

Sygn. akt KIO 2235/17

Sygn. akt KIO 2237/17

WYROK
z dnia 4 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Agata Mikołajczyk
Członkowie:	Izabela Niedziałek –Bujak Andrzej Niwicki
Protokolant:	Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawach w dniu 7 listopada 2017 r. i 17 listopada 2017 r. oraz 28 listopada 2017 r. odwołań wniesionych w dniu 23 października 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez odwołujących:

1. wykonawcę **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** - Sygn. akt: KIO 2235/17;
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** - Sygn. akt: KIO 2237/17

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - "**Koleje Mazowieckie - KM**" sp. z o.o.,
ul. Lubelska 26, 03-802 Warszawa,

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2235/17 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **Stadler Polska Sp. z o.o., ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2235/17 i sygn. akt: KIO 2237/17 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania o sygn. akt: KIO 2235/17 i sygn. akt: KIO 2237/17;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołujących: **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego – wykonawcy **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** na rzecz zamawiającego - **"Koleje Mazowieckie - KM" sp. z o.o., ul. Lubelska 26, 03-802 Warszawa** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 2.3. zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** na rzecz zamawiającego - **"Koleje Mazowieckie - KM" sp. z o.o., ul. Lubelska 26, 03-802 Warszawa** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w **Warszawie**.

.....

.....

.....

Sygn. akt KIO 2235/17

Sygn. akt KIO 2237/17

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w Postępowaniu o zawarcie umowy ramowej na „Zakup elektrycznych zespołów trakcyjnych”, prowadzonym przez zamawiającego - Koleje Mazowieckie - KM” sp. z o.o. w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2017 r. poz. 2164 ze zm.] [ustawa Pzp]. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE - nr 2017/5104-208231. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

KIO 2235/17

Odwołujący NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, skierował zarzuty do oferty wykonawcy Stadler Polska sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach [wykonawca Stadler] wybranej jako najkorzystniejsza oraz do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum - Pojazdy Szynowe Pesa Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy oraz Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (konsorcjum Pesa). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 Pzp z uwagi na wybór oferty wykonawcy Stadler jako najkorzystniejszej oraz:
 - a. art. 89 ust. 1 pkt 1) i 2) Pzp w związku z art. 7 ust 1 Pzp na skutek nieprawidłowej oceny oferty wskazanego wykonawcy w zakresie zaoferowanych przez niego współczynników efektywności pojazdu dwuczłonowego oraz pięcioczłonowego, które zostały skalkulowane w sposób sprzeczny z SIWZ, przepisami prawa powszechnie obowiązującego i stanem techniki, co powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy Stadler;
 - b. art. 89 ust. 1 pkt 8) Pzp w związku z art. 7 ust 1 Pzp oraz art. 387 § 1 Kodeksu Cywilnego albowiem oferta jest nieważna, ponieważ jej przedmiotem jest świadczenie niemożliwe;
 - c. art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp albowiem wskazany wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w wyniku lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa w błąd w zakresie zaoferowanych współczynników efektywności pojazdu pięcioczłonowego oraz dwuczłonowego, których dotrzymanie nie jest możliwe, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o niewykluczeniu Stadler z postępowania i wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej;
 - d. art. 89 ust 1 pkt 3) Pzp w związku z art. 7 ust 1 Pzp oraz art. 3 ust 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom poprzez

oferowanie świadczeń obiektywnie niemożliwych oraz usług poniżej kosztów ich realizacji;

- e. art. 89 ust 1 pkt 4) Pzp oraz art. 90 ust. 3 pzp podczas gdy przedmiotowa oferta zawiera rażąco niskie ceny za świadczenie usług serwisowych pojazdów dwuczłonowych i pięcioczłonowych (utrzymanie na poziomach P1-P3) oraz naprawę na poziomie utrzymania P4;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp i art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp w związku z art. 7 ust 1 pzp oraz art. 3 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji skierowany do oferty Pesa z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Pesa, która to oferta zawiera rażąco niskie ceny za świadczenie usług serwisowych (utrzymanie na poziomach P1-P3) pojazdów pięcioczłonowych oraz naprawę na poziomie utrzymania P4; oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Pesa, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie wykonawcy Stadler, względnie odrzucenie oferty wykonawcy Stadler, oraz odrzucenie oferty wykonawcy Pesa i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł również o:

1. przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam powołane, w tym:
 - 1.1. dowodu z opinii biegłego z zakresu energetyki i kolejnictwa na następujące okoliczności:
 - 1.1.1. ustalenia, czy wykonane przez Stadler obliczenia, testy i otrzymane wyniki stanowiące podstawę zaoferowanych współczynników efektywności pojazdów dwuczłonowych i pięcioczłonowych zostały sporządzone prawidłowo, tj. w szczególności czy są zgodne z SIWZ, przepisami prawa powszechnie obowiązującego oraz obecnym stanem techniki, przy zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa Stadler, na podstawie dokumentacji postępowania, w tym złożonych przez Stadler wyjaśnień, oraz wyników teoretycznych, o których mowa w Rozdziale XVI pkt 5 SIWZ (Instrukcja dotycząca obliczenia Współczynników efektywności We5 oraz We2) wraz z odpowiedzią na pytanie, Czy Stadler w wartości zużytej energii uwzględnił efekty zjawiska rekuperacji lub inne metody niedopuszczone w tym postępowaniu do zmniejszenia wartości zużytej energii elektrycznej, oraz
 - 1.1.2. ustalenia, czy zaoferowany przez Stadler współczynniki efektywności pojazdów dwuczłonowych i pięcioczłonowych są obiektywnie możliwe do osiągnięcia wedle obecnego stanu techniki w pojazdach o specyfikacji zaoferowanej przez Stadler, zgodnie z zasadami i

wymaganiami określonymi w SIWZ i przy założeniu konieczności zapewnienia zgodności pojazdu z SIWZ i przepisami prawa powszechnie obowiązującego;

1.2. dowodu z opinii biegłego z zakresu kolejnictwa na następujące okoliczności:

1.2.1. ustalenia, (i) czy zaoferowane przez wykonawcę Stadler ceny utrzymania pojazdów dwuczłonowych i pięcioczłonowych na poziomach P1-P3 oraz naprawy na poziomie utrzymania P4 zostały skalkulowane z uwzględnieniem wszystkich składników kosztowych utrzymania pojazdów kolejowych tego rodzaju zgodnie z wymaganiami SIWZ, (ii) czy przyjęte przez Stadler ceny i koszty jednostkowe mieszczą się w zakresie cen rynkowych, (iii) czy Stadler dysponuje jakimikolwiek indywidualnymi czynnikami, niedostępnymi dla innych wykonawców działających na rynku, który pozwalałyby w istotny sposób na obniżenie kosztów i ceny utrzymania pojazdów, i na tej podstawie ustalenie, czy zaoferowane przez Stadler ceny utrzymania pojazdów dwuczłonowych i pięcioczłonowych na poziomach P1-P3 oraz naprawy na poziomie utrzymania P4 nie zostały skalkulowane na poziomie niższym od rzeczywistych kosztów i czy odpowiadają cenom rynkowym;

1.2.2. ustalenia, (i) czy zaoferowane przez wykonawcę Pesa ceny utrzymania pojazdów pięcioczłonowych na poziomach P1-P3 oraz naprawy na poziomie utrzymania P4 zostały skalkulowane z uwzględnieniem wszystkich składników kosztowych utrzymania pojazdów kolejowych tego rodzaju zgodnie z wymaganiami SIWZ, (ii) czy przyjęte przez Pesę ceny i koszty jednostkowe mieszczą się w zakresie cen rynkowych, (iii) czy Pesa dysponuje jakimikolwiek indywidualnymi czynnikami, niedostępnymi dla innych wykonawców działających na rynku, który pozwalałyby w istotny sposób na obniżenie kosztów i ceny utrzymania pojazdów, i na tej podstawie ustalenie, czy zaoferowane przez Pesa ceny utrzymania pojazdów pięcioczłonowych na poziomach P1-P3 oraz naprawy na poziomie utrzymania P4 nie zostały skalkulowane na poziomie niższym od rzeczywistych kosztów i czy odpowiadają cenom rynkowym.

Podał, że interes Odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania sprowadza się do możliwości uzyskania zamówienia i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w procesie ponownej oceny ofert, ponieważ oferta Odwołującego w takim przypadku będzie ofertą najkorzystniejszą, a ponadto jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu. Odwołujący jest producentem taboru szynowego. W ramach działalności Odwołujący produkuje i serwisuje również elektryczne zespoły trakcyjne i posiada możliwość wyprodukowania, dostarczenia oraz serwisowania pojazdów będących przedmiotem niniejszego zamówienia. Ponadto, Odwołujący spełnia opisany w SIWZ wymóg doświadczenia oraz inne warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący złożył ważną ofertę w niniejszym postępowaniu, która to oferta w procesie oceny ofert uzyskała trzeci wynik po ofercie wykonawcy Stadler oraz wykonawcy

Pesa i jego oferta jest jedyną ważnie złożoną, nie podlegającą odrzuceniu ofertą w niniejszym postępowaniu. W Uzasadnieniu zarzutów odwołania podał:

1. Nierealistyczne współczynniki We w ofercie wykonawcy Stadler.

1.1. Współczynnik efektywności

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu jako kryteria oceny ofert zdefiniował współczynnik efektywności pojazdu dwuczłonowego (dalej „We2”) oraz współczynnik efektywności pojazdu pięcioczłonowego (dalej jako „We5”) (dalej łącznie We2 i We5 jako „We”) z wagą na poziomie 10 % w przypadku We5 oraz 3 % w przypadku We2 (vide rozdział XVI ust. 1 SIWZ – tabela), określone jako iloraz zadeklarowanego zużycia energii dla masy eksploatacyjnej pod normalnym obciążeniem użytecznym na odcinku referencyjnym przez liczbą stałych miejsc siedzących zaoferowanych przez wykonawcę (vide rozdział XVI ust 5 SIWZ- instrukcja).

Wykonawca Stadler zastrzegł część oferty dotyczącą We jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co sprawia, że Odwołujący nie ma do niej dostępu. Jednakże, biorąc pod uwagę wartość We zaoferowaną przez Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę ilość punktów przyznaną ofercie przez Stadler i Odwołującego w ramach tego kryterium, korzystając z przywołanego wyżej wzoru, możemy obliczyć wartość współczynnika We dla pojazdów zaoferowanych przez Stadler, jak również We zaoferowane przez wykonawcę Pesa.

Ze względu na zastrzeżenie wartości We zaoferowanych przez Odwołującego wraz z jego częściami składowymi, tj. zużyciem energii oraz liczbą stałych miejsc siedzących, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, porównanie We zostało zamieszczone w załączniku do niniejszego odwołania stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego. Wyniki We wykonawców Stadler i Pesa przedstawione w tabeli porównawczej zostały ustalone w sposób określony powyżej na podstawie punktacji zawartej w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Porównanie We zaoferowanych przez wykonawców wykazuje ogromną dysproporcję We wykonawcy Stadler w stosunku do We wykonawców Pesa i Newag oraz średniej arytmetycznej w tym zakresie. We zaoferowane przez Stadler są ponad 40 % niższe od We zaoferowanych przez Newag i Pesę.

W związku z tym, że We zgodnie z Rozdziałem XV ust. 5 SIWZ oraz pkt 15 Formularza Oferty stanowi iloraz zadeklarowanego zużycia energii przez liczbę stałych miejsc siedzących w pojazdach, przyczyn tak znacznej różnicy należy poszukać w każdej z tych dwóch części składowych. Na podstawie przyznanej punktacji, własnej oferty oraz swojej wiedzy i doświadczenia Odwołujący szacuje, że liczba miejsc siedzących zadeklarowanych przez wszystkich wykonawców wykazuje jedynie nieznaczne różnice (od kilku do kilkunastu miejsc siedzących, co daje maksymalnie kilka %). Biorąc pod uwagę fakt, że różnica We przekracza 40%, a różnica w zakresie miejsc siedzących jest nieznaczna, to przyczyna nierealnej wartości

We zaoferowanego przez Stadler znajduje się w drugiej z części składowych We - zużyciu energii. Na podstawie upublicznionej przez Zamawiającego punktacji można oszacować, iż Stadler zadeklarował ponad 40 % mniejsze zużycie od zużycia energii zaoferowanych przez Pesę i Newag. Tego rodzaju zaniżenie zużycia energii i tym samym We przez Stadler nie znajduje jakiegokolwiek racjonalnego i merytorycznego uzasadnienia, co szczegółowo uzasadniono poniżej:

1.1.1. Istotne czynniki dla We

O nierealistyczności We wskazanego w ofercie przez Stadler świadczy sama zasada obliczania We w zakresie parametru zużycia energii. Wyjaśnienia przy tym wymaga, iż kluczowe znaczenie dla ilości zużytej energii pojazdu elektrycznego mają opory ruchu pojazdu. Opory ruchu całkowite dzielą się na opory zasadnicze (zależne tylko od parametrów pojazdu i prędkości, w tym opory ruchu mas wirujących oraz opory jazdy na wybiegu) jak i dodatkowe (zależą od profilu pionowego i podłużnego, a także od parcia wiatru). Opory parcia powietrza w tunelach pominięto. Zastosowany wzór na zasadnicze opory ruchu znajduje się poniżej:

$$W_{zj} = (0,748 + 0,0344 \cdot v) + 2 + 3,63 [N],$$

gdzie:

v - prędkość pociągu [ms],

Q - ciężar pociągu [AT].

Podczas jazdy na wybiegu powiększa się opory ruchu o 2 (%o), a podczas rozruchu o 5 (%oj).

Opory ruchu mas wirujących zadane są wzorem :

$$m_{rot} = m_o \cdot \xi \cdot 100 [i],$$

gdzie:

m_o - masa służbowa pojazdu; $m_o \cdot 110$ [t], f - współczynnik procentu masy wirującej; ξ - 7 [%].

$$W_{acc} = a \cdot [m + m_{rot}] \cdot IQ [N],$$

gdzie: a - przyspieszenie pojazdu [77152].

Opory ruchu dodatkowe wzniesień zadane są wzorem:

$$W_i = m \cdot g \cdot i [W], \text{ gdzie: } i - \text{nachylenie wzniesienia } [\%n].$$

Opory ruchu dodatkowe łuków zadane są wzorem;

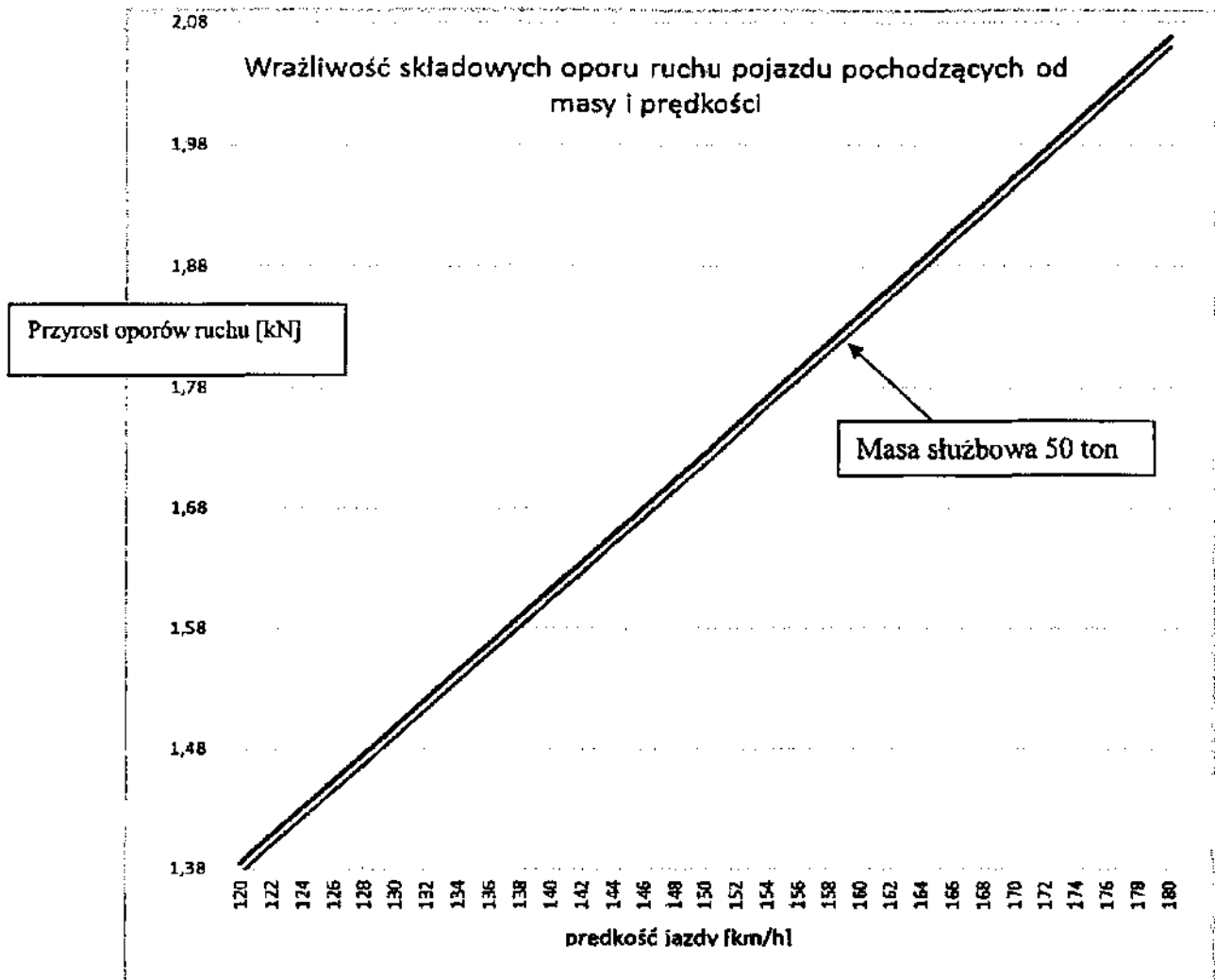
$$W^{700/(f-20)} [\%o], \text{ gdzie: } R - \text{promień łuku } [m].$$

Całkowite opory ruchu zadane są wzorem: $W = \{W_{zj} + W_{acc} + W_w + W_i + W(\dot{n} - \{WV/m \cdot g\})\} / 1000$ [kN].

Analizując składową oporów ruchu, zależną od prędkości, pod kątem jej wrażliwości na masę pojazdu, dochodzimy do wniosku, że różnica mas pojazdów ma całkowicie drugoplanowe znaczenie, a kluczowe znaczenie ma zależność oporów ruchu od prędkości jazdy pojazdu.

Wielkość zużytej energii elektrycznej przez pojazd jest proporcjonalna do całkowitych oporów ruchu pojazdu. Zważywszy na powyższe, wielkości zużytej energii elektrycznej w trakcie przejazdu teoretycznego powinna dla wszystkich trzech pojazdów oferowanych przez trzech

wykonawców być bardzo do siebie zbliżona (pojazdy konstrukcyjnie są do siebie bardzo podobne).



Przedmiotowy wykres obrazuje stosunkowo niewielki wpływ różnicy w masach pojazdów na różnicę w zużyciu energii. Z wykresu jednoznacznie wynika, że składowa oporów ruchu, zależnych od prędkości, wykazuje bardzo dużą zależność od prędkości poruszania się pojazdu, a zależność od masy pojazdu jest niewielka.

Podkreślił, że wszystkie wymienione powyżej wyrażenia mają charakter przybliżony i są wynikiem licznych badań empirycznych, w których w licznych obszarach występuje szacowanie wielkości pośrednich, mających wpływ na wynikową wartość wielkości zużytej energii i pośrednio współczynnika efektywności. Kluczowe znaczenie mają opory ruchu, które są zależne od prędkości pojazdu, konfiguracji układu biegowego (układu wózków napędowych i tocznych), konstrukcji pojazdu (długości modułu pudła) oraz od profilu szlaku, na którym realizowany jest przejazd teoretyczny.

Jak wynika z powyższego, nie jest obiektywnie możliwym obniżenie zużycia energii wyłącznie poprzez konstrukcję pojazdu lub jego masę do poziomu zaoferowanego przez Stadler, ponieważ nie pozwalają na to prawa fizyki.

1.1.2. Brak istotnych różnic w masie i budowie pojazdów.

Niezależnie od powyższego, zwrócił uwagę, że pojazdy oferowane przez wykonawców (Pesa - Elf, Odwołujący - Impuls, Stadler - Flirt), są zbliżone w zakresie masy oraz komponentów i w dużej mierze stosowanych rozwiązań technicznych.

Pojazdy Flirt w standardowej wersji mają pudła wykonane z aluminium, przez co generalnie są nieznacznie lżejsze od pojazdu zaoferowanego przez Odwołującego. Jednakże z faktu wydłużenia członu pojazdu (co jest konieczne celem montażu dodatkowych miejsc siedzących) wynika, że jego masa służbowa wzrośnie i będzie nieznacznie niższa od masy pojazdów Odwołującego. Z tego względu nie jest obiektywnie możliwym, aby Stadler mógł tak znacznie zaniżyć zużycie energii ze względu na różnice w masie, ponieważ owe różnice po prostu nie występują, a jeżeli nawet występują, to są minimalne. Potwierdza to także punktacja przyznana w zakresie kryterium współczynnika zdolności przewozowej (Wzp2 i Wzp5), obliczanego jako stosunek mas pojazdu, w którym różnice wynosiły 0,1% dla pojazdu dwuczłonowego oraz 3% dla pojazdu pięcioczłonowego. Można więc szacować, że zaoferowane przez wykonawców masy pojazdów były bardzo zbliżone.

Brak jest również istotnych dla zużycia energii różnic w zakresie konstrukcji, rozwiązań technicznych i stosowanych komponentów. Taką zbieżność wymusza zresztą sam SIWZ (opis przedmiotu zamówienia), który w załączniku nr 2 w sposób szczegółowy precyzuje wymagania, jakie powinien spełniać zaoferowany pojazd. Nie jest zatem możliwe, aby Stadler uzyskał oszczędności energii na skutek nie zabudowania na pojeździe wymaganych podzespołów lub użycia rozwiązań innych niż opisane w SIWZ.

Wedle wiedzy Odwołującego liczne rozwiązania techniczne, podzespoły oraz urządzenia wykorzystane do produkcji pojazdów przez Odwołującego i Stadlera są tożsame lub posiadają bardzo podobne lub równą sprawność energetyczną. W szczególności są to te same silniki, przekładnie, ten sam układ osi, bardzo zbliżona masa pojazdów, podobna kubatura, podobna przenikalność cieplna konstrukcji. Nawet gdyby przyjąć, że Stadler zabuduje układ sterowania i napędu w oparciu o najnowszą technologię budowy tranzystorów dużej mocy (technologia SiC), których sprawność energetyczna jest większa od sprawności tranzystorów 1GBT (mniejsze straty energii zamieniane w ciepło) to uzyskana tą drogą redukcja zużycia energii nie wyniesie więcej niż 1%.

Niezależnie od powyższego, zważywszy na fakt, że powyższe wielkości zostały podane w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa zasadnym staje się zdaniem Odwołującego powołanie biegłego, który szczegółowo uzasadnił w dalszej części odwołania.

1.1.3. Pomiar rzeczywistego zużycia

Odwołujący uznał, że w celu wykazania nierealności wyliczonej energii zużytej przez wykonawcę Stadler, nie będzie udowadniał wyłącznie teoretycznie, ale dokona pomiaru rzeczywistego zużycia energii na odcinku testowym Sulejówek Miłosna - Siedlce.

Odwołujący wykonał pełen cykl jazd testowych na odcinku Sulejówek Miłosna - Siedlce - Sulejówek Miłosna (Rozdział XVI ust. 5 pkt 3) SIWZ) według scenariuszy określonych w SIWZ, pojazdami 45WE i 37WE, tj. pięcioczołowym oraz dwuczłowym elektrycznym zespołem trakcyjnym, pojazdami, które stanowią bazę wyjściową dla pojazdów 45WEa impuls 2 oraz 37WEa Impuls 2, zaoferowanych w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego. Warunki klimatyczne panujące w tych dniach (temperatura, prędkość wiatru) powodowały tylko chwilową pracę układu ogrzewania, bez układu klimatyzacji, zmniejszając w ten sposób wartość zużytej energii elektrycznej. Według najlepszej wiedzy Odwołującego wielkość zużytej energii na cele ogrzewania i klimatyzacji należy przyjąć na poziomie 10% całkowitej ilości energii zużytej w trakcie rzeczywistego przejazdu testowego. Przeprowadzane testy wykazały zużycie energii o ponad 40 % wyższe od zadeklarowanego przez Stadler.

1.3. Nieprawidłowa kalkulacja i ocena We

Zamawiający zgodnie z Rozdziałem XVI ust. 5 SIWZ wymagał, aby każdy wykonawca dokonał obliczeń We według Instrukcji tam podanej. Pomimo, że Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty samych obliczeń, to Zamawiający wskazał jednoznacznie, iż podstawę We muszą stanowić przeprowadzone obliczenia, testy i pomiary teoretyczne wedle instrukcji oraz norm i przepisów, do których instrukcja odsyła, co sprawia, iż każdy wykonawca jest zobowiązany takowe obliczenia, testy i pomiary posiadać. W przedmiotowej Instrukcji Zamawiający szczegółowo określił zasady przeprowadzania obliczeń i testów wskazując wymagane: 1. zakres uruchomionych funkcji i podzespołów; 2. normy i dokumenty mające zastosowanie; 3. odcinek referencyjny; 4. masę pojazdu przyjmowaną do obliczeń; 5. warunki atmosferyczne; 6. rozkład i sposób jazdy.

Zamawiający wskazał również, iż: „Celem niniejszego opisu jest zabezpieczenie aby wszyscy Wykonawcy przedkładający ofertę pracowali w oparciu o te same warunki ramowe”. Tym samym Zamawiający wskazał, iż zastosowanie się przez każdego z wykonawców do postawionych wymagań przy obliczaniu We ma kluczowe znaczenie dla zapewnienia porównywalności ofert, a jakiegokolwiek naruszenie przedmiotowych zasad będzie skutkowało niezgodnością oferty z SIWZ i tym samym koniecznością jej odrzucenia.

Ze znajdującego się w aktach postępowania pisma Zamawiającego z dnia 7 września 2017 r. nr MWZ3-26-6-75-2017 wynika, iż Zamawiający wezwał Stadler do wyjaśnień w sprawie zaoferowanych We żądając wykazania podstaw zaoferowanych wartości We. Dowody: pisma

Zamawiającego z dnia 7 września 2017 r., nr MWZ3-26-6-75-2017 wraz z wyjaśnieniami Stadler (w aktach postępowania).

Ze względu na fakt, iż część oferty Stadler w zakresie We oraz wyjaśnienia złożone przez Stadler w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący nie jest w stanie zweryfikować jakie dokładnie We zaoferował Stadler oraz przede wszystkim, czy Stadler zawarł w przedmiotowych wyjaśnieniach obliczenia i testy. Z tego względu w pierwszej kolejności Odwołujący wnosi o porównanie przez KIO zaoferowanych We, w tym zużycia energii, przez poszczególnych wykonawców w utajnionych częściach ofert z uwzględnieniem okoliczności i twierdzeń podniesionych powyżej przez Odwołującego, a następnie przeprowadzenie weryfikacji, samodzielnie lub przy pomocy biegłego, rzetelności, prawidłowości i zgodności z Rozdziałem XVI SIWZ złożonych przez Stadler wyjaśnień w zakresie We, w tym sporządzonych przez Stadler założeń, testów i obliczeń We i na tej podstawie weryfikację, czy We został obliczony w sposób zgodny z SIWZ oraz czy Stadler wykazał w jaki sposób zamierza obniżyć zużycie energii do - jak wykazano powyżej - nierealistycznego na obecnym gruncie techniki poziomu. W ocenie Odwołującego, nierealistyczna wartość We, wskazana w ofercie wykonawcy Stadler, może wynikać z przeprowadzenia obliczeń i testów w sposób sprzeczny z Rozdziałem XVI SIWZ, w tym z przywołanymi tam normami i dokumentami. Poniżej Odwołujący wskazuje przykładowe niezgodności z SIWZ, które w istotny sposób wypaczają otrzymaną wartość We:

a) uwzględnienie rekuperacji:

Wyjaśnienia wymaga, iż poruszające się pojazdy elektryczne, wyposażone w elektryczne silniki asynchroniczne, mogą w trakcie trybu hamowania elektrodynamicznego pracować w trybie generatora prądu elektrycznego. Taka funkcjonalność pozwala na odzyskanie części zużytej energii elektrycznej i jej „oddanie” do sieci trakcyjnej, Zwracana wartość energii najczęściej waha się w granicach od 20% do 30% energii zużytej i może zostać zwrócona tylko wówczas, kiedy na odcinku zasilania znajduje się drugi pojazd, który jest w stanie tą energię pobrać. Proces hamowania elektrodynamicznego nazywany jest procesem rekuperacji energii. W takim przypadku mówimy o bilansie energii, który jest różnicą energii elektrycznej zużytej oraz zw. energii zwróconej do sieci. Zgodnie z Rozdziałem XVI ust. 5 SIWZ uwzględnienie rekuperacji przy obliczeniach zużycia energii było zabronione. W związku z powyższym, żaden z wykonawców nie mógł przy obliczaniu wartości We zredukować wartości energii pobranej o wartość energii oddanej. Wykorzystanie energii rekuperowanej przy wyliczeniu wartości współczynnika efektywności kosztowej, jest niezgodne z SIWZ i prowadzić musi do odrzucenia takiej oferty jako niezgodnej z SIWZ.

b) brak uwzględnienia energii na cele nietrakcyjne (systemy grzewczo-chłodnicze, oświetlenie oraz inne wskazane w SIWZ):

Zgodnie z Rozdziałem XVI ust. 5 SIWZ obliczenia powinny zostać dokonane przy założeniu, że w pojeździe są aktywne również podzespoły i funkcje absorbujące energię również na cele nietrakcyjne.

c) w trakcie przejazdu teoretycznego odłączona była część urządzeń istotnych dla jazdy lub któryś z silników:

Zamawiający wymagał aby w ramach obliczeń uwzględnić włączone urządzenia określone w Rozdziale XVI ust. 5 SIWZ.

d) uwzględniono wyłącznie przejazd w jedną stronę lub bez uwzględnienia rozkładu jazdy i/lub planu i profilu:

Zgodnie z rozdziałem XVI ust. 5 pkt 3) SIWZ:

„Dla potrzeb obliczenia energii trakcyjnej (bez rekuperacji) zużywanej przez pojazdy do obliczeń teoretycznych należy przyjąć odcinek referencyjny: Sulejówek Miłosna - Siedlce - Sulejówek Miłosna. Wykonawca dokona obliczeń teoretycznych dla wskazanej wyżej trasy w odniesieniu do oferowanych pojazdów. Zużycie energii trakcyjnej musi uwzględniać jazdę tam i z powrotem łącznie.”

e) naruszono elementarne prawa fizyki.

W przypadku tego postępowania mamy do czynienia z pojazdami wyposażonymi w te same silniki, z podobnymi przekształtnikami zasilanymi takim samym napięciem (normowanym) jadącym po tym samym torze. Zważywszy, że konfiguracja pojazdów (ta sama ilość osi, osi na pędnych, ten sam układ osi Bo'2,2,2,2' Bo', aerodynamiczne czoło pojazdów) Opory ruchu obu typów pojazdów będą porównywalne. Nawet zakładając, iż pojazd Stadlera jest lżejszy od pojazdu Odwołującego (aluminium pudło) o kilka ton, to owa ewentualna różnica w masie w żaden sposób nie uzasadnia aż tak drastycznej różnicy w zadeklarowanym zużyciu energii. Różnica masy w pojazdach o tej samej lub zbliżonej konstrukcji wielkości 10 ton prowadzi do wzrostu zużycia zaledwie energii o około 1,7% w przypadku pojazdu cięższego dla tak wybranego przez Zamawiającego toru testowego. Odwołujący podał również, iż zaoferowanie przez Stadler współczynnika efektywności uwzględniającego zużycie energii obliczonego w sposób niezgodny z SIWZ nie jest pierwszym tego rodzaju postępowaniem w przypadku wykonawcy Stadler. W postępowaniu prowadzonym przez Łódzką Kolej Aglomeracyjną w 2016 roku oferta Stadlera została odrzucona właśnie ze względu na zaoferowanie współczynnika efektywności kosztowej (zużycia energii) obliczonego w sposób niezgodny z SIWZ (por. wyrok KIO 2167/16).

1.3. Nieważność oferty Stadler- świadczenie niemożliwe

Jak wykazano wyżej, bez istotnego naruszenia wymagań Rozdziału XVI SIWZ zaofferowana przez Stadler wartość We jest nierealna i obiektywnie niemożliwa do otrzymania. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 9 pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Takim odrębnym przepisem jest m. in. art. 387 § 1 1 KC, zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna (*impossibttium nulla obligatio*). Owa regulacja stanowi w istocie zakaz kontraktowania świadczeń, których nie można wykonać (por. Z. Radwański (w:) System prawa cywilnego, t. III cz. 1. s. 383-384). Konsekwencją pierwotnej niemożliwości świadczenia, które ma miejsce na skutek zaofferowania przez wykonawcę parametru technicznego niemożliwego do spełnienia zgodnie z obecnym stanem techniki, jest nieważność umowy, którą zawarłby Zamawiający z wybranym wykonawcą, (por. m. in. wyrok Zespołu Arbitrów z 9 maja 2005 r. UZP/ZO/0-872/05). Z tego względu, nawet w przypadku uznania, iż Stadler nie naruszył wymagań SIWZ w zakresie We, oferta wykonawcy Stadler powinna zostać odrzucona jako zawierająca zobowiązanie do świadczenia niemożliwego.

1.4. Nieprawdziwe oświadczenie wykonawcy Stadler

W ocenie Odwołującego działanie wykonawcy Stadler polegające na zaofferowaniu We w wysokości niemożliwej do osiągnięcia i całkowicie nierealnej należy zakwalifikować również jako wprowadzenie w błąd Zamawiającego w wyniku lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o niewykluczeniu Stadler z postępowania i wyboru oferty Stadler jako najkorzystniejszej. Jak zostało to wykazane wyżej, wykonawca Stadler złożył w swojej ofercie oświadczenie wprowadzające w błąd w zakresie zużycia energii, co skutkowało nierealną wartością We, który jest niemożliwy do osiągnięcia wedle obecnego stanu techniki. Należy przy tym zauważyć, iż owe informacje mają istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ uzyskanie przez Stadler w zakresie We wyższej od pozostałych wykonawców liczby punktów przesądziło o wyborze oferty Stadler jako najkorzystniejszej. Z tego względu niezależnie od podstaw do odrzucenia oferty Stadler wykazanych powyżej, Stadler powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp.

1.5. Wniosek o powołanie biegłego

Biorąc powyższe pod uwagę bardzo złożony charakter składowych wpływających na zużycie energii elektrycznej w pojazdach kolejowych, zależność zużycia energii od oporów ruchu, jak również zważywszy na nierealność wartości zużytej energii elektrycznej zaofferowanej przez Stadler (w porównaniu z rzeczywistym wynikiem osiągniętym po przeprowadzonym przykładowym teście na linii wskazanej w SIWZ przez Zamawiającego), na wypadek gdyby

KIO uznała, iż rozstrzygnięcie odwołania wymaga w tym zakresie wiadomości specjalnych, Odwołujący wnosi o powołanie biegłego, którego zadaniem byłoby:

1. ustalenia, czy wykonane przez Stadler obliczenia, testy i otrzymane wyniki stanowiące podstawę zaoferowanych współczynników efektywności pojazdów dwuczłonowych i pięcioczłonowych zostały sporządzone prawidłowo, tj. w szczególności czy są zgodne z SIWZ, przepisami prawa powszechnie obowiązującego oraz obecnym stanem techniki, przy zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa Stadler, na podstawie dokumentacji postępowania, w tym złożonych przez Stadler wyjaśnień, oraz wyników teoretycznych, o którym mowa w Rozdziale XVI pkt 5 SIWZ (Instrukcja dotycząca obliczenia Współczynników efektywności We5 oraz We2) wraz z odpowiedzią na pytanie czy Stadler w wartości zużytej energii uwzględnił efekty zjawiska rekuperacji lub inne metody niedopuszczone w tym postępowaniu do zmniejszenia wartości zużytej energii elektrycznej, oraz
2. ustalenie czy wartość We wskazana przez Stadler jest obiektywnie możliwa do osiągnięcia w pojeździe o specyfice zaoferowanej przez Stadler wedle obecnego stanu techniki wedle zasad i wymagań określania współczynników efektywności określonych w SIWZ i przy założeniu konieczności zapewnienia zgodności pojazdu z SIWZ i przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

Odwołujący zdaje sobie sprawę, że dowód z opinii biegłego wpływa na przedłużenie postępowania przed KIO, Jednakże w takim przypadku jak niniejszy, gdzie w ocenie Odwołującego ewidentnie istnieje potrzeba użycia wiedzy specjalistycznej, a odwołanie dotyczy utajnionej części oferty, do której Odwołujący nie ma dostępu, powołanie biegłego jest uzasadnione i de facto jest jedynym możliwym i właściwym dowodem, który pozwoli na rozstrzygnięcie zasadności podniesionych zarzutów.

2. Rażąco niska cena

2.1. Rażąco niska cena wykonawcy Stadler

Odwołujący podał, że obecnie standardem stało się zamawianie wraz z pojazdami kolejowymi tzw. utrzymania tych pojazdów, czyli wykonywania czynności serwisowych niezbędnych do utrzymania sprawności i bezpieczeństwa pojazdów. Należy przy tym odróżnić utrzymanie pojazdów od gwarancji jakości udzielonej na pojazd, które zakresowo stanowi odrębny rodzaj świadczenia. Utrzymanie pojazdu kolejowego jest regulowane Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. z 2016 r., poz. 226 z późn. zm.) i dzieli się na pięć poziomów: od P1 do P5. Wskazane rozporządzenie przewiduje jednocześnie ogólnie czynności przeglądowe na każdym z poziomów utrzymania, które mogą być uszczegółowione lub rozszerzone w umowie. W niniejszym przypadku Zamawiający wraz z dostawą pojazdów wymaga od wykonawcy świadczenia przez okres 18 lat usług utrzymaniowych na poziomach P1 - P3 (§ 10 wzoru umowy ramowej) definiując je jako „usługi serwisowe”. Poza ogólnymi

czynnościami przeglądowymi wynikającymi z rozporządzenia, Zamawiający w § 10 ust. 1 pkt 2-5 wzoru umowy ramowej sprecyzował również dodatkowe czynności wymagane w ramach utrzymania pojazdu na poziomach P1-P3 (m. in. badania urządzeń podlegających dozorowi technicznemu). Jednocześnie Zamawiający w §10 ust. 1 wzoru umowy ramowej podał, iż oczekuje ponoszenia przez wykonawcę wszystkich kosztów utrzymania pojazdów. ^ Utrzymanie na kolejnym poziomie utrzymania - P4 zostało oddzielone przez Zamawiającego jako oddzielna opcjonalna usługa za odrębnym wynagrodzeniem (§ 11 wzoru umowy ramowej).

Poza wyodrębnieniem jako odrębnych świadczeń utrzymania na poziomach P1-P3 oraz naprawy na poziomie P4 Zamawiający wymagał zaoferowania odrębnych cen za owe świadczenia, które uczynił odrębnymi kryteriami oceny ofert. Wykonawcy zaoferowali w tym zakresie następujące ceny:

kryterium	Newag	Pesa	Stadler	średnia arytmetyczna
stawka netto za 1 km utrzymania pięciocłonowego EZT	1,45 zł	0,83 zł	0,80 zł	1,03 zł
stawka netto za 1 km utrzymania dwuczłonowego EZT	0,80 zł	0,95 zł	0,60 zł	0,78 zł
cena brutto za naprawy P4 wszystkich EZT (łącznie 142 naprawy)	517 215 000,00 zł	379 578 000,00 zł	383 042 167,25 zł	426 611722,42 zł

Jak wynika z powyższego, cena utrzymania zaoferowana przez Stadler za utrzymanie pojazdów dwuczłonowych i pięciocłonowych jest znacznie niższa od cen zaoferowanych przez Odwołującego, jak również od średnich arytmetycznych w tym zakresie.

Przepisy p.z.p. nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny. W doktrynie i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, a także sądów powszechnych przyjmuje się, że cena rażąco to cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych Zamówień. W wyroku KIO 592/13: wskazano, że „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”. Z kolei w wyroku KIO 1562/11 wskazano: „Ceno rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości”, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne; zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku> na którym ceny wyznaczane są

m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających " Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r, sygn. akt XIX Ga 3/07 stwierdził, że „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę". Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09 wskazał, że: „odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych”.

Zamawiający powziął wątpliwości co do realności cen zaoferowanych przez Stadler i w piśmie z dnia 7 września 2017 r. nr MWZ3-26-6-75-2017 wezwał do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, co skutkowało przeniesieniem na Stadler ciężaru dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny. Dowody: pismo Zamawiającego z dnia 7 września 2017 r. nr MWZ3-26-6-75-2017 wraz z wyjaśnieniami Stadler (w aktach postępowania)

Odwołujący stwierdził, że w jego ocenie nie jest możliwym, aby Stadler świadczył usługę utrzymania pojazdów dwuczłonowych za cenę 0,60 zł netto, a pojazdów pięcioczłonowych za cenę 0,80 zł netto bez ponoszenia strat. Jeżeli natomiast Stadler w wyjaśnieniach załączył kalkulację kosztów wykazującą takie kwoty, to jest ona niepełna i nie obejmuje wszystkich kosztów lub została oparta na nierealnych i nierynkowych kosztach i cenach jednostkowych materiałów, pracy i usług. Wedle wiedzy Odwołującego Stadler nie dysponuje również indywidualnymi czynnikami, które pozwalałyby wykonawcy Stadler na tak znaczące obniżenie ceny utrzymania. W tym zakresie Odwołujący podnosi, iż główne komponenty oraz usługi ich dotyczące są nabywane przez wszystkich wykonawców działających na rynku od tych samych producentów i są dla nich dostępne w takim samym stopniu. Co więcej, w przeciwieństwie np. do Odwołującego, Stadler nie dostarczył w Polsce ponad 100 pojazdów o zbliżonej specyfikacji i nie dysponuje ich rozbudowanym serwisem. Natomiast koszty zaplecza zostały wskazane w SIWZ przez Zamawiającego i są jednakowe dla wszystkich Wykonawców.

Odwołujący podniósł również, że o rażąco niskiej cenie świadczą ceny oferowane przez Stadler w przeszłości za utrzymanie pojazdów Flirt, które zostały zaoferowane w niniejszym postępowaniu:

Zamawiający	Rodzaj pojazdu	Stawka netto za 1 km utrzymania Stadler Jzł]
Łódzka Kolej Aglomeracyjna	2-członowy EZT	1,7857
PKP Intercity	8-tzłonowy EZT	3,60
PKP intercity	8-członowy EZT	3,42
Łódzka Kolej Aglomeracyjna	3-członowy EZT	1,80
Niniejsze postępowanie	2-członowy EZT	0,60
Niniejsze postępowanie	5-członowy EZT	0,80

Mamy zatem do czynienia z sytuacją, gdzie utrzymanie pojazdu dłuższego o dwa człony i tym samym droższego w utrzymaniu ze względu na większą liczbą komponentów, zostało wycenione niżej od utrzymania pojazdu trzyczłonowego, co świadczy o ewidentnym sztucznym zaniżeniu ceny utrzymania w niniejszym postępowaniu.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że w jego ocenie również cena zaoferowana przez Stadler za wykonanie naprawy na poziomie P4 rozpatrywana odrębnie została skalkulowana nieprawidłowo, w sposób nie uwzględniający wszelkich niezbędnych kosztów, co czyni ją ceną rażąco niską.

Wobec faktu, że w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie Zamawiający zastosował wobec Stadlera procedurę wyjaśniającą cenę, to na Stadler spoczywa na ciężar dowodu wykazania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska (zgodnie z art. 90 ust. 2 p.z.p.). Odwołujący nie jest w stanie odnieść się konkretnie do wyjaśnień, jakie złożył Stadler, ponieważ zostały one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednak w ocenie Odwołującego, wyjaśnienia te nie mogą obalić domniemania rażąco niskiej ceny, ponieważ nie jest możliwe świadczenie przez Stadler usług utrzymania pojazdów dwuczłonowych i pięcioczłonowych w cenach zaoferowanych przez niego bez poniesienia strat finansowych, a ceny zaoferowane przez Stadler znacząco odbiegają od cen rynkowych, w tym cen oferowanych przez samego wykonawcę Stadler.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o przeprowadzenie szczegółowej weryfikacji wyjaśnień przez KIO, ze szczególnym uwzględnieniem dostępnych Stadlerowi indywidualnych czynników wymienionych w art. 90 ust. 1 pkt. X i 2 pzp, oraz ocenę czy wyjaśnienia te były wystarczająco rzetelne, precyzyjne, konkretne, oparte na wiarygodnej i szczegółowej kalkulacji, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, pozwalające na ich przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także o ocenę czy dokonana przez Zamawiającego ocena tych wyjaśnień była prawidłowa (por, np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. sygn. akt XXIII Ga 1293/14, w którym Sąd Okręgowy akcentował znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazał na konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną

rażąco niską w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest.)

2.2. Rażąco niska cena wykonawcy Pesa

Również wykonawca Pesa zaoferował w niniejszym postępowaniu cenę rażąco niską za świadczenie usług utrzymania, z tą jednak różnicą, iż w przypadku Pesy rażąca niska cena dotyczy wyłącznie ceny za utrzymanie pojazdów pięciocłonowych oraz ceny za naprawę na poziomie P4. W zakresie oferty Pesy właściwe są przedstawionej wyżej wywody dotyczące oferty Stadler, ponieważ cena utrzymania zaoferowana przez Pesę za utrzymanie pojazdu pięciocłonowego jest nieznacznie wyższa od oferty Stadler, a cena za naprawę P4 jest nieznacznie niższa od ceny Stadler. Jednakże w przypadku Pesa spełnienie przesłanek rażąco niskiej ceny jest jeszcze bardziej ewidentnie, a można powiedzieć, że wręcz oczywiste. Należy bowiem zwrócić uwagę na ceny zaoferowane przez Pesę za utrzymanie (P1-P3) pojazdów dwuczłonowych i pięciocłonowych w niniejszym postępowaniu. Jak wynika z tabeli zamieszczonej w odwołaniu [na stronie 14], Pesa zaoferowała za utrzymanie pojazdu pięciocłonowego ceną wyższą od ceny za utrzymanie pojazdu dwuczłonowego.

Nie wymaga specjalistycznej wiedzy stwierdzenie, iż koszty utrzymania pojazdu składającego się z prawie dwukrotnie większej liczby członków, są wyższe do utrzymania pojazdu od pojazdu zawierającego znacznie mniejszą liczbę członów, ponieważ liczba komponentów i wynikające z nich koszty pracy i materiału potrzebnych do utrzymania są znacznie wyższe. Jeżeli zatem Pesa zaoferowała za utrzymanie pojazdu pięciocłonowego cenę o prawie 20 % niższą od zaoferowanej przez siebie ceny za utrzymanie pojazdu dwuczłonowego, to jest wręcz oczywistym, iż cena za N utrzymanie pojazdu pięciocłonowego została skalkulowana poniżej kosztów i z tego względu spełnia przesłanki ceny rażąco niskiej.

Uzasadnienia dla tego rodzaju działania nie stanowi również tzw. efekt skali. Prawdą jest, iż w ramach umowy ramowej stanowiącej przedmiot postępowania Zamawiający przewidział możliwość udzielenia większej liczby pojazdów pięciocłonowych niż pojazdów dwuczłonowych. Jednakże ze względu na konstrukcję zamówienia - umowa ramowa, która nie daje wykonawcy jakiegokolwiek gwarancji czy Zamawiający zamówi pojazdy i w jakiej ilości zamówi i tym samym Wykonawca nie wie, jakie pojazdy i w jakiej ilości będzie zobowiązany utrzymywać - nie jest możliwe zaplanowanie istotnej redukcji kosztów materiałowych przez wykonawcę np. w postaci zakupu materiałów dla znacznej liczby pojazdów z wyprzedzeniem. Co więcej, zasadnicza część wymagań zawartych w załączniku nr do SIWZ jest tożsama w zakresie pojazdów dwuczłonowych i pięciocłonowych. Wypada również zwrócić, że Zamawiający jako kryterium oceny ofert uczynił nie łączną cenę utrzymania wszystkich pojazdów, które być może zamówi, ale jednostkową cenę za 1 pojazdokilometr dla pojazdu danego typu. Co więcej, zaoferowana przez Pesę cena za utrzymanie pojazdu

pięcio członowego jest nawet niższa od oferowanych przez Pesę cen za utrzymanie pojazdów o mniejszej liczbie członów w przeszłości, co wynika z poniższej tabeli:

Zamawiający	Rodzaj pojazdu	Stawka netto za 1 km utrzymania Pesa [zł]
Łódzka Kolej Aglomeracyjna	2-członowy EZT	4,32
Woj. Podkarpackie	3-członowy EZT	0,01 (cena rażąco niska)
Południowa Grupa Zakupowa	3-Członowy EZT	1,51
Woj. Podkarpackie	3-członowy EZT	1,06
Woj. Podkarpackie	2-członowy EZT	1,17
Woj. Małopolskie	2-13-członowe EZT	1,02
PKP Intercity	8-członowy EZT	1,98
PKP Intercity	8-członowy EZT	3,02
Łódzka Kolej Aglomeracyjna	3-członowy EZT	3,30
Woj. Podkarpackie	3-członowy EZT	1,67
Woj. Podkarpackie	4-członowy EZT	2,05
Niniejsze postępowanie	2-członowy EZT	0,95
Niniejszej postępowanie	5-członowy EZT	0,83

Zamawiający powziął wątpliwości co do realności cen zaofertowanych przez Pesa i w piśmie z dnia 7 września 2017 r. nr MWZ3-26-6-76-2017 wezwał Pesę do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Dowody: pismo Zamawiającego z dnia 7 września 2017 r. nr MWZ3-26-6-76-2017 wraz z wyjaśnieniami Pesa (w aktach postępowania). Wobec faktu, że w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie Zamawiający zastosował wobec Pesy procedurę wyjaśniającą cenę, to na wykonawcy Pesa spoczywa na ciężar dowodu wykazania, iż zaofertowana cena nie jest rażąco niska (zgodnie z art. 90 ust. 2 p.z.p.). Odwołujący nie jest w stanie odnieść się konkretnie do wyjaśnień, jakie złożyła Pesa, ponieważ zostały one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednak w ocenie Odwołującego, wyjaśnienia te nie mogą obalić domniemania rażąco niskiej ceny, świadczenie usług utrzymania pojazdów pięciczłonowych na poziomach P1-P3 oraz naprawy na poziomie P4 w cenach zaofertowanych przez Pesę bez poniesienia znacznych strat finansowych, a ceny zaofertowane przez Pesę znacząco odbiegają od cen rynkowych. Odwołujący wnosi o przeprowadzenie szczegółowej weryfikacji wyjaśnień przez KIO, ze szczególnym uwzględnieniem dostępnych Pesie indywidualnych czynników wymienionych w art. 90 ust. 1 pkt. 1 i 2 pzp. oraz ocenę czy wyjaśnienia te były wystarczająco rzetelne, precyzyjne, konkretne, oparte na wiarygodnej i szczegółowej kalkulacji, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, pozwalające na ich przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także o ocenę czy dokonana przez Zamawiającego ocena tych wyjaśnień była prawidłowa.

2.3. Wniosek o powołanie biegłego

Na wypadek gdyby KIO uznała, iż do rozstrzygnięcia zasadności zarzutów dotyczących rażąco niskich ceny zaoferowanych przez Stadler i Pesa, w szczególności weryfikacji wyjaśnień złożonych przez tych wykonawców, niezbędne jest posiadanie wiadomości specjalnych. Odwołujący wnosi o powołanie biegłego, którego zadaniem byłoby;

1. ustalenie, (i) czy zaoferowane przez wykonawcę Stadler ceny utrzymania pojazdów dwuczłonowych i pięcioczłonowych na poziomach P1-P3 oraz naprawy na poziomie utrzymania P4 zostały skalkulowane z uwzględnieniem wszystkich składników kosztowych utrzymania pojazdów kolejowych tego rodzaju zgodnie z wymaganiami SIWZ, (ii) czy przyjęte przez Stadler ceny i koszty jednostkowe mieszczą się w zakresie cen rynkowych, (iii) czy Stadler dysponuje jakimikolwiek indywidualnymi czynnikami, niedostępnymi dla innych wykonawców działających na rynku, który pozwalałyby w istotny sposób na obniżenie kosztów i ceny utrzymania pojazdów, i na tej podstawie ustalenie, czy zaoferowane przez Stadler ceny utrzymania pojazdów dwuczłonowych i pięcioczłonowych na poziomach P1-P3 oraz naprawy na poziomie utrzymania P4 nie zostały skalkulowane na poziomie niższym od rzeczywistych kosztów i czy odpowiadają cenom rynkowym;

2. ustalenie, (i) czy zaoferowane przez wykonawcę Pesa ceny utrzymania pojazdów pięcioczłonowych na poziomach P1-P3 oraz naprawy na poziomie utrzymania P4 zostały skalkulowane z uwzględnieniem wszystkich składników kosztowych utrzymania pojazdów kolejowych tego rodzaju zgodnie z wymaganiami SIWZ, {fi} czy przyjęte przez Pesę ceny i koszty jednostkowe mieszczą się w zakresie cen rynkowych, (iii) czy Pesa dysponuje jakimikolwiek indywidualnymi czynnikami, niedostępnymi dla innych wykonawców działających na rynku, który pozwalałyby w istotny sposób na obniżenie kosztów i ceny utrzymania pojazdów, i na tej podstawie ustalenie, czy zaoferowane przez Pesę ceny utrzymania pojazdów pięcioczłonowych na poziomach P1-P3 oraz naprawy na poziomie utrzymania P4 nie zostały skalkulowane na poziomie niższym od rzeczywistych kosztów i czy odpowiadają cenom rynkowym;

Powyższy wniosek jest uzasadniony, ponieważ zarzuty dotyczą utajnionej dokumentacji (wyjaśnień), do której Odwołujący nie ma dostępu, a przedmiotowe wyjaśnienia mogą zawierać okoliczności wymagające wiadomości specjalnych.

3. Czyn nieuczciwej konkurencji

Niezależnie od powyższego, zaoferowanie przez Stadler obiektywnie niemożliwej do dotrzymania wartości We oraz zaoferowanie przez Stadler i Pesę cen rażąco niskich za świadczenie usług utrzymania stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 Ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interesy innego przedsiębiorcy lub klienta. Według sformułowanej przez doktrynę

definicji za „dobre obyczaje” uważa się zachowanie „zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne, niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi cechami oferowanych towarów i usług”, (J. Szwaja, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - Komentarz, CH, Beck, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 157). W związku z tym zakazy zawarte w przedmiotowej ustawie mają za cel przeciwdziałanie postępowaniu się przez przedsiębiorców nieuczciwymi praktykami, które pozwoliłyby im osiągnąć lepszą pozycję na rynku kosztem konkurentów (por. m. in. wyrok SN z dnia 2 lutego 2001 r. IV CKN 255/00, OSNC 2001, nr, poz 137). W tym kontekście zaoferowanie przez Stadler współczynników We na poziomie nierealnym i niemożliwym do osiągnięcia stanowi działanie mające na celu uzyskanie zamówienia w sposób godzący w zasadę uczciwości kupieckiej. Albowiem „zachowaniem godzącym w zasady uczciwej konkurencji jest oferowanie świadczenia w konkretnych warunkach niewykonalnego do spełnienia po to tylko by uzyskać zamówienie” (por. wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2010 r, sygn. akt KIO/UZP 1059/10). Podobną tezę należy postawić w stosunku do zaoferowania przez Pesę oraz Stadler rażąco niskich cen utrzymania, ponieważ tego rodzaju postępowanie narusza podstawowe zasady uczciwej konkurencji i prowadzi do wypaczenia cen na rynku. Ponadto opisane powyżej postępowanie narusza interesy zarówno podmiotu konkurencyjnego - Odwołującego, jak i Zamawiającego. Interesy Odwołującego są naruszone, ponieważ na skutek sprzecznych z dobrymi obyczajami działaniami wykonawcy Stadler i wykonawcy Pesa, Odwołujący zostanie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Natomiast interesy Zamawiającego doznają uszczerbku, ponieważ Zamawiający nigdy nie otrzyma pojazdów o oferowanych przez wykonawcę Stadler cechach (We), co spowoduje cały szereg negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego, w tym zagrożenie utraty dofinansowania na realizację zamówienia. Ponadto, wobec zaoferowania cen rażąco niskich, oraz 18 letniego okresu ich świadczenia powstanie istotne ryzyko, że wykonawca po pewnym czasie nie będzie w stanie ich efektywnie realizować. Przedmiotowe postępowanie w ocenie Odwołującego można określić jako de facto próbę uzyskania zamówienia „za wszelką cenę”, niezależnie od obiektywnych ograniczeń, wymagań SIWZ oraz kosztów realizacji. Odwołujący podnosi przy tym, iż zarówno w przypadku Pesy jak i Stadler nie jest to pierwszy tego rodzaju przypadek w postępowaniach na dostawę i utrzymanie pojazdów szynowych. Odwołujący wskazał, że oferta Pesy została odrzucona ze względu na rażąco niską cenę w postępowaniu na dostawę i utrzymanie pojazdów dla Województwa Małopolskiego w 2015 roku (por. wyrok KIO 2407/15) oraz w postępowaniu na dostawę i utrzymania pojazdów dla Województwa Podkarpackiego (por. wyrok KIO 1252/13), natomiast oferta Stadlera została odrzucona ze względu na zaoferowanie współczynnika efektywności kosztowej (zużycia energii) obliczonego w sposób niezgodny z SIWZ w postępowaniu na dostawę i utrzymanie pojazdów dla Łódzkiej Kolei Aglomeracyjnej w 2016 roku (por. wyrok KIO 2167/16),

Wobec powyższego, oferty wykonawców Stadler i Pesa powinny zostać odrzucone, czego zaniechał Zamawiający.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie wskazując w szczególności następujące okoliczności:

Zarzuty Odwołującego koncentrują się na kwestii nierealnie niskiego, zdaniem Odwołującego, zużycia energii przez pojazdy zaoferowane przez Stadler Polska Sp. z o.o. oraz cenach za usługi utrzymania pojazdów, które zdaniem Odwołującego, są rażąco niskie. Ustosunkowując się do kwestii zużycia energii przez pojazd zaoferowany przez Stadler wskazał, co następuje:

a. Zamawiający dysponuje wynikami rzeczywistych pomiarów dotyczących zużycia energii przez pojazd czterocłonowy produkcji Stadler (Flirt), który to pojazd eksploatuje Zamawiający. Pierwszego pomiaru zużycia energii przez pojazd Stadler na odcinku referencyjnym Zamawiający dokonał w dniu 25.08.2017r. Pomiar wykazał zużycie na poziomie 906 kWh (6,3690 kWh na jeden pojazdokilometr). W dniach od 02 do 06.11.2017r. Zamawiający dokonał kolejnych pomiarów zużycia energii przez pojazdy Stadler, NEWAG i PESA. W wyniku pomiarów na odcinku referencyjnym wskazanym w SIWZ ustalone zużycie wyniosło odpowiednio 932 kWh (6,5518 kWh na jeden pojazdokilometr) dla pojazdu Stadler, 1278 kWh (8,9841 kWh na jeden pojazdokilometr) dla pojazdu PESA i 1447 kWh (10,1722 kWh na jeden pojazdokilometr) dla pojazdu NEWAG. Porównanie wyników zużycia energii pojazdów PESA i NEWAG względem pojazdu Stadler wskazuje, że jest ono odpowiednio wyższe o 37,1% i 55,3%. Wykonanie tak dokładnych pomiarów zużycia energii było możliwe z uwagi na indywidualne opomiarowanie wszystkich pojazdów Zamawiającego certyfikowanymi licznikami energii. Wykonane pomiary wskazują, że- przy podobnych parametrach związanych z masą i długością pojazdów (czterocłonowe pojazdy Stadler i PESA) możliwe jest uzyskanie 40% różnicy w zużyciu energii. Dowód: notatki służbowe zjazd kontrolnych pojazdów Stadler, NEWAG i PESA. Każdy z producentów wyliczając zużycie energii przez pojazdy dwuczłonowe zachował proporcję zużycia pomiędzy pojazdami dwu i pięciocłonowymi. Proporcje te dla poszczególnych wykonawców mieszczą się w przedziale od 48% do 57%. Zadeklarowana przez Stadler wartość mieści się w przedziale pomiędzy wartością wskazaną przez NEWAG i PESA.

b. Wyjaśnienia Stadler złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego również uzasadniają stanowisko, że zużycie energii wskazane w ofercie tego wykonawcy jest realne. Wykonawca wskazał szereg innowacyjnych rozwiązań technicznych powodujących

oszczędność energii. Mając na uwadze przedstawione przez Stadler wyjaśnienia, a także pomiary zużycia energii wykonane przez Zamawiającego w eksploatowanych pojazdach, w tym różnice w ilości zużytej energii przez tabor NEWAG i PESA w stosunku do pojazdów Stadler, zaoferowane zużycie energii nie może być uznane za nierealne.

c. Wyliczenia Odwołującego przedstawione w odwołaniu są wyliczeniami wyłącznie teoretycznymi, które nie dotyczą rzeczywistego, istniejącego pojazdu. Z treści oferty wynika, że pojazd produkcji Stadler będzie pojazdem nowego typu. Należy również zwrócić uwagę, że Odwołujący buduje swoją argumentację w oparciu o ustalenia dotyczące przejazdów własnym pojazdem, co w żaden sposób nie może uzasadniać nierealności w zakresie zużycia energii przez pojazd innego wykonawcy. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że masa pojazdu nie ma wpływu, bądź ma wyłącznie minimalny wpływ na zużycie energii. Z ogólnych zasad fizyki wynika, że do wprowadzenia w ruch pojazdu o większej masie niezbędna jest większa ilość energii. Potwierdzeniem tego jest również fakt, że w każdej z ofert zużycie energii przez pojazd z pasażerami (brutto) jest znacząco wyższe niż zużycie energii przez tzw. pojazd próżny.

d. Zamawiający wnosi o oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego. Dowód ten jest zbędny dla rozstrzygnięcia sprawy. Zamawiający przedstawił porównanie rzeczywistego zużycia energii przez pojazdy Stadler, NEWAG i PESA, które potwierdza, iż zakładane zużycie energii jest możliwie do osiągnięcia przez pojazd Stadler. Również w zakresie dotyczącym cen usług utrzymania pojazdów Zamawiający wnosi o oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ponieważ dysponuje rzeczywistymi danymi co do kosztów usług serwisowych.

e. Odnosząc się do zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny w ofertach Stadler i PESA wskazał na wyrok o sygn. akt KIO 2622/14 i stwierdził: „Mianem rażąco niskiej ceny określa się cenę niewiarygodną, nierealistyczną, odbiegającą wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z należytą starannością oraz cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub cen rynkowych, tj., cenę, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Cena rażąco niska jest więc ceną nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m. in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologicznoorganizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Z kolei w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 88/09 wskazano: Pojęcie ceny "rażąco niskiej" pozostaje pojęciem nieostrym, bez względu na

zastosowanie pomocniczo wykładni tego pojęcia przy użyciu Słownika Języka Polskiego P PW. Nieostrość ta nie może być w ten sposób usunięta, ponieważ Słownik czy inne tego typu źródła tłumacząc pojęcie posługują się dalszymi pojęciami o również nieostrym charakterze jak "wyraźna" czy "bardzo duża" różnica w cenie, które podlegają interpretacji subiektywnej. Należy zatem oprzeć analizę na innych kryteriach. Należą do nich przykładowo: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów”.

Zamawiający, po dokonaniu analizy wyjaśnień złożonych przez Stadler w niniejszym postępowaniu, doszedł do wniosku, iż cena zaoferowana przez tego wykonawcę za usługi utrzymania pojazdów nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający dokonał analizy kosztów utrzymania P1 -P3 eksploatowanych pojazdów Stadler w okresie od kwietnia 2017r. do września 2017r. oraz kosztów napraw P4. Analiza wykazała, że średnie koszty utrzymania na jeden pojazdokilometr są niższe niż zaoferowane przez wykonawcę Stadler, a zaoferowana przez Stadler cena za naprawy P4 jest porównywalna z cenami tego typu napraw dla eksploatowanego przez Zamawiającego taboru. W świetle powyższej analizy oraz w kontekście wyjaśnień złożonych przez Stadler i uznanych za wyczerpujące i rzetelne, Zamawiający uznał, że zaoferowane w postępowaniu stawki za utrzymanie pojazdów pięcioczęłonowych i dwuczęłonowych są realne.

Odwołujący analizując oferty na utrzymanie oferowanych wcześniej przez Stadler pojazdów doszedł do błędnych wniosków. Prosta analiza odnosząca się wyłącznie do długości pojazdu (liczby członów) jest nieuprawniona. Odwołujący nie odnosi się wcale do zakresu świadczonych usług w ramach utrzymania, co dla każdego postępowania jest odmienne i wpływa na kształtowanie się cen. Przykładowo w postępowaniu na dostawę trójczłonowych pojazdów dla Łódzkiej Kolei Aglomeracyjnej, o czym Odwołujący ma wiedzę, ponieważ jest wykonawcą tego zamówienia, w cenie 1,80 zł netto za pojazdokilometr zawierały się również koszty wykonania napraw P4, które u Zamawiającego są płatne oddzielnie. Powyższe dotyczy także zamówień realizowanych dla PKP Intercity, które również obejmowały wykonanie napraw w poziomie utrzymania P4. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że pojazdy dla PKP Intercity przeznaczone były dla ruchu dalekobieżnego, do poruszania się z prędkością 200 km/h, co powoduje, że są one co do zasady droższe w utrzymaniu niż pojazdy dla ruchu regionalnego. Na cenę utrzymania pojazdów mają wpływ przede wszystkim:

- ✓ długość i przeznaczenie pojazdów,

- ✓ skala zamówienia (liczba utrzymywanych pojazdów — im większa liczba tym niższe koszty stałe w przeliczeniu na jeden pojazd),
- ✓ cykl przeglądowo-naprawczy ustanowiony przez producenta,
- ✓ zakres świadczonych usług w ramach utrzymania (niejednokrotnie Zamawiający pozostawia część z nich w swojej gestii),
- ✓ konieczność zapewnienia części zamiennych do napraw bieżących (zryczałtowana opłata w stawce lub niezależnie po każdym uszkodzeniu),
- ✓ zakres wykorzystania pracowników Zamawiającego do realizacji usługi,
- ✓ koszty zaplecza.

NEWAG w treści uzasadnienia odwołania próbuje więc dokonać porównania całkowicie odmiennych usług, które nie pokrywają się swoim zakresem w wyżej wymienionych aspektach. W związku z powyższym zarzuty NEWAG dotyczące rażąco niskiej ceny w ofercie Stadler należy uznać za chybione.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Stadler Polska Sp. z o.o. z Siedlec [Przystępujący Stadler] oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A. z Bydgoszczy – wnosząc o oddalenie odwołania.

Sygn. akt: KIO 2237/17

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum - Pojazdy Szynowe Pesa Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy oraz Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (konsorcjum Pesa zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1) i 2) Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w z art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Stadler oraz wybór tej oferty jako oferty najkorzystniejszej, a to na skutek nieprawidłowej oceny oferty wskazanego wykonawcy w zakresie oferowanego współczynnika We5, tj. współczynnika efektywności pięcioczęłowego elektrycznego zespołu trakcyjnego oraz współczynnika We2, tj. współczynnika efektywności dwuczęłowego elektrycznego zespołu trakcyjnego, które zostały skalkulowane przez Stadler w sposób sprzeczny ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako SIWZ), przepisami prawa powszechnie obowiązującego i stanem wiedzy technicznej;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 387 par.1 ustawy - Kodeks cywilny w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Stadler i wybór tej oferty jako oferty najkorzystniejszej, mimo iż złożona oferta jest nieważna, ponieważ zaoferowany przedmiot zamówienia obejmuje (w zakresie osiągnięcia współczynnika efektywności i zużycia energii) świadczenie niemożliwe co wedle regulacji prawa cywilnego czyni umowę nieważną z mocy prawa;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w.ZW. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Stadler i wybór tej oferty jako oferty najkorzystniejszej, mimo iż złożenie przedmiotowej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw z art. 7 ust. Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy Stadler i wybór tej oferty jako oferty najkorzystniejszej, pomimo zaistnienia w stosunku do tego podmiotu przesłanki wykluczenia w postaci przedstawienia przez Stadler informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w zakresie oferowanego współczynnika We5, tj. współczynnika efektywności pięcioczęłowego elektrycznego zespołu trakcyjnego oraz współczynnika We2, tj. współczynnika efektywności dwuczłonowego elektrycznego zespołu trakcyjnego, stanowiących informacje mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, w tym ocenę Oferty Stadler w zakresie kryteriów „We5 - efektywności pięcioczęłowego elektrycznego zespołu trakcyjnego” i „We2 Współczynnik efektywności dwuczłonowego elektrycznego zespołu trakcyjnego”;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Stadler w sytuacji, gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania;
- 6) art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na bezpodstawne przyjęcie, że Stadler wykazał, że zaoferowana cena oferty w zakresie jej istotnej części składowej w postaci stawki za 1 pojazdokilometr utrzymania dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych w poziomach utrzymania P1, P2, P3 nie jest rażąco niska, podczas gdy prawidłowa ocena złożonych przez Stadler wyjaśnień rażąco niskiej ceny winna prowadzić do wniosku, iż Stadler nie wykazał, iż oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny we wskazanym zakresie;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp w zw. z art, 90 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Stadler, podczas gdy istotna część składowa ceny oferty Stadler - stawka za 1 pojazdokilometr utrzymania dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych w poziomach utrzymania P1, P2, P3. jest rażąco niska;
- 8) art. 91 ust. 1 Pzp w z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na uznanie oferty Stadler za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy w rzeczywistości oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w

Postępowaniu, bowiem prawidłowe ustalenie danych w kryterium We5 i We2 winno skutkować przyznaniem Stadler mniejszej ilości punktów łącznie w ramach kryterium oceny ofert co z kolei spowodowałoby zmianę pozycji Stadler w rankingu ofert i uznaniem, że nie jest ona ofertą najkorzystniejszą; nadto zarzucam;

- 9) art. 7 ust. 3 Pzp z uwagi na udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp; ewentualnie
- 10) art. 89 ust. 1 pkt 6) Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Stadler, która zawiera błędy w obliczeniu ceny stawki za 1 pojazdokilometr utrzymania dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych w poziomach utrzymania P1, P2, P3;
- 11) art. 93 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 i art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na unieważnienie Postępowania pomimo faktu, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; dokonania ponownego badania i oceny ofert w przedmiotowym Postępowaniu; wykluczenia z Postępowania wykonawcy Stadler i w konsekwencji odrzucenie oferty wykonawcy Stadler, a w przypadku nieuwzględnienia wniosku o nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Stadler; dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego; ewentualnie: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania.

Wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania.

Odwołujący podał, że posiada interes w złożeniu odwołania. Jego oferta została sklasyfikowana przez Zamawiającego jako druga w rankingu złożonych w toku Postępowania ofert. Gdyby natomiast Zamawiający nie dopuścił się niezgodnych z prawem czynności i zaniechań, które szczegółowo zostaną opisane i omówione w dalszej części odwołania, oferta Odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na pierwszej pozycji i zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Wskutek niezgodnych z przepisami pzp czynności Zamawiającego Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów pzp, Odwołujący ponosi szkodę wskutek niezyskania zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów podał w szczególności:

W toku badania ofert, Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do wykonawcy Stadler o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie między innymi zaoferowanej przez ten podmiot w ofercie stawki za 1 pojazdokilometr utrzymania (P1-P3) pojazdów dwuczłonowych. W ramach udzielanych wyjaśnień Stadler zobowiązany został do przedstawienia szczegółowej kalkulacji stawki, we wszystkich obszarach wpływającej na ich ukształtowanie. W dniu 11 października 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców, o wyborze najkorzystniejszej Oferty. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy Stadler, której Zamawiający przyznał łącznie 99,1544 pkt. Na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta Odwołującego, któremu przyznano łącznie 87,7524 pkt. Na trzecim miejscu sklasyfikowana została oferta wykonawcy NEWAG S.A., któremu Zamawiający przyznał łącznie 79,4618 pkt. W ocenie Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Stadler, a także ofert wykonawcy Stadler, jest niezgodna z przepisami pzp.

W punkcie 7 odwołania (od str 6) co do zarzutu zaoferowania przez Stadler wskaźnika We5, tj. współczynnika efektywności pięcioczłonowego elektrycznego zespołu trakcyjnego oraz Wskaźnika We2, tj. współczynnika efektywności dwuczłonowego elektrycznego zespołu trakcyjnego Odwołujący wskazał:

7.1. Zgodnie z pkt. XVI ust. 1 lp. 6 i 7 SIWZ, Zamawiający przewidział m.in. następujące kryteria oceny ofert:

7.1.1. *We5 - Współczynnik efektywności elektrycznego zespołu trakcyjnego (dalej jako współczynnik We5) o wadze 10%;*

7.1.2. *We2 - Współczynnik efektywności dwuczłonowego elektrycznego zespołu trakcyjnego (dalej jako współczynnik We2) o wadze 3%;*

7.2. Zgodnie z pkt. VI ust. 2 ppkt 6) i 7) SIWZ zasady przyznawania wykonawcom punktów w ramach wskazanych kryteriów były następujące:

7.2.1. *wykonawca, który w swojej ofercie zaoferuje najniższą wartość współczynnika We5, otrzyma 100,00W pkt, zaś pozostali wykonawcy odpowiednio mniej punktów, wg następującego wzoru:*

$We5 = We5 \text{ z oferty z najniższą Wartością współczynnika} / We5 \text{ z oferty badanej} \times 100 \text{ pkt}$

Uzyskane w ten sposób punkty zostaną następnie pomnożone przez współczynnik 0,1 odpowiadający wadze tego kryterium (a zatem maksymalna liczba punktów możliwych do uzyskania w ramach wskazanego kryterium wynosi 10 pkt).

7.2.2. wykonawca, który w swojej ofercie zaoferuje najniższą wartość współczynnika We_2 , otrzyma pkt, zaś pozostali wykonawcy odpowiednio mniej punktów, wg następującego wzoru:
 $We_2 = We_2 \text{ z oferty z najniższą Wartością współczynnika} / We_2 \text{ z oferty badanej} \times 100 \text{ pkt}$.

Uzyskane w ten punkty zostaną następnie pomnożone przez współczynnik 0,03 odpowiadający wadze tego kryterium (a zatem maksymalna liczba punktów możliwych do uzyskania w ramach wskazanego kryterium wynosi 3 pkt).

7.3. W oparciu o powyższe dane, w piśmie z dnia 11 października 2017 roku zawierającym informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający podał, że przyznał poszczególnym wykonawcom następującą liczbę punktów:

7.3.1. wykonawcy NEWAG S.A.:

7.3.1.1. w zakresie współczynnika We_5 - 5,8559 pkt;

7.3.1.2. w zakresie współczynnika We_2 - 1,6120 pkt;

7.3.2. wykonawcy PSA:

7.3.2.1. w zakresie współczynnika We_5 4,7465 pkt;

7.3.2.2. w zakresie współczynnika We_2 - 1,5785 pkt;

7.3.3. wykonawcy Stadler:

7.3.3.1. w zakresie współczynnika We_5 - 10,000 pkt;

7.3.3.2. w zakresie współczynnika We_2 - 3,000 pkt;

7.4. Z powyższej informacji wynika, że Stadler w przypadku obu współczynników podał w swojej ofercie wartości najniższe i uzyskał maksymalne ilości punktów.

7.5. Wartość współczynnika We_5 i We_2 oblicza się, zgodnie z treścią pkt. XVI ust. 5 ppkt 1) SIWZ poprzez podzielenie zadeklarowanego (odpowiednio dla pięcio- i dwuczłonowego pojazdu) zużycia energii trakcyjnej (bez rekuperacji) dla masy eksploatacyjnej pod normalnym obciążeniem użytecznym na odcinku referencyjnym (dalej jako wskaźnik zużycia energii) przez liczbę stałych miejsc siedzących pojazdu.

7.6. Odwołujący stwierdził, że jakkolwiek Stadler utajnił w swojej ofercie informacje o wartości wskaźników, które miały wpływ na sposób obliczenia współczynnika We_5 i współczynnika We_2 (tj. wskaźników zużycia energii elektrycznej przez oba typy pojazdów oraz liczby stałych miejsc siedzących w obu typach pojazdów), jak również o samej wartości obu współczynników We_5 i We_2 , informację tę można obliczyć za pomocą działań arytmetycznych w oparciu o dane posiadane przez każdego z wykonawców.

Obliczenie wartości współczynnika We5 i We2 z oferty Stadler możliwe jest bowiem poprzez podstawienie przez każdego wykonawcę do przywołanych w pkt. 7.2.1 i 7.2.2 wzorów arytmetycznych wartości własnego współczynnika We5 lub We2.

7.7.W oparciu o powyższą metodologię, w odniesieniu do współczynnika We5 Odwołujący obliczył, że oferta Stadler zawierała współczynnik o wartości 3,7632, przy deklarowanym zużyciu energii na poziomie 1012,292 KWh oraz stałych miejsc siedzących w pojeździe w liczbie 269. Dane te Odwołujący ustalił w następujący sposób:

7.7.1. w zakresie współczynnika We5 - posłużył się metodologią opisaną w pkt 7.6;

7.7.2. w zakresie liczby stałych miejsc siedzących pojazdu - Odwołujący posłużył się punktacją przyznaną poszczególnym wykonawcom w ramach kryterium „Lsm5 Liczba stałych miejsc siedzących w pięcioczłonowym elektrycznym zespole trakcyjnym” (vide: pkt XVI ust. 1 lp. 14 SIWZ). W ramach tego kryterium wykonawca, który w swojej ofercie zaoferuje największą liczbę stałych miejsc siedzących, otrzyma pkt, zaś pozostali wykonawcy odpowiednio mniej punktów, wg następującego wzoru:

$$\text{Lsm5} = \text{Lsm5 z oferty badanej} / \text{Lsm5 z oferty z największą liczbą stałych miejsc siedzących} \times 100 \text{ pkt}$$

Uzyskane w ten sposób punkty zostaną następnie pomnożone przez współczynnik 0,05 odpowiadający wadze tego kryterium (a zatem maksymalna liczba punktów możliwych do uzyskania w ramach wskazanego kryterium wynosi 5 pkt). W związku z tym Odwołujący, opierając się o jawne informacje dotyczące punktacji przyznanej poszczególnym wykonawcom w ramach kryterium liczby stałych miejsc siedzących w pięcioczłonowym elektrycznym zespole trakcyjnym (NEWAG S.A. 4,8885 pkt, PESA - 4,3123 pkt, Stadler 5,000 pkt) oraz o wiedzę Odwołującego co do liczby miejsc siedzących przedstawionych we własnej ofercie, Odwołujący podstawiał te dane do przywołanego wyżej wzoru arytmetycznego i na tej obliczył, że Stadler w swojej ofercie zaoferował pojazd pięcioczłonowy o 269 stałych miejscach siedzących.

7.7.3. w zakresie wskaźnika zużycia energii Odwołujący obliczył tę wartość poprzez przemnożenie ustalonego współczynnika We5 oferty Stadler (3,7632) przez liczbę stałych miejsc siedzących dla pojazdu pięcioczłonowego (269)* uzyskując tym samym wartość 1012,292 KWh;

7.8.W odniesieniu natomiast do współczynnika We2 Odwołujący obliczył, że w ofercie Stadler podano współczynnik o wartości 4,6071, przy deklarowanym zużyciu energii na poziomie 460,7100 KWh oraz stałe miejsca siedzące w pojeździe w liczbie co najmniej 100. Dane te Odwołujący ustalił w następujący sposób:

7.8.1. w zakresie współczynnika We2 - posłużył się metodologią opisaną w pkt. 7.6;

7.8.2. w zakresie liczby stałych miejsc siedzących pojazdu Odwołujący, w oparciu o udostępnione w Postępowanie informacje, w tym dane udostępnione w ofercie Stadler, ustalił,

że Stadler zaoferował pojazd dwuczłonowy Flirt3, który posiada łącznie co najmniej 100 stałych miejsc siedzących;

7.8.3. w zakresie wskaźnika zużycia energii - Odwołujący obliczył tę wartość poprzez przemnożenie ustalonego współczynnika We2 oferty Stadler (4.6071) przez liczbę stałych miejsc siedzących dla pojazdu dwuczłonowego (co najmniej 100), uzyskując tym samym wartość 460,7100 KWh (jest to wartość przy zaoferowaniu minimalnej liczby stałych miejsc siedzących wynikającej z SIWZ, tj. 100);

7.9. Stadler oświadczył zatem w ofercie, że zużycie energii elektrycznej przez pojazdy pięcio- i dwuczłonowe, obliczone wedle zasad określonych przez Zamawiającego w treści SIWZ wynosić będzie odpowiednio:

7.9.1. dla pojazdu pięcioczłonowego - 1012A92 KWh;

7.9.2. dla pojazdu dwuczłonowego - 460,7100 KWh.

7.10. Odwołujący podniósł, że osiągnięcie podawanych przez Stadler wskaźników zużycia energii, przy uwzględnieniu parametrów Określonych przez Zamawiającego, oraz przepisów i norm, jest niemożliwe w świetle aktualnego stanu techniki i wiedzy technicznej, co Odwołujący wykaże w przedmiotowym postępowaniu za pomocą odpowiednich środków dowodowych.

7.11. W ocenie Odwołującego w stosunku do oferty wykonawcy Stadler zachodzą przesłanki jej odrzucenia. Zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 1) i 2) pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest ona niezgodna z ustawą lub jej treść nie odpowiada SIWZ. W ocenie Odwołującego, powyższe okoliczności jednoznacznie świadczą natomiast o tym, że oferta Stadler została skalkulowana w zakresie współczynnika We2 i We5 w niezgodny z wymogami SIWZ, przepisami ustawy bądź zasadami aktualnej wiedzy technicznej.

7.12. Niezależnie od powyższego, Odwołujący podkreślił, że w świetle aktualnego stanu techniki i wiedzy technicznej oraz obowiązujących przepisów i norm, uzyskanie podawanych przez Stadler parametrów zużycia energii, przy uwzględnieniu opisanego przez Zamawiającego sposobu ich obliczenia, a w konsekwencji również współczynnika We2 i We5, jest nierealne i niemożliwe, Świadczenie, którego dotyczy oferta Stadler, stanowi zatem świadczenie niemożliwe w rozumieniu 387 § Kodeksu cywilnego, co implikuje umowy ewentualnie zawartej z Stadler, a także nieważność oferty, w której opisane świadczenie niemożliwe zostało zaoferowane. W stosunku do oferty Stadler zachodzi zatem przesłanka odrzucenia zdefiniowana w art. 89 ust, pkt 8) pzp, tj. nieważność oferty na podstawie przepisów odrębnych (w tym przypadku przepisów Kodeksu cywilnego).

7.13. Odwołujący wskazał, że wskazanych przez Stadler obiektywnie niemożliwych do uzyskania w świetle aktualnego stanu wiedzy i obowiązujących przepisów oraz wartości współczynnika efektywności We5 We2 oraz wskaźników zużycia energii dla pięcio i dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, stanowi również czyn nieuczciwej

konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z tym przepisem, czyn nieuczciwej konkurencji stanowi działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, za działania godzące w zasadę uczciwej konkurencji uznaje się natomiast m.in. oferowanie świadczenia w konkretnych warunkach niewykonalnego do spełnienia po to tylko, by uzyskać zamówienie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2010 roku, sygn. akt: KiO/UZP 1059/10). Podkreślić przy tym należy, że złożona przez Stadler oferta narusza interesy Odwołującego (który został wskutek opisanych okoliczności został sklasyfikowany na drugim miejscu w rankingu ofert, a w przypadku wyeliminowania opisanych nieprawidłowości to oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą – Odwołujący pozbawiony został tym samym możliwości uzyskania zamówienia), jak również Zamawiającego, który nie otrzyma pojazdów o parametrach za&klarowanych przez Stadler (a w rezultacie Zamawiający ponieść może daleko idące konsekwencje finansowe). Tym samym, w stosunku do oferty Stadler zaistniała również przesłanka jej odrzucenia zdefiniowana w art. 89 ust. 1 pkt 3).

7.14. Nadto, opisane wyżej okoliczności czynią uzasadnionym, że Stadler zawarł w ofercie informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do osiągania przez pojazdy oferowane przez Stadler określonych parametrów zużycia energii oraz współczynnik efektywności We2 i We5, a zatem informacje istotne z punktu widzenia czynności oceny ofert. Okoliczności te stanowią natomiast jedną z przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17) pzp. Prawidłowe zastosowanie tego przepisu w konsekwencji powinno prowadzić do odrzucenia oferty Stadler jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego Wykluczeniu z udziału w Postępowaniu.

W punkcie 8 odwołania (od str 11) przedstawił uzasadnienie do zarzutów odnoszących się do zaoferowanej przez Stadler stawki za 1 pojazdokilometr utrzymania dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych w poziomach utrzymania P1, P2, P3:

8.1. Oferta Stadler podlega odrzuceniu z uwagi na to, że zawiera ona rażąco niską cenę w rozumieniu art. 90 ust. pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt, 4) Pzp w zakresie odnoszącym się do istotnej części składowej ceny w postaci stawki za 1 pojazdokilometr utrzymania dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych w poziomach utrzymania P1, P2, P3.

8. 2. Odwołujący wskazał na art. 90 ust. 1 pzp, zgodnie z którym, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

8.3. Z treści oferty Stadler, wykonawca ten zaoferował stawkę 0,60zł netto (0,74 zł brutto) za 1 pojazdokilometr utrzymania dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych w poziomach utrzymania P1, P2, P3. Odwołujący zweryfikował przedmiotową stawkę i podnosi w związku z tym, że zaoferowana kwota nie pokrywa choćby najbardziej podstawowych kosztów utrzymania pojazdu dwuczłonowego, jakie każdy z wykonawców winien był obiektywnie uwzględnić przy kalkulacji oferty, w tym omawianej stawki utrzymania, co Odwołujący wykaże w toku niniejszego postępowania stosownymi środkami dowodowymi. Tym samym, stwierdzić należy, że stawka zaoferowana przez Stadler za utrzymanie pojazdów dwuczłonowych w poziomach utrzymania P1, P2 i P3 (mająca charakter istotny, zwłaszcza wobec faktu, że stanowiła ona jedno z kryteriów oceny ofert):

8.3.1. nie pozwala na zrealizowanie zamówienia zgodnie z SIWZ,

8.3.2. nie zawiera wszystkich elementów kosztotwórczych,

8.3.3. nie zachodzą szczególne okoliczności pozwalające na zastosowanie obniżenia stawki.

8.4. Odwołujący wskazał, że pojęcie rażąco niskiej ceny należy rozumieć jako cenę oferty, która nie na zrealizowanie zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Urząd Zamówień Publicznych „za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej”. Z kolei, w doktrynie podkreśla się, że „o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne”.

8.5. Wskazał na wyrok o sygn. KIO 2017/16 podnosząc, że „cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany. przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających”.

8.6. Istotne jest również, że Stadler w ocenie Odwołującego nie sprostął ciężącemu na nim obowiązku wykazania, że zaoferowana przezeń w ofercie stawka za utrzymanie pojazdów dwuczłonowych nie jest rażąco niska. Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że z uwagi na zastrzeżenie przez Stadler tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie dotyczącym złożonych

wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Odwołujący nie ma możliwości zweryfikowania treści złożonej przez Stadler dokumentacji oraz oświadczeń w tym zakresie.

8.7. Zamawiający powinien odrzucić ofertę Stadler na podstawie art. 90 ust. 3 pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4) pzp, Zaniechanie odrzucenia oferty Stadler powoduje natomiast naruszenie fundamentalnych zasad obowiązujących w ramach prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców.

W punkcie 9 odwołania przedstawił uzasadnienie do zarzutów ewentualnych, dotyczących: zaniechania odrzucenia oferty Stadler, z uwagi na błędy w obliczeniu ceny oraz zaniechania unieważnienia Postępowania pomimo faktu, iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

9.1. Zarzut ewentualny zaniechania odrzucenia oferty Stadler, z uwagi na błędy w obliczeniu ceny w zakresie dotyczącym stawki za 1 pojazdokilometr odniósł do utrzymania dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych w poziomach utrzymania P1, P2 i P3.

9.1.1. Wskazana stawka obejmuje koszty wykonania czynności utrzymaniowych dla danego pojazdu kolejowego określonych poziomami utrzymania P1, P2 i P3, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. z 2016 r., poz. 226 ze zm.). Zatem w celu prawidłowego obliczenia wskazanej stawki dla 1 pojazdu za 1 kilometr przebiegu, wykonawca winien wziąć pod uwagę koszty, nakłady i inne należności, których będzie dla jednego oferowanego pojazdu dwuczłonowego przez cały okres świadczenia usług serwisowych, a następnie podzielić uzyskaną wartość przez maksymalny przebieg tego pojazdu w tym okresie.

9.1.2. Zgodnie z par. 10 ust. 1 Załącznika nr 10 do SIWZ (wzoru umowy ramowej), wykonawca zobowiązany będzie do świadczenia usług serwisowych w zakresie utrzymania pojazdów dwuczłonowych w poziomach utrzymania P1, P2 i P3 przez okres 18 lub do uzyskania przebiegu 3 mln pojazdokilometrów (w zależności od tego co wcześniej nastąpi), W pkt. 1.1 Załącznika nr 2.1 do umowy ramowej, w brzmieniu nadanym modyfikacją z dnia 12 lipca 2017 roku, Zamawiający wskazał, że przewidywany roczny przebieg dla każdego dwuczłonowego elektrycznego zespołu trakcyjnego wyniesie 120.000 km (zamiast pierwotnie wskazanych 180.000 km). Tym samym, zgodnie z przywołanym § 10 ust. 1 Załącznika nr 10 do SIWZ, wartością graniczną okresu świadczenia usług serwisowych będzie upływ 18 lat ich świadczenia, albowiem żaden z oferowanych pojazdów dwuczłonowych nie osiągnie przed upływem tego okresu przebiegu łącznego 3 mln kilometrów ($18 \times 120.000 \text{ km} = 2.160.000 \text{ km}$).

9.1.3. Mając powyższe na uwadze, wartością, którą należało uwzględnić w celu obliczenia realnej stawki za 1 pojazdokilometr utrzymania dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych w poziomach utrzymania PI, PŻ i była wartość 2.160.000 km. nie zaś 3 mln km.

9.1.4. Odwołujący wskazał, że jakkolwiek treść Formularza cenowego, stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ wymuszała dokonanie dla celów porównania cen ofert przemnożenia stawki przez 3 mln km, to w dalszym ciągu obowiązkiem wykonawcy było wskazanie w kolumnie 7 rzędzie 5 formularza stawki za utrzymanie poziomów utrzymania PI, P2 i P3 dla dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych. Podkreślił, że zgodnie z § 14 Załącznika nr 10 do SIWZ, rozliczenie wynagrodzenia z tytułu należytego świadczenia usług sermsowych następować będzie w oparciu o przebieg każdego pojazdu, tj. za każdy rzeczywiście przejechany przez jeden pojazd kilometr.

9.1.5. Tym samym Stadler dokonał błędnego obliczenia ceny w zakresie oferowanej stawki za 1 pojazdokilometr utrzymania dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych w poziomach utrzymania PI, P2 i P3, uwzględniając przy jej obliczeniu wartość 3 mln km, co spowodowało sztuczne zaniżenie tej stawki.

9.2. Odwołujący podniósł również zarzut ewentualny zaniechania unieważnienia Postępowania przez Zamawiającego.

9.2.1. Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7) pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

9.2.2. Jak natomiast wskazano w pkt. 9.1.2 9.1.4, w pkt. 1.1 Załącznika nr 2.1 do umowy ramowej w jego pierwotnym brzmieniu, Zamawiający przewidział, że roczny przebieg każdego dwuczłonowego elektrycznego zespołu trakcyjnego wyniesie 180 tys. km. Zapis ten korelował zatem z treścią § 10 ust. 1 Załącznika nr 10 do SIWZ, zgodnie z którym usługi serwisowe świadczone będą przez 18 lat tub do uzyskania 3 mln pojazdokilometrów (albowiem przy założeniu przebiegu 180.000 km po 18 latach każdy pojazd osiągnąłby przebieg 3.240.000 km), oraz z treścią Formularza cenowego (Załącznik nr 2 do SIWZ), który przewidywał przemnożenie stawki za utrzymanie każdego pojazdu dwuczłonowego w poziomie utrzymania P1, P2 i P3 przez 3 mln km.

9.2.3. Wskutek modyfikacji SIWZ dokonanej w dniu 12 lipca 2017 roku, Zamawiający zmienił brzmienie pkt. 1.1 Załącznika nr 2.1 do umowy ramowej, wskazując, że przewidywany przebieg dla każdego dwuczłonowego elektrycznego zespołu trakcyjnego wyniesie 120.000 km. Zamawiający nie zmodyfikował natomiast w sposób analogiczny treści pozostałych zapisów SIWZ w szczególności treści Formularza cenowego, pozostawiając w tym Formularzu jako wartość mnożnika 3 mln km.

9.2.4. Tym samym, przedmiotowa rozbieżność w istocie doprowadziła do wymuszenia na wykonawcach składających oferty w Postępowaniu wskazania zafałszowanych wartości stawki za utrzymanie pojazdów dwuczłonowych oraz łącznej ceny za usługi serwisowe dla tych pojazdów, co jednocześnie doprowadziło do faktycznej nieporównywalności tychże wskaźników, a w konsekwencji nieprawidłowej oceny ofert w Postępowaniu i wyłonienia oferty najkorzystniejszej.

9.2.5. Mając powyższe na uwadze zaistniały przywołane wyżej przestanki unieważnienia Postępowania. Ewentualnie zawarta wskutek Postępowania umowa podlegałaby bowiem unieważnieniu na podstawie art. 146 ust. 6 pzp, a to z uwagi na dokonanie przez Zamawiającego opisanych czynności oraz zaniechań z naruszeniem przepisów pzp, co niewątpliwie miało wpływ na wynik Postępowania

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie wskazując w szczególności następujące okoliczności:

a. Każdy z producentów wyliczając zużycie energii przez pojazdy dwuczłonowe zachował proporcję zużycia pomiędzy pojazdami dwu i pięcioczłonowymi. Proporcje te dla zadeklarowanej przez Stadler wartości mieści się w przedziale pomiędzy wartością wskazaną przez NEWAG i PESA.

b. Wyjaśnienia Stadler złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego również uzasadniają stanowisko, że zużycie energii wskazane w ofercie tego wykonawcy jest realne. Wykonawca wskazał szereg innowacyjnych rozwiązań technicznych powodujących oszczędność energii. Mając na uwadze przedstawione przez Stadler wyjaśnienia, a także pomiary zużycia energii wykonane przez Zamawiającego w eksploatowanych pojazdach, w tym różnice w ilości zużytej energii przez tabor NEWAG i PESA w stosunku do pojazdów Stadler, zaoferowane zużycie energii nie może być uznane za nierealne.

c. Zamawiający przedstawił porównanie rzeczywistego zużycia energii przez pojazdy Stadler, NEWAG i PESA, które potwierdza, iż zakładane zużycie energii jest możliwie do osiągnięcia przez pojazd Stadler.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny w ofertach Stadler Zamawiający wskazał na wyrok o sygn. akt KIO 2622/14 „ Mianem rażąco niskiej ceny określa się cenę niewiarygodną, nierealistyczną, odbiegającą wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z należytą starannością oraz cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub cen rynkowych, tj. cenę, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Cena

rażąco niska jest więc ceną nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie zakres świadczonych usług w ramach utrzymania (niejednokrotnie Zamawiający pozostawia część z nich w swojej gestii), konieczność zapewnienia części zamiennych do napraw bieżących (zryczałtowana opłata w stawce lub niezależnie po każdym uszkodzeniu), zakres wykorzystania pracowników Zamawiającego do realizacji usługi, koszty zaplecza. W związku z powyższym zarzuty PESA dotyczące rażąco niskiej ceny w ofercie Stadler należy uznać za chybione.

Odnośnie zarzutu rzekomego w ofercie Stadler błędnego obliczenia ceny Zamawiający wskazał, że wykonawca winien był, zgodnie z formularzem cenowym, pomnożyć stawkę dla usług serwisowych za jeden pojazdokilometr netto (kol. 7) razy 3.000.000 pojazdokilometrów (kol. 3 maksymalny przebieg każdego ezt w pojazdokilometrach). Dokonana przez Zamawiającego w dniu 12 lipca 2017 r. zmiana SIWZ w zakresie dotyczącym przewidywanych rocznych przebiegów pojazdów, gdzie wskazano wartość "około 120 000 km" nie miała wpływu na obliczenie ceny, ponieważ wykonawca winien był oprzeć się na treści formularza cenowego. Wartość przewidywanego przebiegu miała jedynie charakter pomocniczy i nie wpływała w jakikolwiek sposób na obliczenie ceny. Cena w ofercie Stadler została zatem obliczona prawidłowo.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Stadler Polska Sp. z o.o. z Siedlec [Przystępujący Stadler] i wniósł o oddalenie odwołania.

Rozpoznając odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania podlegają oddaleniu.

Przedmiotem zamówienia, w którym wniesiono odwołania jest – jak wskazano w punkcie III.1 SIWZ - zawarcie umowy ramowej, której celem jest ustalenie warunków zamówień (w szczególności cen przedmiotu zamówienia), jakie mogą zostać udzielone w okresie obowiązywania umowy ramowej. Na podstawie umowy ramowej Zamawiający przewiduje możliwość złożenia zamówień na dostawę fabrycznie nowych pięcioczęłonowych oraz dwuczęłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT) tego samego typu oraz świadczenie usług serwisowych dla tych EZT (przeгляdy w poziomach utrzymania P1, P2, P3) z możliwością skorzystania z prawa opcji w zakresie wykonania maksymalnie dwóch napraw

w poziomie utrzymania P4 dla każdego z tych EZT), przeszkolenie pracowników Zamawiającego z zakresu obsługi tych EZT. Łącznie planowane zamówienie obejmuje 61 pięcioczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych oraz 10 – dwuczłonowych. Wymagania techniczne i sposób realizacji umowy zostały określone w załączniku nr 10 do SIWZ i załączniku nr 2 oraz w załączniku nr 2.1. do umowy ramowej. W rozdziale I tych wymagań, w zakresie dotyczącym pięcioczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (podobnie dla dwuczłonowych EZT) w jego punkcie 1 wskazano:

„1.1. Niniejsza specyfikacja zawiera zbiór technicznych dla pięcioczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT) przeznaczonych do obsługi przewozów pasażerskich z maksymalną prędkością eksploatacyjną 160 km/h, przy przewidywanych rocznych przebiegach około 180 000 km.

1.2. EZT musi być wyposażony w urządzenia umożliwiające połączenie go w sposób mechaniczny i pneumatyczny z pojazdami serii ER75, EN76 oraz typu 45 WE posiadanyymi przez Zamawiającego.

1.3. Konstrukcja i parametry EZT muszą spełniać wymogi aktualnie obowiązujących norm i przepisów przytoczonych w dalszej części specyfikacji, a także wymagania pozostałych obowiązujących norm PN-EN, kart UIC i wszystkich TSI, w zakresie niezbędnym do uzyskania bezterminowego, nieograniczonego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji.

1.4. EZT musi posiadać Zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI wydane i obowiązujące w Polsce, zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2015 r., poz. 1297 z późn. zm.), wydane przez Urząd Transportu Kolejowego — ważne od momentu dostawy.

1.5. EZT musi spełniać wymagania umożliwiające świadectwa sprawności technicznej pojazdu kolejowego.

1.6. EZT musi posiadać opracowaną dokumentację systemu utrzymania zgodnie z wymogami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. z 2016 r., poz. 226 z późn. zm.). Dokumentacja musi być dostarczona Zamawiającemu w terminie wskazanym w załączniku nr 6 do umowy ramowej. W przypadku konieczności naniesienia poprawek w dokumentacji systemu utrzymania, wynikłych w procesie zatwierdzania tej dokumentacji w UTK lub uwag Zamawiającego, obowiązek ten spoczywa na Wykonawcy.

1.7. W terminie 14 dni przed rozpoczęciem produkcji pierwszego EZT Wykonawca prześle Zamawiającemu do akceptacji projekt Warunków Technicznych Wykonania i Odbioru (WTWiO). Projekt musi być uzgodniony z podmiotem uprawnionym, wymienionym w załączniku nr 5 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 21 kwietnia 2017 r. w sprawie interoperacyjności systemu kolei (Dz. U. z 2017 r., poz. 934). Dokument ten, po akceptacji przez Zamawiającego stanowić będzie załącznik nr 3 do umowy ramowej. Na

21 dni przed rozpoczęciem procesu produkcji Wykonawca powiadomi o tym pisemnie Zamawiającego.

1.8. EZT musi mieć konstrukcję umożliwiającą podniesienie go lub jego poszczególnych członów z całym układem jezdny za pomocą podnośników lub innych urządzeń dźwigowych. EZT powinien posiadać oznaczone miejsca podnoszenia i ewentualnie oprzyrządowanie do podnoszenia, jeśli jest ono niestandardowe.

1.9. Wykonawca, który dostarczy EZT będące przedmiotem zamówieni zobowiązany jest do świadczenia usług serwisowych określony przez trzy pierwsze poziomy utrzymania pojazdów P1, P2 i P3) wg załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. z 2016 r., poz. 226 z późn. zm.) do najbliższej naprawy w poziomie utrzymania P 5. Naprawa w poziomie utrzymania P4 może być wykonywana przez Wykonawcę na zasadach opisanych w umowie. Części, materiały eksploatacyjne i narzędzia niezbędne do wykonywania usług serwisowych zapewnia Wykonawca. Części oraz materiały eksploatacyjne muszą być fabrycznie nowe.

1.10. Koszty związane z wykonaniem usług serwisowych pięcioczłonowych EZT oraz koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych ponosi Wykonawca. W przypadku wykonywania usług serwisowych pięcioczłonowych EZT na terenie Warszawy lub w Sekcjach Napraw i Eksploatacji Taboru Zamawiającego koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych ponosi Zamawiający. Zamawiający może odpłatnie udostępnić Wykonawcy zaplecza techniczne na podstawie odrębnej umowy. W chwili obecnej zaplecza Zamawiającego nie są dostosowane do wykonywania usług serwisowych pięcioczłonowych EZT. Koszty dostosowania zaplecza do wykonywania usług serwisowych poniesie Wykonawca. W przypadku świadczenia usług serwisowych w zapleczu technicznym Zamawiającego, Zamawiający może udostępnić do świadczenia usług serwisowych swoich pracowników, za odpłatnością.

1.11. Wraz z dostawą pierwszego EZT Wykonawca dostarczy Zamawiającemu wszystkie programy komputerowe niezbędne w procesie obsługi, utrzymania i diagnostyki EZT wraz z licencjami na ich bezterminowe użytkowanie.

1.12. Dokumentacja techniczna oraz wszelkie dokumenty muszą być dostarczone w języku polskim. Przyjęcie dokumentacji w języku obcym musi zostać uzgodnione pisemnie z Zamawiającym.

1.13. Wykonawca na swój koszt wykona i umieści w każdym z pojazdów min. dwie tabliczki informujące o współfinansowaniu zakupu taboru ze środków Unii Europejskiej w ramach których formę, treść i wymiar przekaże Zamawiający.

1.14. Wykonawca przed dostawą pierwszego EZT uruchomi i przekaze Zamawiającemu bezterminowy, nieodpłatny dostęp do systemu przesyłania do punktu obsługi taboru informacji o uszkodzeniach pojazdów występujących podczas jazdy eksploatacyjnej.

1.15. Wykonawca będzie wpisany w Krajowym Rejestrze Pojazdów (NVR) jako podmiot odpowiedzialny za utrzymanie”.

W dalszej części tego załącznika w pkt 3 w kolumnie 2 opisano minimalne wymagania techniczne Zamawiającego, a w kolumnie 3 oferent miał wskazać parametry oferowane.

Z kolei w dalszych rozdziałach załączników dla kluczowych elementów wyposażenia opisano dalsze szczegółowe wymagania.

W specyfikacji w rozdziale XVI podano kryteria, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. W zakresie pkt 1 w pozycjach 1 i 2 oraz w zakresie spornym pkt 3, 4, 5 i 6 oraz 7 wskazano:

1. Zamawiający ustala następujące kryteria oceny ofert i ich wagi. Ocenie podlegać będą:

I.p.	Kryterium	Waga
1	Cd5 - Cena za dostawę pięcioczonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (61 szt.), kompletnego stacjonarnego symulatora jazdy wraz z jego instalacją, uruchomieniem i przeszkoleniem pracowników, pakietów pozderzeniowych (naprawczych) dla tych EZT oraz realizację szkoleń pracowników Zamawiającego z zakresu obsługi tych EZT	15%
2.	Cd2 - Cena za dostawę dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (10 szt.), pakietu pozderzeniowego (naprawczego) dla tych EZT oraz realizację szkolenia pracowników Zamawiającego z zakresu obsługi tych EZT	5%
3.	Cu5 — stawka za 1 pojazdokilometr utrzymania pięcioczonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych w poziomach utrzymania P 1 P2, P3	21%
4.	Cu2 — stawka za 1 pojazdokilometr utrzymania dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych w poziomach utrzymania P 1 P2, P3	7%
5	Cn - Cena za naprawy P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych (łącznie 142 naprawy),	2%
6.	We5 - Współczynnik efektywności pięcioczonowego elektrycznego zespołu trakcyjnego	10%
7	We2 - Współczynnik efektywności dwuczłonowego elektrycznego zespołu trakcyjnego	3%

Dla kryteriów z pozycji 3 do 5 ocena ma następować poprzez porównanie podanych w ofercie stawek według określonych w pkt 2.3, pkt 2.4 i pkt 2.5 wzorów. Także wzory zostały określone dla oceny oferowanych współczynników We 5 i We 2 z pozycji 6 i 7 tabeli.

W rozdziale XIV SIWZ: Opis sposobu obliczania ceny ustalono:

1. Cenę za wykonanie zamówień objętych umową ramową należy przedstawić w Formularzu Oferty stanowiącym załącznik nr I do SIWZ.
2. W Formularzu Oferty należy podać Całkowitzą łączną cenę brutto, całkowitą łączną cenę netto, całkowity łączny podatek VAT na którą składają się:
 - 1) cena brutto, cena netto, podatek VAT za dostawę sześciu fabrycznie nowych pięcioczęłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, świadczenie usług serwisowych dla tych EZT (przeeglądy w poziomach utrzymania P1, P2, P3), wykonanie dwóch napraw w poziomie utrzymania P1 dla każdego z tych EZT (łącznie 12 napraw), dostawę pakietu pozderzeniowego (naprawczego) dla tych EZT, przeszkolenie pracowników Zamawiającego z zakresu obsługi tych EZT, dostawę fabrycznie nowego kompletnego stacjonarnego symulatora jazdy dostarczonych EZT, wraz z jego instalacją, uruchomieniem i przeszkoleniem pracowników,
 - 2) cena brutto, cena netto, podatek VAT za dostawę dziesięciu fabrycznie nowych dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, świadczenie usług serwisowych dla tych EZT (przeeglądy w poziomach utrzymania P1, P2, P3), wykonanie dwóch napraw w poziomie utrzymania P4 dla każdego z tych EZT (łącznie 20 napraw), dostawę pakietu pozderzeniowego (naprawczego) dla tych EZT, przeszkolenie pracowników Zamawiającego z zakresu obsługi tych EZT,
 - 3) cena brutto, cena netto, podatek VAT za dostawę dwunastu fabrycznie nowych pięcioczęłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (I), świadczenie usług serwisowych dla tych EZT (przeeglądy w poziomach utrzymania P1, P2, P3), wykonanie dwóch napraw w poziomie utrzymania P4 dla każdego z tych EZT (łącznie 24 naprawy), dostawę pakietu pozderzeniowego (naprawczego) dla tych EZT oraz pozostałych pięcioczęłonowych EZT, przeszkolenie pracowników Zamawiającego z zakresu obsługi tych EZT,
 - 4) cena brutto, cena netto, podatek VAT za dostawę dwunastu fabrycznie nowych pięcioczęłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (II), świadczenie usług serwisowych dla tych EZT (przeeglądy w poziomach utrzymania P1, P2, P3), wykonanie dwóch napraw w poziomie utrzymania P4 dla każdego z tych EZT (łącznie 24 naprawy), przeszkolenie pracowników Zamawiającego z zakresu obsługi tych EZT,
 - 5) cena brutto, cena netto, podatek VAT za dostawę piętnastu fabrycznie nowych pięcioczęłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, świadczenie usług serwisowych dla tych EZT (przeeglądy w poziomach utrzymania P1, P2, P3), dwóch napraw w poziomie utrzymania P4 dla każdego z tych EZT (łącznie 30 napraw), przeszkolenie pracowników Zamawiającego z zakresu obsługi tych EZT,
 - 6) cena brutto, cena netto, podatek VAT za dostawę szesnastu fabrycznie nowych pięcioczęłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, świadczenie usług serwisowych dla

tych EZT (przeгляdy w poziomach utrzymania P1, P2, P3), dwóch napraw w poziomie utrzymania P4 dla każdego z tych EZT (łącznie 32 naprawy), przeszkolenie pracowników Zamawiającego z zakresu obsługi tych EZT”.

Cenę Oferty należało obliczyć z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 2 do SIWZ. W tym Formularzu oferty należało także w punkcie 13 i 14 podać wartość współczynnika odpowiednio We 5 i We2. Dla tych współczynników w rozdziale XVIII w pkt 5 SIWZ określono Instrukcję dotyczącą sposobu obliczenia współczynnika efektywności We5 oraz We2, w której podano cyt.:

„1) Opis ogólny

Celem niniejszego opisu jest zabezpieczenie, aby Wykonawcy przedkładający ofertę pracowali w oparciu o te same warunki ramowe.

Współczynnik efektywności pięcioczęłowego elektrycznego zespołu trakcyjnego (We5).

Wykonawca dokona obliczenia współczynnika efektywności pięcioczęłowego elektrycznego zespołu trakcyjnego (We5) w taki sposób, że zadeklarowane zużycie energii trakcyjnej (bez rekuperacji) dla masy eksploatacyjnej pod normalnym obciążeniem użytecznym na odcinku referencyjnym (patrz Formularz Oferty załącznik nr 1 do SIWZ pkt 15 Tabela kol. E pkt 2) podzieli przez liczbę stałych miejsc siedzących zaoferowaną w Formularzu Oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ w pkt 15 Tabela kol. C pkt 4. Tak otrzymany wynik przedstawiony z dokładnością do czterech miejsc po przecinku będzie stanowił wartość współczynnika efektywności pięcioczęłowego elektrycznego zespołu trakcyjnego (We5).

Współczynnik efektywności dwuczłowego elektrycznego zespołu trakcyjnego (We2)

Wykonawca dokona obliczenia współczynnika efektywności dwuczłowego elektrycznego zespołu trakcyjnego (We2) w taki sposób, że zadeklarowane zużycie energii trakcyjnej (bez rekuperacji) dla masy eksploatacyjnej pod normalnym obciążeniem użytecznym na odcinku referencyjnym (patrz Formularz Oferty załącznik nr 1 do SIWZ pkt 15 Tabela kol. E pkt 3) podzieli przez liczbę stałych miejsc siedzących zaoferowaną w Formularzu Oferty stanowiącym załącznik nr I do SIWZ w pkt 15 Tabela kol. C pkt 5. Tak otrzymany wynik przedstawiony z dokładnością do czterech miejsc po przecinku będzie stanowił wartość współczynnika efektywności dwuczłowego elektrycznego zespołu trakcyjnego (We2).

UWAGA!

- Wszystkie obliczenia należy wykonywać dla pociągu złożonego z jednego pojazdu (trakcja pojedyncza).
- Wszystkie obliczenia, pomiary i testy weryfikacyjne należy wykonać dla pojazdu znajdującego się w takim samym stanie, tj. z uruchomionymi wszystkimi obwodami głównymi i pomocniczymi, w szczególności włączone mają być: sterowniki napędu, wszystkie falowniki i silniki trakcyjne, sterowniki i system układu hamulcowego, sterowniki i zasilanie napędów

wszystkich drzwi zewnętrznych, zewnętrzne reflektory i sygnały końca pociągu, radiotelefon, system informacji pasażerskiej, system emisji reklam, monitoringu wewnętrznego, oświetlenie przedziału pasażerskiego (100%), ogrzewanie i klimatyzacja przedziału pasażerskiego oraz kabiny maszynisty, systemy WC, system WiFi, ETCS.

Zamawiający wymaga, aby w pojeździe były uruchomione wszystkie obwody główne i pomocnicze przez cały czas przejazdu.

2) Odwołania i odstępowstwa od norm

W związku z niniejszą instrukcją obowiązują następujące normy i dokumenty: (...) Wskazana została Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, oraz normy odnoszące się do: Definicja mas pojazdów, Specyfikacja techniczna służąca zużycia energii przez pojazdy szynowe, Zastosowania kolejowe. Badanie pojazdów szynowych po zmontowaniu a przed wprowadzeniem do eksploatacji, Zastosowanie kolejowe. Pomiar sił pionowych oddziałujących na koła i zestawy kołowe – część 2: Test w zakładzie produkcyjnym dla pojazdów nowych, przebudowanych i remontowanych. Wskazano także, że „Punktem wyjścia są pomiary i testy, które dotyczyć będą nowych pojazdów stanowiących przedmiot zamówienia. Procedury weryfikacyjne przeprowadzone wobec pojazdów powinny następować przy stanie pojazdów zdefiniowanym zgodnie ze Specyfikacją techniczną CLC-TSI 50591. W przypadku sprzeczności pomiędzy wymienionymi normami, a SIWZ obowiązują zapisy SIWZ.

3) Odcinek referencyjny

Dla potrzeb obliczenia energii trakcyjnej (bez rekuperacji) zużywanej przez pojazdy do obliczeń teoretycznych należy przyjąć odcinek referencyjny: Sulejówek Miłosna — Siedlce — Sulejówek Miłosna.

Wykonawca dokona obliczeń teoretycznych dla wskazanej wyżej trasy w odniesieniu do oferowanych pojazdów. Zużycie energii trakcyjnej musi uwzględniać jazdę tam i z powrotem łącznie. Plan i profil trasy prędkości udostępni Zamawiający na wniosek Wykonawcy. Wyniki obliczeń teoretycznych będą mogły być weryfikowane przez Zamawiającego w warunkach rzeczywistych w ramach jazd próbnych przed odbiorami końcowymi. Maszynistę prowadzącego pojazd podczas jazdy weryfikacyjnej zapewnia Wykonawca. Zamawiający dopuszcza możliwość udostępnienia swojego maszynisty, jednakże niezbędne będzie jego wcześniejsze przeszkolenie. W takim przypadku za pracę (styl jazdy) maszynisty odpowiada Wykonawca.

4) Masa pojazdu przyjmowana do obliczeń

Na potrzeby weryfikacji zużycia energii trakcyjnej przez pojazdy Wykonawca poda maksymalne zużycie energii trakcyjnej dla dwóch mas:

- masy eksploatacyjnej w stanie gotowości do pracy obliczonej zgodnie z normą PN-EN 15663:2009 — przedmiotowe zużycie energii trakcyjnej będzie służyło weryfikacji zużycia energii podczas jazd przed odbiorami końcowymi,

• masy eksploatacyjnej pod normalnym obciążeniem użytecznym — obliczonej zgodnie z normą PNEN 15663:2009 - przedmiotowe zużycie energii trakcyjnej będzie służyło weryfikacji zużycia energii podczas jazd w normalnej eksploatacji.

5) Warunki atmosferyczne

Do wyliczenia Współczynnika efektywności należy przyjąć maksymalne zużycie energii trakcyjnej na odcinku referencyjnym, przy przyjęciu najbardziej niekorzystnych wartości parametrów w przedziałach określonych w tabeli.

Temperatura zewnętrzna	od -15 stopni C do +30 stopni C
Względna wilgotność powietrza	od 0% do 100%
Średnia prędkość wiatru od czoła pojazdu	4m/s

Podane zużycie energii trakcyjnej będzie traktowane jako zużycie nieprzekraczalne w całym zakresie parametrów określonych w tabeli.

6) Rozkład i sposób jazdy

Na potrzeby obliczeń należy przyjąć czasy przejazdów pomiędzy stacjami/przystankami zgodne z załączonymi rozkładami jazdy, z uwzględnieniem zatrzymania i postoju, przez wskazany w rozkładzie czas, na każdym przystanku oraz centralnym otwarciem drzwi po jednej stronie.

7) Podsumowanie wyników

W oparciu o powyższe założenia Wykonawca podzieli otrzymane wyniki teoretyczne przez liczbę stałych miejsc siedzących w oferowanym pojeździe. Tak otrzymany wynik będzie stanowił wartość współczynnika We_5 dla pojazdów pięciocłonowych oraz wartość współczynnika We_2 dla pojazdów dwucłonowych.

Dodatkowo Wykonawca określi maksymalne zużycie energii przez pojazd na 1 pojazdokilometr.

Weryfikacja zużycia energii trakcyjnej na odcinku referencyjnym odbędzie się komisyjnie z udziałem przedstawicieli Wykonawcy i Zamawiającego — dla wskazanych przez Zamawiającego pojazdów na ww. odcinku referencyjnym. Z weryfikacji zostanie sporządzony protokół.

Na potrzeby weryfikacji i porównania wyników celem oceny złożonych ofert Wykonawca w Formularzu Oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ w pkt 15 wypełni Tabelę”.

W punkcie 15: Załącznik do instrukcji dotyczącej sposobu obliczania Współczynników efektywności We_5 oraz We_2 - Formularza oferty należało dla odcinka referencyjnego wskazać odpowiednio dla EZT pięcio i dwu członowego wartości, a mianowicie w zakresie pozycji 1 i 2 tabeli kolumnie: C: Zużycie energii trakcyjnej (bez rekuperacji) dla masy eksploatacyjnej w stanie gotowości do pracy; D. Zużycie energii trakcyjnej (bez rekuperacji) dla masy eksploatacyjnej w stanie gotowości do pracy na jeden pojazdokilometr; E. Zużycie energii

trakcyjnej (bez rekuperacji) dla masy eksploatacyjnej pod normalnym obciążeniem użytecznym; F. Zużycie energii trakcyjnej (bez rekuperacji) dla masy eksploatacyjnej pod normalnym obciążeniem użytecznym na jeden pojazdokilometr. Z kolei w odniesieniu do pozycji 4 i 5 należało podać liczbę stałych miejsc siedzących. W konsekwencji ustalone wartości miały zostać przeniesione do punktu 13 i 14 Formularza.

Wnoszący odwołanie wykonawcy wskazując na zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust 1 tej ustawy i kwestionując ocenę oferty wykonawcy Stadler w zakresie oferowanych przez niego współczynników efektywności pojazdu dwuczłonowego oraz pięcioczłonowego, stwierdzili, że te współczynniki zostały skalkulowane w sposób sprzeczny z SIWZ, przepisami prawa powszechnie obowiązującego i stanem techniki, co powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy Stadler.

Izba mając na uwadze wskazywane postanowienia i wymagania specyfikacji zgodziła się z Zamawiającym i Przystępującym wykonawcą Stadler, że przedmiotem dostawy są EZT, które będą pochodziły z nowej produkcji, wykonane na podstawie oferowanych wymagań technicznych, z uwzględnieniem minimalnych określonych w dokumentacji tego postępowania i przeznaczonych do obsługi przewozów pasażerskich z maksymalną prędkością eksploatacyjną 160 km/h, przy przewidywanych rocznych przebiegach około 180 000 km. Z założenia zatem będą to pojazdy inne niż aktualnie produkowane na potrzeby innych odbiorców. Tej okoliczność wnoszący odwołania nie podważali. Izba stwierdza, że nie była kwestionowana okoliczność na którą wskazywał Stadler, że przedmiot jego oferty dotyczy pojazdów Flirt najnowszej generacji, które będą wyprodukowane w przypadku udzielenia wykonawcy tego zamówienia. W zakresie w jakim jest to możliwe - z uwagi na zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa - nie jest słuszne odnoszenie rozwiązań konstrukcyjnych z przeszłości (znanych Odwołującemu niewątpliwie tylko w pewnym wąskim zakresie i z innych projektów) do pojazdów oferowanych w tym Postępowaniu, a tym bardziej na podstawie takiego porównania dowodzić nierealności czy nieprawidłowości wyliczonego przez Stadler zużycia energii.

Izba także zgodziła się z Zamawiającym, że wnoszący odwołanie wykonawcy nie wskazali w jaki konkretnie sposób kwestionowane parametry (liczby i jednostki, które składają się na treść oferty w spornym zakresie) są niezgodne z SIWZ i z jakimi konkretnie wymaganiami. Zamawiający w Instrukcji w jego punkcie 5.1 przede wszystkim podkreślił, że formułując warunki w Instrukcji miał na celu: „*zabezpieczenie aby wszyscy Wykonawcy przedkładający ofertę pracowali w oparciu o te same warunki ramowe*”. Tym samym Zamawiający wskazał, iż zastosowanie się przez każdego z wykonawców do postawionych

wymagań przy obliczaniu We ma kluczowe znaczenie dla zapewnienia porównywalności ofert, a jakiegokolwiek naruszenie przedmiotowych zasad będzie skutkowało niezgodnością oferty z SIWZ i tym samym koniecznością jej odrzucenia. Ponadto w tym punkcie, co do sposobu obliczenia współczynnika efektywności We_5 oraz We_2 wskazał, że: „Wykonawca dokona obliczenia współczynnika efektywności pięcioczłonowego elektrycznego zespołu trakcyjnego (We_5) w taki sposób, że zadeklarowane zużycie energii trakcyjnej (bez rekuperacji) dla masy eksploatacyjnej pod normalnym obciążeniem użytecznym na odcinku referencyjnym (patrz Formularz Oferty załącznik nr 1 do SIWZ pkt 15 Tabela kol. E pkt 2) podzieli przez liczbę stałych miejsc siedzących zaoferowaną w Formularzu Oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ w pkt 15 Tabela kol. C pkt 4. Tak otrzymany wynik przedstawiony z dokładnością do czterech miejsc po przecinku będzie stanowił wartość współczynnika efektywności pięcioczłonowego elektrycznego zespołu trakcyjnego (We_5)”. Analogiczne postanowienie dotyczy dwuczłonowego ETZ. Z kolei w punkcie 5.3 tej Instrukcji jednoznacznie stwierdził, że wykonawca ma dokonać obliczeń teoretycznych dla wskazanej trasy w odniesieniu do oferowanych pojazdów. Zużycie energii trakcyjnej musi uwzględniać jazdę tam i z powrotem łącznie. Plan i profil trasy prędkości Zamawiający deklaruje na wniosek wykonawcy udostępnić. Dla tych obliczeń Zamawiający określił w tej Instrukcji, że wszystkie obliczenia należy wykonywać dla pociągu złożonego z jednego pojazdu (trakcja pojedyncza). Określono także wymagania co do masy pojazdu, która miała być przyjęta do obliczeń, warunki atmosferyczne, jakie powinny być uwzględniane w tych obliczeniach, rozkład i sposób jazdy, a także wskazano na wymagane normy i dokumenty, których dotyczyła ta Instrukcja.

Izba zwraca uwagę, że powołana Instrukcja dotyczy dwóch etapów: Pierwszy, związany jest z oceną ofert w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie wartości We uzyskanych na podstawie badań teoretycznych, których wyniki należało zamieścić w Formularzu ofert, w tym w jego punkcie 15. Drugi etap, to realizacja zamówienia, na co wskazuje pośrednio punkt 3 Instrukcji, w którym wskazano, że: *„Wyniki obliczeń teoretycznych będą mogły być weryfikowane przez Zamawiającego w warunkach rzeczywistych w ramach jazd próbnych przed odbiorami końcowymi”*. Z kolei w punkcie 5.7 tej Instrukcji wskazano jednoznacznie, że: *„Weryfikacja zużycia energii trakcyjnej na odcinku referencyjnym odbędzie się komisyjnie z udziałem przedstawicieli Wykonawcy i Zamawiającego - dla wskazanych przez Zamawiającego pojazdów na ww. odcinku referencyjnym. Z weryfikacji zostanie sporządzony protokół”*. Takiej weryfikacji i porównaniu mają służyć także dane z pkt 15 tabeli w Formularzu oferty. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że obliczenia teoretyczne wymagane dla ustalenia wartości We miały być dokonywane na podstawie tej specyfikacji i z zastosowaniem wskazanych w punkcie 5.2 norm odnoszących się do: Definicji mas pojazdów, Specyfikacji technicznej służącej dla stwierdzania zużycia

energii przez pojazdy szynowe, Zastosowania kolejowe. Badanie pojazdów szynowych po zmontowaniu a przed wprowadzeniem do eksploatacji, Zastosowanie kolejowe. Pomiar sił pionowych oddziałujących na koła i zestawy kołowe – część 2: Test w zakładzie produkcyjnym dla pojazdów nowych, przebudowanych i remontowanych. W tym punkcie zawarto także postanowienia odnoszące się do procedur weryfikacyjnych przewidzianych w drugim etapie – obiorów [*„Punktem wyjścia są pomiary i testy, które dotyczyć będą nowych pojazdów stanowiących przedmiot zamówienia. Procedury weryfikacyjne przeprowadzone wobec pojazdów powinny następować przy stanie pojazdów zdefiniowanym zgodnie ze Specyfikacją techniczną CLC-TSI 50591. W przypadku sprzeczności pomiędzy wymienionymi normami, a SIWZ obowiązują zapisy SIWZ”*].

Izba dodatkowo zwraca uwagę, że Zamawiający niezależnie od wskazanych postanowień na etapie oceny ofert i wobec wniesionych odwołań przeprowadził badania testowe [w formie przejazdów] wartości We wskazanych w ofertach Newag, Stadler i Konsorcjum Pesa na pojazdach, których producentami są oferenci i, które aktualnie użytkuje. Podobne badania, ale z zastosowaniem tylko własnego pojazdu przeprowadził wykonawca Newag. Te przejazdy – jazdy testowe – były prowadzone jak oświadczyli, w szczególności na trasie referencyjnej i wg rozkładów jazdy jak w Instrukcji. Wykonawca NEWAG jak i Konsorcjum PESA nie podważali wyniku uzyskanego w testach przejazdowych wobec ich pojazdów. Kwestionowali natomiast wyniki uzyskane dla pojazdu Stadler, która to okoliczność może być oceniona przez Izbę, jako intencjonalne interpretowanie tych testów, szczególnie, że wyniki testowe NEWAG dla jego pojazdu i pojazdu PESA są zbieżne z wynikami Zamawiającego. Na marginesie Izba zwraca uwagę, że podnoszona na rozprawie przez Odwołujących znajomość pojazdów przez maszynistę, czy też jego umiejętności w kontekście zastosowanej charakterystyki jazdy będzie mogła mieć znaczenie podczas jazdy weryfikacyjnej, o których mowa w pkt XVIII.5.3 Instrukcji.

Izba podkreśla, że z ustaleń bezspornie wynika, że obliczenia w świetle SIWZ stanowiące podstawę ustaleń deklarowanych przez wykonawców wartości We miały charakter wyłącznie teoretyczny, a dostawa z kolei ma dotyczyć pojazdów z nowej produkcji według tych wymagań, które zostały podane w tej specyfikacji i dopiero na etapie dostaw będą one – jak wskazano w SIWZ - weryfikowane. Z tego też względu Izba zgodziła się także z Zamawiającym i Przystępującym Stadler, że w tej sprawie okoliczności związane z zarzutem zaoferowania zużycia energii, odnoszącego się do samego poziomu zużycia energii podanego w ofercie — jako rzekomo niemożliwego do osiągnięcia mogą być oceniane tylko w kontekście technicznego prawdopodobieństwa (hipotetycznej możliwości) dotrzymania oferowanych parametrów energetycznych pojazdów, albowiem konkretne rozwiązania techniczne, które zostaną w przyszłych pojazdach zastosowane przez Stadler, nie jest w ofercie w pełni

opisywane i przede wszystkim nie jest przedmiotem oceny tych ofert. Stąd też Izba nie uwzględniała żądań Odwołujących o powołanie dowodu z opinii biegłego. Tak jak wyżej wskazano dla obliczeń teoretycznych wskazano w SIWZ (Instrukcji) ich podstawy. Tym samym dla stwierdzenia zgodności teoretycznych obliczeń We ze specyfikacją nie są wymagane wiadomości specjalne, ale wystarczy ocena spełniania wymagań wynikających z dokumentacji danego postępowania. Ponadto możliwe zużycia energii podane w ofercie przez wykonawcę Stadler zostało potwierdzone przez Zamawiającego na podstawie jego testów porównawczych w warunkach rzeczywistych pomiędzy pojazdami Stadler, NEWAG i PESA. Ponadto, wykazanie przyczyn różnic w tym zakresie między pojazdami Stadler a NEWAG, czy PESA wymagałoby poznania szczegółów również zastrzeżonych w ofertach NEWAG oraz PESA, a dociekając przyczyn różnic w zużyciu energii między pojazdami Odwołujących, a Stadler - powołany biegły musiałby w takiej opinii przedstawić hipotetyczne tezy, odpowiadając na pytania, czy prawdopodobne jest osiągnięcie podanego w ofercie poziomu zużycia energii przez pojazdy Stadler w pojazdach oferowanych nowej generacji, co pośrednio wiązałoby się z recenzowaniem działalności badawczo-rozwojowej – postępu technologicznego - tego podmiotu.

Wobec ustaleń w zakresie wskazanego w odwołaniach zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, także pozostałe zarzuty oparte na kwestionowanych wartościach We, a mianowicie zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 1 i 3 w związku z art. 7 ust 1 Pzp oraz art. 3 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oraz 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, a także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 tej ustawy nie podlegają uwzględnieniu.

Rozpoznając kolejny zarzut – naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - skierowany do oferty wykonawcy Stadler przez Odwołujących i uznając ten zarzut również za niepodlegający uwzględnieniu, Izba przede wszystkim miała na uwadze wyjaśnienia (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa), jakich udzielił ten wykonawca w piśmie z dnia 20/09/2017. Niewątpliwie w tym piśmie oraz w jego załącznikach (także objętych tajemnicą przedsiębiorstwa) przedłożył obszernie i szczegółowe wyjaśnienia wraz z dowodami z dokumentów potwierdzające, że zaoferowane przez Stadler stawki za 1 pojazdokilometr utrzymania dwuczłonowych i pięcioczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych w poziomach utrzymania P1, P2 i P3 są wiarygodne, realne i z pewnością nie są nie oderwane od realiów rynkowych. Wyjaśnienia z dnia 20 września 2017 r. potwierdzają również te okoliczności w odniesieniu do zaoferowanej ceny za usługę naprawy w poziomie P4, co kwestionuje w swoim odwołaniu wykonawca NEWAG. Tym samym – wobec zastrzeżenia zawartych w tych wyjaśnieniach informacji – Izba dodatkowo tylko stwierdza, że Zamawiający, dokonując analizy tych wyjaśnień miał podstawy uznać, że cena oferowana przez wykonawcę

Stadler za usługi utrzymania pojazdów nie jest ceną rażąco niską. W tym przypadku, Zamawiający dokonał także analizy kosztów utrzymania P1, P2 i P3 eksploatowanych pojazdów Stadler w okresie od kwietnia 2017r. do września 2017r. oraz kosztów napraw P4. Analiza wykazała, że średnie koszty utrzymania na jeden pojazdokilometr są niższe niż zaoferowane przez wykonawcę Stadler, a zaoferowana przez Stadler cena za naprawy P4 jest porównywalna z cenami tego typu napraw dla eksploatowanego przez Zamawiającego taboru. W świetle powyższej analizy oraz w kontekście złożonych przez Stadler wyjaśnień Zamawiający miał prawo, zdaniem Izby, uznać, że zaoferowane w postępowaniu stawki za utrzymanie pojazdów pięcioczęłonowych i dwuczęłonowych są realne. Izba zgodziła się z Zamawiającym i Przystępującym Stadler, że Odwołujący NEWAG w treści uzasadnienia zarzutu dokonuje porównania całkowicie odmiennych usług, które nie pokrywają się swoim zakresem w wyżej wymienionych aspektach. Te ustalenia prowadzą do konkluzji, że zarzuty Odwołujących - NEWAG i Konsorcjum PESA - dotyczące rażąco niskiej ceny w ofercie Stadler za świadczenie usług serwisowych pojazdów dwuczęłonowych i pięcioczęłonowych (utrzymanie na poziomach P1-P3) oraz za naprawę na poziomie utrzymania P4 należało uznać za niezasadne. Wobec ustaleń w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 1 i 2 oraz ust.3 ustawy Pzp, także należało za chybiony uznać zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 7 ust 1 Pzp oraz art. 3 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oparty na twierdzeniu, że złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom poprzez oferowanie świadczeń obiektywnie niemożliwych oraz usług poniżej kosztów ich realizacji. Podobnie zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum PESA podnoszonego w odwołaniu sygn. akt. KIO 2235/17 Izba stwierdza, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp i art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 7 ust 1 Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - podniesiono do oferowanych cen za świadczenie usług serwisowych utrzymania na poziomach P1, P2 i P3 pojazdów pięcioczęłonowych oraz na poziomie utrzymania P4. W tym przypadku Izba miała na uwadze, że kalkulacje przedkładane tytułem dowodu oparte są na kalkulacjach Odwołującego NEWAG i odnoszą się do świadczenia usługi oferowanej przez tego wykonawcę. Ponadto w zakresie usługi utrzymania P1, P2 i P3 Konsorcjum PESA było wezwane pismem z dnia 7/09/2017 do złożenia wyjaśnień i w takim zakresie złożone zostały wyjaśnienia oraz dowody i dokumenty, także te na które wskazał Odwołujący. Niewątpliwie ceny napraw P1-P3 zależą od dokumentacji utrzymania (DSU), która przewiduje różny zakres i różną częstotliwość. Izba zgodziła się z Konsorcjum PESA, że ta specyfikacja przewiduje określony zakres, który jest węższy aniżeli w tych postępowaniach, na które wskazał Odwołujący NEWAG. Przykładowo

– jak wskazywało Konsorcjum PESA na rozprawie - usługa nie obejmuje mycia pojazdów i utrzymania hali czy też utrzymania infrastruktury i nie obejmuje P4. Tym samym, wskazywany zarzut z argumentacją opartą na danych z innego postępowania wymaga wykazania, że powoływane okoliczności odnoszą się do tożsamyh zamówień. Izba ponadto zgodziła się z Zamawiającym, że brak jest w odwołaniu dowodu i argumentacji, [także takich przekonywujących dowodów nie przedstawiono w toku rozprawy przed Izbą], że ceny w zakresie kwestionowanym znacząco odbiegają od cen rynkowych, jak stwierdził Odwołujący NEWAG, powołując się na kalkulację własną odnoszącą się do tego przedsiębiorcy.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp - podniesionego w odwołaniu o sygn. akt: KIO 2237/17 przez Konsorcjum PESA - w zakresie którego wskazano na błędy w obliczeniu ceny stawki za 1 pojazdokilometr utrzymania dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych w poziomach utrzymania P1, P2 i P3 w ofercie wykonawcy Stadler, należało zgodzić się z Zamawiającym, że wykonawca zgodnie z formularzem cenowym, miał pomnożyć stawkę dla usług serwisowych za jeden pojazdokilometr netto (kol. 7) razy 3.000.000 pojazdokilometrów (kol. 3 maksymalny przebieg każdego ezt w pojazdokilometrach). Dokonana przez Zamawiającego w dniu 12 lipca 2017 r. zmiana SIWZ w zakresie dotyczącym przewidywanych rocznych przebiegów pojazdów, gdzie wskazano wartość "około 120 000 km" nie miała wpływu na obliczenie ceny, ponieważ wykonawca był zobowiązany opierać się na treści formularza cenowego. Z kolei wartość przewidywanego przebiegu – także wobec jej oznaczenia - miała charakter pomocniczy i nie wpływała na sposób na obliczenie ceny. Tym samym związany z tą okolicznością zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 i art. 7 ust. 1 Pzp należało uznać za niezasadny, albowiem nie zasługuje na uwzględnienie, zdaniem Izby, twierdzenie Konsorcjum PESEA, z powodu wskazanej okoliczności, że przedmiotowe Postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Reasumując Izba stwierdza, że w konsekwencji powyższych ustaleń także kluczowy zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w z art. 7 ust. 1 i ust.3 ustawy Pzp nie jest zasadny, albowiem podnoszone w odwołaniach zarzuty do oferty wykonawcy Stadler uznanej za najkorzystniejszą nie potwierdziły się.

Mając na uwadze powyższe ustalenia orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy - Prawa zamówień publicznych, uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....

.....

.....