

**WYROK**

**z dnia 19 marca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Członkowie: Grzegorz Matejczuk  
Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2014 r. przez wykonawcę **NEWAG Spółka Akcyjna, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego „**PKP Intercity**” **Spółka Akcyjna, ul. Żelazna 59A, 00-848 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1) oddala odwołanie;**

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **NEWAG Spółka Akcyjna, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu,

2.2. zasądza od wykonawcy **NEWAG Spółka Akcyjna, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** na rzecz zamawiającego „**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.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

I. Wykonawca - NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, odwołujący w postępowaniu odwoławczym - wniósł odwołanie od czynności i zaniechania zamawiającego - „PKP Intercity” S.A. z siedzibą w Warszawie - w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę 10 lokomotyw spalinowych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania” (numer postępowania nadany przez zamawiającego: BFZ4-073-PU-74/2013).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, zwanej w skrócie „PESA” oraz dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej;
- 2) zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, która ze względu na obowiązek odrzucenia oferty PESA była ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp” i innych podanych niżej przepisów prawnych:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 Pzp przez brak wezwania wykonawcy PESA do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty zawierającej rażąco niską cenę, a następnie nieodrzućenie oferty tego wykonawcy ze względu na rażąco niską cenę oferty;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez nieodrzućenie oferty PESA, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na zaoferowaniu wykonania dostawy 10 lokomotyw za cenę nierealną, mający na celu wyłącznie uniemożliwienie odwołującemu uzyskania zamówienia oraz dostępu do rynku nowych spalinowych lokomotyw pasażerskich na terenie Polski.
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 oraz z art. 139 § 1 Pzp w związku z art. 387 § 1 kc przez nieodrzućenie oferty PESA, która zawiera zobowiązanie do świadczenia niemożliwego, polegającego na zadeklarowaniu niemożliwych do zachowania współczynników gotowości i niezawodności.

Powyższe narusza interes odwołującego, w jego ocenie, ponieważ wskazane czynności i zaniechanie doprowadziły do wyboru oferty PESA, jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzućona, a jedyną złożoną ważnie i tym samym

najkorzystniejszą, była oferta odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty PESA Bydgoszcz S.A. oraz odrzucenia tejże oferty;
- 2) przeprowadzenia ponownej oceny ofert i dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wniósł o:

- 1) przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu oraz dowodu z opinii biegłego na okoliczność ilości lokomotyw rezerwowych, koniecznych do zapewnienia przez wykonawcę w celu zachowania współczynnika gotowości na poziomie 98,8% oraz współczynnika niezawodności na poziomie 99,5%.
- 2) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania według norm prawem przypisanych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał następujące okoliczności.

I. W przedmiocie interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący jest producentem taboru szynowego. W ramach swojej działalności odwołujący produkuje również lokomotywy spalinowe i elektryczne oraz posiada możliwość wyprodukowania i dostarczenia pojazdów będących przedmiotem zamówienia. Odwołujący złożył ważną ofertę, która w toku oceny uzyskała mniejszą ilość punktów od oferty PESA. Interes odwołującego we wniesieniu odwołania sprowadza się do możliwości uzyskania zamówienia i wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, gdyby oferta PESA Bydgoszcz S.A. została odrzucona, ponieważ oferta odwołującego w takim przypadku będzie jedyną ważnie złożoną ofertą.

II. Uzasadnienie zarzutów odwołania.

1. Przedmiot zamówienia obejmował dwa rodzaje świadczeń: dostawę 10 lokomotyw oraz świadczenie usług utrzymania dostarczonych lokomotyw. Zamawiający przewidział w SIWZ cztery niezależne kryteria oceny ofert:

- 1) cenę brutto dostawy lokomotyw - waga 33%
- 2) cenę brutto usług utrzymania - waga 12%
- 3) wskaźnik NPV - waga 40%
- 4) współczynnik niezawodności i gotowości technicznej pojazdu - waga 15%.

Odwołujący zaoferował dostawę jednej lokomotywy za cenę netto 13.020.000,00 zł (16.014.600,00 zł brutto) oraz świadczenie usług utrzymania za cenę 3,10 zł netto (3,61 zł brutto) za jeden km przebiegu lokomotywy spalinowej. Natomiast PESA zaoferowała dostawę jednej lokomotywy za cenę netto 10.666.666,00 zł (13.119.999,18 zł brutto) oraz

świadczenie usług utrzymania za cenę 2,84 zł netto (3,49 zł brutto) za jeden km przebiegu lokomotywy spalinowej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą KIO, w przypadku, gdy przedmiot zamówienia składa się z dwóch odrębnych świadczeń, za które w formularzu ofertowym przewidziano odrębne ceny stanowiące odrębne kryteria oceny ofert (o różnej wadze), przesłankę zaistnienia rażąco niskiej/nierealnej ceny, należy badać odrębnie w stosunku do każdego ze świadczeń umownych odrębnie (np. wyroki: z dnia 7 czerwca 2013 r., KIO 1252/13 i z dnia 5 września 2013 r., KIO 2067/13).

Odwołujący stwierdził, że cena zaoferowana przez PESA za dostawę 10 lokomotyw (kryterium cena - waga 33%) jest rażąco niska. Dodatkowo wskazał, że gdyby nawet zsumować zaoferowaną cenę za dostawę lokomotyw oraz cenę za świadczenie utrzymania (co jest niezgodne z przyjętą linią orzeczniczą KIO), suma tych dwóch cen za części zamówienia będzie również spełniać kryteria ceny rażąco niskiej.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie oraz piśmiennictwie podkreśla się rażąco niską cenę, jako cenę niewiarygodną, znacząco odbiegającą od cen przyjętych na rynku, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów usługi (wyrok Izby z dnia 18 kwietnia 2013 r., KIO 772/13). W ocenie odwołującego, cena zaoferowana przez PESA za dostawę 10 lokomotyw spalinowych spełnia wskazane kryteria, co wykazano poniżej.

O charakterze rażąco niskiej ceny świadczy porównanie aktualnej ceny z ceną zaoferowaną przez PESA kilka miesięcy wcześniej w przetargu o tożsamym przedmiocie, unieważnionym przez zamawiającego. W poprzednim postępowaniu PESA zaoferowała cenę za dostawę jednej lokomotywy w wysokości 14.075.000,00 zł netto.

Dowód: oferta Pesy w postępowaniu na dostawę 10 lokomotyw spalinowych wraz ze świadczeniem usług utrzymania znak: BFZ3-073-PU-03/2013.

Zestawienie poprzednio zaoferowanej ceny netto za dostawę jednej lokomotywy z ceną netto zaoferowaną w tym postępowaniu uwidacznia, zdaniem odwołującego, że obecna cena za dostawę jednej lokomotywy jest niższa od *obecnej* (poprzedniej) ceny o 3.408.334,00 zł. Przy cenie za dostawę 10 lokomotyw różnica wynosi aż 34.083.340 zł (poprzednia cena dostawy 140.750.000,00 zł, obecna 10.666.666,00 zł). Zatem, już samo zestawienie cen oferowanych przez PESA za dostawę tych samych lokomotyw na przestrzeni kilku miesięcy czyni oczywistym, że cena zaoferowania w aktualnym postępowaniu jest ceną rażąco niską.

Na rażąco niską cenę zaoferowaną przez PESA dodatkowo wpływa wysokość

zadeklarowanych współczynników niezawodności i gotowości. Odwołujący wskazał, że jednym z kryteriów oceny ofert o wadze 15% były - wysokość współczynnika gotowości oraz niezawodności. Wskazane współczynniki, zgodnie z treścią SIWZ, będą obliczane w sposób następujący:

*„Wskaźnik gotowości technicznej wyrażono następującą formułą:*

$$W_u = T - T_u : T \times 100\%$$

*gdzie:*

*$W_u$  - współczynnik gotowości technicznej (utrzymanie),*

*$T$  - całkowity czas pozostawania Pojazdu w eksploatacji w pełnych godzinach zegarowych, liczony w cyklach kolejnych 12 miesięcy eksploatacji od początku eksploatacji do pierwszej planowej naprawy głównej silnika (silników) spalinowych.*

*$T_u$  - łączny czas wyłączeń dla realizacji cyklu utrzymania, liczony w pełnych godzinach od momentu przekazania Pojazdu w miejscu przeprowadzenia zabiegu utrzymania, do momentu przekazania lokomotywy do dalszej eksploatacji w tym samym miejscu. Do czasu  $T_u$  nie zalicza się czasu wyłączeń, w którym Wykonawca dostarczył Zamawiającemu do eksploatacji pojazdy zastępcze o parametrach technicznych nie gorszych niż pojazdy, o których mowa w niniejszej umowie”.*

*„Wskaźnik niezawodności wyrażono następującą formułą:*

$$W_n = T - T_a : T \times 100\%$$

*gdzie:*

*$W_n$  - współczynnik niezawodności,*

*$T$  - łączny czas w godzinach pozostawania każdego pojazdu w eksploatacji,*

*$T_a$  - łączny czas wszystkich wyłączeń awaryjnych liczony w pełnych godzinach zegarowych, od momentu przekazania Pojazdu w miejscu przeprowadzenia naprawy wynikającej z awarii, do momentu ponownego przekazania Pojazdu w tym samym miejscu do dalszej eksploatacji (od rozpoczęcia najbliższej pełnej godziny zegarowej po momencie odbioru Pojazdu). Do czasu  $T_a$  nie zalicza się czasu wyłączeń, w którym Wykonawca dostarczył Zamawiającemu do eksploatacji pojazdy zastępcze o parametrach technicznych nie gorszych niż pojazdy, o których mowa w niniejszej umowie”.*

Odwołujący zaoferował zachowanie współczynnika gotowości na poziomie 92%, a współczynnika niezawodności na poziomie 95%, to jest na poziomie realnym i uwzględniającym czas niezbędny na czynności utrzymaniowe. PESA zadeklarowała zachowanie współczynnika gotowości zaoferowanych lokomotyw na poziomie 98,8% oraz współczynnika niezawodności na poziomie 99,5%. Wysokość współczynników

zaoferowanych przez obydwu wykonawców została podana przez zamawiającego w trakcie otwarcia ofert, a prezes zarządu PESA potwierdził zadeklarowaną wartość współczynników w wypowiedzi skierowanej do prasy branżowej oraz oświadczył, że PESA zamierza wyprodukować lokomotywy rezerwowe.

Dowód: artykuł z serwisu [www.rynek-kolejowy.pl](http://www.rynek-kolejowy.pl) z dnia 16.01.2014 r.

Odwołujący stwierdził, że już pobieżne spojrzenie na wartość zadeklarowanych współczynników przez PESA oraz zestawienie ich z wartościami oferowanymi przez wykonawców w innych postępowaniach na dostawę lokomotyw spalinowych, sprawia, iż wydają się one skrajnie wysokie i obiektywnie niemożliwe do zachowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w przypadku współczynnika niezawodności na poziomie 99,5% liczonego w okresach kwartalnych, lokomotywa musiałaby w zasadzie w ogóle nie ulegać jakiegokolwiek awarii. Stwierdził, że oczywistym jest, iż przy tak zaawansowanych technicznie pojazdach jak lokomotywy założenie, że w ciągu kwartału nie wystąpi jakakolwiek usterka jest w zasadzie niemożliwe do spełnienia. Również doświadczenie odwołującego oraz wiedza o użytkowanych obecnie lokomotywach spalinowych przemawiają za tym, że nie jest możliwym zupełne wyeliminowanie jakichkolwiek usterek.

Odnosnie drugiego ze współczynników, tj. współczynnika gotowości, niemożliwość jego utrzymania na poziomie zaoferowanym przez PESA (98,8%) jest jeszcze bardziej oczywista. O ile, w stosunku do współczynnika niezawodności można by przyjąć teoretycznie, że w lokomotywie w okresie kwartalnym nie będą występowały jakiegokolwiek usterek, to w przypadku współczynnika gotowości jakiegokolwiek nawet teoretyczne założenia nie są możliwe. Współczynnik gotowości odnosi się do czasu, jaki wykonawca przewiduje na wykonywanie czynności utrzymaniowych, które zostały określone w rozporządzeniu z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych („rozporządzenie”) i dzielą się na 5 poziomów, od P1 do P5, przy czym nie jest możliwe pominięcie przez producenta taboru kolejowego jakiegokolwiek z wymaganych w rozporządzeniu czynności utrzymaniowych. Zadeklarowanie współczynnika gotowości na poziomie 98,8% oznacza, że wykonawca zobowiązuje się do wykonania wszystkich czynności utrzymaniowych w czasie stanowiących 1,2% potencjalnego czasu eksploatacji w okresie rocznym.

Na podstawie kalkulacji odwołujący wskazał, że w przypadku współczynnika gotowości na poziomie 98% na wykonanie wszystkich czynności utrzymaniowych pozostaje jedynie 4 dni oraz 8 godzin roboczych (104 godziny). Odwołujący przedstawił zestawienia ilości średniego występowania w roku kalendarzowym oraz czasu wykonywania poszczególnych poziomów

utrzymania, przy założeniu, że średni roczny przebieg lokomotyw będzie wynosił 100 000 km (zgodnie z pkt 8.1. załącznika nr 1 do SIWZ).

Odwołujący wskazał, że zestawienie jest w pełni adekwatne również do lokomotyw oferowanych przez PESA, ponieważ większość komponentów, takich jak silnik spalinowy, czy system hamulcowy, zarówno odwołujący, jak i PESA, nabywają od tego samego producenta, a cykle utrzymaniowe np. silnika spalinowego są ściśle określone przez producenta.

Z powyższego wynika, zdaniem odwołującego, że nie jest obiektywnie możliwe zachowanie współczynnika gotowości na poziomie 98,8%, ponieważ czas 4 dni oraz 8 godzin (104 godziny) w ciągu roku, nie jest wystarczający dla wykonania wszystkich czynności utrzymaniowych wymaganych w rozporządzeniu, ponieważ czynności utrzymaniowe zajmują, co najmniej 204 godziny.

Odwołujący stwierdził, że zachowanie współczynników niezawodności i gotowości na poziomie zaoferowanym przez PESA nie jest obiektywnie możliwe, przy założeniu, że PESA dostarczy jedynie 10 lokomotyw spalinowych wymaganych w SIWZ. Zachowanie współczynników byłoby możliwe jedynie w przypadku, gdyby PESA wyprodukowała tabor rezerwowy, tj. dodatkowe lokomotywy ponad wymagane przez zamawiającego i zastępowała nimi lokomotywy, które będą wyłączane z eksploatacji na czas usuwania awarii lub wykonywania czynności utrzymaniowych. Taką możliwość dopuszcza zamawiający na podstawie § 25 ust. 11 oraz § 38 ust. 2 i 3 projektu umowy. Odwołujący wskazał, że nie ma wiedzy, czy PESA składając ofertę założyła produkcję taboru rezerwowego, ponieważ część oferty PESA została objęta klauzulą poufności, ale ze względu na fakt, że jest to jedyna możliwość zachowania współczynników na poziomie zadeklarowanym przez PESA oraz deklarację prezesa zarządu PESA (artykuł z serwisu rynek-kolejowy.pl z dnia 16.01.2014 r.), odwołujący przyjął takie założenie. Odwołujący wniósł przy tym o zobowiązanie zamawiającego do wyjaśnienia, czy utajniona część oferty PESA zawiera tego typu dane oraz, czy zamawiający żądał od PESA wyjaśnień w tym zakresie, a także treści ewentualnych wyjaśnień PESA.

Zakładając, że PESA przy zadeklarowaniu współczynników niezawodności i gotowości założyła wyprodukowanie taboru zastępczego (wydzierżawienie tego typu lokomotyw nie jest możliwe, ponieważ są to pierwsze tego typu lokomotywy na terenie Polski, a zamawiający w SIWZ wymaga, aby ewentualny tabor zastępczy miał parametry nie gorsze od parametrów lokomotyw dostarczonych na podstawie zamówienia), odwołujący przeprowadził szczegółową weryfikację co do ilości rezerwowych lokomotyw, które musiałby wyprodukować jakikolwiek wykonawca, aby zachować współczynnik gotowości na poziomie 98,8% oraz współczynnik



niezawodności na poziomie 99,5%. Zgodnie z poczynionymi przez odwołującego ustaleniami, zachowanie tak wysokich współczynników gotowości i niezawodności jest możliwe wyłącznie przy wyprodukowaniu, co najmniej 3 dodatkowych lokomotyw i stacjonowaniu tychże lokomotyw w miejscu świadczenia usług utrzymaniowych przez cały okres wykonywania obowiązków utrzymaniowych.

Ponadto odwołujący wniósł - w razie kwestionowania przez zamawiającego oraz PESA przedstawionych wyliczeń, w związku z faktem, że ilość dodatkowych lokomotyw rezerwowych niezbędnych do zachowania współczynników na poziomie zadeklarowanym przez PESA wymaga wiadomości specjalnych oraz jest kluczowa dla oceny zasadności zarzutów odwołania - o powołanie biegłego do oceny ilości lokomotyw rezerwowych, koniecznych do zapewnienia zachowania współczynnika gotowości na poziomie 98,8% oraz współczynnika niezawodności na poziomie 99,5%.

Odwołujący wskazał, że wykonawca, który zadeklarował zachowanie tak wysokich współczynników jak PESA, będzie musiał zapewnić podczas całego okresu utrzymania (12 lat zgodnie z ofertą PESA), co najmniej 3 rezerwowe lokomotywy, a więc do kosztów dostawy 10 lokomotyw podstawowych należy jeszcze doliczyć koszt wyprodukowania 3 lokomotyw rezerwowych. Podkreślił, że zgodnie z § 25 ust. 11 oraz § 36 ust. 2 i 3 projektu umowy, przy obliczaniu współczynników gotowości i niezawodności *„nie zalicza się czasu, w którym Wykonawca dostarczył Zamawiającemu do eksploatacji pojazdy zastępcze o parametrach technicznych nie gorszych niż pojazdy, o których mowa w niniejszej umowie”*.

Odwołujący stwierdził, że według jego wiedzy i doświadczenia, koszt wyprodukowania lokomotywy spełniającej wymogi SIWZ wynosi ponad 10 mln zł. Jednak nawet gdyby teoretycznie przyjąć, że cena zaoferowana przez PESA, 10.666.666,00 zł za jedną lokomotywę sama w sobie nie jest wyższa od kosztów produkcji oraz nawet założyć wysoką marżę na poziomie 10% (co jest w praktyce niemożliwe przy tym poziomie cenowym), to koszt produkcji jednej lokomotywy wyniósłby 9.699.099,40 zł. Obliczając koszt produkcji 13 lokomotyw (10 podstawowych oraz 3 rezerwowe) po koszcie 9.699.099,40 zł za jedną, uzyskuje się kwotę 124.799.992,20 zł (w tym 28.799.998,20 zł, jako koszt 3 lokomotyw rezerwowych), co w przeliczeniu na średni koszt lokomotyw podstawowych stanowi koszt jednej lokomotywy podstawowej na poziomie 12.479.999,22 zł. Za dostawę wszystkich lokomotyw objętych zamówieniem (również lokomotyw rezerwowych, które są niezbędne do zachowania współczynników) PESA zaoferowała łączną cenę 106.666.660,00 zł, czyli 10.666.666,00 zł za jedną lokomotywę podstawową. Odwołujący zamieścił porównawcze obliczenie, wskazując, że cena zaoferowana przez PESA jest niższa o ponad 18 mln zł (1,8

mln w przeliczeniu na jedną lokomotywę), tj. o 17% od kosztów wykonania zamówienia w zakresie dostawy lokomotyw. Dodatkowo, zestawiając ową cenę z poprzednią oferowaną przez PESA za jedną lokomotywę tego rodzaju (14.075.000,00 zł) oraz ceną zaoferowaną przez odwołującego (13.190.000,00 zł), odwołujący wskazał, że nie może być wątpliwości, iż cena jest rażąco niska. Cena PESA jest o 17% procent niższa od kosztów produkcji (nawet przyjmując niemożliwy w praktyce poziom tych kosztów), o 20% niższa od ceny odwołującego oraz o 25% niższa od ceny oferowanej przez PESA w poprzednim postępowaniu tego rodzaju.

2. Niezależnie od powyższego, odwołujący stwierdził, że złożenie oferty przez PESA przy zaoferowanej cenie 10.666.666,00 zł za pojazd oraz współczynnikach gotowości i niezawodności na poziomie wyżej określonym, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z orzecznictwem KIO, ofertą stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji jest oferta sprzeczna z dobrymi obyczajami, utrudniająca innym wykonawcom dostęp do rynku (wyrok KIO z dnia 5 września 2013 r., KIO 2067/13). Oferta PESA, ze względu na absurdalnie wysokie współczynniki niezawodności oraz nierealną cenę (za wyjątkiem założenia konieczności wykonania lokomotyw rezerwowych), stanowi właśnie działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, ukierunkowane na uniemożliwienie uzyskania zamówienia konkurencji wbrew wszelkich zasadom rzetelności kupieckiej. Wobec tego rodzaju działania PESA, odwołujący, który złożył rzetelną ofertą opartą na ekonomicznej kalkulacji, pozbawiony został możliwości konkurowania z ofertą przedstawiającą nierealną cenę.

Odwołujący zaznaczył, że jest to pierwszy przetarg tego typu w Polsce i podmiot, który wykona zamówienie, zyska znaczną przewagą rynkową. Wielce prawdopodobnym jest, że w przyszłości, w postępowaniach na dostawy tego typu, zamawiający będą wymagać doświadczenia właśnie w zakresie takiej dostawy, którym będzie dysponował wyłącznie wykonawca, który wykona aktualne zamówienie. Ponadto, wykonawca, który dostarczy 10 lokomotyw objętych zamówieniem, będzie dysponował zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji dla tego rodzaju lokomotyw, co znacznie ułatwi mu uczestnictwo w postępowaniach oraz wykonanie podobnych rodzajowo zamówień w przyszłości.

3. Odwołujący wskazał, że gdyby teoretycznie przyjąć, że wykonawca PESA nie wyprodukuje, co najmniej 3 lokomotyw rezerwowych (wbrew deklaracjom prezesa zarządu PESA), które należy wliczyć w koszty wykonania zamówienia, to złożenie oferty przez PESA będzie sprzeczne z prawem powszechnie obowiązującym ze względu na zaoferowanie świadczenia niemożliwego do spełnienia. Dotrzymanie tak wysokich współczynników jest obiektywnie niemożliwe (wykazano w uzasadnieniu zarzutu nr 1), a z art. 387 § 1 kc wynika,

że zobowiązanie do świadczenia niemożliwego jest nieważne, co oznacza, że umowa zawarta z zamawiającym w tym zakresie obarczona byłaby wadą nieważności.

W związku z powyższym, odwołujący uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

II. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

- 1) o oddalenie w całości odwołania;
- 2) nieuwzględnianie wniosku o powołanie biegłego;
- 3) zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z obowiązującymi przepisami i przedłożoną na rozprawie fakturą VAT.

W uzasadnieniu pisma zamawiający podniósł, co następuje.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 Pzp przez brak wezwania wykonawcy PESA do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty zawierającej rażąco niską cenę, a następnie nieodrzczenia oferty PESA ze względu na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę, w ocenie zamawiającego winien zostać oddalony.

Zaoferowana przez PESA cena dostawy 10 lokomotyw 131 199 991,80 PLN brutto jest ceną realną, niebudzącą w ocenie zamawiającego podejrzania znamion „rażąco niskiej ceny” wymagających wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Sam fakt, że zaoferowana przez PESA cena dostawy lokomotyw jest niższa niż ceny proponowanej w ofercie odwołującego nie stanowi „automatycznej” podstawy do konieczności skorzystania przez zamawiającego z dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp. Oczywistym być powinno, że każdy z wykonawców, kalkulując cenę oferty, dokonuje stosownych wyliczeń w oparciu o własne założenia i własne zmienne. *Nie istnieje jeden uniwersalny wzorzec, do którego można przypisać koszty ponoszone przez wszystkich wykonawców w danym postępowaniu (wyrok KIO z 15.07.2013 r., sygn. akt KIO 1567/13).* Zamawiający dokonując badania i oceny ofert brał pod uwagę wszelkie okoliczności, a przeprowadzona analiza nie doprowadziła do ustalenia konieczności podjęcia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ustaleń, co do ceny zaoferowanej przez PESA.

W szczególności zamawiający wskazał, że dokonał szczegółowej analizy przyjętych rozwiązań technicznych jak i technologicznych lokomotyw proponowanych przez obu wykonawców, w tym, w kontekście cen oferowanych przez nich lokomotyw. Ponieważ zarówno oferta wykonawcy PESA jak i odwołującego w części technicznej zostały objęte tajemnicą przedsiębiorcy, zamawiający mogąc jedynie ogólnie odnieść się do tych rozwiązań, wskazał chociażby na zaoferowanie różnych rozwiązań technicznych przyjętych do budowy danych lokomotyw (str. 67, 68 oraz 87 i 88 oferty odwołującego; a str. 36, 91 i 93 oferty PESA). Chociażby już te różnice w oferowanych rozwiązaniach muszą powodować, że ceny oferowane przez obu wykonawców nie mogą być całkowicie zbliżone.

Nie jest również argumentem przemawiającym za koniecznością podjęcia procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, okoliczność, że w uprzednio prowadzonym przez zamawiającego analogicznym postępowaniu na dostawę lokomotyw wraz z ich utrzymaniem, oferowana przez wykonawcę PESA Bydgoszcz S.A. cena była wyższa od zaoferowanej w tym postępowaniu. Nie powinno budzić wątpliwości czy zdziwienia, że konkurujący ze sobą wykonawcy uwzględnili informację o wcześniej zaoferowanych przez siebie cenach, i w obecnym postępowaniu zaproponowali zamawiającemu bardziej konkurencyjne warunki. Takie zachowanie wykonawców, co do zasady, należy traktować przecież jako prawidłowy objaw konkurencji w ramach reguł wolnego rynku.

Zamawiający dokonał również odniesienia zaproponowanych przez wykonawców cen, w tym ceny PESA (za 10 lokomotyw: 106 666 660.00 zł netto), do szacowanej wartości zamówienia dostawy 10 lokomotyw, która wynosiła 134 400 000 zł netto i uznał, że nie budzi wątpliwości, aby cena dostawy zaoferowana przez PESA mogła zawierać znamiona „rażąco niskiej”, a tym samym aby zachodziła konieczność wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający uwzględnił, że w postępowaniu przetargowym mogą pojawić się oferty zawierające różne (niestandardowe) rozwiązania techniczne (np. lokomotywy wieloagregatowe) skutkujące wyższym kosztem dostawy lecz niższymi kosztami użytkowania.

Zamawiający dokonał analogicznej analizy - porównania z przyjętym oszacowaniem wartości zamówienia (netto 34 200 000 PLN netto) również w zakresie drugiego z kryteriów oceny ofert, tj. ceny brutto za usługi utrzymania. W tym zakresie cena zaoferowana przez PESA (34 080 000 PLN) również nie powodowała konieczności wdrożenia procedury wyjaśnień wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że wartości oszacowania przedmiotu zamówienia są zamieszczone w Uchwale Zarządu PKP Intercity S.A. Nr 920/2013 z dnia 31 października 2013 roku oraz wniosku kierowanym na Zarząd z dnia 30.10.2013 r., Nr BFZ4-074-WZ-396/2013 i znajdującą się w aktach sprawy.

Zamawiający wskazał orzecznictwo - w wyroku z dnia 27.09.2013 r., sygn. akt KIO 2181/13 KIO uznała: „1. *Brak jest podstawy do nałożenia na zamawiającego obowiązku przeprowadzania procedury wyjaśnień na okoliczność wystąpienia rażąco niskiej ceny w odniesieniu do każdej oferty z najniższą ceną. Ponadto, w świetle obowiązujących przepisów, obowiązek taki nie zachodzi każdorazowo w przypadku z góry określonej relacji arytmetycznej między ceną oferty a wartością zamówienia, czy cenami innych ofert, ale uwarunkowany jest wystąpieniem - w konkretnych okolicznościach - podejrzenia, że oferta zawiera rażąco niską cenę.* 2. *Składanie ofert z ceną niższą od wartości oszacowanej przez*

*zamawiającego jest w postępowaniach przetargowych zjawiskiem naturalnym, które nie może być automatycznie postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny.”*

Kolejny podniesiony na poparcie powyższego zarzutu argument, że na „*rażąco niską cenę dodatkowo wpływa wysokość zaoferowanego przez PESA współczynnika niezawodności i gotowości lokomotyw*” (str. 9 odwołania), w ocenie zamawiającego, jest zupełnie chybioną nadinterpretacją odwołującego, nieznajdującą żadnego oparcia w opisie przedmiotu zamówienia. Jak jasno wynika z SIWZ współczynnik niezawodności i gotowości stanowi odrębne od ceny kryterium oceny ofert (punkt XIV SIWZ).

Dalsze wywodzenie na podstawie zadeklarowanej wysokości współczynników, że „*PESA będzie musiała zapewnić podczas całego okresu utrzymania, co najmniej 3 lokomotywy rezerwowe, to do kosztów dostawy 10 lokomotyw podstawowych należy jeszcze doliczyć koszt wyprodukowania 3 lokomotyw rezerwowych*”, zamawiający uznał za zbyt daleko idące rozważania odwołującego.

W wyroku z dnia 15.07.2013 r., sygn. akt KIO 1567/13, Izba uznała: „*Opierając się o szacunkową wartość zamówienia zamawiający przecież indywidualnie do danego przypadku stwierdza czy powziął wątpliwości w zakresie zaistnienia rażąco niskiej ceny; nie istnieją ustalone granice, jakie zobowiązują zamawiającego do uznania, iż zaoferowana cena stanowi cenę rażąco niską, co więcej w zakresie każdego postępowania procentowa wartość odstępstwa danej oferty od oszacowanej przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia będzie inna, bowiem mają na nią wpływ m.in. terminy, w jakich zostały dokonane szacunki zarówno zamawiającego, jak i składającego ofertę, dana sytuacja rynkowa i inne.”*

Ustawodawca pozostawił decyzję o wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień zamawiającemu, który przy jej podejmowaniu kierować się powinien w szczególności zebraną w sprawie dokumentacją oraz znanym sobie poziomem cen rynkowych. Dopiero powzięcie przez zamawiającego wątpliwości, co do realnego poziomu zaoferowanej mu ceny, uzasadnia skorzystanie przez niego z procedury opisanej w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp (wyrok KIO z 15.07.2013 r., sygn. akt KIO 1575/13).

Zamawiający podkreślił, mając na uwadze wskazane wyżej orzecznictwo, że aby istniała konieczność wdrożenia procedury wyjaśniającej zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp nie jest wystarczającym, jak zda się przekonywać odwołujący, sam fakt, że zadeklarowana cena dostawy przez wybranego wykonawcę jest niższa niż odwołującego, czy też niższa od szacowanej wartości zamówienia, a konkretne okoliczności danej sprawy.

Dodatkowo zamawiający podkreślił, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp ma na celu ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący powołując się na właściwe orzecznictwo KIO i piśmiennictwo, sam stwierdza, że ceną rażąco niską jest cena niewiarygodna znacząco odbiegająca od cen na rynku, która wskazuje na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wykonania. *„Za cenę rażąco niską winna być przyjmowana cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będąca ceną rynkową, wyznaczaną poprzez ogólną sytuację gospodarczą praw popytu i podaży w danej branży, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie działających na tym rynku”* (wyrok KIO z dnia 11.07.2012 r., sygn. akt KIO 1377/12).

Mając na uwadze okoliczności postępowania, zamawiający wskazał, że w jego ocenie nie zachodzą przesłanki do obligatoryjnego wszczęcia przez zamawiającego procedury wyjaśnień ceny oferty zaoferowanej przez PESA.

Zamawiający dla porządku wskazał także, że to czy ustalenie, że oferta zawiera rażąco niską cenę wino odnosić się do całego przedmiotu zamówienia, a nie tylko jego części, nie jest wbrew twierdzeniom odwołującego, jednolicie w orzecznictwie oceniane. Odwołujący, uczestnicząc w poprzednio prowadzonym przez zamawiającego analogicznym postępowaniu posiada wiedzę, że Izba w wyroku z dnia 13.06.2013 r., sygn. akt KIO 1294/13, zważyła: *„Okoliczność, że zamawiający w formularzu ofertowym wymaga podania odrębnie cen na utrzymanie oraz na dostawę lokomotyw nie oznacza, że zamówienie jest podzielone na części, ponieważ podstawowym wyznacznikiem jednolitości zamówienia jest określenie przedmiotu w ogłoszeniu o zamówieniu i okoliczność nie podzielenia zamówienia na części (jedno wadium, jedna kwota podana przez zamawiającego na otwarciu ofert). W tych okolicznościach podanie kilku kwot w formularzu ofertowym ma jedynie znaczenie dla określenia świadczenia zamawiającego, czyli dla rozliczeń, a nie kwalifikacji co do przedmiotu zamówienia.”*

Podniesiony w konsekwencji powyższego, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, niezależnie od tego, że w tym stanie faktycznym jest zupełnie niezasadny, w ocenie zamawiającego jest również przedwczesny. Zarzut, co do obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy oferującego rażąco niską cenę, mógłby być rozważany dopiero po przeprowadzeniu procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i analizie jej wyników, która w tym stanie faktycznym, jak wyżej podniósł zamawiający, nie jest w ogóle konieczna.

Podobnie podniesiony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 14 Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, niezależnie od tego, że jest zupełnie gołosłowny i w żaden sposób choćby nie uprawdopodobniony, to również jest przedwczesny. Trudno w oparciu o twierdzenie odwołującego uznać i przesądzić, że cena dostawy 10 lokomotyw zaoferowana przez PESA jest nie tylko nierealna, ale też jej zaoferowanie miało na celu wyłącznie uniemożliwienie odwołującemu uzyskanie zamówienia i dostępu do rynku lokomotyw spalinowych. Zarzut powyższy hasłowo podniesiony również w stosunku do zaoferowanych współczynników gotowości i niezawodności, o których mowa szczegółowo niżej, również nie znajduje potwierdzenia.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 8 oraz art. 139 § 1 Pzp w zw. z art. 387 § 1 kc poprzez nieodrzućenie oferty PESA, która zawiera zobowiązanie do świadczenia niemożliwego, polegającego na zadeklarowaniu niemożliwych do zachowania współczynników gotowości i niezawodności, w ocenie zamawiającego nie znajduje uzasadnienia.

Zaoferowane przez PESA Bydgoszcz S.A. współczynniki gotowości i niezawodności lokomotyw są zgodne z wymogami SIWZ i brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do odrzucenia oferty wykonawcy, który zaoferował spełnienie kryterium oceny ofert na poziomie wymaganym warunkami przetargu, ale oferując bardziej korzystne współczynniki od odwołującego.

Zamawiający wskazał, że trudno też przyjąć za wiążącą i odnieść się szczegółowo do przeprowadzonej przez odwołującego hipotetycznej „analizy” liczby godzin czasu trwania czynności utrzymaniowych lokomotyw PESA w kontekście zaoferowanego współczynnika gotowości taboru. Oczywiście jest, że analiza ta jest porównywalna do „tzw. wrózenia z fusów”, albowiem odwołujący nie może obiektywnie przeprowadzić prawidłowych obliczeń nie znając podstawowych potrzebnych do tego informacji, jak np. znajomość szczegółowych danych technicznych, czy rodzajów części składowych, które będą użyte do budowy lokomotyw PESA. Abstrahując już od powyższego, przeprowadzone przez odwołującego wyliczenie godzinowe czynności utrzymania z uwzględnieniem wytycznych rozporządzenia z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych, jest też oczywiście zupełnie dowolne. Nie ulega żadnej wątpliwości, że nawet przyjmując liczbę godzin potrzebną do wykonania świadczenia usług utrzymania, np. „204 godziny” jak wskazuje odwołujący - oczywiście jest, że czas trwania tych czynności ulegnie odpowiedniej modyfikacji w przypadku chociażby zaangażowania do realizacji tych czynności większej liczby osób, czy też równoległego podjęcia wykonania poszczególnych z czynności

utrzymeniowych w oparciu o liczbę roboczogodzin. Już tylko z tych względów, w ocenie zamawiającego, fakt zaoferowania współczynników PESA na wysokim poziomie, nie oznacza ani zadeklarowania świadczenia niemożliwego do spełnienia ani tym bardziej „automatycznej” konieczności posiadania lokomotyw zastępczych przez czas trwania umowy.

Wobec zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorcy PESA w części dotyczącej oferty technicznej i zadeklarowanych współczynników, zamawiający jedynie ogólnie wskazał, że to wyłącznie po stronie wykonawcy będzie leżał przez cały okres trwania umowy ciężar dochowania zadeklarowanych współczynników, i wybór metody, którą to nastąpi. Przedmiot zamówienia opisany w SIWZ nie obejmuje w ogóle obowiązku dysponowania lokomotywami zastępczymi. Żądanie na obecnym etapie od PESA deklaracji w zakresie posiadanych pojazdów zastępczych, ich liczby czy też podstawy prawnej dysponowania, wykracza poza przedmiot zamówienia i jest nieuprawnione.

Z tych też względów przeprowadzona przez odwołującego analiza, co do minimalnej liczby lokomotyw zastępczych, którą musi legitymować się PESA, jako niezwiązana z przedmiotem zamówienia, w ocenie zamawiającego, winna pozostać poza zakresem wyrokowania Izby. Mając na uwadze powyższe, zamawiający wskazał na niecelowość, w jego ocenie, uwzględniania wniosku odwołującego o powołanie biegłego, co do ilości lokomotyw rezerwowych koniecznych do zapewnienia zachowania współczynników na poziomie zaoferowanym przez PESA. Powołanie przez Izbę biegłego, w okolicznościach sprawy, nie przyczyni się do ustalenia stanu faktycznego, wyłącznie dla którego taki wniosek Izba, stosownie do art. 190 ust. 4 Pzp, mogłaby uwzględnić.

Odnosząc się do stwierdzanego przez odwołującego ziszczenia się przesłanki z art. 387§ 1 kc, a tym samym potwierdzenia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 8 a także art. 139 § 1 Pzp, zamawiający wskazał, że zarzut jest zupełnie gołosłowny. Nie można uznać, że zawierana z PESA umowa w oparciu o złożoną przez wykonawcę ofertę, która jest zgodna zarówno z SIWZ jak i Pzp oraz innymi powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, obarczona jest wadą nieważności.

Na marginesie, zamawiający podkreślił też, że zawierając umowę w przedmiocie zamówienia, jego interes w sposób należy będzie zabezpieczony całym szeregiem środków zmierzających do wyegzekwowania od wykonawcy zadeklarowanych mu współczynników przy świadczeniu usług utrzymania lokomotyw. Zgodnie z warunkami umowy, w oparciu, o które wykonawca wybrany w przetargu, będzie zobowiązany



zawrzeć z zamawiającym umowę, w przypadku niedochowania któregokolwiek ze współczynników, zamawiający uprawniony będzie nie tylko do skorzystania z prawa do naliczenia wysokich kar umownych (§ 41 wzoru umowy), ale i w ostateczności odstąpienia od umowy (§ 12 wzoru umowy), czy też jej rozwiązania (§ 12 wzoru umowy).

Mając na uwadze powyższe, wobec zgodności oferty PESA z SIWZ i brakiem podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa prawnego, zgodnie w wnioskiem zawartym na wstępie pisma.

**III. Wykonawca - Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna - zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wobec zachowania ustawowych wymagań skutecznego przystąpienia, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwany w skrócie w dalszej części uzasadnienia „przystępującym”.**

W piśmie złożonym na rozprawie wniósł o: 1) oddalenie odwołania w całości; 2) przeprowadzenie dowodów z danych zamieszczonych w treści pisma oraz z załączonych dokumentów.

W uzasadnieniu pisma przystępujący wskazał m.in. następującą argumentację.

I. Brak interesu odwołującego stanowiącego warunek do wniesienia odwołania.

Przystępujący uznał uzasadnienie odwołującego, że jego interes we wniesieniu odwołania sprowadza się do możliwości uzyskania zamówienia i wyboru jego oferty, jako oferty najkorzystniejszej w przypadku, gdyby oferta przystępującego została odrzucona, ponieważ oferta odwołującego w takim przypadku miałaby być jedyną ważną ofertą złożoną na wykonanie zamówienia, za nieuzasadnione.

Wskazał, że zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp oraz orzecznictwem, legitymacja uprawniająca do korzystania ze środków ochrony prawnej, o której mowa w tym przepisie, stanowi materialno-prawną przesłankę zasadności odwołania i podlega ocenie na dzień jego wniesienia. Stwierdzenie braku legitymacji skutkuje koniecznością oddalenia odwołania, bez rozpatrywania zarzutów, niezależnie od ich merytorycznej treści i zasadności.

Uznał, że odwołujący nie spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ oferta odwołującego w części dotyczącej utrzymania (45 756 000,00 zł) przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację tej części zamówienia (kwota 42 066 000,00 zł). Wskazał, że odwołujący stwierdził, iż posiada możliwość wyprodukowania i dostarczenia pojazdów będących przedmiotem zamówienia, przemilczał jednak temat

możliwości świadczenia usług ich utrzymania za kwotę wyższą, niż przewidziana przez zamawiającego, co stanowiło również odrębny (samodzielny) przedmiot zamówienia.

W Rozdziale XIII SIWZ zawierającym opis sposobu obliczania ceny, zamawiający wskazał w ust. 6, że cena oferty będzie badana odrębnie za każde ze świadczeń. Oznacza to, że przekroczenie budżetu na jedno ze świadczeń, jeśli złożona oferta jest najkorzystniejsza, winno skutkować unieważnieniem postępowania, tak jak miało to miejsce w przypadku postępowania poprzedzającego postępowanie niniejsze. Mianowicie oferta odwołującego stanowiła jedyną ważną ofertę, jednak zaoferowana przez odwołującego cena przekraczała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Z tego też powodu zamawiający unieważnił poprzednie postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Przystępujący zacytował przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 (unieważnienie postępowania) oraz art. 2 pkt 1 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, przedstawiając pojęcie ceny oferty właściwe w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 20 lipca 2010 r., sygn. akt IV CA 429/10 w przedmiocie stosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Wskazał, że zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz, że w świetle art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający może uniknąć konieczności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, przez zwiększenie kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty.

Przystępujący stwierdził, że decyzja zamawiającego w kwestii zwiększenia środków przeznaczonych na realizację zamówienia ma charakter dyskrejonalny, wskazał w tym przedmiocie wyrok KIO z dnia 16 maja 2011 r., sygn. KIO 964/11.

Wskazał również inne orzeczenia Izby na potwierdzenie wyводу w przedmiocie braku legitymacji do wniesienia odwołania - wyroki: z dnia 13 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1154/11, z dnia 17 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1002/13 oraz z dnia 15 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1047/13.

II. Brak wezwania przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny, a możliwość zarzucania rażąco niskiej ceny.

Wskazując zarzut odwołującego - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 Pzp przez brak wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty zawierającej rażąco niską cenę, a następnie nieodrzućenie oferty przystępującego ze względu na rażąco niską cenę - stwierdził, że zarzut jest nie tylko niezasadny z uwagi na fakt, iż podanej przez

przystępującego ceny nie można uznać za cenę rażąco niską, lecz przede wszystkim dlatego, że jest on niedopuszczalny, gdyż zachowanie zamawiającego nie stanowi bezprawnego zaniechania w świetle przepisów ustawy Pzp.

Cytując przepis art. 90 ust. 1 Pzp wskazał, że zastosowanie procedury jest obligatoryjne jedynie wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwości, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Niewystąpienie przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień nie pozwala na odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podniósł, że w tym postępowaniu zamawiający nie zwrócił się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie wskazanej w ofercie ceny, zapewne z uwagi na fakt, że nie powziął w tej kwestii jakichkolwiek wątpliwości.

Przywołał poglądy orzecznictwa i doktryny podnosząc, że art. 90 ust. 1 Pzp stanowi uprawnienie zamawiającego. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08 wskazał, że: *„Zamawiający na etapie wstępnego badania ofert ocenia, czy w jego przekonaniu cena przedstawiona w ofercie nie ma charakteru ceny rażąco niskiej. W czasie tego wstępnego badania, w którym pod uwagę należy brać, co do zasady, całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje, czy składniki ceny zamawiający, który nabierze podejrzeń, co do zbyt niskiej proponowanej przez wykonawcę ceny, wszczynając procedurę wyjaśnienia, już od samego początku oceny proponowanych w ofertach cen widocznym jest, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest pojęciem subiektywnym, zależnym od indywidualnej oceny zamawiającego.”*

Mając powyższe na uwadze przystępujący wskazał, że powstaje kluczowa dla postępowania wątpliwość, czy na obecnym jego etapie dopuszczalne jest badanie przez KIO, czy zaoferowana przez przystępującego cena powinna była wzbudzić wątpliwości zamawiającego, bowiem wiąże się to z weryfikacją czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

Przystępujący podniósł, że w sytuacji uprzedniego dokonania wyboru oferty, bezpowrotnie minął już czas na złożenie przez wykonawcę wyjaśnień w kwestii zaoferowanej przez niego ceny. Gdyby przyjąć, że na obecnym etapie postępowania KIO posiada uprawnienie do weryfikowania zaoferowanej przez wykonawcę ceny, oznaczałoby to, że w związku z brakiem wezwania wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wykonawca (w tym przypadku przystępujący, którego udział w niniejszym postępowaniu nie jest obligatoryjny) pozbawiony zostaje możliwości wypowiedzenia się, co do powyższych kwestii, które gwarantują mu przepisy Pzp. Nie ulega wątpliwości, że jeśli zamawiający decyduje się na odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny, nie może tego uczynić bez wcześniejszego wezwania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień. Nie można jednocześnie wykluczyć sytuacji, w której

wykonawca nie przystąpiłby do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, a KIO wypowiadałoby się w przedmiocie zaoferowanej przez wykonawcę ceny, nie znając argumentów wykonawcy uzasadniających podanie jej w takiej, a nie innej wysokości.

Wskazał prezentowany orzecznictwie KIO pogląd, zgodnie z którym, stawianie przez odwołującego zarzutów w przedmiocie rażąco niskiej ceny jest co najmniej przedwczesne w sytuacji, gdy zamawiający nie wezwał na etapie postępowania przetargowego wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej przez niego ceny (m.in. wyroki: z dnia 9 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2844/12, z 15 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1354/10).

Uznał, że linia orzecznicza potwierdza stanowisko przystępującego o niedopuszczalności zarzucania zaoferowania rażąco niskiej ceny. Zarzut jest co najmniej przedwczesny, skoro nie wezwano przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Ustawodawca nie określił przesłanek, jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego ceny. Każdorazowo zamawiający rozważa, czy zachodzą podstawy do żądania wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (wyroki Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07 oraz z dnia 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10).

Wskazał, że zgodnie z obowiązującym stanem prawnym, zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (wyrok Izby z dnia 24 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 333/08). Przepis art. 90 ust. 1 ustawy stanowi, że cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia - czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać zamawiający, jednakże również ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, gdy na kalkulacje ofert mają wpływ, zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku, ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców w danych warunkach rynkowych. Pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, natomiast ustawa nie określa procentowego poziomu, na podstawie, którego można uznać automatycznie, kiedy zaoferowano rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05, wyroki KIO: z dnia 2 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1526/11, z 10 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2813/11).

Przystępujący wskazał, że wprowadzenie procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, przypadek rażąco niskiej ceny, stanowi dopiero propozycję legislacyjną Prezesa UZP.

Przywołał fragment wyroku Izby z dnia 29 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1089/13 oraz wyrok KIO/UZP 1492/08, w którym Izba orzekła, że *„dla uznana, iż cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za ofertowaną cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.”*

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy, przystępujący wskazał, że skoro - jak podnosi sam odwołujący - cena zaproponowana przez przystępującego jest niższa jedynie o 20% od ceny przez niego zaproponowanej, to jest to jedynie wynik zgodnej z prawem gry rynkowej i rzeczywistego konkurowania podmiotu krajowego, prowadzącego konsekwentną politykę cenową z podmiotem, który oferuje swoje wyroby w cenach ustalanych według standardów przyjętych przez podmioty zagraniczne, których wyroby są z reguły droższe.

W rozpoznawanej sprawie budżet ogłoszony po otwarciu ofert wynosił 165 312 000 zł na zakup lokomotyw, co oznacza, że złożona przez przystępującego oferta cenowa jest niższa o ok. 20 % od kwoty oszacowanej przez zamawiającego, nie może być, zatem mowy o jakiegokolwiek rażącej dysproporcji.

Na marginesie, tytułem przykładu przystępujący zauważył, że w przetargu dotyczącym zamówienia na dostawę 20 elektrycznych zespołów trakcyjnych (*„dostarczenie fabrycznie nowych, jednego typu 20 elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania; nr postępowania nadany przez zamawiającego (nr referencyjny): BFZ4-073-PU-36/2012”*) budżet przeznaczony przez tego samego zamawiającego wynosił ok. 2,1 mld zł. Pomimo, że odwołujący we wskazanym postępowaniu zaoferował cenę ok. 1,1 mld zł za dostawę i 0,46 mld zł za utrzymanie, a zatem łączną cenę niższą o ponad 30%, cena ta również nie wzbudziła wątpliwości zamawiającego.

W przywołanym przez przystępującego wyroku z dnia 17 września 2011 r., sygn. akt KIO 1665/11, Izba wskazała, że cena może być uznana za rażąco niską, jeżeli jest oderwana od realiów rynkowych. W wyroku tym stwierdzono również, że *„możemy mówić o wystąpieniu takiej sytuacji, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. (...) Nie jest wystarczającym do uznania ceny za rażąco niską fakt, że cena może bardzo znacząco różnić się od wartości zamówienia, a nawet od cen pozostałych ofert, złożonych w postępowaniu. Musi to być cena, nie tyle obiektywnie niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a na to żadnego dowodu odwołujący nie przedstawił.”*

Przystępujący wskazał, że ceny lokomotyw na rynku europejskim są bardzo zróżnicowane, w związku z czym, nie można podać „rynkowej” ceny lokomotywy i odnosić ceny zaoferowanej przez przystępującego do konkretnej „wartości rynkowej”. Przedstawił zestawienie, obejmujące transakcje dokonane w Europie w ostatnich latach (kwoty w milionach złotych):

- 1) 08.11.2013 r. Dragon, prod. NEWAG - Lotos Kolej, lok. 6-osiowa, cena 13,00;
- 2) 06.04.2005 r. TraxxP160DCP, prod. Bombardier-Trenitalia, lok. 4-osiowa, cena 10,25;
- 3) 01.03.2007 r. TraxxP160DCP, prod. Bombardier-Trenitalia, lok. 4-osiowa, cena 9,73;
- 4) 19.10.2009 r. TraxxP160DCP, prod. Bombardier-Trenitalia, lok. 4-osiowa, cena 10,84;
- 5) 14.04.2010 r. TRAXXP160DC, prod. Bombardier-KM, lok. 4-osiowa, cena 12,46;
- 6) 05.02.2014 r. TRAXX, prod. Bombardier (oferta NEWAG)-KM, lok. 4-osiowa, cena 16,46;
- 7) 05.02.2014 r. GAMA 111E, prod. PESA-KM, lok 4-osiowa, cena 12,60.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, przystępujący wskazał, że jej stan a w szczególności treść złożonej przez przystępującego oferty (uznanego na rynku krajowym, o ugruntowanej pozycji, a także wiarygodnego producenta taboru kolejowego) nie wzbudziła - i nie ma podstaw do przyjęcia, że budzić powinna - jakichkolwiek wątpliwości, co do zaoferowanej przez przystępującego ceny za dostawę i utrzymanie 10 lokomotyw.

Uznał, że niewezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny nie stanowi, bezprawnego zaniechania zamawiającego, a tylko od takiego zachowania oraz bezprawnych czynności przysługują wykonawcom środki ochrony prawnej.

### III. Zarzut rażąco niskiej ceny za dostawę 10 lokomotyw.

Cytując stanowisko odwołującego - „zamawiający powinien był odrzucić ofertę przystępującego, jako zawierającą rażąco niską cenę” oraz „w przypadku, gdy przedmiot zamówienia składa się z dwóch odrębnych świadczeń, za które w formularzu ofertowym przewidziano odrębne ceny stanowiące odrębne kryteria oceny ofert, przesłankę zaistnienia rażąco niskiej/nierealnej ceny należy badać odrębnie w stosunku do każdego ze świadczeń umownych odrębnie”, przystępujący wskazał, że odwołujący zarzucił, że wyłącznie zaoferowana przez przystępującego cena za dostawę 10 lokomotyw, jest w ocenie odwołującego rażąco niska. Natomiast odwołujący nie kwestionował ceny zaoferowanej przez przystępującego za świadczenie usług utrzymania.

Przystępujący wskazał, że zgodnie z art. 190 Pzp Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu (wyrok KIO z dnia 29 marca 2012 r., sygn. akt KIO 524/12). Zatem, Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako okoliczności faktycznych, które

podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt XII Ga 92/12).

Przystępujący podniósł, że pomimo wątpliwości, czy zasadnym i dopuszczalnym jest poddawanie na obecnym etapie pod osąd Izby kwestii, czy w sprawie zamawiający powinien był wystąpić do przystępującego o złożenie wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, skoro prowadzi to poniekąd do badania wskazanej przez przystępującego ceny (co hipotetycznie mogłoby nastąpić bez zapoznania się z argumentami wykonawcy, skoro do ich złożenia nie został wezwany w postępowaniu przetargowym), z ostrożności procesowej przystępujący wskazał również, że zaoferowana przez niego cena za dostawę 10 lokomotyw nie stanowi ceny rażąco niskiej. Jednocześnie z uwagi na fakt niekwestionowania przez odwołującego ceny zaoferowanej przez przystępującego za świadczenie usług utrzymania, przystępujący ograniczył swoją argumentację wyłącznie do kwestii ceny zaoferowanej za dostawę 10 lokomotyw.

Wskazał wyrok Izby z dnia 30 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1483/10, w którym orzeczono, że nie jest wystarczający do uznania za rażąco niską cenę fakt, iż cena bardzo znacząco, a nawet drastycznie, różni się od wartości zamówienia oraz od cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu lub jest symboliczna. W ocenie KIO musi to być, zatem cena nie tyle obiektywnie bardzo niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie przystępującego zarzut postawiony przez odwołującego jest bezzasadny także z uwagi na następujące okoliczności. Dla stwierdzenia, czy cena lokomotyw zaoferowana przez przystępującego jest rażąco niska, należy porównać ją z przedmiotem zamówienia. Punktem odniesienia jest więc wartość szacunkowa, a nie cena zaoferowana przez odwołującego. Istotne jest, że na rynku dostaw pojazdów szynowych w ostatnich latach nie były realizowane podobne zamówienia publiczne (dostawa lokomotyw spalinowych). Jedyną podobną transakcją w ostatnich latach w Polsce to dostawa lokomotyw spalinowych TRAXX wyprodukowanych przez Bombardier dla Lotos Kolej (realizowana poza procedurami ustawy Pzp). Według informacji zamieszczonych na stronie internetowej [www.lotos.pl](http://www.lotos.pl) wartość kontraktu opiewała na kwotę 18,6 mln euro (ok. 12 mln zł za lokomotywę). Można więc przyjąć, że szacując wartość zamówienia PKP IC sugerowała się ceną zaproponowaną przez Bombardier. Należy jednak wskazać, że ceny oferowane przez Bombardier w przetargach na dostawę taboru są średnio o 25 % wyższe od cen oferowanych przez przystępującego, co wynika z poniższych przykładów: a) dostawa składów push-pull dla Kolei Mazowieckich: PESA 3 mln euro/lokomotywę, NEWAG (powierzający wykonanie zamówienia w części dotyczącej dostawy lokomotyw do Bombardiera): 3,918 mln

euro/lokomotywę. Oferta PESA była tańsza o ok. 23%, b) dostawa 36 tramwajów dla MPK Kraków: PESA - 358 225 000 zł, NEWAG (Bombardier) 436 158 000 zł - oferta PESA była tańsza o ok. 18%, c) dostawa 11 EZT dla PKP Przewozy Regionalne (2005 r): PESA 140 250 mln zł, Bombardier 223 839 mln zł - oferta PESA była tańsza o ok. 37 %.

W związku z powyższym, różnica między ofertą PESA a wartością szacunkową zamówienia (PESA tańsza ok. 20 % od wartości szacunkowej), nie powinna budzić wątpliwości.

Ponadto, cena lokomotywy GAMA zaoferowanej w przedmiotowym przetargu jest porównywalna do cen oferowanych na rynku europejskim (informacja prasowa dot. lokomotyw produkcji Bombardier dla Trenitalia - cena 1 lokomotywy to 2,56 mln euro, co równa się 10 830 000 zł według kursu średniego NBP z dnia 17 marca 2014 r.).

Przystępujący wskazał też, że zamawiający wyraźnie rozdzielił przedmiot zamówienia na dwa świadczenia. W SIWZ opisano także (Rozdział XIII punkt 6), że cena za każde ze świadczeń częściowych winna obejmować całkowite koszty wykonania przedmiotu zamówienia oraz, że cena oferty badana będzie odrębnie za każde ze świadczeń. Zatem wliczenie kosztu zapewnienia ewentualnych lokomotyw zastępczych do ceny dostawy lokomotyw byłoby niezgodne z treścią SIWZ. Nie można, zatem podzielić argumentacji odwołującego, że zamawiający winien wszcząć postępowanie wyjaśniające z uwagi na fakt, że w cenie dostawy lokomotyw wykonawca nie zawarł kosztów zapewnienia lokomotyw zastępczych.

Przystępujący dodatkowo podkreślił, że nie jest zgodne z prawdą stwierdzenie odwołującego na stronie 6 odwołania, iż prezes zarządu PESA „oświadczył, że PESA zamierza wyprodukować lokomotywy rezerwowe”. Wskazano jedynie, że przystępujący „dostarczy równoważny tabor zastępczy”, co oznacza jego udostępnienie zamawiającemu, a nie wyprodukowanie.

Zważywszy, że KIO nie może orzekać poza zarzutami odwołania, a odwołujący zarzucił wyłącznie cenę rażąco niską w zakresie dostawy, badanie ceny utrzymania wykracza poza zakres niniejszego postępowania wyznaczony wniesionym odwołaniem.

Kolejnym kryterium, według odwołującego, badanym przy analizie problematyki rażąco niskiej ceny jest relacja, w jakiej pozostają w stosunku do siebie nawzajem zaoferowane w przetargu ceny. Jak wskazuje jednak przystępujący w części II niniejszego pisma, cenę rażąco niską należy odnosić do przedmiotu zamówienia, a nie do cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Z ostrożności jednak przystępujący podnosi, że nawet gdyby porównać cenę zaoferowaną przez niego z ceną zaoferowaną przez odwołującego, porównanie takie z uwagi na najprawdopodobniej istotne różnice w zastosowanych rozwiązaniach technicznych



w lokomotywach tych producentów) prowadzi do wniosku, że cena lokomotywy zaoferowanej przez przystępującego jest adekwatna do oferowanego produktu. Tytułem przykładu przystępujący wskazał, że porównanie takie byłoby niemożliwe w przypadku, gdyby wykonawcy zaoferowali lokomotywy oparte na rozwiązaniach jednosilnikowych i wielosilnikowych. Lokomotywy wielosilnikowe są droższe od lokomotyw jednosilnikowych, zarówno w przypadku dostawy, jak i modernizacji. Z uwagi na brak danych dotyczących cen dostaw lokomotyw spalinowych, przystępujący wskazał, że ceny modernizacji lokomotyw spalinowych wykonywanych przez odwołującego istotnie różnią się w zależności od ilości silników. W postępowaniu przetargowym prowadzonym przez PKP Intercity, którego przedmiotem była modernizacja lokomotyw SM42, odwołujący zaoferował cenę 3 350 000 zł za modernizację lokomotywy dwuagregatowej, oferując jednocześnie za lokomotywę jednoagregatową cenę 2 890 000 zł (różnica w cenie 13,7 %). Natomiast w prospekcie emisyjnym Newag S.A. cena za lokomotywę jednoagregatową dla Pol-Miedź-Trans wynosi 2 781 181 zł (cena niższa od ceny modernizacji lokomotywy wieloagregatowej dla PKP Intercity o 18,9 %). Powyższe wskazuje, że różnice w zastosowanych rozwiązaniach technicznych mogą mieć ogromny wpływ na cenę pojazdu, nawet w przypadku cen oferowanych przez ten sam podmiot. Różnice w cenach będą tym większe, im więcej silników będzie zastosowanych w danym pojeździe, ponieważ silnik jest jednym z najdroższych komponentów w lokomotywie spalinowej.

Lokomotywa zbudowana przez przystępującego ma być w swych założeniach również tanią lokomotywą, konkurencyjną w stosunku do modernizacji. Celem zaprojektowania takiej lokomotywy ma być również uniknięcie planów sprowadzania na polski rynek wysłużonych, używanych spalinowych oraz liniowych lokomotyw towarowych z zagranicy.

Jeżeli zatem, zamawiający do szacowania wartości zamówienia, a odwołujący do porównania cen, przyjąłby cenę lokomotywy wielosilnikowej, naturalne jest, że oferta dostawy lokomotywy jednosilnikowej będzie znacznie odbiegać od tych wartości. Różnica w cenach lokomotyw jednoagregatowych i wieloagregatowych jest widoczna i stosowana również przez NEWAG w przypadku modernizacji (modernizacje lokomotyw dla PKP IC i PolMiedźTrans).

Samo zatem, porównanie cen zaoferowanych przez PESA i NEWAG nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia (a nawet do powzięcia wątpliwości), że cena PESA jest ceną rażąco niską. Zwrócił uwagę na wyrok sygn. akt KIO 1767/13, w którym Izba wskazała, że *„dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do stwierdzenia, że cena najniższa podana przez jednego z nich -jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego*

*podmiotu, których porównawcze oszacowane jest trudne, bo każda z firm może przyjąć inne metody kalkulacyjne, a w szczególności inny poziom zysku, którego górna wysokość w żaden inny sposób nie jest limitowana, jak tylko prawami popytu i podaży i konkurencją w danej branży, dosyć ograniczoną, z uwagi na specyfikę zamówienia.*

*W konsekwencji, to co dla jednego wykonawcy, stanowi cenę rażąco niską, nie pozwalającą na prawidłową realizację umowy, nie musi być ceną poniżej kosztów świadczenia usługi dla innego wykonawcy. Oznacza to również, iż z uwagi na indywidualne uwarunkowania każdego z podmiotów (w tym posiadane doświadczenie, urzędnienia, sposób zarządzania przedsiębiorstwem, ilość świadczonych jednocześnie usług - skali działalności], wykonanie zamówienia za taką samą cenę nie będzie możliwe dla każdego wykonawcy."*

Końcowo przystępujący wskazał, że powoływanie się przez odwołującego na różnicę w cenach zaoferowanych przez przystępującego w ofercie będącej przedmiotem niniejszej sprawy i w ofercie złożonej poprzednio jest nietrafne, ponieważ zamawiający zmodyfikował w stosunku do poprzedniego postępowania przetargowego warunki zamówienia.

Podsumowując, zdaniem przystępującego, zaoferowana przez niego cena za dostawę 10 lokomotyw nie stanowi ceny rażąco niskiej, co uzasadnia brak zaistnienia po stronie zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości, w tym zakresie a tym samym czyni zarzut naruszenia przez zamawiającego art 90 ust. 1 Pzp za bezzasadny.

IV. Brak podstaw do odrzucenia oferty, jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zarzucił, że zamawiający naruszył ponadto art. 7 ust. 1, art. 14 Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Na wstępie przystępujący podniósł, w jego ocenie, kwestię oczywistą, jakkolwiek mającą fundamentalne znaczenie w postępowaniu przetargowym. Wskazał, że celem każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu przetargowym jest uzyskanie zamówienia, a zatem wybór przez zamawiającego jego oferty, jako najkorzystniejszej w celu uzyskania zamówienia publicznego. Zacytował wyrok Zespół Arbitrów z dnia 23 marca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-496/0 - *„istotą zamówień publicznych jest konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia. Takie zachowanie wykonawców nie jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu generalnej klauzuli określającej czyn nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji."*

Przystępujący wskazał przepisy art. 15 ust. 1 pkt 5 oraz ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stwierdził w pierwszej kolejności, że art. 15 uznk dotyczy „utrudniania dostępu do rynku”. Hipotezą tej normy objęte są jedynie przypadki, w których dane zachowanie (w omawianym przypadku złożenie oferty) jest zdolne „utrudnić dostęp” innym podmiotów do rynku. Złożenie oferty musiałoby stanowić istotną przeszkodę dla swobody prowadzenia działalności gospodarczej, aby mogło być kwalifikowane, jako wypełnienie znamion deliktu antykonkurencyjnego.

W tym kontekście zauważył, że odwołujący nie wykazał, z jakich powodów złożenie przez przystępującego oferty w analizowanym kształcie miałyby być ukierunkowane wyłącznie na uniemożliwienie odwołującemu uzyskania zamówienia oraz dostępu do rynku nowych spalinowych lokomotyw pasażerskich na terenie Polski. Zarzut uniemożliwienia dostępu do rynku byłby tym bardziej nietrafiony, że na rynku lokomotyw w Polsce, to odwołujący jest liderem (realizuje dwa kontrakty: dostawa 5 lokomotyw elektrycznych Dragon dla Lotos Kolej i dostawa 4 lokomotyw elektrycznych Dragon dla STK), a nie PESA (nie realizuje żadnego kontraktu), czego dowodzi wyciąg z prospektu emisyjnego odwołującego (załącznik nr 3 do pisma).

Przystępujący podniósł, że pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie uzyskało definicji legalnej w przepisach Pzp i w piśmiennictwie oraz judykaturze wskazano, że stanowi ją cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów (wyrok KIO z dnia 9 września 2011 r., sygn. akt KIO 1836/11). Do czynników branych pod uwagę przy ocenie spełnienia przesłanki są również wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych, jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej zamawiającego (wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1443 /08).

Jednocześnie wskazał, że obowiązujące przepisy Pzp stanowią transpozycję do polskiego systemu prawnego przepisów ustawodawstwa Unii Europejskiej, w tym m.in. art. 55 Dyrektywy z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy oraz usługi 2004/18/WE (Dz. U. UE z 30 kwietnia 2004 r. L 134/114) oraz że wynikają one z zasad wypracowanych przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zgodnie z orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo), niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego

kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, np. tańszych o więcej niż 10 % od średniej ceny wszystkich złożonych ofert. W związku z tym, z uwagi na zróżnicowany charakter poszczególnych zamówień oraz istotę uwarunkowań organizacyjnych, gospodarczych i ekonomicznych związanych z realizacją świadczeń w ramach zamówień publicznych kwestię rażąco niskiej ceny należy analizować w aspekcie konkretnego zamówienia, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności mających realny wpływ na proces sporządzania oferty.

W konsekwencji wskazał, że należy przyjąć, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego władny jest kształtować cenę w ofercie na podstawie indywidualnej kalkulacji. Jedynym obostrzeniem w tym zakresie jest zakaz kształtowania cen poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia. W myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp rażąco niska cena jest podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy. Niemniej jednak, poza tym przypadkiem wykonawca może według własnego uznania kształtować cenę w ofercie, bowiem nie jest w sposób oczywisty związany maksymalną wartością ceny za dostawę bądź usługę. Dowolność w określaniu ceny zamówienia może jednak rodzić negatywne konsekwencje z punktu widzenia możliwości uzyskania udzielenia zamówienia. Zaproponowana przez wykonawcę cena, która będzie przewyższać wartość dostawy bądź usługi zaoferowanej przez innych wykonawców będzie się najprawdopodobniej wiązać z przegraniem postępowania i wyborem oferty zawierającej niższą cenę (w zależności od przyjętych kryteriów oceny ofert i ich wagi).

Wskazał, że wykładnia językowa art. 90 ust. 3 Pzp stanowi podstawę do sformułowania wniosku, wedle którego odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny możliwe jest dopiero w razie potwierdzenia wypełnienia przez zaoferowaną cenę znamion rażąco niskiej. Innymi słowy, dla zastosowania przez zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp konieczne jest uzyskanie przez zamawiającego pozytywnej wiedzy - potwierdzenia w drodze oceny wyjaśnień i dokumentów, że wynagrodzenie zaoferowane przez wykonawcę jest rażąco niskie, przy czym chodzi tu o wyjaśnienia wykonawcy, a nie argumentację jego konkurenta w postępowaniu.

Zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp jest bezzasadny. Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Bezzasadny jest jednak przede wszystkim zarzut złożenia przez przystępującego oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż oferta PESA zawiera rzetelnie obliczoną cenę za dostawę 10 lokomotyw.

Należy w szczególności wskazać, że za czyn nieuczciwej konkurencji można uznać sprzedaż towarów lub usług poniżej poniesionych kosztów własnych. Tymczasem cena lokomotyw zaoferowana przez przystępującego uwzględnia wszystkie koszty wykonania zamówienia. Złożenie oferty z taką ceną miało na celu pozyskanie zamówienia przez przystępującego w sposób zgodny z ustawą Pzp, nie zaś eliminację odwołującego z rynku. Cena lokomotyw została obliczona przez PESA w sposób prawidłowy, co w razie potrzeby odwołujący może wykazać zamawiającemu odpowiednią kalkulacją wraz z dokumentami potwierdzającymi zawarte w niej dane.

Komponenty potrzebne do realizacji przedmiotowego zamówienia zostały zamówione wcześniej, co pozwoliło na precyzyjne określenie kosztów i obniżenie przez przystępującego ceny w stosunku do zaoferowanej w poprzednim postępowaniu. Zaoferowanie niższej niż konkurencja ceny wiązało się również z faktem, że zamówienie realizowane będzie w produkcji seryjnej. Jak wskazuje orzecznictwo KIO, jeśli wykonawca dokonuje kalkulacji ceny z uwzględnieniem realnych kosztów, czyli możliwości wykonania zamówienia za ceny podane, a nie tylko pod kątem wygrania przetargu, to nie można mówić o nieuczciwej konkurencji wobec pozostałych wykonawców (wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 267/13).

Dodatkowo przystępujący również podniósł, że ciężar udowodnienia, iż złożenie oferty o określonej treści stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, spoczywa na podmiocie, który z faktu tego wywodzi skutki prawne, a zatem w niniejszej sprawie na odwołującym. Odrzucenie oferty z powodu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji poparte musi być wiarygodnymi dowodami, a nie przypuszczeniami czy spekulacjami. Przedstawiona przez odwołującego argumentacja w powyższym zakresie jest tak nikła, że trudno z nią nawet polemizować.

Odnosząc się do zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przystępujący wskazał, że dla oceny czy taki czyn miał faktycznie miejsce, porównywać należy wyłącznie koszty ponoszone przez wykonawcę i ceny jego oferty (inaczej niż to ma miejsce w przypadku ceny rażąco niskiej - przy jej badaniu porównuje się stosunek ceny do wartości przedmiotu zamówienia) - zaoferowanie ceny wyższej lub równej kosztom wytworzenia nie będzie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. Ceny oferowane przez konkurentów czy też ceny przeciętne na rynku nie mają w tym zakresie żadnego znaczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, przystępujący uznał, że postawiony przez odwołującego zarzut należy uznać za niezasadny.

V. Brak możliwości uznania oferty za zobowiązanie do świadczenia niemożliwego.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty przystępującego jako oferty niezgodnej z ustawą oraz nieważnej w związku z treścią art. 387 § 2 Kodeksu cywilnego, stosowanego do umów w sprawach zamówień publicznych na mocy art. 139 ust. 1 Pzp. W opinii odwołującego, która zdaniem przystępującego jest błędna i nieuzasadniona, wybrana w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta zawiera zobowiązanie do świadczenia niemożliwego, polegającego na zadeklarowaniu niemożliwych do zachowania współczynników gotowości i niezawodności. Umowa o świadczenie niemożliwe jest zgodnie z art. 387 § 1 Kc nieważna.

Odnosząc zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp wskazał, że jest on nieuzasadniony, gdyż w przepisie tym mowa jest wyłącznie o ofercie niezgodnej z ustawą, tj. Pzp.

Ponadto, Sąd Najwyższy stwierdził w wyroku z dnia 12 sierpnia 2008 r., sygn. akt IV CSK 81/09: niemożliwość świadczenia, powodująca według art. 387 § 1 Kc nieważność umowy, musi zachodzić w chwili jej zawarcia (tzw. niemożliwość pierwotna), musi to być niemożliwość istniejąca obiektywnie i mieć charakter trwały. W orzecznictwie podkreśla się również, że art. 387 Kc odnosi się do uprzedniej i obiektywnej niemożności świadczenia wynikłej zarówno z przyczyn faktycznych, jak i prawnych (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 stycznia 2005 r., sygn. akt I ACa 1313/2004). Z kolei w wyroku z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt II CSK 611/08, Sąd Najwyższy wskazał, że musi to być niemożliwość obiektywna, która polega na tym, że nie tylko konkretny dłużnik, ale również żadna inna osoba nie może spełnić świadczenia.

Mając na uwadze powyższe kryteria KIO w wyroku z dnia 26 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1497/12 stwierdziła, że: *„W ocenie Izby argumentacja odwołującego się oraz przedłożone dowody wskazywały na niemożność świadczenia wyłącznie po stronie odwołującego się. Odwołujący się w żaden sposób nie wykazał, że wymagany przez zamawiającego termin realizacji zamówienia jest niemożliwy dla każdego innego podmiotu. Niemożność świadczenia przez jeden podmiot nie jest niemożliwością obiektywną, o której stanowi art. 387 § 1 K.c, a zatem Izba zarzut taki nie może się ostać.”*

Przystępujący podniósł, że również w niniejszej sprawie należy wskazać, iż niemożność zachowania współczynników gotowości i niezawodności określonych przez przystępującego nie jest niemożliwością obiektywną, a przystępujący określił powyższe współczynniki na wskazanym w ofercie poziomie na podstawie rzetelnych i racjonalnych kalkulacji.

Analiza treści odwołania pozwala skonstatować, że zarzut postawiony przez odwołującego w powyższym zakresie opiera się na założeniu, iż zaoferowanie produktu o większej niezawodności, niż wskazuje znany mu stan techniki jest niemożliwe, przy czym odwołujący w odniesieniu do niniejszej kwestii nie posługuje się żadnymi konkretnymi argumentami.

W wyroku z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2919/13 Izba orzekła, że *„Przepis art. 387 k.c. dotyczy wyłącznie przypadków niemożliwości obiektywnej (lub przedmiotowej). Stan ten cechuje obiektywna niewykonalność świadczenia przez kogokolwiek, uzasadniona ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki (por.: A. Olejniczak (w:) A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III - Zobowiązania. Część ogólna, LEX 2010).” (...)* Konfiguracja tramwaju została dostosowana do wymagań zamawiającego, jest ona nowatorskim rozwiązaniem, które dotychczas nie zostało zaoferowana żadnemu innemu klientowi. Innowacyjność rozwiązań nie może świadczyć o obiektywnej niemożliwości świadczenia. Odwołujący zdaje się mylić niemożliwość obiektywną z subiektywną, a więc taką która dotyczy samego odwołującego.”

Odnosząc się do złożonej oferty, przystępujący stanowczo wskazał, że nie można mówić o zaoferowaniu świadczenia niemożliwego do spełnienia, ponieważ wiele spalinowych pojazdów szynowych produkcji PESA (utrzymywanych również przez PESA) osiąga wysokie współczynniki niezawodności i gotowości.

Jednocześnie zauważył, że zamawiający nie wprowadził w SIWZ limitacji współczynników, a zatem w świetle postanowień SIWZ dopuszczone było zaoferowanie współczynników o wartościach przekraczających minimalne. W SIWZ nie przewidziano również jakiegokolwiek formy dowodowej na okoliczność sposobu dokonania przez wykonawców obliczeń tych współczynników.

Twierdzenia o zaoferowaniu przez przystępującego świadczenia niemożliwego odwołujący opiera na zestawieniu wartości zadeklarowanych przez PESA współczynników z *„wartościami oferowanymi przez wykonawców w innych postępowaniach na dostawę lokomotyw spalinowych”*, jednakże nie przedstawia przy tym żadnych konkretnych danych. Niewskazanie przez odwołującego danych porównawczych wynika z prostej przyczyny. Mianowicie w ostatnich latach w Europie nie były prowadzone postępowania na dostawę lokomotyw spalinowych realizowanych w trybie zamówień publicznych, w których wymagane byłoby zachowanie określonych współczynników niezawodności i gotowości, a dane o tych współczynnikach z eksploatacji pojazdów są tajemnicą przedsiębiorstwa producentów pojazdów.

Dywagacje odwołującego w powyższym zakresie są zatem, niewiarygodne, gdyż nie odnoszą się do danych z konkretnych stanów faktycznych, stanowią jedynie przypuszczenia i hipotezy odwołującego.

Przystępujący wskazał, że wysokość współczynników niezawodności i gotowości ustalił na bazie danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Ujawnienie tych danych, w szczególności wobec podmiotu konkurencyjnego, jakim jest odwołujący, narażałoby przystępującego na poniesienie poważnej szkody. W związku z powyższym, przystępujący poprzestał na stwierdzeniu, że wysokość zaoferowanych współczynników wynika z dokonanych przez niego obliczeń i analiz, popartych wieloletnim doświadczeniem w produkcji i utrzymaniu pojazdów szynowych. Przewidywana przez przystępującego wysokość współczynników jest w każdym roku świadczenia usług utrzymania, co najmniej równa wysokości zadeklarowanych współczynników. Nie ma zatem, powodów aby uznać, że podane przez przystępującego współczynniki będą niemożliwe do dotrzymania.

Z uwagi na objęcie dalszych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa przystępującego, pozostała szczegółowa argumentacja dotycząca zaoferowanych współczynników, przedstawiona została w odrębnym piśmie.

Powyższe okoliczności stanowią podstawę do uznania, że zarzut odwołującego jakoby oferta złożona przez przystępującego powinna zostać odrzucona z powodu zaoferowania świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 § 1 Kc, jest całkowicie nieuzasadniony.

VI. Bezpodstawność wniosku o powołanie biegłego.

Zdaniem odwołującego, PESA aby zachować współczynnik gotowości na poziomie 98,8% oraz współczynnik niezawodności na poziomie 99,5%, musiałaby wyprodukować co najmniej trzy dodatkowe lokomotywy. Jednocześnie na wypadek kwestionowania przez zamawiającego oraz przystępującego oszacowanej ilości dodatkowych lokomotyw rezerwowych niezbędnych do zachowania współczynników za poziomie zadeklarowanym przez PESA w ofercie, odwołujący wniósł o powołanie biegłego na powyższą okoliczność.

Odwołujący dokonał wskazanej kalkulacji celem wykazania, że cena zaoferowana przez przystępującego jest rażąco niska, a to z powodu niedoliczenia przez przystępującego kosztów wyprodukowania 3 lokomotyw rezerwowych do ceny zaoferowanej za dostawę lokomotyw. Zważywszy jednak na niedopuszczalność takiego zabiegu z uwagi na treść SIWZ, co wskazano powyżej, powoływanie biegłego na okoliczność niemającą dla postępowania znaczenia, należy uznać za zbędne.

Ponadto jak wykazywano powyżej, rozpoznanie tej sprawy może dotyczyć jedynie co najwyżej zasadności dokonania wezwania do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1



Pzp. Wykazanie, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia mogłoby zostać dokonane ewentualnie na kolejnym etapie postępowania.

Niezależnie od powyższej konstatacji przystępujący podniósł, że obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi się skutki prawne, spoczywa na stronach postępowania, co wynika z treści art. 190 ust. 1 Pzp, zatem w rozpatrywanej sprawie taki obowiązek spoczywa na odwołującym. KIO w wyroku z dnia 21 kwietnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 434/09 zauważyła, że *„Zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu ciężar udowodnienia faktu, że oferowane przez Odwołującego elektryczne zespoły trakcyjne (ETZ) oparte na konstrukcji wózków oddzielnych są produktami, które można uznać za równoważne, tj. co najmniej porównywalne lub lepsze od wymaganych przez Zamawiającego w siwz spoczywa w całości na Odwołującym.”*

Powyższe uzasadnia wskazanie, że odwołujący zamiast wnioskować o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego powinien był przedłożyć stosowną opinię zamówioną i sporządzoną we własnym zakresie, przynajmniej celem uprawdopodobnienia swoich twierdzeń.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 15 stycznia 2010 r., sygn. akt X Ga 380/09 stwierdził, że przepisy Pzp przyznają KIO jedynie uprawnienie a nie obowiązek powoływania biegłego, bowiem KIO może dokonać oceny materiału dowodowego i na tej podstawie ustalić stan faktyczny sprawy w wyniku wszechstronnego rozważenia zebranego materiału sprawy.

Przystępujący ponadto wskazał, że z uwagi na brak postanowień SIWZ zobowiązujących wykonawców do wykazania, w jaki sposób dokonali obliczeń zaoferowanych współczynników, w ofercie brak szczegółowych danych pozwalających na dokonanie analizy przez biegłego. Nawet w przypadku powołania biegłego, nie będzie posiadał on szczegółowych informacji o budowie lokomotywy GAMA 111Db, stanowiących dla biegłego dane niezbędne dla możliwości poczynienia ustaleń, dla których miałby zostać powołany, skoro nawet z SIWZ nie wynika konieczność przedstawienia zamawiającemu sposobu obliczenia zaoferowanych współczynników niezawodności i gotowości technicznej. Tymczasem należy mieć na uwadze fakt, że każda lokomotywa jest inna, jej niezawodność zależy od jej konstrukcji i sposobu utrzymania (serwisowania). Na podstawie ogólnie dostępnych informacji biegły nie będzie w stanie wyliczyć wskaźnika ani też ustalić, ile ewentualnie lokomotyw należałoby dodatkowo wyprodukować (udostępnić), aby osiągnąć zaoferowane wskaźniki. Dowód taki jest zatem całkowicie nieprzydatny i niemożliwy do uzyskania w niniejszym postępowaniu.

Wskazane przyczyny dowodzą zatem braku podstaw do powoływania biegłego w niniejszej sprawie i czynią usprawiedliwionymi przypuszczenia o zgłoszeniu powyższego wniosku

dowodowego przez odwołującego wyłącznie w celu przedłużenia postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 190 ust. 6 Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Biorąc pod uwagę wykazanie w piśmie bezzasadności formułowanych przez odwołującego zarzutów, przystępujący wskazał, że sformułowane na wstępie wnioski, należy uznać za konieczne i uzasadnione.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący wykazał okoliczności potwierdzające spełnianie przesłanki materialnoprawnej uzasadniającej prawo do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, jednym z dwóch uczestniczących w postępowaniu, złożył ważną ofertę, potwierdzając tym interes w uzyskaniu danego zamówienia i mógłby ponieść szkodę w wyniku czynności czy zaniechania zamawiającego, gdyby wykazał naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego o niespełnieniu przesłanki w rozumieniu wskazanego przepisu oraz nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania bez merytorycznego rozpoznania przedstawionych w nim zarzutów z powodu, że cena oferty odwołującego za usługę utrzymania przekracza kwotę, jaką zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert, przeznaczoną na sfinansowanie tej części zamówienia. Cena za usługę utrzymania nie jest ceną za odrębną część przedmiotu zamówienia, jak uzasadniał przystępujący, lecz jest ceną za świadczenie częściowe przedmiotu zamówienia (rozdział IV.III SIWZ).

Wskazywany przez przystępującego przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o cenie oferty najkorzystniejszej lub oferty z najniższą ceną i o kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Cena oferty odwołującego - w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, zgodnie z art. 2 pkt 1 Pzp - to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą zamawiający jest obowiązany zapłacić wykonawcy za przedmiot zamówienia; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług, jeśli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru i usługi podlega obciążeniu tym podatkiem.

Cena za przedmiot zamówienia została określona w ofercie odwołującego, jako cena: dostawy 10 lokomotyw spalinowych - 160 146 000,00 PLN i usługi utrzymania przez okres 12 lat - 45 756 000,00 PLN, łączna cena oferty to kwota 205 902 000,00 PLN.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w jednej wysokości - 207 378 000,00 PLN (protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, DRUK ZP-PN, pole 6). Kwota ta jest niewątpliwie wyższa od ceny oferty odwołującego.

Oferta odwołującego nie jest też ofertą najkorzystniejszą i nie jest ofertą z najniższą ceną, nie może więc mieć zastosowania przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Przy ocenie spełniania przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp zastosowanie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, jest to dalszą kwestią. Pierwszoplanowym jest wskazany wyżej interes odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący niewątpliwie spełnia te przesłanki, zatem Izba uznała wniosek przystępującego o oddalenie odwołania z powodu niespełnienia ustawowych wymagań określonych w art. 179 ust. 1 Pzp, za chybiony.

W wyniku oceny materiału dowodowego, Izba oddaliła odwołanie wobec nie wykazania przez odwołującego okoliczności, o których stanowi przepis art. 192 ust. 2 Pzp - naruszenia przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Rozpoznając odwołanie w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp), Izba ustaliła, że podstawę zarzutów odwołującego, tj. zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego:

- jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym zaniechanie zwrócenia się o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
  - której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz
  - zawierającej zobowiązanie do świadczenia niemożliwego z powodu zadeklarowania niemożliwych do zachowania współczynników gotowości i niezawodności -
- stanowiła cena oferty przystępującego za świadczenie częściowe przedmiotu zamówienia, tj. dostawę 10 fabrycznie nowych, jednego typu lokomotyw spalinowych.

W przedmiocie ceny oferty, Izba ustaliła, że zamawiający opisał w SIWZ (rozdział IV), określał to również w innych dokumentach postępowania o udzielenie zamówienia, że przedmiotem

zamówienia jest „dostarczenie fabrycznie nowych, jednego typu lokomotyw z napędem silnikowym z przekładnią elektryczną (...) wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania”.

W dalszej części SIWZ opisał wymagania dotyczące dostawy pojazdów - 10 fabrycznie nowych, jednego typu pojazdów, zamieszczając w rozdziale IV.I w pkt 1- 20 opis wymagań dotyczący dostawy, wskazując w pkt 21, że szczegółowy opis wymagań dotyczących zamawianych pojazdów zawarty został w załączniku nr 1 do SIWZ.

W rozdziale IV.II - Usługi utrzymania pojazdów, określił wymagania dotyczące tej usługi.

W rozdziale IV.III SIWZ zamawiający wskazał, że dostawa pojazdów i usługi utrzymania, pojazdów stanowią świadczenie częściowe w rozumieniu art. 450 i następnych Kodeksu cywilnego.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia, w rozumieniu art. 32 ust. 1 Pzp (całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością), na kwotę 168 600 000,00 PLN, w tym: dostawa 10 lokomotyw spalinowych 134. 400 000,00 PLN, świadczenie usług utrzymania 10 lokomotyw spalinowych 34 200 000,00 PLN (protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, DRUK ZP-PN, pole 2).

Bezpośrednio przed otwarciem ofert, jak już wyżej wskazano, zamawiający podał jedną kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 207 378 000,00 PLN. Kwota ta stanowi z reguły granice finansowania zamówienia oraz jest sumą wartości zamówienia i kwoty wynikającej z obowiązującej stawki podatku VAT, i w istocie odpowiada cenie przedmiotu zamówienia w znaczeniu, o jakim stanowią przepisy art. 90 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (stosunek ceny oferty do przedmiotu zamówienia).

Przystępujący zaoferował cenę za przedmiot zamówienia 173 118 391,80 PLN, w tym za dostawę 10 lokomotyw spalinowych 131 199 991,80 PLN, usługę utrzymania przez okres 12 lat 41 918 400,00 PLN.

Procentowy stosunek ceny oferty przystępującego do ceny przedmiotu zamówienia wynosi 83,48%, do ceny oferty odwołującego 84,08%. Cena dostawy 10 lokomotyw zaoferowana przez przystępującego do tej części świadczenia wynosi 79,37%, do ceny zaoferowanej przez odwołującego 81,93%. Cena usługi utrzymania zaoferowana przez przystępującego do tej części świadczenia wynosi 99,65%, z kolei cena usługi odwołującego do tej części świadczenia wynosi 108,77%. Reasumując, różnica w cenie dostawy przystępującego w stosunku do kwoty wskazanej przez zamawiającego wynosi 20,63%, do ceny dostawy odwołującego 17,51%.

Izba wskazuje, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp normuje uprawnienie i jednocześnie zobowiązanie zamawiającego do podjęcia wskazanych w nim czynności.

Zamawiający oceniając ofertę podejmuje decyzję, czy w jego ocenie, cena oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, ustalonego z należytą starannością w toku szacowania wartości i uwzględniającego obowiązujący podatek VAT. Jeżeli zamawiający uzna, jak w tym przypadku, że cena oferty wykonawcy (przystępującego) nie budzi wątpliwości, co do jej wysokości, nie podejmuje czynności, o których stanowi wskazany przepis. W takiej sytuacji wykonawca kwestionujący ocenę zamawiającego zobowiązany jest udowodnić, że kwestionowana cena oferty jest rażąco niska. Ciężar dowodu, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 Pzp (odpowiednio art. 6 Kc) obciąża stronę, czy uczestnika postępowania odwoławczego, który z tego faktu wywodzi skutki prawne.

W przedmiocie oceny zobowiązania zamawiającego do zastosowania procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp i oceny zaniechania czynności wskazanych w tym przepisie, istnieje dość liczne orzecznictwo, krajowe i unijne, zawierające zróżnicowane rozstrzygnięcia, uzależnione od specyfiki konkretnych spraw, w jakich je podjęto, m.in. cytowane w tym uzasadnieniu w stanowiskach stron i przystępującego.

W ocenie Izby na uwagę zasługuje wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. akt X Ga 652/13. Sąd orzekł, że „Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 Pzp 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. Rację ma skarżący, że z literalnego brzmienia przywołanych przepisów wynika, że zamawiający występuje do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące ceny złożonej przez niego oferty wyłącznie w przypadku, gdy na podstawie okoliczności ustalonych w toku postępowania, w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, uzasadnione jest podejrzenie, że zaproponowana przez wykonawcę cena jego oferty jest rażąco nieadekwatna do kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Słuszne jest stanowisko skarżącego, że ustalenia zamawiającego mogą opierać się na różnych okolicznościach, które mogą zostać powzięte w trakcie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących porównania ceny badanej oferty do: wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, średnich cen ofert złożonych w danym postępowaniu lub ceny kolejnej, oferty złożonej w tym postępowaniu. Prawo do żądania wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Brak jest

jakichkolwiek podstaw do uznania, że na decyzję zamawiającego w tym zakresie mogą mieć wpływ wykonawcy. Uprawnienia wykonawców w tym zakresie nie sposób wywieść również z innych przepisów ustawy Pzp w szczególności w świetle przepisu art. 7 ustawy Pzp wskazującego na wyłączną kompetencję zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tej sytuacji uznanie przez Izbę, że dopuszczalne jest wykonanie czynności wyjaśniających w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z inicjatywy wykonawców, uznać należy za nieprawidłowe”.

Zamawiający stwierdził w odpowiedzi na odwołanie i w toku składanych wyjaśnień na rozprawie, że wobec zaoferowania zróżnicowanych rozwiązań technicznych w obu ofertach, także faktu, że produkcja lokomotyw opiera się na założeniach nieujawnionych na tym etapie postępowania, brak było jakichkolwiek podstaw do podejrzenia, że cena oferty przystępującego nosi znamiona ceny rażąco niskiej. W toku postępowania odwoławczego wskazano również ograniczony rynek wykonawców w przedmiocie zrealizowania zamówienia dostawy lokomotyw spalinowych, sprowadzający się w warunkach krajowych do dwóch konkurujących ze sobą wykonawców, uczestniczącym w rozpoznawanej sprawie.

Odwołujący, obciążony obowiązkiem udowodnienia zarzutu rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie przedstawił dowodu na tę okoliczność. Nie udowodnił tezy postawionej w odwołaniu, że cena oferty przystępującego jest ceną niewiarygodną, znacząco odbiegającą od cen przyjętych na rynku, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów usługi. Zarzut udowadniał porównaniem ceny oferty przystępującego z ceną zaoferowaną przez tego wykonawcę w poprzednim postępowaniu, unieważnionym przez zamawiającego, w wyniku czego znane były wykonawcom ceny obu ofert oraz wyceniony przez zamawiającego przedmiot zamówienia. Obaj wykonawcy zaoferowali w obecnym postępowaniu ceny obniżone w stosunku do cen zaoferowanych w poprzednim postępowaniu.

Z przedstawionego materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że w przypadku zaoferowania przedmiotu zamówienia o rozwiązaniach nowatorskich, jak w tym postępowaniu, ceny ofert są znacznie zróżnicowane, zarówno w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak też ofert innych wykonawców.

Cena oferty przystępującego jest niższa od ceny przedmiotu zamówienia, niższa też od ceny odwołującego, drugiego i jedynego wykonawcy poza przystępującym. Odwołujący jednak nie udowodnił, że cena jest rażąco niska w rozumieniu przepisów Pzp.

Drugą okolicznością, którą odwołujący podniósł na poparcie zarzutu, to wskazanie dodatkowego wpływu współczynników - gotowości technicznej pojazdu i niezawodności - na cenę oferty.

Izba ustaliła, że opisane przez zamawiającego współczynniki, oceniane również w ramach kryteriów oceny ofert, to wymagania odnoszące się do świadczenia usługi utrzymania technicznego, a także napraw gwarancyjnych w stosunku do każdego z pojazdów w sposób gwarantujący zachowanie: -współczynnika gotowości taboru na poziomie, co najmniej 92% rocznie za wyjątkiem roku, w którym przypada obsługa na poziomie P4, gdzie wymagany jest zachowanie współczynnika gotowości taboru na poziomie 88% rocznie; -niezawodności taboru na poziomie, co najmniej 95% kwartalnie (rozdział IV.I, pkt 20 SIWZ). W takiej wysokości zaoferował współczynniki odwołujący.

Odwołujący podał w odwołaniu, że zaoferowane przez przystępującego, przedstawione w toku otwarcia ofert, współczynniki wynoszą: gotowości na poziomie 98,8%, niezawodności na poziomie 99,5%. Ponadto, powołując się na artykuł z serwisu [www.rynek-kolejowy.pl](http://www.rynek-kolejowy.pl) z dnia 16.01.2014 r., wskazał, że prezes zarządu przystępującego potwierdził zadeklarowaną wartość współczynników w wypowiedzi skierowanej do prasy branżowej oraz oświadczył, że spółka zamierza wyprodukować lokomotywy rezerwowe.

Uzasadniając stanowisko w przedmiocie wysokości współczynników, odwołujący przedstawił swoje obliczenia, co do ilości występowania w roku kalendarzowym oraz czasu wykonywania czynności z zakresu poszczególnych poziomów utrzymania pojazdów, przyjmując założenie, że zestawienie jest również w pełni adekwatne do lokomotyw oferowanych przez przystępującego, ponieważ większość komponentów, takich silnik spalinowy, czy system hamulcowy, nabywana jest przez obu wykonawców od tego samego producenta, a cykle utrzymaniowe np. silnika spalinowego są ściśle określone przez producenta.

Konkludując, odwołujący uznał, że zachowanie współczynników niezawodności i gotowości na poziomie zaoferowanym przez przystępującego nie jest obiektywnie możliwe, przy założeniu, że dostarczy on jedynie 10 lokomotyw spalinowych wymaganych przez zamawiającego.

Uznał jednak, że zachowanie współczynników byłoby możliwe jedynie w przypadku, gdyby przystępujący wyprodukował tabor rezerwowy, tj. dodatkowe lokomotywy ponad wymagane przez zamawiającego i zastępował nimi lokomotywy, które będą wyłączane z eksploatacji na czas usuwania awarii lub wykonywania czynności utrzymaniowych.

Stwierdził, że taką możliwość dopuszcza zamawiający na podstawie § 25 ust. 11 oraz § 38 ust. 2 i 3 projektu umowy. Odwołujący przy tym zastrzegł, że nie ma wiedzy, czy

przystępujący składając ofertę założył produkcję taboru rezerwowego, ponieważ część oferty została objęta klauzulą poufności, ale ze względu na fakt, że jest to jedyna możliwość zachowania współczynników na zadeklarowanym poziomie oraz medialne potwierdzenie prezesa zarządu przystępującego, odwołujący przyjął takie założenie.

Odwołujący przedłożył na rozprawie „Analizę gotowości i niezawodności systemu operacyjnego eksploatacji lokomotyw spalinowych” opracowaną przez dwóch autorów, przedstawioną na piśmie z podaną nazwą jednostki: „Politechnika Krakowska im. T. Kościuszki Instytut Pojazdów Szynowych” z siedzibą w Krakowie.

Odwołujący wyjaśnił, że analiza została opracowana na podstawie ustnego zlecenia odwołującego z udostępnieniem autorom tekstu SIWZ oraz artykułu z serwisu [www.rynek-kolejowy.pl](http://www.rynek-kolejowy.pl) z dnia 16.01.2014 r., a także informacji dotyczących współczynników zaoferowanych przez obu wykonawców. Analiza w sensie dowodowym stanowi pogląd odwołującego w zakresie w niej wskazanym.

Z analizy wynika, że dla pojazdów podstawowych w liczbie 10:

-odnośnie współczynnika gotowości technicznej pojedynczego pojazdu w ujęciu rocznym na poziomie 92,0% -w przedstawionym scenariuszu 1 (lokomotywy rezerwowe stacjonują poza miejscami przeprowadzenia zabiegów utrzymania profilaktycznego i bieżącego), wymagane jest zabezpieczenie pojazdów rezerwowych od 1 do 10, odpowiednio dla wskaźników gotowości technicznej (rocznej) od 81,81% do 97,04%; -w scenariuszu 2 (lokomotywy rezerwowe stacjonują w miejscach przeprowadzenia zabiegów utrzymania profilaktycznego i bieżącego), wymagane jest zabezpieczenie pojazdów rezerwowych od 1 do 3, odpowiednio dla wskaźników gotowości technicznej (rocznej) od 83,11% do 98,94%;

-odnośnie współczynnika niezawodności pojedynczego pojazdu w ujęciu kwartalnym na poziomie 95,5% -w przedstawionej tabeli 3 „Wyniki symulacji wskaźnika niezawodności”, wymagane jest zabezpieczenie pojazdów rezerwowych od 1 do 10, odpowiednio dla wskaźników gotowości technicznej (kwartalnie) od 85,06% do 89,59%; -w scenariuszu 2 (lokomotywy rezerwowe stacjonują w miejscach przeprowadzenia zabiegów utrzymania profilaktycznego i bieżącego), wymagane jest zabezpieczenie pojazdów rezerwowych od 1 do 3, odpowiednio dla wskaźników niezawodności (kwartalnie) od 91,67% do 99,79%.

W podsumowaniu analizy autorzy stwierdzili, że (...) „deklarowane wartości możliwe są dla osiągnięcia jedynie w przypadku wprowadzenia rezerwy nieobciążonej w liczbie 3 pojazdów po jednym pojeździe dla każdego miejsca lokalizacji. Nawet i w tym przypadku nie jest możliwe spełnienie warunku czasu zastąpienia pojazdu podstawowego przez pojazd rezerwowy na poziomie MDT = 0 godz.” Wskazano również, „Deklarowane wartości można rozpatrywać jedynie w kontekście teoretycznym, praktycznie są one nieosiągalne również z uwagi na aspekty ekonomiczne.”



Z analizy wynika, że nawet przy zaoferowanych współczynnikach na poziomie minimalnym opisanym w SIWZ (przyjętych przez odwołującego), niezbędne jest zabezpieczenie pojazdów rezerwowych. Odwołujący nie wskazał planowanej ewentualnej rezerwy lokomotyw w swojej ofercie.

W toku rozprawy pełnomocnik odwołującego oświadczył, że nie kwestionuje wysokości współczynników gotowości i niezawodności odczytanych z oferty przystępującego podczas otwarcia ofert, jak również ilości przyznanych punktów w toku oceny ofert za zaoferowane przez przystępującego wskaźniki, oceniane z zastosowaniem kryterium oceny ofert o wadze 15 punktów.

Zarzut ten podniósł w kontekście wpływu współczynników na cenę dostawy 10 lokomotyw, uznając, że powinna ona także zawierać koszt produkcji dodatkowych (rezerwowych) 3 lokomotyw.

Odwołujący przedstawił w odwołaniu koszt, jaki powinien uwzględnić przystępujący kształtując cenę oferty, przy założeniu, że cena oferty winna zawierać nie tylko koszty 10 lokomotyw stanowiących przedmiot zamówienia określony w SIWZ, lecz dla zachowania zadeklarowanych współczynników gotowości i niezawodności, także dodatkowo 3 wyprodukowane dla tego zamówienia lokomotywy rezerwowe.

Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia i potwierdzenia zamawiającego w toku rozprawy wynika, że punktacja ofert w zakresie współczynników pozostaje bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Różnica w ilości uzyskanych punktów - współczynnik niezawodności i gotowości technicznej pojazdu (odwołujący zero i przystępujący 15 punktów) - przy pominięciu 15. punktów przyznanych przystępującemu, powoduje, że oferta przystępującego jest nadal ofertą najkorzystniejszą - 85 punktów, oferta odwołującego - 71,50 punktów.

Przystępujący zastrzegł, w sposób niekwestionowany przez odwołującego (odwołujący uczynił to samo w swojej ofercie stosownie do zamieszczonych w niej informacji), tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie dokumentów i informacji zamieszczonych na str. 9 i 16-103 oferty. W uzasadnieniu odwołania (str. 8) odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do wyjaśnienia, czy utajniona część oferty przystępującego zawiera dane dotyczące zadeklarowania wyprodukowania taboru rezerwowego oraz, czy zamawiający żądał od przystępującego wyjaśnień w tym zakresie, a także treści ewentualnych wyjaśnień.

Izba ustaliła, że w przedmiocie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 3 Pzp do złożenia wyjaśnień i wykazania spełnienia przesłanek wymaganych do uznania zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, o której stanowi art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (pismo z dnia 08.01.2014 r.).

Przystępujący w piśmie z dnia 13.01.2014 r. złożył szczegółowe i wyczerpujące wyjaśnienia uzasadniające zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, przedstawił szczegółowo zakres przedmiotowy i przyczyny zastrzeżenia, powołując się na orzecznictwo krajowe i unijne (wyjaśnienia zamieszczone w dostępnej części dokumentacji postępowania).

Wniosek odwołującego w przedmiocie zobowiązania zamawiającego do wykonania czynności wskazanych na str. 8 uzasadnienia odwołania, jest bezprzedmiotowy.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego w przedmiocie obowiązku wykonawców wyprodukowania dodatkowych zapasowych lokomotyw i wykazania ich kosztów w cenie oferty. Przedmiotem zamówienia w tej części jest wyłącznie dostawa 10 lokomotyw opisanych w SIWZ. W żadnym opisie zawartym w dokumentacji postępowania, zamawiający nie zamieścił wymogu dostawy dodatkowej (rezerwowej). Opis wskazany przez odwołującego w § 25 ust. 11 oraz § 38 ust. 2 i 3 załącznika nr 3 do SIWZ zatytułowanego „Umowa na dostawę 10 lokomotyw spalinowych wraz ze świadczeniem usług utrzymania” dotyczy:

-w § 25 ust. 11 „Gwarancja jakości i rękojmi za wady” postanowiono, że „W przypadku wymiany Pojazdu na nowy, wolny od wad, Wykonawca dostarczy Zamawiającemu do eksploatacji od 30-dnia od dnia zgłoszenia wady, do dnia przekazania nowego Pojazdu, pojazd zastępczy, o nie gorszych parametrach eksploatacyjnych od Pojazdów będących przedmiotem umowy”;

-w § 38 ust. 2 i 3 „Współczynniki gotowości i niezawodności” przedstawiono wzory obliczenia współczynników (zacytowane w pełni w odwołaniu - str. 5 i 6).

W opisie wzorów przy objaśnieniu  $T_u$  - łączny czas wyłączeń dla realizacji cyklu utrzymania (...) - opis współczynnika gotowości oraz  $T_a$  - łączny czas wszystkich wyłączeń awaryjnych liczony w pełnych godzinach zegarowych (...) - opis współczynnika niezawodności

- wskazano, że do czasu  $T_u$  i  $T_a$  „nie zalicza się czasu wyłączeń, o których mowa w § 36 ust. 1 umowy oraz czasu wyłączeń, w którym Wykonawca dostarczył Zamawiającemu do eksploatacji pojazdy zastępcze o parametrach technicznych nie gorszych niż Pojazdy, o których mowa w niniejszej umowie”.

W przywoływanym przez odwołującego stanowisku prezesa zarządu spółki (przystępującego) zamieszczonym w serwisie informacyjnym wskazano: prezes podał, że w razie awarii lokomotywy PESA dostarczy równoważny tabor zastępczy.

Z powyższego wynika, że zamawiający nie wymagał wyprodukowania dodatkowych lokomotyw ponad wymagane 10 sztuk, przystępujący nie miał obowiązku zadeklarowania dodatkowej produkcji lokomotyw, której koszt miałby być wliczony w cenę podstawowej dostawy 10 sztuk lokomotyw spalinowych.

Zapewnienie do eksploatacji pojazdów zastępczych (zastępczego taboru), jak wyżej wskazano, nie stanowiło przedmiotu dostawy, stąd zarzut nieuwzględnienia w cenie oferty (dostawy 10 lokomotyw) kosztów produkcji dodatkowych 3 pojazdów (zastępczych) nie może stanowić o zasadności odwołania.

Izba odmówiła na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp przeprowadzenia wnioskowanego przez odwołującego dowodu z opinii biegłego na okoliczność ilości wyprodukowania dodatkowych lokomotyw rezerwowych dla zachowania współczynników na poziomie zadeklarowanym przez przystępującego.

Reasumując, Izba uznała, że odwołujący nie udowodnił naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp przez nie podjęcie czynności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie udowodnił też, że cena oferty przystępującego w stosunku do przedmiotu zamówienia jest ceną rażąco niską, jak też cena świadczenia częściowego - dostawy 10 lokomotyw spalinowych w stosunku do przedmiotu zamówienia w tej części, a więc nie udowodnił naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (zarzut 1 odwołania).

Wysokość zadeklarowanych współczynników, w świetle sformułowanych zarzutów odwołania i zakresu oraz sposobu argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu odwołania (wpływ na cenę oferty), łącznie z oświadczeniem odwołującego złożonym na rozprawie (nie kwestionowanie współczynników i ich oceny), nie stanowi podstawy uwzględnienia odwołania.

Nie zasługują na uwzględnienie pozostałe dwa zarzuty (2 i 3 odwołania).

Izba wskazuje, że przepis art. 14 Pzp przywołany w pkt 2 zarzutów (odwołanie, str. 2), bez określonego związku z przepisami odrębnymi, do których odsyła ten przepis, nie może stanowić samodzielnej podstawy zarzutu.

Przepis art. 14 Pzp odsyła do przepisów Kodeksu cywilnego w zakresie czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zatem wskazanie naruszenia tego przepisu, jako podstawy czynu nieuczciwej konkurencji w sytuacji, gdy problematyka ta uregulowana jest w odrębnej ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r., przywołanej w ustawie Pzp, nie znajduje uzasadnienia.

Zarzut naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w skrócie „uznk”) przez nieodrzuconie oferty przystępującego, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - zaoferowanie 10 lokomotyw po cenie nierealnej - mający na celu wyłącznie uniemożliwienie odwołującemu uzyskania zamówienia oraz dostępu do rynku nowych spalinowych lokomotyw pasażerskich na terenie Polski.

Zarzut nie znajduje uzasadnienia. Odwołujący wskazał naruszenie, jako wiodącego w tym zarzucie przepisu art. 3 ust. 1 uznk. Przepis ten stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W orzecznictwie sądowym przedstawiono m.in. następujące poglądy w tym przedmiocie, akceptowane przez skład orzekający Izby, jako adekwatne do okoliczności faktycznych przypisanych zarzutowi.

1. Uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz odpowiedniej kwalifikacji pod względem prawnym. Aby przyjąć popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji niezbędne jest kumulatywne spełnienie przesłanek: związku działania podlegającego ocenie z działalnością gospodarczą, sprzeczności czynu z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrożenia tym działaniem interesu innego przedsiębiorcy lub klienta (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 czerwca 2007 r., sygn. akt V ACa 253/07);

2. Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r., sygn. akt V ACa 371/07);

3. Przy ocenie działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami dającymi podstawy do kwalifikacji danego zachowania, jako uczciwej lub nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 uznk) istotne znaczenie ma sposób rywalizacji pomiędzy konkurentami, podlegający weryfikacji w konkretnych okolicznościach przy uwzględnieniu, zasługujących na aprobatę w świetle norm moralnych i etycznych zwyczajów dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągnięcia korzyści gospodarczych (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 maja 2007 r., sygn. akt V ACa 328/07);

4. Utrudnianie dostępu do rynku to nic innego, jak stawienie barier, przeszkód, które nie wynikają ani z rodzaju działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę oferującego nabywcom swoje towary albo usługi (strona podaży), ani też z uwarunkowań kształtujących zapotrzebowanie na dany towar albo usługi (strefa popytu), lecz są efektem nieuczciwych działań podejmowanych przez innych przedsiębiorców, które przykładowo zostały wymienione w kolejnych punktach art. 15 ust. 1 uozwk (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 2 października 2012 r., sygn. akt I ACa 359/12);

5. Czyny konkurencyjne powinny być badane przede wszystkim w świetle przesłanek określonych w przepisach art. 5-17 ustawy i dopiero, gdy nie mieszczą się w dyspozycji któregośkolwiek z tych przepisów, podlegają ocenie według klauzuli generalnej z art. 3 (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 30 września 1998 r., sygn. akt I ACa 281/98);

6. Delikt ujęty w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zasadniczo dookreślony jest przez dwa elementy, są nimi: utrudnienie przedsiębiorcy dostępu do rynku oraz nieuczciwy charakter takiego utrudnienia (sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami). Te dwa elementy mają zasadnicze znaczenie dla konstruowania omawianego czynu (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 listopada 2009 r., sygn. akt VI ACa 432/09).

Izba uznała, że odwołujący nie skonkretyzował zarzutu zgodnie z wymogiem w tym zakresie, wskazując jako podstawę prawną - klauzulę generalną - przepis art. 3 ust. 1 uznk, a okoliczności faktyczne stosowne do przepisu art. 15 ust. 1 tej ustawy (bez przypisania właściwego punktu).

Mając na uwadze obowiązek rozpoznania zarzutu w granicach przedstawionych w odwołaniu, Izba uznała, że:

- zaoferowanie dostawy 10 lokomotyw spalinowych za cenę, co do której odwołujący nie udowodnił zarzutu rażąco niskiej ceny - nie stanowi uzasadnienia, że złożenie oferty przez przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na działaniu sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażający lub naruszający interes odwołującego.

Izba podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego, że przywołane okoliczności stanowią efekt konkurencji wykonawców o uzyskanie zamówienia i sposób rywalizacji nie przekracza jej granic.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 Pzp oraz art. 387 § 1 Kc w związku z art. 139 § 1 Pzp przez nieodrzućenie oferty przystępującego, która zawiera zobowiązanie do świadczenia niemożliwego, polegającego na zadeklarowaniu niemożliwych do zachowania współczynników gotowości i niezawodności.

Izba uznała, że brak jest podstaw, by uznać zasadność zarzutu.

Wskazane przepisy art. 89 ust. 1 Pzp stanowią, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą (pkt 1); jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (pkt 8).

Przywołany przepis art. 387 § 1 Kc stanowi, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Przepisy Pzp stanowią o niezgodności i nieważności oferty, przepis Kc o nieważności umowy. Z przywołanego w uzasadnieniach stanowisk - zamawiającego i przystępującego - poglądu judykatury oraz doktryny wynika, że niemożność świadczenia zobowiązania oznacza, iż świadczenie nie może być wykonane przez nikogo. Świadczenie

niemożliwe to takie, które według umowy ma wykonać dłużnik, a które jest niemożliwe do realizacji. Niemożliwość świadczenia może istnieć, jako pierwotna, obiektywna, czy następcza. Niemożliwość świadczenia polega na tym, że nie tylko konkretny dłużnik, ale również żadna inna osoba nie może spełnić danego świadczenia - wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt II CSK 611/08. Izba w pełni akceptuje stanowisko, że „Świadczenie jest niewykonalne w znaczeniu obiektywnym, gdy nie jest w stanie go spełnić ani dłużnik, ani nikt inny, a taka ocena uzasadniona jest ograniczeniami wynikającymi z praw natury lub stanu wiedzy i techniki” (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 1973 r., sygn. akt III CRN 255/73; z dnia 8 maja 2002 r., sygn. akt III CKN 1015/99; z dnia 8 stycznia 2009 r., sygn. akt I CSK 239/08). Zatem, przyjmując argumentację odwołującego należy uznać, że świadczenie jest niemożliwe do zrealizowania nie tylko przez przystępującego, ale także przez żadnego innego wykonawcę (wyrok Izby z dnia 14 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1815/13).

Zarzut odwołującego pozbawiony jest uzasadnienia. W pkt 3, str. 11 odwołania, odwołujący przedstawił w dwóch zdaniach swoje stanowisko, które nie ma związku z przepisem wskazanym, jako podstawa zarzutu. Odwołujący podniósł okoliczności przywoływane przy każdym z poprzednich zarzutów: o ile przystępujący nie wyprodukuje, co najmniej 3 lokomotyw rezerwowych (wbrew deklaracjom prezesa zarządu), których koszty należy wliczyć w koszty zamówienia (cenę oferty), wówczas oferta będzie sprzeczna z obowiązującym prawem i stanowi zobowiązanie do świadczenia niemożliwego.

Uzasadnienie stanowiska Izby w przedmiocie braku wymagań w postanowieniach SIWZ „wyprodukowania, co najmniej 3 lokomotyw rezerwowych” z obowiązkiem włączenia tej produkcji do przedmiotu zamówienia i jednocześnie uwzględnienia w cenie oferty, zostało przedstawione w części uzasadnienia dotyczącej pierwszego zarzutu, uznając argumentację odwołującego za niezasadną, niemającą źródła w opisie przedmiotu zamówienia zamieszczonego w SIWZ. Z tych powodów zarzut ten nie znajduje akceptacji.

Odwołujący nie wykazał przesłanek niezgodności oferty z ustawą i nieważności na podstawie odrębnych przepisów, skutkujących jej odrzuceniem na podstawie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 Pzp oraz art. 387 § 1 Kc w związku z art. 139 § 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne i ich ocenę prawną, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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). Izba zasądziła na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

