do niego wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 22 maja 2013 r. Wezwanie to już ze swej istoty uniemożliwia odwołującemu pełne - z punktu widzenia oczekiwań zamawiającego - ustosunkowanie się do wynikłych po stronie PKP Intercity wątpliwości.

Zamawiający wskazał bowiem, iż „w szczególności” wzbudziła jego wątpliwość zaoferowana cena świadczenia usług utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych. W dalszej treści pisma, zamawiający, domagając się wyjaśnień, zobowiązał zatem odwołującego do przedstawienia „w szczególności” wyjaśnienia odnoszącego się do poszczególnych świadczeń częściowych składających się na przedmiot zamówienia. ZNTK wskazywał, iż treść pisma z dnia 22 maja 2013 r. nie pozwala mu na precyzyjne ustalenie jakiego rodzaju wątpliwości i w jakim zakresie powziął zamawiający. Z treści pisma, wywnioskować należy bowiem, iż z całą pewnością są to wątpliwości szersze, niż wprost wskazane w treści pisma. Semantycznie zwrot „w szczególności” oznacza bowiem kategorię niedookreśloną, otwartą. Zastosowanie przez zamawiającego zwrotu „w szczególności” niesie za sobą dla oferenta komunikat zawierający wprost nazwane jedynie niektóre analizowane przez zamawiającego kwestie, do których wątpliwości się odnoszą. Obowiązkiem zamawiającego jest natomiast wyczerpujące przedstawienie wykonawcy problemu będącego podstawą faktyczną podjętych w trybie art. 90 Pzp działań, tak by odpowiedź nadawała się do oceny przez przyzmat dyrektyw wskazanych przez ustawodawcę w przepisie art. 90 ust. 2 Pzp. ZNTK podkreślał, że w aktualnym stanie rzeczy, wobec przedstawionego mankamentu wezwania z dnia 22 maja 2013 r., jakiegokolwiek odpowiedzi udzieliłaby odwołujący, nigdy nie będzie mieć pewności, czy należycie wywiązuje się z obowiązku udzielenia odpowiedzi PKP Intercity, skoro w sposób niewyczerpujący opisał przedmiot swych dociekań. Tym samym, brak dostatecznej precyzji po stronie zamawiającego, czyni jego czynność wadliwą, niejasną co do treści oraz co do intencji. Zdaniem ZNTK takie działanie właściwie uniemożliwia prawidłową - jednoznaczną i wyczerpującą - odpowiedź wykonawcy.

Odwołujący podnosił ponadto, iż kolejne szczegółowe zapytania zamawiającego odnoszą się do treści, które zawarte mają być w akcie nazwanym przez PKP Intercity S.A. „Dokumentacją Utrzymania Technicznego”. Pojęciu „Dokumentacji Utrzymania Technicznego” bezsprzecznie nadano w treści siwz swoiste znaczenie. Zarazem jest to rodzaj dokumentacji nieprzewidziany wprost w przepisach rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w *sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych*, na które powołuje się sam zamawiający. Z istoty rzeczy treść „Dokumentacji Utrzymania Technicznego” ma charakter wtórny w stosunku do treści Dokumentacji Systemu Utrzymania (tzw. DSU). Zatem wobec okoliczności, że oferowane pojazdy dotychczas nie istnieją (są jedynie przedmiotem oferty) Odwołujący nie ma możliwości udzielić odpowiedzi, których treść, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, warunkowana ma być treścią przedmiotowej „Dokumentacji”. W stosunku do pojazdu koncepcyjnego, przygotowanego w znacznej mierze specjalnie na potrzeby zamówienia publicznego, którego udzielić zamierza PKP Intercity nie można mówić o istnieniu DSU, ani odnosić się do jego treści, ani tym bardziej do treści dokumentacji wtórnej w stosunku do treści DSU. Projekt DSU opracowany zostanie bowiem dopiero w toku produkcji pojazdu, później zaś podlegać będzie stosownym procedurom publicznoprawnym. Dopiero po ich zakończeniu wykonawca będzie mógł, w miarę potrzeby, udzielać wyjaśnień Zamawiającemu co do treści zapisów zawartych w DSU oraz we wtórnej w stosunku do DSU Dokumentacji Utrzymania Technicznego. Bezsprzeczne jest, iż obowiązkiem wykonawcy wyłonionego w niniejszym postępowaniu będzie przedłożenie Zamawiającemu treści dokumentacji dotyczącej pojazdu - lecz realizacja tego świadczenia nastąpić ma dopiero na miesiąc przed planowanym terminem dostawy pierwszego pojazdu (postanowienie § 20 ust. 1 wzoru umowy). Szereg pytań zawartych w piśmie z dnia 22 maja 2013 r. odnoszących się do treści zapisów zawartych w DSU, bądź uwarunkowanych treścią tych zapisów jest zatem bezprzedmiotowych na obecnym etapie, a udzielenie na nie odpowiedzi jest z przyczyn całkowicie obiektywnych niemożliwe. Nie sposób zatem, wobec obciążenia Odwołującego przez PKP Intercity niemożliwym do zrealizowania obowiązkiem, wyciągać z tego jakiegokolwiek negatywne konsekwencje.

Odwołujący podnosił ponadto, iż zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający w zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w określonym terminie. Pomimo tego, iż ustawodawca nie sprecyzował jaki termin powinien być wyznaczony wykonawcy na udzielenie wyjaśnień nie można uznać, iż w ten sposób wykreowana została dowolność w jego określaniu przez zamawiającego. Zdaniem ZNTK nie budzi wątpliwości, że czynność wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jest samoistną czynnością zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, od której przysługują środki

ochrony prawnej. W ocenie odwołującego nie można uznać za prawidłowe działanie zamawiającego, który wyznaczył ZNTK 7-dniowy termin na złożenie wyjaśnień, a więc termin krótszy niż termin z art. 180 ust. 1 Pzp na zaskarżenie czynności wezwania w drodze odwołania. W ten sposób odwołujący zobowiązany był do złożenia wyjaśnień, pomimo oczywistej wadliwości wezwania dokonanego przez zamawiającego.

29 maja 2013 r. ZNTK przekazał zamawiającemu kopię odwołania.

31 maja 2013 r. zamawiający przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia kopię odwołania.

W terminie określonym przepisem art. 185 ust. 2 Pzp do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: konsorcjum firm: Stadler Polska Sp. z o.o. ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce o Newag S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz (dalej: „konsorcjum” lub „przystępujący”).

13 czerwca 2013 r. do Izby wpłynęło pismo pełnomocnika przystępującego w wnioskiem o oddalenie odwołania wraz ze stanowiskiem w sprawie przystępującego.

14 czerwca 2013 r. podczas rozprawy zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości przedstawiając w tym zakresie stosowną argumentację.

W toku rozprawy strony podtrzymał stanowiska oraz argumentacją przedstawioną w treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pismach procesowych.

KIO 1292/13

29 maja 2013 r. PESA wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec ww. czynności zamawiającego.

Zaskarżonej czynności zamawiającego PESA zarzucał naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie całkowicie bezpodstawne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy

- zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą wykładnię pojęcia „rażąco niskiej ceny” skutkującą przyjęciem, iż może mieć miejsce rażąco niska cena oferty w sytuacji, gdy jedynie jeden z czynników składających się na cenę oferty budzi wątpliwości zamawiającego, zaś cała cena oferty nie ma, z uwzględnieniem pozostałych czynników, cech ceny „rażąco niskiej”;
2. art. 90 ust. 1 oraz ust. 2 Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na nieprecyzyjnym określeniu zakresu żądanych od odwołującego wyjaśnień bez konkretnego wskazania do czego zamawiający odnosi swe wątpliwości, a także żądaniu wyjaśnień wykraczających poza treść złożonej oferty, której treść i forma w pełni odpowiada specyfikacji,
 3. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez określenie odwołującemu w wezwaniu z dnia 22 maja 2013 roku terminu do złożenia wyjaśnień, który jest krótszy niż termin do skorzystania ze środków ochrony prawnej przysługujących od tej czynności zamawiającego, co skutkuje koniecznością udzielenia odpowiedzi przez odwołującego, pomimo oczywistej wadliwości wezwania dokonanego przez zamawiającego;
 4. art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez niewłaściwe ich zastosowanie polegające na bezpodstawnym zażądaniu przez zamawiającego udzielenia wyjaśnień przez odwołującego „zgodnie z Dokumentacją Utrzymania Technicznego”, która to dokumentacją podobnie jak szereg innych dokumentów związanych z oferowanymi przez odwołującego pojazdami na obecnym etapie postępowania nie istnieje, gdyż dotychczas w niniejszym postępowaniu nie oczekiwano od wykonawców jej zredagowania, a wszelką dokumentację pojazdów wykonawca zobowiązany będzie dostarczyć zgodnie z siwz dopiero na 3 miesiące przed terminem dostawy pierwszego pojazdu.

Z uwagi na powyższe zarzuty PESA wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania odwołującego pismem z dnia 22 maja 2013 roku do złożenia wyjaśnień określonych w tym piśmie,
3. przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na okoliczności wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu odwołania PESA stanął na tożsamym stanowisku jak ZNTK przedstawiając identyczną argumentację jak argumentacja zawarta w treści odwołania ZNTK. Wobec tego jej powielanie Izba uznała za bezelowe.

31 maja 2013 r. zamawiający przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia kopię odwołania.

W terminie określonym przepisem art. 185 ust. 2 Pzp do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: konsorcjum firm: Stadler Polska Sp. z o.o. ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce o Newag S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz (dalej: „konsorcjum” lub „przystępujący”).

13 czerwca 2013 r. do Izby wpłynęło pismo pełnomocnika przystępującego w wnioskiem o oddalenie odwołania wraz ze stanowiskiem w sprawie przystępującego.

14 czerwca 2013 r. podczas rozprawy zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości przedstawiając w tym zakresie stosowną argumentację.

W toku rozprawy strony podtrzymały stanowiska oraz argumentacją przedstawioną w treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pismach procesowych.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego, zgromadzone dowody, stanowiska i oświadczenia stron oraz przystępującego, złożone na rozprawie, Izba ustaliła.

Okoliczności faktyczne sprawy, w szczególności związane z treścią: postanowień specyfikacji, treścią złożonych ofert złożonych w postępowaniu, poszczególnych pism wykonawców kierowanych przez zamawiającego do wykonawców wraz z odpowiedziami zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniach, co zostało zreferowane powyżej.

Ponadto Izba ustaliła, że:

Przedmiotem postępowania prowadzonego przez zamawiającego jest dostawa 20 elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania.

Przedmiot zamówienia został opisany kodem CPV:

- 1) 34622200 – Kolejowe wagony pasażerskie,
- 2) 50222000 – Usługi w zakresie napraw i konserwacji taboru kolejowego.

W rozdziale V – Termin wykonania zamówienia – zamawiający podał:

- pkt 1 – zamawiający wymaga wykonania całości dostawy 20 Pojazdów w terminie nie dłuższym niż do dnia 30 października 2015 roku;
- pkt 2 – zamawiający wymaga świadczenia usług utrzymania Pojazdów (...), nie krócej niż 15 lat i nie dłużej niż przez okres 16 lat.

Zgodnie z Rozdziałem XIII ust. 1 siwz cenę oferty należy określić poprzez wskazanie w Formularzu Oferty następujących cen:

1. Ceny dostawy jednego pojazdu oraz ceny dostawy 20 Pojazdów,
2. Ceny jednostkowej świadczenia usługi utrzymania za 1 km przebiegu Pojazdu, będącej podstawą do obliczenia kosztów świadczenia usług utrzymania, przy założeniu minimalnego przebiegu 300 tysięcy km rocznie oraz średniorocznego przebiegu 350 tysięcy km rocznie dla jednego pojazdu,
3. Szacowanej wartości świadczenia usług utrzymania wyliczonej według następującego wzoru: $C = 350.000 \text{ km} \times \text{stawka za świadczenie usług utrzymania za 1 km przebiegu Pojazdu} \times 20 \text{ Pojazdów} \times \text{przyjęty przez wykonawcę okres świadczenia usług utrzymania}$,
4. Szacowanej wartości świadczenia usług utrzymania za okres 15 lat według następującego wzoru: $C = 350\,000 \text{ km} \times \text{stawka za świadczenie usług utrzymania za 1 km przebiegu Pojazdu} \times 20 \text{ Pojazdów} \times 15 \text{ lat}$.

Z ustaleń Izby wynika, że XIV siwz opis kryteriów, którymi zamawiający kierował się przy wyborze oferty – zamawiający wyodrębnił treści dotyczące dostawy pojazdów od treści dotyczących usługi utrzymania pojazdów.

W siwz w rozdziale XVI – wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy zamawiający - w pkt 1 określił odrębnie wartości procentowe zabezpieczenia należytego wykonania umowy w stosunku do dostawy oraz usługi utrzymania. W pkt 2 ww. rozdziału wskazał, że zabezpieczenia należytego wykonania umowy może być wedle wyboru wykonawcy wniesione zarówno osobno dla dostawy Pojazdów oraz dla usługi utrzymania Pojazdów bądź łącznie.

W treści rozdziału XX siwz zamawiający zawarł postanowienia dotyczące środków ochrony prawnej. W pkt 7 wskazał terminy obowiązujące wykonawców w zakresie odwołania.

W załączniku nr 4 do siwz – OFERTA – zamawiający żądał podania nie jednej całkowitej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia a odrębnych cen m.in. w zakresie dostawy Pojazdów a także usługi utrzymania.

We wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do siwz zamawiający oddzielił także poszczególne regulacje (np. wynagrodzenie wykonawcy, kary umowne, okres obowiązywania umowy), dotyczące części związane z dostawą pojazdów od regulacji odnoszących się do usługi utrzymania Pojazdów. Ponadto zamawiający część umowy podzielił na dwa rozdziały: II część - dostawa elektrycznych zespołów trakcyjnych, III część – usługi utrzymania pojazdów.

Zamawiający oszacował przedmiot zamówienia na łączną kwotę 1.724.408.400,00 PLN netto. Wartość szacunkowa w zakresie dostaw Pojazdów została ustalona na podstawie rozeznania rynku, natomiast w zakresie usług utrzymania – na podstawie umowy na dostawę składów zespolonych Pendolino (str. 1 protokołu postępowania ZP-PN).

Wraz z odpowiedzią na odwołanie zamawiający przedłożył załącznik do wniosku nr BFZ4-074-WZ-71/2013 z dnia 26 lutego 2013 r. dotyczący szacowania kosztów utrzymania 20 ezt. W treści pisma podano, że łączny średni koszt utrzymania uwzględniający naprawy szacuje się na 7,24 zł/1 poc/km. W toku rozprawy zamawiający wyjaśnił, że szacowania dokonywał z wykorzystaniem kosztów pojazdów najbardziej zbliżonych do zamawianych, ponieważ pojazdy, które obecnie są zamawiane jeszcze nie występują. Zatem do szacunku należało przyjąć koszty pojazdów najbardziej zbliżonych tj. ED74.

W toku postępowania prowadzonego przez zamawiającego złożono 4 oferty zawierające następujące kwoty za realizację całości przedmiotu zamówienia, w tym obejmujące dostawę pojazdów wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania, tj.:

1. PESA - 1.571.817.000,00 zł,
2. ZNTK - 1.437.501.000,00 zł,
3. CAF - 1.746.858.496,80 zł,
4. Konsorcjum - 1.621.140.000,00 zł.

Średnia cena ww. ofert wynosiła 1.594.329.124,20 zł.

Z ustaleń Izby wynika, że wykonawcy w zakresie świadczenia usług utrzymania zaoferowali następujące ceny jednostkowe brutto:

1. PESA - 2,44 zł (1,98 zł netto).

2. ZNTK – 1,16 zł (0,94 zł netto)

Całkowita kwota usług utrzymania wskazana w ofertach poszczególnych wykonawców wynosiła brutto:

1. PESA – 255.717 000,00 zł
2. ZNTK – 121.401.000,00 zł
3. CAF – 184.684.500,00 zł
4. Konsorcjum – 464.940.000,00 zł

Pismami z dnia 22 maja 2013 r. zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wezwał zarówno PESA jak również ZNTK do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość zaoferowanej cen - w celu zbadania czy oferty zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W obu pismach zamawiający wskazał, że w szczególności wątpliwość zamawiającego wzbudza zaoferowane ceny świadczenia usług utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych. Z tych też względów zamawiający wymagał w złożonych wyjaśnieniach ustosunkowania się do zaoferowanych w ofertach cen usług utrzymania w kwotach – PESA 2,44 zł brutto, ZNTK 1,16 zł brutto – oraz wskazania stanu faktycznego lub innych okoliczności uzasadniających podaną cenę, w tym wobec zakresu objętego przedmiotem zamówienia, w szczególności wyjaśnienia:

1. Ceny wykonania jednego przeglądu okresowego na poziomie P1 wg Załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. Nr 212, poz. 1771 z późn. zm.), zgodnie z Dokumentacją Utrzymania Technicznego oaz przy zachowaniu wskaźników określonych w siwz oraz łącznej ich wartości w okresie świadczenia usług utrzymania;
2. Ceny wykonania jednego przeglądu okresowego na poziomie P2 wg Załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. Nr 212, poz. 1771 z późn. zm.), zgodnie z Dokumentacją Utrzymania Technicznego oaz przy zachowaniu wskaźników określonych w siwz oraz łącznej ich wartości w okresie świadczenia usług utrzymania;
3. Ceny wykonania jednego przeglądu okresowego na poziomie P3 wg Załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. Nr 212, poz. 1771 z późn. zm.), zgodnie z Dokumentacją Utrzymania Technicznego oaz przy zachowaniu wskaźników określonych w siwz oraz łącznej ich wartości w okresie świadczenia usług utrzymania;

4. Ceny wykonania jednego przeglądu okresowego na poziomie P4 wg Załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. Nr 212, poz. 1771 z późn. zm.), zgodnie z Dokumentacją Utrzymania Technicznego oraz przy zachowaniu wskaźników określonych w siwz oraz łącznej ich wartości w okresie świadczenia usług utrzymania;
5. Jednostkowe ceny brutto poszczególnych podzespołów, części, akcesoriów i materiałów eksploatacyjnych podlegających każdorazowej wymianie w okresie świadczenia usług utrzymania na poszczególnych poziomach utrzymania oraz łącznej ich wartości wraz z kosztem ich wymiany.

W toku rozprawy zarówno przystępujący jak i PESA złożyli następujące dokumenty:

- Wyciąg ze strony www.mos.gov.pl z listy projektów indywidualnych dla programu operacyjnego infrastruktura i środowisko 2007-2013, gdzie na str. 137 podano, że w kolumnie „instytucja odpowiedzialna za realizację projektu wskazano PKP Intercity. Podano również nazwę projektu „Zakup taboru dla PKP Intercity (...)” a także orientacyjny koszt całkowity projektu (1.328,40 mln PLN) oraz wartość dofinansowania z UE (540 mln PLN).
- Informację z otwarcia ofert w której wskazano wykonawców, którzy złożyli oferty w omawianym postępowaniu ze wskazaniem kwot jakie wykonawcy zaoferowali: oddzielnie w zakresie dostawy ezt oraz usług utrzymania. Informacja zawiera również wskazanie kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia – 2.121.022.332,00 zł brutto.
- Pismo zamawiającego z dnia 13 czerwca 2013 r. skierowane do PESA w treści którego podano, że zamawiający skierował prośbę o wyjaśnienia w zakresie zaoferowanych cen w stosunku do PESA, ZNTK oraz CAF.

Izba zważyła co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp. Zatem Izba rozpoznała odwołania na rozprawie.

Następnie Izba zbadała skuteczność przystąpień do postępowań odwoławczych wykonawców zgłaszających przystąpienia i nie znalazła podstaw niedopuszczenia do postępowania odwoławczego któregokolwiek z wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Jako pierwsze Izba rozpoznała zarzuty naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie. Izba uznała zgłoszone zarzuty za niezasadne.

Rozstrzygnięcie zasadności opisanych powyżej zarzutów wymaga odpowiedzi na pytanie, czy w okolicznościach omawianej sprawy zamawiający był uprawniony do zwrócenia się do wykonawców PESA oraz ZNTK o udzielenie wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp ? W powyżej kwestii Izba stanęła na stanowisku, że na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć twierdząco.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z 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.

Izba zwraca uwagę, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnym jest, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena” oraz brak jest również jednoznacznego wskazania w dotychczasowym orzecznictwie kryteriów, jakie należy brać pod uwagę przy ocenie czy zachodzi okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej. Zatem każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfikę przedmiotu zamówienia.

Wskazać należy, że czynność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Istotnym jest, że ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo zamawiający winien rozważyć czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08).

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba oceniając okoliczności oraz całość materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie uznała, że zamawiający był uprawniony do wystąpienia do wykonawców PESA i ZNTK na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny.

Zgodzić się należy z odwołującymi, że kwestię rażąco niskiej ceny należy badać w odniesieniu do całej wartości przedmiotu zamówienia. Jednakże w rozpoznawanej sprawie z treści przywołanych powyżej postanowień specyfikacji jasno wynika, że zamawiający w ramach prowadzonego postępowania w sposób wyraźny rozróżnił poszczególne elementy zamówienia, tj. dostawę Pojazdów od usługi ich utrzymania. Oczywiście nie przesądza to trafności argumentacji zamawiającego i przystępującego, że ramach przedmiotowego postępowania mamy do czynienia z dwoma różnymi przedmiotami zamówienia, a raczej

dowodzi, że w omawianym przypadku przedmiot zamówienia posiada charakter mieszany, składający się z dostawy w tym przypadku Pojazdów oraz usługi, polegającej na ich utrzymaniu. Izba stanęła na stanowisku, że opisany powyżej sposób ukształtowania specyfikacji, jak również twierdzenia zamawiającego w toku rozprawy wskazują, że istotne dla zamawiającego było podanie przez wykonawców w ofertach odrębnych cen zarówno w zakresie dostawy pojazdów jak również w zakresie usługi ich utrzymania. Zatem podane w ofertach PESA i ZNTK zarówno ceny jednostkowe brutto w zakresie świadczenia usług utrzymania (PESA 2,44 zł i ZNTK 1,16 zł) oraz całkowite kwoty usług utrzymania brutto (PESA 255.717 000,00 zł i ZNTK 121.401.000,00 zł) mogły wzbudzić wątpliwości po stronie zamawiającego, który ustalił łączny średni koszt utrzymania uwzględniający naprawy na kwotę 7,24 zł/1 poc/km. W okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób odmówić zamawiającemu prawa do zbadania kwestii wystąpienia rażąco niskiej ceny przy uwzględnieniu wartości cen usługi utrzymania Pojazdów w ofertach złożonych przez PESA oraz ZNTK.

Podkreślić również należy, że wątpliwości w powyższym zakresie zamawiający powziął nie tylko w stosunku do cen podanych przez PESA i ZNTK ale również w stosunku do cen podanych w ofercie CAF, co zaowocował wezwanie wykonawcy CAF do złożenia wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Powyższe potwierdza pismo zamawiającego z dnia 13 czerwca 2013 r. skierowane do PESA w treści którego podano, że zamawiający skierował prośbę o wyjaśnienia w zakresie zaoferowanych cen w stosunku do PESA, ZNTK oraz CAF.

Izba wyjaśnia, że niewątpliwie zaoferowanie przez wykonawców rażąco niskiej ceny nie jest przejawem konkurencji w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Natomiast zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i poszanowaniem ww. zasady. Wobec tego w omawianym przypadku wykładnia zawężająca możliwość zastosowanie art. 90 ust. 1 Pzp naruszałaby fundamentalne zasady ustawy. Za dodatkowy można uznać jedynie argument zamawiającego, że ww. postępowanie prowadzone przez zamawiającego przekracza wartość 2 miliardów euro i zamawiający ubiega się o współfinansowanie projektu ze środków Unii Europejskiej. Przywołany argument potwierdza wyciąg ze strony www.mos.gov.pl z listy projektów indywidualnych dla programu operacyjnego infrastruktura i środowisko 2007-2013, który został opisany powyżej.

Izba zwraca uwagę, że bez znaczenia dla rozpoznania niniejszego zarzutu we wskazanych powyżej okolicznościach sprawy jest kwestia, że zamawiający przed otwarciem ofert nie podał odrębnej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w

odniesieniu do usługi utrzymania dostarczonych Pojazdów a także kwestia ryczałtowego wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym dowód złożony w postaci informacji z otwarcia ofert kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia nie ma istotnego znaczenia dla sprawy.

Następnie Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 oraz ust. 2 Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na nieprecyzyjnym określeniu zakresu żądanych od odwołującego wyjaśnień, bez konkretnego wskazania, do czego zamawiający odnosi swe wątpliwości, a także żądaniu wyjaśnień wykraczających poza treść złożonej oferty, której treść i forma w pełni odpowiada specyfikacji. Izba uznała zgłoszony zarzut za niezasadny. Po przeanalizowaniu treści wezwań z dnia 22 maja 2013 r. Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów Pzp wskazanych powyżej.

Na wstępie należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że ustawodawca w treści art. 90 Pzp nie zawarł żadnych szczegółowych uregulowań w zakresie treści wezwania kierowanego do wykonawcy, pozostawiając tą kwestię w gestii zamawiającego. W omawianym przypadku w treści wezwania zamawiający nie tylko odwołał się do podstawy prawnej, tj. art. 90 ust. 1 Pzp, ale w również szczegółowo opisał jakie elementy ceny budzą jego wątpliwości. Wobec powyższego nie sposób uznać za trafna argumentacji odwołujących, którzy podnosili, że treść wezwania była nieprecyzyjna a tym samym wadliwa.

Izba wyjaśnia, że z przepisu art. 90 Pzp jasno wynika, że to po stronie wykonawcy, wezwanego na podstawie powyższego przepisu, spoczywa obowiązek złożenie stosownych wyjaśnień z przywołaniem konkretnych okoliczności mających wpływ na wysokość ceny - a także jeżeli wykonawca uzna za konieczne - przedstawienie zamawiającemu dowolnie wybranych dowodów. Tym samym sposób ukształtowania wyjaśnień jak również wybór środków dowodowych należy do wykonawcy, ponieważ to właśnie wykonawca posiada najlepszą wiedzę na temat skalkulowanej ceny, w tym przypadku ceny usługi utrzymania Pojazdów.

Kolejno Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez określenie odwołującemu w wezwaniu z dnia 22 maja 2013 roku terminu do złożenia wyjaśnień, który jest krótszy niż termin do skorzystania ze środków ochrony prawnej przysługujących od tej czynności zamawiającego. Izba uznała zgłoszony zarzut za bezzasadny.

W tym zakresie Izba w pełni podzieliła argumentację prezentowaną przez zamawiającego oraz przystępującego, którzy twierdzili, że żaden przepis Pzp nie uzależnia długości terminu na udzielenie wyjaśnień odnoszących się do rażąco niskiej ceny od terminów dotyczących możliwości skorzystania w tym zakresie ze środków ochrony prawnej. Wobec powyższego należy przyjąć, że kompetencje do kształtowania odpowiedniego terminu do złożenia wyjaśnień, jako gospodarz prowadzonego postępowania, posiada zamawiający. Izba stanęła na stanowisku, że w niniejszej sprawie, siedmiodniowy termin do złożenia wyjaśnień należy uznać za rozsądny i realny. Wobec tego zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba uznała za chybiony.

Izba rozpoznała również zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez niewłaściwe ich zastosowanie polegające na bezpodstawnym zażądaniu przez zamawiającego udzielenia wyjaśnień przez odwołującego „zgodnie z Dokumentacją Utrzymania Technicznego”. Izba uznała zgłoszony zarzut za niepotwierdzony.

Zgodzić się należy z odwołującymi, że zamawiający w treści wezwań z dnia 22 maja 2013 r. odwołał się do dokumentu tj. Dokumentacja Utrzymania Technicznego, który to dokument miał być sporządzony i dostarczony na późniejszym etapie, tj. dopiero na 3 miesiące przed terminem dostawy pierwszego pojazdu. Jednakże z treści ww. wezwań jasno wynika, że zamawiający nie żądał sporządzenia i złożenia Dokumentacji Utrzymania Technicznego, a jedynie uwzględnienia w treści składanych wyjaśnień treści ww. dokumentu. Tym samym Izba nie dopatrzyła naruszenia przepisów Pzp wskazywanych przez PESA I ZNTK w treści odwołań.

W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na prowadzeniu przez zamawiającego postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 2 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).

Przewodniczący: