

**Sygn. akt: KIO 1646/20**

**WYROK**  
**z dnia 27 sierpnia 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach **13 i 24 sierpnia 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 lipca 2020 roku** przez wykonawcę Odwołującego **ZAMET-GŁOWNO Sp. z o.o., Sp.k. (dawniej: „Zamet-Głowno” A. P., Z. Ł. Spółka Jawna) z siedzibą w Głownie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa, Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie, z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Celtech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

**orzeka:**

1. Oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: **ZAMET-GŁOWNO Sp. z o.o., Sp.k. (dawniej: „Zamet-Głowno” A. P., Z. Ł. Spółka Jawna) z siedzibą w Głownie i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego ZAMET-GŁOWNO Sp. z o.o., Sp.k. (dawniej: „Zamet-Głowno” A. P., Z. Ł. Spółka Jawna) z siedzibą w Głownie** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

Dnia 16 lipca 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zmianami) dalej „ustawa” lub „pzp” odwołanie złożył wykonawca **ZAMET-GŁOWNO Sp. z o.o., Sp.k. (dawniej: „Zamet-Głowno” A. P., Z. Ł. Spółka Jawna) z siedzibą w Głownie**, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, którego przedmiotem jest: „Dostawa łaźni polowej w kontenerze KŁP-60” prowadzi Zamawiający: **Skarb Państwa, Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie, z siedzibą w Warszawie**. Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem regulacji właściwych dla zamówień o wartości większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów pzp, zatem posiada legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, którego oferta nie została wybrana. Zamawiający błędnie uznał, iż ofertę najkorzystniejszą złożył Celtech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - dalej: „Celtech”. W przypadku dokonania czynności zgodnie z przepisami oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów pzp. Szkoda będzie polegać na tym, iż pomimo poniesionych kosztów przygotowania oferty i udziału w postępowaniu nie uzyska zamówienia, gdyż Zamawiający niezasadnie uznał, iż ofertę najkorzystniejszą złożył Celtech, choć zgodnie z prawem jego oferta winna być odrzucona. W konsekwencji Odwołujący nie osiągnie zakładanego zysku i nie zdobędzie dodatkowego doświadczenia oraz zdolności technicznych i zawodowych co może mieć negatywny wpływ na możliwość ubiegania się o zamówienia publiczne w przyszłości.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. Art. 7 ust. 1 pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości poprzez uznanie, iż oferta Celtech spełnia wszystkie wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), nie zawiera rażąco niskiej ceny i spełnia wymagania równoważności,
2. Art. 30 ust. 5 pzp poprzez przyjęcie, że Celtech wykazał, iż oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego pomimo tego, iż wymóg ten nie został spełniony,

3. Art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Celtech pomimo, iż cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,

4. Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 30 ust. 5 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Celtech, pomimo iż Celtech nie wykazał spełnienia wymagań w zakresie równoważności a treść oferty nie odpowiada treści SIWZ,

5. Art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Celtech, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

6. Art. 90 ust. 2 i 3 pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Celtech i uznanie, że wyjaśnienia potwierdzają, iż oferta Celtech nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Celtech, pomimo iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 -3 pzp, a jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty złożonej przez Celtech.
4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Zgodnie z art. 187 ust. 1 pzp odwołanie podlega rozpoznaniu, gdyż wpis od odwołania został uiszczony a odwołanie nie zawiera braków formalnych. Zamawiający przekazał informację o wynikach postępowania 6 lipca 2020r., a zatem termin, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp został dochowany. Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię odwołania, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 pzp. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że Zamawiający w SIWZ w Rozdziale III określił, że przedmiotem zamówienia jest sukcesywna (aż do 30 listopada 2026r.) dostawa 26 sztuk łąźni polowej w kontenerze KŁP-60 z opcją do 5 sztuk na warunkach zawartych w projekcie umowy stanowiącej załącznik nr 1 do umowy. Łąźnie mają być zgodne z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku a w szczególności z warunkami technicznymi (WT).

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału XII SIWZ Zamawiający oceniał oferty w dwóch kryteriach:

- a. Cena - o wadze: 94%
- b. Gwarancja - o wadze: 6%,

W terminie wyznaczonym na złożenie ofert, czyli 26 maja 2020r. wpłynęły trzy oferty. Podczas otwarcia ofert Zamawiający oświadczył, iż na sfinansowanie zamówienia przeznaczył 73.036.000,- zł.

Ceny ofert i zaoferowane gwarancje przedstawiały się następująco:

- a. Celtech: 53.671.050,- zł, gwarancją 48 miesięcy,
- b. Odwołujący: 61.421.990,56 zł, gwarancja 60 miesięcy,
- c. Wojskowe Zakłady Uzbrojenia S.A. - dalej: „WZU”: 128.847.348,94 zł; gwarancja 36 miesięcy.

Zamawiający w dniu 2 czerwca 2020r. wezwał Celtech do wyjaśnienia ceny. Zamawiający wskazał, iż cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości co do tego, czy jest adekwatna do wskazanego zakresu zamówienia. Zamawiający wezwał Celtech do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty. Wyjaśnienia i dowody miały być złożone w terminie do 10 czerwca br. Celtech złożył wyjaśnienia w dniu 9 czerwca br. Celtech nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie swoich wyjaśnień.

Zamawiający w dniu 1 czerwca 2020r. wezwał Celtech do złożenia oświadczenia o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcom. Celtech tego samego dnia oświadczył, iż zamówienie wykona samodzielnie.

Za najkorzystniejszą uznał ofertę Celtech i która uzyskała 97 punktów. Odwołujący uzyskał 88,14 punktów. Zdaniem Odwołującego oferta Celtech winna być odrzucona.

#### Charakter wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W świetle dyspozycji art. 90 ust. 3 pzp, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp rodzi domniemanie, iż cena oferty jest rażąco niska. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 2 pzp, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zamówienie wykonać (tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 967/16). Ciężar dowodu spoczywa na barkach tego, który oferuje i rozpoczyna się od momentu żądania wyjaśnień przez Zamawiającego i nie ulega on modyfikacji na etapie postępowania zarówno odwoławczego jak i skargowego.

Zamawiający, dokonując oceny złożonych wyjaśnień, ma obowiązek zweryfikowania, czy są one realne, poparte wiarygodnymi dowodami, tj. czy wykonawca obalił ciążące na nim domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Istota tej ustawowej regulacji polega na tym, że brak wyjaśnień - na równi ze złożeniem pozornych lub nieudokumentowanych - obliuguje Zamawiającego do odrzucenia oferty (por. art. 90 ust. 3 pzp). Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich wyliczenia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami. Co więcej, skoro art. 90 ust. 3 nakazuje Zamawiającemu badanie wyjaśnień - czyli oświadczenia

własnego wykonawcy - i dowodów, to brak dowodów skutkuje koniecznością negatywnej oceny złożonych wyjaśnień i odrzucenia oferty.

Zamawiający powinien ocenić na ile przedstawione argumenty potwierdzają rynkowy charakter oferty i czy podane informacje znajdują uzasadnienie w przedstawionych dowodach. Art. 90 ust. 3 pzp kreuje obowiązek aktywnego i krytycznego badania złożonych wyjaśnień. Zamawiający ma nie tylko wezwać do udzielenie wyjaśnień, ale też ma te wyjaśnienia ocenić. Nie chodzi bowiem o zaakceptowanie jakichkolwiek wyjaśnień, ale o zaakceptowanie jedynie takich wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości obalają domniemanie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę. Rzetelne badanie wyjaśnień, jest gwarancją zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym, a także jego proporcjonalności i przejrzystości - zasady te są wprost wymienione w art. 7 ust. 1 pzp.

Dokonywana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień powinna uwzględniać zgodność oferty z przedmiotem zamówienia oraz okoliczności, na które nie mogą powołać się inni wykonawcy. Element unikalności jest o tyle istotny, iż przedmiot zamówienia (co oczywiste) jest taki sam dla wszystkich i będzie realizowany w tych samych realiach rynkowych. Konsekwencją tego stanu rzeczy jest to, że każdy z wykonawców użyje podobnych maszyn i urządzeń, zastosuje podobne materiały oraz zatrudni przy produkcji podobną ilość pracowników (pośrednio wynika to z zaoferowanego okresu realizacji).

Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnosić się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (tak wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. KIO 2185/14). Wyjaśnienia muszą wskazywać obiektywne czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu - okoliczność ta jest powszechnie akceptowana przez doktrynę i orzecznictwo, przykładowo:

- wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12,
- wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga sygn. akt IV Ca 1299/09,
- wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX 179/13.

Wyjaśnienia Celtech są na tyle ogólne, że także Odwołujący mógłby się pod nimi podpisać. Nie może zyskać akceptacji sytuacja, w której niska ceny uzyskiwana jest kosztem zastosowania rozwiązań sprzecznych z SIWZ - co ma miejsce w odniesieniu do oferty Celtech. W takim przypadku oferta winna być odrzucona nie tylko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 pzp ale też na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp.

Celtech winien zatem wykazać w jaki sposób wykona zamówienie za kwotę niższą o ~20 milionów od kwoty ustalonej przez Zamawiającego i osiągnie zysk, czego nie uczynił. Zamawiający błędnie uznał złożone wyjaśnienia za wystarczające. Celtech nie obalił

domniemania rażąco niskiej ceny. Złożone wyjaśnienia nie są udowodnione i wręcz potwierdzają istnienie rażąco niskiej ceny w ofercie Celtech.

Podobna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do wykazania równoważności oferty. Ustawodawca w art. 30 ust. 5 nałożył ten obowiązek na wykonawcę, który korzysta z tego uprawnienia i musi to zrobić na etapie złożenia oferty a nie później (tak KIO w wyroku z 7 czerwca 2019r. oraz wyrok KIO z 30 marca 2018r. sygn. akt KIO 524/18). Także wspomniany ciężar dowodu nie jest sporny w orzecznictwie - to nie Zamawiający ma wykazywać braku równoważności ale to Celtech miał obowiązek wykazać ten fakt, na co wskazało KIO w wyroku z 11 maja 2016r. sygn. akt 637/16. Celtech w żaden sposób nie wykazał, iż oferowany produkt jest równoważny. Wypełnienie opracowanej przez Zamawiającego tabeli (w formularzu oferty) jest oświadczeniem o cechach produktu ale nie jest wykazaniem równoważności.

#### Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Celtech.

Treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Celtech potwierdza, że oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona, gdyż zawiera rażąco niską cenę. Odpowiedź udzielona przez Celtech jest - mimo swej obszerności - ogólnikowa i w żaden sposób nie potwierdza realności zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia. Wyjaśnienia nie zawierają przedstawienia sposobu w jaki zostały obliczone wskazane w nim pozycje kosztowe (tzn. dlaczego w takiej akurat wysokości wykonawca określił poszczególne koszty, brak dowodów uzasadniających realność zakładanych szacunków). Nie przedstawiono żadnych dowodów potwierdzających prawidłowość kosztów podanych w treści wyjaśnień.

Celtech opisuje „sposób dojścia” do ceny oferty za całe zamówienie, czyli cenę za 26 sztuk gwarantowanych i 5 sztuk w opcji. W wyjaśnieniach nie uwzględniono sytuacji, w której Zamawiający nie skorzysta z prawa opcji. Jeżeli zatem Zamawiający kupi jedynie 26 sztuk łaźni, to Celtech poniesie stratę - jego wyjaśnienia dotyczą bowiem 31 sztuk. Celtech nie przewidział mniejszego zamówienia w szacowanych ryzykach. Mniejsza ilość produktu zawsze uniemożliwia, a co najmniej utrudnia skorzystanie z efektu skali. W konsekwencji wyjaśnienia są niewiarygodne.

Zgodnie z obowiązującymi w Postępowaniu Warunkami Technicznymi WT.KŁP60 wyrób - czyli łaźnie - podlega trzem rodzajom badań. Zakres badań typu, okresowych i zdawczo-odbiorczych określony jest tabelą stanowiącą Złącznik 4 do WT.KŁP 60, są to:

- a. Badania Typu - badania określone przez Zamawiającego w SIWZ i zgodnie z treścią punktu 3.1.1 WT.KŁP60,
  - projekt Umowy § 5 pkt 8 stanowi, że w przypadku, gdy po wyprodukowaniu i przekazaniu do Odbiorcy/Użytkownika pierwszego egzemplarza łaźni polowej w kontenerze KŁP-60 w czasie dalszej realizacji Umowy wymagane będzie wprowadzenie zmian do DT, które mogą wpływać na charakterystyki taktyczno - techniczne łaźni i/lub ich

eksploatację, Wykonawca przeprowadzi badania typu łaźni na podstawie uzgodnionego z RPW i Gestorem oraz zaakceptowanego przez Zamawiającego Programu badań typu na zasadach określonych w ust. 10. Jeżeli Zamawiający uzna, że wprowadzane zmiany nie wpływają na charakterystyki taktyczno - techniczne łaźni i/lub ich eksploatację badania typu nie będą konieczne.

- w konsekwencji wybranie którejkolwiek pozycji „Wymaganie równoważne” w deklaracji znajdującej się w ofercie powoduje konieczność zmian w Dokumentacji Technicznej,

- każda z dopuszczonych przez Zamawiającego zmian to zmiana charakterystyki taktyczno - techniczne łaźni i/lub zmiana charakterystyki eksploatacyjnej,

- skoro następuje zmiana charakterystyk, to zachodzi konieczność przeprowadzenia badań typu - CELTECH o tym wiedział i wycenił to jako dwie pozycje program badań typu i badania typu ale jednak nie wykazał istnienia równoważności.

b. Badania Okresowe - zgodnie z treścią punktu 3.1.2 WT.KŁP60 „Badania okresowe (O) wykonuje się na jednym wyrobie z każdej partii produkcyjnej do 10 kpl, a mając na uwadze harmonogram dostaw Łaźni Polowych w latach 2021 - 2026 z takim właśnie przypadkiem mamy do czynienia.

c. Badania zdawczo - odbiorcze - zgodnie z treścią punktu 3.1.3 WT.KŁP60 „Badania zdawczo-odbiorcze (Z) wykonuje się dla każdego wyprodukowanego egzemplarza łaźni”.

Badanie okresowe należy przeprowadzić na jednym wyrobie z każdej partii produkcyjnej.

a. Z uwzględnieniem obowiązującego harmonogramu dostaw oznacza to konieczność przeprowadzenia tych badań raz na rok.

- zgodnie z treścią punktu 3.1.2 WT.KŁP60 „Badania okresowe (O) wykonuje się na jednym wyrobie z każdej partii produkcyjnej do 10 kpl”.

- harmonogram dostaw wynikający z SIWZ i powtórzony w ofercie stanowi, że dostarczonych będzie: rok 2021 - 1 sztuka, rok 2022 - 6 sztuk (4+2), rok 2023 - 6 sztuk (5+1), rok 2024 - 5 sztuk (4+1), rok 2025 - 5 sztuk (5+1), rok 2026 - 7 sztuk (7+0).

- projekt Umowy § 5 pkt 2 „ Dostarczone Wyroby powinny być nowe, w I kategorii, wyprodukowane w roku dostawy”.

- projekt Umowy § 5 pkt 7 stanowi: Wyroby będą podlegać badaniom w oparciu o aktualne Warunki Techniczne WT Łaźni polowej w kontenerze KŁP-60 stanowiące element składowy Dokumentacji Technicznej do Produkcji Seryjnej. Do przeprowadzenia badań okresowych pierwszego egzemplarza łaźni (pierwszy egzemplarz opisany w Zał. nr 2) Zamawiający, w ramach wartości brutto Umowy, spowoduje wydzielenie z zasobów Sił Zbrojnych RP pojazdów niezbędnych do przeprowadzenia badań. Całość kosztów



organizacji i przeprowadzenia badań (w tym ubezpieczenie pojazdów na okres badań) ponosi Wykonawca łaźni, z wyjątkiem kosztów eksploatacji wydzielonych pojazdów.

- Skoro łaźnie polowe mają być dostarczane w w/w latach i wyprodukowane w roku dostawy, to dana ilość w danym roku powinna być produkowana jako partia produkcyjna, a zapisy WT mówią o konieczności przeprowadzanie badań okresowych dla każdej partii produkcyjnej do 10 kpl - oczywiście można wytwarzać łaźnie w krótszych partiach produkcyjnych ale zwiększy to ilość wymaganych badań i w konsekwencji podniesie koszty realizacji umowy.

b. Badanie okresowe składa się z siedemdziesięciu trzech różnych badań cząstkowych. Badania te są kosztowne, mają wpływ na cenę oferty. Koszt tych badań nie został uwzględniony w wyjaśnieniach Celtech.

Szacunkowy koszt badań okresowych, w tym badań w niezależnych laboratoriach, to koszt w przedziale 350.000,- zł - 400.000,- zł netto (a zatem trzeba dodać jeszcze kwoty podatku VAT) na każdą partię dostaw. Uwzględniając dane dot. szacowania ryzyka (Tabela 5) zaprezentowanego w piśmie firmy Celtech wiązałoby się z następującymi kosztami sumarycznymi (symulacja dla wartości 350 i 400 tys):

|                             |                 |                 |
|-----------------------------|-----------------|-----------------|
| Koszt badań okresowych 2021 | 350 000,00 zł   | 400 000,00 zł   |
| Ryzyko                      | 5%              | 5%              |
| Koszt badań okresowych 2022 | 367 500,00 zł   | 420 000,00 zł   |
| Ryzyko                      | 5%              | 5%              |
| Koszt badań okresowych 2023 | 385 875,00 zł   | 441 000,00 zł   |
| Ryzyko                      | 5%              | 5%              |
| Koszt badań okresowych 2024 | 405 168,75 zł   | 463 050,00 zł   |
| Ryzyko                      | 5%              | 5%              |
| Koszt badań okresowych 2025 | 425 427,19 zł   | 486 202,50 zł   |
| Ryzyko                      | 5%              | 5%              |
| Koszt badań okresowych 2026 | 446 698,55 zł   | 510 512,63 zł   |
| Razem netto :               | 2.380.669,48 zł | 2.720.765,13 zł |

Przeprowadzenie badań „Typu” nie jest równoznaczne z przeprowadzeniem „Badań okresowych” - koszt badań Typu został zasygnalizowany w wyjaśnieniach.

Kolejnym kosztem pominiętym przez Celtech są koszty badań zdawczo- odbiorczych. Wprawdzie w Tabeli nr 2 w pozycji „odbioru” wskazano koszt 10.000,- zł; jednak jest to raczej sam koszt dostarczenia łaźni do miejsca odbioru, koszty osobowe i inne koszty związane bezpośrednio z odbiorem. Nie jest to z całą pewnością koszt badań zdawczo-odbiorczych w rozumieniu SIWZ. Załącznik 4 do WT.KŁP60 stanowi, iż na tym etapie należy przeprowadzić aż 60 z 74 badań zgodnych z metodykami opisanymi treścią Warunków Technicznych. Szacunkowe koszty badań okresowych zostały zaniżone o przynajmniej 30

tyś netto na każdą sztukę wyrobu, co dla szacowania ryzyka (Tabela nr 5) zaprezentowanego w piśmie firmy Celtech wiązałyby się z kosztami w ostatecznej wysokości na poziomie 1.077.904,00 zł.

Podsumowując Celtech nie uwzględnił w ofercie wykonania i związanych z tym kosztów badań okresowych, co jest niezgodnie z treścią Warunków Technicznych WT.KŁP60, skutkuje zaniżeniem ceny oferty o co najmniej 3.798.669,13 zł netto i niezgodnością oferty z SIWZ.

Ocena wyjaśnień złożonych przez Celtech powinna być negatywna i oferta powinna być odrzucona. Wyjaśnienia złożone przez Celtech nie spełniają wymagań określonych przepisem art. 90 pzp, więc zaktualizowała się przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp (tak wyrok KIO z dnia 23 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1651/16 oraz wyrok KIO z dnia 19 maja 2016r. KIO 722/16).

Ogólnikowość złożonych wyjaśnień nie może stanowić podstawy do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do udzielenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 pzp (tak wyrok KIO z dnia 7 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2221/17 oraz wyrok KIO z dnia 6 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2212/17).

Niezależnie wcześniejszej argumentacji oferta winna być odrzucona ze względu na to, iż zaoferowany wyrób jest niezgodny z SIWZ i nie jest równoważny produktowi opisanemu w warunkach technicznych.

Załącznik nr 1 do Wzoru Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia pkt o. stanowi: „łaźnia polowa w kontenerze powinna być przystosowana do przeładunku i przewożenia środkami transportu będącymi na wyposażeniu Sił Zbrojnych RP, (w szczególności pojazdami typoszeregu Jelcz 662, Jelcz 862) i dopuszczona do [...]”

Załącznik nr 2 do SIWZ - Formularz oferty wskazywał, iż dopuszczalne jest wykonanie łaźni zgodnie z WT.KŁP.60 albo zastosowanie rozwiązań równoważnych - decyzja wykonawcy miała być przedstawiona w kolumnie 3 poprzez wstawienie cyfry 1 lub 2 — przy czym 2 oznaczało rozwiązanie równoważne i takie rozwiązanie wskazał Celtech. Stosowny fragment prezentuje się następująco:

a. Kolumna 1: Treść wymagania zgodna z WT.KŁP.60 (Załącznik nr 1 do projektu umowy pkt 5 tabela)

- Wymagania dotyczące wymiarów gabarytowych i masy,
- Numer wymagania w WT.KŁP60 - 2.2.3
- Masa całkowita brutto kontenera sanitarnego - 9520 [kg] ± 2%
- Masa całkowita brutto kontenera przebieralni - 6450 [kg] ± 2%

b. Kolumna 2: Wymaganie równoważne (Załącznik nr 1 do projektu umowy pkt 5 tabela):

- Wymagania dotyczące wymiarów gabarytowych i masy

| p. | Treść wymagania zgodna z WT.KŁP.60<br>(Załącznik nr 1 do projektu umowy pkt 5 tabela)  | Wymaganie równoważne<br>(Załącznik nr 1 do projektu umowy pkt 5 tabela)   | Oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia w oparciu o WT.KŁP.60 (kolumna 1) lub wymaganie równoważne (kolumna 2) wpisać 1 lub 2 |
|----|--|---|---|
|    | (1)  | (2)   | (3)   |
|    | Zabudowa łaźni<br>Numer wymagania w WT.KŁP60<br>- 1.1.<br>-2.2.1<br>-2.5.1<br>Łażnia zabudowana jest w dwóch kontenerach 20 stopowych serii 1C | Zabudowa łaźni<br>Łażnia powinna być zabudowana w dwóch kontenerach 20 stopowych ISO serii 1C (dopuszcza się zastosowanie jednego lub obu kontenerów rozkładanych/rozsuwanych) lub w jednym rozkładanym/rozsuwanym kontenerze 20 stopowym ISO serii 1C. Wysokość wewnętrzna kontenerów powinna wynosić minimum:<br>- 200 cm w rozbieralni/ubieralni i | Łażnię wykonamy w jednym kontenerze rozkładanym (podać ilość i rodzaj) kontenerze / kontenerach 20 stopowych ISO serii 1C     |

- masa całkowita brutto każdego kontenera łaźni (jeśli występują dwa) - nie większa niż 11 000 [kg](...).

Przywołane wyżej ograniczenie „nie większa niż 11 000 [kg]” wynikające z pkt. 10 tabeli powyżej powiązane jest bezpośrednio z parametrami technicznymi pojazdu JELCZ typ 662, którego maksymalna dopuszczalna ładowność wynosi 11 000 [kg]. - to właśnie ten samochód jest dedykowany do transport łaźni. Oczywiście nie jest to równoznaczne z tym, że masa całkowita brutto każdego kontenera łaźni może wynosić 11 000 [kg].

Dla dopuszczenie wyrobu do użytkowania konieczne jest uzyskanie pozytywnej opinii firmy JELCZ - producenta samochodów bazowych - związanej m.in. z położeniem środka masy łaźni (przypomnieć należy, że wynika ona ze sposobu zabudowania kontenera). Parametr ten bezpośrednio wpływa na wielkość masy przypadającej na poszczególne osie pojazdu, które to osie posiadają ograniczenia nośności wynikające z DT podwozia pojazdu.

Standardowo pozyskanie takiej opinii odbywa się w dwóch etapach:

- Na etapie tworzenia oferty / analiz technicznych projektu, uzgodnienia z producentem podwozia pojazdu opierają się na wyznaczeniu położeniu środka masy określonego za pomocą metody MES (Metoda Elementu Skończonego).
- Na etapie wdrożenia, po wykonaniu prototypu Wyrobu, weryfikacja położenia środka masy odbywa się metodą laboratoryjną w akredytowanych laboratoriach badawczych.

Praktyka Odwołującego wskazuje, że kontener o masie brutto nie przekraczającej 8000,00 [kg] z uwagi na położenie środka masy, nie spełnia wymogu dowolności transportu na podwoziu JELCZ, wynikającym z ograniczeń masy przypadające na poszczególne osie pojazdu - w konsekwencji zadeklarowany przez Celtech kontener (łaźnia) nie będzie mogła być przewożona, a zatem nie uzyskany będzie wymóg mobilności.

Odwołujący jest wiodącym producentem kontenerów rozsuwanych (PATENT 214607), na etapie analizy możliwości technicznych realizacji zamówienia, wykonał analizy MES związane z budową Łażni Polowej na pojedynczym kontenerze rozsuwanym. Wykonane symulacje w sposób jednoznaczny wskazywały, że wyrób nie będzie mógł być transportowany na pojazdach będących w posiadaniu Resortu Obrony Narodowej (RON). Ze względu na wynik tych analiz Odwołujący przedstawił rozwiązanie opisane w ofercie jako: *„Łażnie wykonam w dwóch kontenerach 20 stopowych ISO serii 1C, w tym jeden kontener rozsuwany i jeden kontener nierozsuwany (podać ilość i rodzaj) kontenerze/kontenerach 20 stopowych ISO serii 1C”*, co pozwala na bezpieczny transport obiektu na dowolnym środku transportu przystosowanym do przewożenia kontenerów 20 dwudziestostopowych.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ wyrób ma być przystosowany do przewożenia środkami transportu będącymi na wyposażeniu Sił Zbrojnych RP, w szczególności pojazdami typoszeregu Jelcz 662, Jelcz 862. Załącznik nr 1 do projektu Umowy „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA” punkt „o” stanowi jednoznacznie: *„Łażnia połowa w kontenerze powinna być przystosowana do przeladunku i przewożenia środkami transportu będącymi na wyposażeniu Sił Zbrojnych RP (w szczególności pojazdami typoszeregu Jelcz 662, Jelcz 862) i dopuszczona do przewożenia:*

- na ramach podkontenerowych podwozi samochodowych;
- na skrzyniach ładunkowych samochodów ciężarowo - terenowych, ciężarowa - szosowych i szosowych lub przyczepach;
- samolotami transportowymi (w ładowniach hermetyzowanych);
- koleją, bezpośrednio na platformie;
- statkami;
- możliwość piętrzenia kontenerów > (3+ 1 );
- możliwość przemieszczania z użyciem pojazdu: wyposażonego w widły (wózki widłowe), MULTILIFT, urządzenie dźwigowe HIAB ”.

Wykonanie łażni w jednym kontenerze rozkładanym - tak jak to zadeklarował Celtech - i jednocześnie utrzymanie wymagań dotyczących mobilności wyrobu jest w tym przypadku niemożliwe. Można przypuszczać, iż Celtech ma świadomość ułomności swej oferty i dlatego zaniechał dowiedzenia równoważności oferowanych łażni w stosunku do rozwiązań opisanych przez Zamawiającego.

Podsumowując, Celtech nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, nie wykazał iż oferowany wyrób jest równoważny w stosunku do wymagań Zamawiającego, zaoferował łażnie polowe niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, co winno skutkować odrzuceniem oferty.

Odwołujący wnosił o przyjęcie przedstawionych argumentów za zasadne i uwzględnienie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie oferty konkurencyjnego wykonawcy za najkorzystniejszą, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca **Celtech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** (dalej jako „Celtech” lub „Przystępujący”). Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania, Izba ustaliła, że Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wezwał Celtech do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia oferowanej ceny. Zamawiający odwołał się do treści przywołanego przepisu ustawy Pzp, dodatkowo wskazując, że wyjaśnienia powinny odnosić się do wszystkich aspektów mających wpływ na cenę, zawierać szczegółowe kalkulacje kosztów realizacji, zgodne z postanowieniami SIWZ. Podkreślono, że wyjaśnienia odnoszące się do wielkiego doświadczenia, znakomitej organizacji pracy, optymalizacji kosztów, wdrożenia niezwykle nowoczesnych technologii, czy korzystnego położenia siedziby Wykonawcy uznane zostaną za niewystarczające. Ponadto zwrócono uwagę, że Wykonawca chcąc uzasadnić korzystność ceny oferty posługuje się zniżkami, powinien w wyjaśnieniach przedstawić dowody co do wysokości i zakresu rabatów. Powinien

także przedstawić wyjaśnienia i dowody na okoliczności sprzyjające i dostępne tylko jemu warunki wykonania zamówienia, które nie są dostępne pozostałym wykonawcom na rynku. Zamawiający wymagał przedstawienia rzetelnych wyjaśnień w zakresie dwóch składników – rzeczowego i kosztowo/rachunkowego.

Przystępujący złożył wyjaśnienia, obejmując ich treść klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający dokonał analizy zastrzeżonej treści i uznał, że informacje zawarte w wyjaśnieniach nie mogą być w całości uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał za zasługujące na zastrzeżenie informacje ujęte w tabelach nr 1 (budżet kosztów bezpośrednich) oraz nr 3 (kalkulacja kosztów roboczogodziny).

W wyjaśnieniach Przystępujący wskazał na następujące aspekty wpływające na cenę oferty:

- a) koncepcja wykonania łaźni polowej w jednym rozkładanym kontenerze, co powoduje:
  - uproszczenie konstrukcji poprzez eliminację kontenera przebieralni i przejść międzykontenerowych,
  - zmniejszenie liczby urządzeń do ogrzewania wnętrza i liczby rozkładanych części kontenerów,
  - uproszczenie instalacji dystrybucji wody czystej poprzez zintegrowanie dwóch bloków technicznych w jeden wykorzystujący systemem odzysku ciepła,
  - poprawę funkcjonalności (eliminacja czynności związanych z pozycjonowaniem kontenerów),
  - zmniejszenie nakładów na ogrzewanie,
  - zmniejszanie całkowitej masy zestawu.
- b) wpływ przyjętej koncepcji wykonania łaźni na obniżenie kosztów:
  - doświadczenie Wykonawcy w budowie kontenerów z instalacjami hydraulicznymi użytkowymi w ujemnych temperaturach;
  - realizacja dla SZ RP prac rozwojowych na pralnię polową w kontenerze oraz kontenerową piekarnię polową. Ponadto bazę do zabudowy łaźni polowej KŁP-60 stanowił będzie kontener rozkładany wykorzystywany do zabudowy piekarni polowej, już zaprojektowany i przebadany w ramach realizowanej na zamówienie MON pracy rozwojowej;
  - eliminacja pozycji kosztowych, tj. opracowania dokumentacji prototypu kontenera rozkładanego, prowadzenia testów prototypu kontenera, prowadzenia badań i zatwierdzania typu konstrukcji kontenera, a także mniejsza pracochłonność wytworzenia łaźni ze względu na eliminację jednego kontenera.

Kalkulację ceny oferty Wykonawca uzasadnił przedstawiając: budżet kosztów bezpośrednich, kalkulację roboczogodziny, kalkulację kosztów dodatkowych związanych z wykonaniem pierwszego egzemplarza KŁP-60, kalkulację ryzyk związanych z rozłożeniem projektu na lata 2020 — 2026.

Analizując czynniki wpływające na ryzyko szacowania ceny przyjęte zostały m.in. następujące pozycje: inflacja, ryzyko kursowe; wzrost wynagrodzeń powyżej wartości inflacji; wzrost kosztów materiałowych powyżej wartości inflacji; wzrost kosztów pozyskania kapitału; pozostałe ryzyko obejmujące zdarzenia nagłe. Dla analizy kosztów w roku 2021 przyjęto wskaźnik 2%, w latach następnych 5%.

Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia podkreślił, że Komisja dokonała analizy przedstawionych danych, w szczególności tabeli nr 1 - Budżet kosztów bezpośrednich, poprzez porównanie cen wybranych części, zespołów i podzespołów wyszczególnionych w niniejszej tabeli z cenami producentów i dystrybutorów na ich stronach internetowych. Ceny ofertowe powyższych komponentów przedstawione przez producentów i dystrybutorów były porównywalne lub niższe niż ceny przedstawione przez Celtech w tabeli 1. W opinii Komisji przetargowej koncepcja wykonania łaźni polowej KŁP-60 przyjęta do kalkulacji ceny oferty (pkt 5 lit a i b) ma znaczny wpływ na obniżenie ceny oferty w stosunku do wartości szacowanej przez Zamawiającego. Podczas określania wartości szacunkowej zamówienia na etapie przygotowania postępowania, Komisja brała pod uwagę dostawę wyrobu wykonanego w oparciu o Dokumentację Techniczną do Produkcji Seryjnej „Łaźni polowej w kontenerze KŁP-60”, zatwierdzoną przez Szefa Inspektoratu Uzbrojenia na podstawie Orzeczenia Nr IU-136/15/STLąd z dnia 12.06.2015 r., który składał się z dwóch rozkładanych kontenerów. Jednocześnie cena całkowita oferty złożonej przez WZU, znacząco odbiega od cen ofert ZAMET i CELTECH (jest wyższa o 224 % od średniej arytmetycznej tych ofert), co zaburzyło wartość średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i potwierdziło konieczność zastosowania kolejnej przesłanki ustawowej do uznania oferty Celtech za zawierającą rażąco niską cenę. Reasumując, w ocenie Zamawiającego oferta Celtech nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający złożył obszerną odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, których część stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i odnosi się do elementów niejawnych oferty i wyjaśnień Przystępującego. W odpowiedzi przedstawiono argumentację przemawiającą za oddaleniem odwołania.

Przystępujący Celtech złożył pisemne stanowisko procesowe, w którym wnosił o oddalenie odwołania.

Po wysłuchaniu Stron i Uczestnika postępowania, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oraz stanowiskami pisemnymi, Skład Orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i w całości podlegało oddaleniu.

Przechodząc do analizy zarzutów odwołania zwrócić uwagę należy, iż postępowanie prowadzone było w trybie dwustopniowym, najpierw wykonawcy składali oferty wstępne, następnie prowadzono negocjacje, Zamawiający dookreślił przedmiot zamówienia i zaprosił wykonawców do złożenia ofert ostatecznych. Jest to istotna uwaga z punktu budowy zarzutów odwołania, w szczególności odnoszących się do zagadnienia równoważności i zgodności treści oferty Przystępującego z zapisami SIWZ. To po zapoznaniu się z treścią ofert wstępnych, poznaniu rozwiązań proponowanych przez poszczególnych wykonawców w ramach prowadzonych negocjacji, Zamawiający uznał, że możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób odmienny niż wynikający z opisu warunków technicznych. To w treści ofert wstępnych poprzedzających negocjacje wykonawcy mogli przedstawić własne rozwiązania konstrukcyjne, które funkcjonalnie będą spełniały wymagania i potrzeby Zamawiającego ale różnić będą się od pierwotnych założeń Zamawiającego. Po przeprowadzonych negocjacjach opis przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wynegocjowanych zmian przyjął kształt ostateczny. Zamawiający tak właśnie wyraził zgodę za zmianę sposobu spełnienia świadczenia, opisując które rozwiązania konstrukcyjne zaakceptuje.

Dostrzeżenia wymaga, iż to w trakcie prowadzonych negocjacji doprecyzowano szereg zapisów SIWZ oraz warunków technicznych związanych z przedmiotem zamówienia. To w trakcie negocjacji dokonano modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia i przede wszystkim określono zakres możliwych do zastosowania przez wykonawców rozwiązań równoważnych dla rozwiązań konstrukcyjnych i materiałowych opisanych w Dokumentacji Technicznej Łaźni polowej w kontenerze KŁP-60. Tym samym to Zamawiający określił w jakich elementach, ściśle wyspecyfikowanych w ujęciu tabelarycznym i opisowym, wykonawcy mogą zastosować rozwiązania odmienne od opisanych w dokumentacji technicznej dotyczącej przedmiotu zamówienia. Zamawiający opisał je w Załączniku nr 1 do projektu umowy, pkt 4 i 5. Obowiązkiem wykonawców było wskazanie w tabeli składanego formularza ofertowego, które elementy wykona jako równoważne, przy czym lista możliwych do wykonania elementów została ograniczona przez samego Zamawiającego. W tabeli należało wpisać cyfrę 1 w przypadku korzystania z rozwiązań wynikających z dokumentacji technicznej oraz cyfrę 2 w przypadku korzystania z rozwiązań równoważnych zaakceptowanych przez Zamawiającego.

Izba przy takim ukształtowaniu wymogów SIWZ i warunków technicznych podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że żaden z wykonawców nie musiał dodatkowo udowadniać, że oferowane przez niego wyroby spełniają wymagania Zamawiającego, ponieważ zaoferowano produkt równoważny. Wynikało to z faktu, iż rozwiązania równoważne dla łaźni, spełniające wymagania Zamawiającego, zostały



określone przez samego Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) będącym załącznikiem nr 2 do projektu umowy i omówionym w trakcie negocjacji.

Z treści art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, na który powoływał się w zarzutach odwołania Odwołujący, wynika, że wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu opis dopuszczalnych rozwiązań równoważnych był częścią opisu przedmiotu zamówienia i został szczegółowo określony przez samego Zamawiającego. Zatem w postępowaniu nie mieliśmy do czynienia z rozwiązaniami równoważnymi w klasycznym ujęciu art. 30 ust. 5 Pzp, choć niewątpliwie zamienne stosowanie tego pojęcia mogło spowodować przekonanie u niektórych wykonawców, że konieczne jest dopełnienie obowiązków określonych dyspozycją art. 30 ust. 5 ustawy Pzp. Nie można jednak pominąć okoliczności, iż przepis stanowi o rozwiązaniu równoważnym do opisanego przez zamawiającego, w przedmiotowym postępowaniu natomiast Zamawiający opisał rozwiązanie o charakterze podstawowym i wskazał w jakich jego elementach można skorzystać z rozwiązań odmiennych konstrukcyjnie, nazywając je równoważnymi ale również te rozwiązania opisał. Nie mieliśmy zatem do czynienia sytuacją, w której to dany wykonawca samodzielnie określał, że jakaś część dostawy może być zrealizowana w sposób inny, niż określił to zamawiający. Jak zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający *„Po negocjacjach Zamawiający w OPZ określił kryteria równoważności dla wymagań zapisanych w WT, dopuszczając inne niż w WT rozwiązania techniczne, spełniające jednak jego wymagania i tylko takie ujął w OPZ”*.

Z drugiej strony jednak zauważyć należy, że choć Odwołujący sformułował w tym zakresie zarzuty w stosunku do oferty Przystępującego, to z jego własnej oferty wynika, iż w kilku jej elementach skorzystał z możliwości zastosowania rozwiązania odmiennego niż opisane w dokumentacji technicznej, a nie składał na tę okoliczność wraz z ofertą żadnych dodatkowych dokumentów. Dodatkowo Odwołujący ani w odwołaniu, ani w piśmie procesowym, ani też na rozprawie nie umiał wskazać z jakich zapisów czy to dokumentacji technicznej, opisu przedmiotu zamówienia, czy też ogólnych warunków SIWZ wynikał obowiązek udowodnienia Zamawiającemu równoważności do wymagań opisanych. Nie wskazano również jakiego rodzaju dokumentem, czy oświadczeniem taki obowiązek należało wykonać. Przepisy nr 4, 5, 6 znajdujące się pod tabelą w pkt 5 OPZ dla wymagania zawartego w WT.KŁP60 nr 2.2.1., na treść których powoływał się Odwołujący, wbrew jego twierdzeniom nie są zapisami sugerującymi obowiązek wykazania równoważności. Przepisy te zawierają właśnie opis przedmiotu zamówienia w przypadku zastosowania rozwiązania innego niż to wprost wynikające z warunków technicznych (WT). Wymogu, by *„W przypadku zabudowy łaźni w jednym kontenerze rozkładanym wyposażenie to należy umieścić*

**w wydzielonej części/częściach sanitarnych kontenera**” nie można potraktować inaczej niż jako opisu przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający wyjaśnia i podaje jak ma zostać zachowana funkcjonalność przedmiotu dostawy w przypadku zastosowania przez dostawcę jednego kontenera. W tym opisie Izba nie dopatrzyła się wymogu udowodnienia, że zastosowanie takiego rozwiązania wymaga dodatkowego dowodzenia i wykazywania zgodności z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego.

Reasumując, w tym zakresie zarzuty odwołania i towarzyszące im żądania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odwołujący podnosił, że oferta Przystępującego, niezależnie od niepotwierdzenia jej równoważności w stosunku do wymagań, jest niezgodna w treści z treścią SIWZ, co wiązało z wymogami odnoszącymi się do transportu kontenera i jego masy całkowitej oraz zapewnienia mobilności przedmiotu dostawy.

Przechodząc do analizy tej części zarzutów odwołania, Izba uważa, że ich zasadność nie została przez Odwołującego wykazana. Dostrzeżenia wymaga, iż zarzuty odwołania zbudowane zostały przy uwzględnieniu doświadczenia zawodowego Odwołującego i opierały się na założeniach technicznych oferowanego przez Odwołującego produktu. Słusznie w odpowiedzi na odwołanie zauważył Zamawiający, że Odwołującemu nie jest znana treść oferty wstępnej Przystępującego, która przywołuje główne założenia techniczne, wskazuje na poszczególne parametry oferowanego rozwiązania. Tymczasem Odwołujący bazuje jedynie na znajomości zasad działania własnego oferowanego przedmiotu dostawy i w stosunku do tego rozwiązania prowadzi wyliczenia związane z położeniem środka masy łaźni. Na okoliczność zasadności sformułowanych zarzutów Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek materiału dowodowego. W opozycji do takiej postawy, dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający poddał to zagadnienie szczegółowej analizie, dodatkowo uzyskując potwierdzenie firmy JECZ, której to pojazdy wskazanego typu będą używane do transportu, a która to firma potwierdziła, że *„Każdy pojazd JELCZ 662 z ramą kontenerową 20 st. przystosowany jest do przewozu kontenera IC wg ISO 668”*, czyli do kontenera wskazanego w ofercie Przystępującego. Firma JELCZ potwierdziła także, że *„W przypadku montażu na podwoziu kontenera IC wg ISO 668 nie ma konieczności akceptacji zabudowy przez JELCZ”*, co zdaje się pomijać Odwołujący w swoich wywodach na rozprawie. Jak słusznie zauważył Przystępujący w pisemnym stanowisku procesowym, Zamawiający nie wymagał podania dokładnej masy oferowanego kontenera poza określeniem jego maksymalnej dopuszczalnej masy, zatem Odwołujący prowadzi rozważania w oparciu o bliżej niezidentyfikowane założenia, które mają dotyczyć oferowanego przez Przystępującego kontenera, a których to Odwołujący nie zna. Nie polegają również na prawdzie twierdzenia Odwołującego, że Przystępujący złożył ofertę nie *„mając żadnej dokumentacji i wyliczeń mas oraz bez*

*analizy rozkładu mas – położenie i wysokość środka ciężkości - co jest niezbędne dla ustalenia stateczności pojazdu*". Przystępujący bazował na wiedzy wyniesionej z wcześniej realizowanych na rzecz Zamawiającego dostaw o zbliżonych założeniach technicznych oraz w oparciu o dokumentację pojazdów wskazanych w SIWZ przez Zamawiającego.

Konkludując, zarzut i towarzyszące mu żądanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a Przystępujący złożył ofertę wykonania przedmiotu dostawy z takim rozkładem masy kontenera, aby nie zostały przekroczone dopuszczalne naciski na osie pojazdów wskazanych przez Zamawiającego do ich transportu, zapewniając tym samym pełną mobilność oferowanej łaźni kontenerowej.

Kolejną grupę zarzutów odwołania stanowiły twierdzenia Odwołującego odnoszące się do rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, zwłaszcza w aspekcie nieprawidłowej wyceny badań do wykonania dla przedmiotu dostawy.

Odwołujący zarzucał, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, które miały potwierdzać, że cena oferty nie jest rażąco niska i w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż nie polegają na prawdziwe twierdzenia Odwołującego, że mimo swej obszerności złożone przez Przystępującego wyjaśnienia są ogólnikowe i w żaden sposób nie potwierdzają realności zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia nie zawierają przedstawienia sposobu w jaki zostały obliczone wskazane w nim pozycje kosztowe (tzn. dlaczego w takiej akurat wysokości wykonawca określił poszczególne koszty, brak dowodów uzasadniających realność zakładanych szacunków). Jak już Izba zauważyła w ustaleniach faktycznych niniejszego orzeczenia wyjaśnienia odnosiły się szczegółowo do czynników, które w ocenie Przystępującego przełożyły się na możliwość obniżenia ceny oferty. Co ciekawe, do żadnego z tych czynników Odwołujący nie odniósł się w odwołaniu, choć wyjaśnienia zostały w tej części udostępnione. Jedynie ogólnikowo stwierdzono, że budowa łaźni w jednym kontenerze nie może znacząco obniżyć ceny oferty. Dlaczego zdaniem Odwołującego zachodzi taka zbieżność czynników, Izbie nie wyjaśniono. Jeżeli uznać, czego Izba nie potwierdza, że wyjaśnienia ceny złożone przez Przystępującego były ogólnikowe, to uzasadnienie zarzutów tej części odwołania należałoby wręcz uznać za szczątkowe. W żaden bowiem sposób w zarzutach nie odniesiono się do aspektów podniesionych w złożonych wyjaśnieniach a odnoszących się do odmiennych założeń konstrukcyjnych wykonania przedmiotu zamówienia, które to aspekty w ocenie składu orzekającego Izby niewątpliwie przełożyć mogły się na obniżenie ceny oferty Przystępującego.

Następnie Izba podkreśla, że Przystępujący złożył szczegółową kalkulację ceny oferty. Wykonawca uzasadnił przedstawiając: budżet kosztów bezpośrednich, kalkulację

roboczogodzin, kalkulację kosztów dodatkowych związanych z wykonaniem pierwszego egzemplarza KŁP-60, kalkulację ryzyk związanych z rozłożeniem projektu na lata 2020 — 2026. Analizując czynniki wpływające na ryzyko szacowania ceny przyjęte zostały m.in. następujące pozycje: inflacja, ryzyko kursowe; wzrost wynagrodzeń powyżej wartości inflacji; wzrost kosztów materiałowych powyżej wartości inflacji; wzrost kosztów pozyskania kapitału; pozostałe ryzyko obejmujące zdarzenia nagłe. Dla analizy kosztów w roku 2021 przyjęto wskaźnik 2%, w latach następnych 5%. Do tych elementów wyjaśnień także Odwołujący się nie ustosunkował. Tymczasem złożone wyjaśnienia w ocenie Izby bardzo szczegółowo rozpisują owo dojście do ceny ostatecznej, wskazują na zysk, zakładają wystąpienie możliwych ryzyk gospodarczych oraz szacują wpływ tych ryzyk na cenę oferty.

Analizując wyjaśnienia Zamawiający przeszedł wykaz materiałów proponowanych do wykonania łaźni, co pozwoliło mu stwierdzić, że zawarty w nich wykaz w tabeli nr 1 - wykaz materiałów podstawowych, pomocniczych, pozostałych i kooperacyjnych wraz z oszacowaniem pracochłonności (tajemnica przedsiębiorstwa) zawiera wymagane wyposażenie łaźni i planowane/szacowane ilości materiałów koniecznych do jej wykonania. Dodatkowo Zamawiający dokonał analizy rynku w zakresie cen materiałów ujętych w wyjaśnieniach a dostępnych na rynku, co tylko utwierdza Izbę w przekonaniu, że Zamawiający nie tylko bardzo szczegółowo analizował otrzymane wyjaśnienia, ale również że dokonana ich ocena była właściwa.

Co do kosztów roboczogodzin, to ich kalkulacja przedstawiona została w tabeli nr 3 do wyjaśnień, która stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Ich analiza nie budzi wątpliwości Izby.

Gołosłowne są także twierdzenia Odwołującego, że kalkulacji kosztów dokonano tylko z jeżeli prawo opcji będzie przez Zamawiającego zrealizowane, ponieważ jak wynika z wyjaśnień zysk został przez Przystępującego przewidziany i wyliczony już tylko w przypadku realizacji zamówienia w warstwie podstawowej. W przypadku realizacji dodatkowych egzemplarzy z tytułu opcji, zysk będzie więc odpowiednio wyższy. Ponadto Przystępujący przewidział w kalkulacji wysokie procentowo ryzyko (5%) braku realizacji prawa opcji.

Głównym zarzutem odwołania była okoliczność zaniżenia przez Przystępującego kosztów badań do przeprowadzenia, co zdaniem Odwołującego znacząco mogło wpłynąć na cenę oferty Przystępującego. W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż na okoliczność ponoszenia kosztów badań w wysokości wskazanej w odwołaniu (to jest około 300.000,00 – 400.000,00 zł) Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów. Nawet jeżeli prawdą jest, że Odwołujący koszty w takiej wysokości ponosi, nie oznacza to, że nie jest możliwe przeprowadzenie badań za cenę niższą. Bazując na złożonych przez Przystępującego wyjaśnieniach taką właśnie okoliczność wykazał Zamawiający, składają

wyciąg z umowy z jednostką badawczą, w której określono koszt badań na znacząco niższym poziomie (kilkukrotnie niższym) niż wskazywał Odwołujący.

Zamawiający przyznał, iż pierwszy egzemplarz podlegał będzie badaniom typu i badaniom okresowym. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że jeżeli w przypadku pierwszego egzemplarza zostaną zbadane wymagania określone w pkt 2 uaktualnionych Warunków Technicznych WT.KŁP60 nr ewid. 32684/5/14 w ramach badań typu, których zakres obejmie co najmniej wszystkie sprawdzenia z badań okresowych (wynika to z projektu umowy, która nakazuje przeprowadzić obowiązkową modyfikację łaźni KŁP-60 poszerzoną o badania zastosowanych rozwiązań równoważnych), to w ramach badań okresowych nie będą one ponownie weryfikowane, gdyż zostały już przeprowadzone. Ponadto w ramach badań okresowych wykonywane są wszystkie badania wchodzące w zakres badań zdawczo-odbiorczych. Z pozostałych egzemplarzy przebadane być muszą (zgodnie z warunkami technicznymi) 3 łaźnie z zamówienia dotyczącego 25-34 komplety, co łącznie daje dla badań typu, w ramach których zostaną wykonane badania okresowe pierwszego egzemplarza łaźni KŁP-60 — 1 egz., dla badań okresowych — następne 2 egz. (wg Odwołującego 6 egz.), dla badań zdawczo - odbiorczych 28 egz. (wg Odwołującego 31 egz.). Zauważyć należy, iż Przystępujący w wyjaśnieniach przyjął do badań wyższą ilość egzemplarzy niż wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nie zakładając, że możliwe jest przyjęcie założenia, że elementy badań powielają się i można uznać, że w ramach badań okresowych przeprowadzone zostały badania zdawczo – odbiorcze. Przystępujący uwzględnił również w wyjaśnieniach, a tym samym w cenie oferty, że inne podmioty wykonują poszczególne badania, inny jest nakład pracy dla wykonania poszczególnych kategorii badań, nie jest więc uprawniona teza, że każde badanie osiąga taki sam poziom cenowy. Zatem analiza tego elementu kosztu oferty przeprowadzona przez Odwołującego w odwołaniu nie uwzględnia tak zapisów WT, jak również znacząco zawyża ilość badań do przeprowadzenia oraz koszt pojedynczego badania. Tym samym zarzutów, w tym wycień, w warstwie merytorycznej, nie można uznać za wiarygodne.

Odpowiadając na pytanie, czy w postępowaniu doszło do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stwierdzić należy, że zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba podnosi, iż sformułowany w odwołaniu zarzut miał ogólny charakter, nie odnosił się do przesłanek stanowiących o wystąpieniu czynu nieuczciwej konkurencji, nie wskazano jaki czyn popełniono. W ocenie składu odwołanie w tym elemencie nie zawierało uzasadnienia dla zaniechań zarzucanych Zamawiającemu. Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący nie zdołał wykazać, że Przystępujący działał sprzecznie z prawem lub dobrymi

obyczajami w sposób zagrażający lub naruszający interes innego przedsiębiorcy oraz że działał w celu utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku lub w celu eliminacji innych przedsiębiorców, utrudniał uczciwą konkurencję. W uzasadnieniu odwołania nie przedstawiono jakiegokolwiek argumentacji, że działania Przystępującego wypełniają przesłanki czynów nieuczciwej konkurencji ujętych w art. 3 ust. 1 lub art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie jest rolą Izby antycypować co Odwołujący miał na myśli wskazując na naruszenie konkretnych regulacji prawa. To na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania w postępowaniu odwoławczym zasadności zarzutów.

Konkludując, Izba uznała za niezasadne zarzuty wskazujące na naruszenie przez Zamawiającego przepisów wymienionych w *petitum* odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....