

WYROK

z dnia 25 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 czerwca 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **6 czerwca 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Aero GSE sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa urządzeń do ciągłego pomiaru współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni lotniskowych na lotniskach Sił Zbrojnych RP* (numer postępowania 90/2019)

prowadzonym przez zamawiającego: **3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie**

przy udziale wykonawcy: **HAX D.W., Jankowice** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu 3 Regionalnej Bazie Logistycznej z siedzibą w Krakowie unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności: 1) wykluczenie HAX D.W. za wprowadzenie w błąd Zamawiającego co do możliwości spełnienia wymagań opisu przedmiotu zamówienia dotyczących zawieszenia i tylnej osi pojazdu o konstrukcji zapewniającej pracę z obciążeniem, jakie występuje pod ciężarem napełnionego zbiornika z wodą oraz urządzenia pomiarowego przy zabudowie oferowanego testera szorstkości na samochodzie Skoda Octavia kombi, przy uwzględnieniu ciężaru kierowcy i pasażera, 2) odrzucenie oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w powyższym zakresie oraz z powodu nieprzedstawienia ilustracji zabudowanego pojazdu będącego przedmiotem oferty oraz 3) odrzucenie tej oferty z uwagi na niewykazanie przez wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.**

2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego 3 Regionalną Bazę Logistyczną z siedzibą w Krakowie** i
- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego Aero GSE sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **zamawiającego 3 Regionalnej Bazy Logistycznej z siedzibą w Krakowie** na rzecz **odwołującego Aero GSE sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Krakowie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający 3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa urządzeń do ciągłego pomiaru współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni lotniskowych na lotniskach Sił Zbrojnych RP* (numer postępowania 90/2019) .

Ogłoszenie o tym zamówieniu 5 marca 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_045 pod poz. 102234.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

27 maja 2019 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu Aero GSE sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Krakowie {dalej również: „Aero”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez HAX D.W., Jankowice {dalej również: „HAX”}.

6 czerwca 2019 r. Odwołujący wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania wykluczenia HAX i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy pzp w zw. z następującymi przepisami ustawy pzp {lista zarzutów):

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez akceptację niewiarygodnych oświadczeń HAX-u co do możliwości zrealizowania przez tego wykonawcę zamówienia zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej w uzasadnieniu również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}, podczas gdy Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza konieczność odrzucenia oferty HAX-u.
2. Art. 24 ust. 1 pkt 17 – przez brak wykluczenia z HAX-u, który w wyniku niedbalstwa przedstawił informację dotyczącą możliwość wygospodarowania dodatkowej ładowności auta dzięki wymontowaniu koła zapasowego wprowadzającą w błąd Zamawiającego, mogącą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu.

3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez brak odrzucenia oferty HAX-u, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania oraz nie podlega poprawieniu.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 oraz 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez HAX, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czego skutecznie nie zakwestionował wykonawca w swoim ogólnikowych wyjaśnieniach.
5. art. 90 ust 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty HAX-u, pomimo iż treść wyjaśnień niskiej ceny oferty tego wykonawcy jest tak ogólnikowa, że odpowiada treściowo sytuacji, w której zamawiający nie złożył żadnych wyjaśnień.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Dokonania ponownego badania i oceny ofert.
3. Wykluczenia HAX-u z postępowania, ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia tego żądania) – odrzucenia oferty HAX-u.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

{ad pkt 1. listy zarzutów – pkt I-III uzasadnienia}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności odnośnie przebiegu postępowania:

W części B pkt 1.1.4 lit.e oraz f Wymagań eksploatacyjno-technicznych (załącznika nr 4 do SIWZ) {dalej w uzasadnieniu również: „WET”} zamawiający postawił następujące wymogi:

Pojazd musi mieć odpowiednie zawieszenie o konstrukcji zapewniającej pracę z obciążeniem jakie występuje pod ciężarem napelnionego zbiornika z wodą oraz urządzenia pomiarowego.

Pojazd musi posiadać tylną oś pojazdu o konstrukcji zapewniającej pracę z obciążeniem jakie występuje pod ciężarem napelnionego zbiornika z wodą oraz urządzenia pomiarowego.

Obowiązkowym „ładunkiem” zabudowywanego pojazdu są:

- 1) kierowca,

2) pasażer

[część A pkt III WET *Obok kierowcy/operatora ma się znajdować miejsce dla przedstawiciela służby zlecającej badanie*, część B pkt 1.7 lit. a WET *wymagana jest 2-miejscowa kabina*)]

3) zbiornik wody jako część urządzenia pomiarowego o pojemności 500 litrów [część B pkt 11.1.4 lit. a WET) wraz z wodą

4) urządzenie pomiarowe składające się m.in. z [wyczerpanie obowiązkowych podzespołów wskazane w części A pkt III WET]: układu pomiarowego, koła pomiarowego, układu wykonawczego (unoszenie/opuszczanie, docisk koła do nawierzchni), układu automatycznego dozowania wody, systemu komputerowego do analizy danych pomiarowych, systemu obrazowania danych (monitor ciekłokrystaliczny),

5) sygnalizator świetlny zamontowany na dachu z żółtymi (pomarańczowymi) światłami ostrzegawczymi oraz dwoma bocznymi (lewy, prawy) światłami białymi (część B pkt 1.1.2 WET),

Urządzenie, a dokładniej wskazywany układ wykonawczy musi zapewniać pewne i stałe prowadzenie opony pomiarowej przy prędkości nawet 100 km/h, oraz jej bezawaryjne unoszenie i opuszczanie we wszystkich warunkach użytkowania.

Część C pkt 7 WET: *składniki bezpośrednio wpływające na jakość pomiaru współczynnika tarcia pomiędzy nawierzchnią lotniskową a kołem samolotu wojskowego tj. siła docisku koła pomiarowego do nawierzchni, ciśnienie w kole pomiarowym, ilość podawanej pod koło pomiarowe wody, podlegają wzorcowaniu. Wzorcowanie ma być przeprowadzone i potwierdzone dokumentem wydanym przez laboratorium wzorcujące posiadające akredytację PCA.*

Zamawiający wymagał pojazdu wyposażonego w standardowe wyposażenie producenta (tylko w przypadku miejsc siedzących zawarto wprost informację, że kabina ma być 2-miejscowa). W części B pkt 1.7 WET określono wymagania odnośnie kabiny auta: a) 2-miejscowa; b) wyposażona co najmniej w: siedzenia zapewniające kierowcy i pasażerowi stabilność podczas prowadzenia pomiaru, tempomat z ogranicznikiem prędkości, klimatyzację, centralny zamek, elektrycznie podgrzewaną przednią i tylną szybę, radio AM/FM, poduszki powietrzne kierowcy i pasażera, oświetlenie wnętrza w celu dobrej widoczności komponentów, 3-punktowe pasy bezpieczeństwa dla kierowcy i pasażera, zobrazowanie stanu ciśnienia powietrza w oponach kół na oddzielnym urządzeniu lub w układzie zintegrowanym z pojazdem, komputer pokładowy, opisy przełączników oraz wyświetlane komunikaty w języku polskim; c) światła zgodne z przepisami o ruchu drogowym; d) pozostałe wyposażenie standardowe producenta.

HAX zaoferował dostawę w oparciu o zabudowę Skody Octavii kombi z silnikiem o mocy silnika 110 kW (150 KM).

Zgodnie z oficjalnymi materiałami polskiego dystrybutora {które załączono jako dowód do odwołania} ładowność takiego pojazdu wynosi 645 kg.

Możliwości w zakresie zagospodarowania 645 kg ładowności Skody Octavii kombi przez HAX:

1. Elementy obniżające ładowność: 1) kierowca (75-90 kg), 2) pasażer (75-90 kg), 3) zbiornik wody (kilkadziesiąt kg) i 500l wody (500 kg), 4) urządzenie pomiarowe bez zbiornika wody (ok. 380-600 kg), sygnalizator świetlny (ok. 6 kg).
2. Elementy, których wymontowanie pozwoli zwiększyć ładowność (wskazane w wyjaśnieniach HAX-u): 1) tylna kanapa (ok. 25 kg), 2) zestaw naprawczy zamiast koła zapasowego (ok. 1 kg), 3) „części wyposażenia” (?)

Odwołujący skonstatował, że już sama waga wody i dwóch osób przekracza ładowność Skody Octavii kombi, gdyż nawet po wyjęciu tylnej kanapy i zdemontowaniu „części wyposażenia”, o której ogólnikowo wspomniał HAX, przy uwzględnieniu ciężaru zbiornika wody i sygnalizatora świetlnego, nie pozostaje żadna wolna ładowność na ciężar samego urządzenia.

Odwołujący wskazał, że zgłaszał swoje wątpliwości w powyższym zakresie Zamawiającemu, który wezwał HAX do ich wyjaśnienia 9 maja 2019 r.

W odpowiedzi HAX wyjaśnił, co następuje: *Informujemy, że w celu adaptacji pojazdu zdemontowane zostaną takie podzespoły jak: tylna kanapa, koło zapasowe oraz części wyposażenia co spowoduje obniżenie masy pojazdu do wielkości, która umożliwi jego adaptację/przystosowanie do badań nawierzchni bez przekroczenia określonych w homologacji warunków technicznych dla tego pojazdu.*

Odwołujący podał dla porównania, że:

- waga oferowanego przez niego urządzenia pomiarowego Skiddometer BV 11 VI wynosi 600 kg, stąd wymagana dla jego zamontowania wraz ze zbiornikiem wody ładowność samochodu wynosi 1100 kg.

- waga innego podobnego urządzenia pomiarowego – ASFTT5 CFME wynosi 380 kg (waga samej przyczepy bez zbiornika z wodą).

Do odwołania załączono specyfikacje techniczne tych wraz z tłumaczeniem istotnych fragmentów.

Odwołujący zarzucił, że przedmiot oferty HAX nie spełnia przywołanych powyżej wymagań części B pkt 1.1.4 lit. e oraz f, gdyż nie ma możliwości, aby dostarczany pojazd

mógł być zabudowany zgodnie z SIWZ i jednocześnie zmieścić się w ładowności wynoszącej 645 kg. Przekroczenie dopuszczalnej ładowności oznacza również niemożność spełnienia wymagania, aby dostarczony pojazd mógł przemieszczać się po drogach publicznych (określonego w części A pkt II WET) oraz przeszedł badania techniczne w stacji kontroli pojazdów (część E pkt 6 WET).

Według Odwołującego oczywiste jest, że zamawiane układy, aby były w stanie zapewnić warunki pomiaru wymagane przez Zamawiającego i międzynarodowe normy obowiązujące w tym zakresie, mają charakter specjalistyczny. Odwołujący stwierdził, że nie ma wiedzy, jakie rozwiązania zamierza zastosować HAX, ale z pewnością są to jego autorskie rozwiązania, gdyż żadne obecnie dostępne na rynku urządzenie nie może być zamontowane w warunkach praktycznego braku dostępnej ładowności

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia udzielone przez HAX nie są wiarygodne, gdyż jedyne konkretnie wskazane elementy (tylna kanapa i koło zapasowe) do zdemontowania nie wystarczą na odpowiednie zwiększenie ładowności. Z kolei nie wiadomo, jakie inne „części wyposażenia”, miałyby jeszcze zostać zdemontowane. Tym samym nie są wiarygodne jakiegokolwiek istotne oszczędności w zagospodarowaniu ładowności uzyskane w ten sposób.

{ad pkt 2. listy zarzutów – pkt IV uzasadnienia}

Odwołujący podał, że Skoda Octavia nie jest wyposażona standardowo w koło zapasowe, lecz w zestaw naprawczy {na dowód zgłosił ponownie załączoną do odwołania kartę konfiguracyjną}. Tym samym waga koła zapasowego nie jest wliczana do masy własnej pojazdu.

Zdaniem Odwołującego zaszła w stosunku do HAX przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, na którego mocy zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że HAX przekazał Zamawiającemu wprowadzające w błąd informacje co do możliwości wygospodarowania dodatkowych kilkunastu kilogramów przez wymontowanie koła zapasowego.

Zdaniem Odwołującego HAX nie przeprowadził żadnej analizy dotyczącej możliwości zamontowania oferowanego urządzenia na zabudowywanym pojeździe, gdyż w takim

przypadku przedstawiłby gotowe wyliczenia zagospodarowania ładowności auta, wskazałby precyzyjnie wszystkie istotne elementy do zdemontowania oraz wiedziałby, że koło zapasowe nie należy do seryjnego wyposażenia auta. Alternatywnie wobec negatywnych wyników przeprowadzonej analizy nie ujawnił ich Zamawiającemu.

Niezależnie od przyczyny powoływanie się na nieistniejące oszczędności w wykorzystaniu ładowności (na możliwość wymontowania koła zapasowego) miało charakter zawiniony, gdyż wynikało co najmniej z lekkomyślności HAX przy udzielaniu wyjaśnień Zamawiającemu.

Wyjaśnienia te miały istotny charakter, gdyż miały przesądzić o decyzji o odrzuceniu oferty HAX, jeżeli ich treść nie odpowiadałaby treści SIWZ.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok Izby z 2 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 113/18): *Zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania bez wezwania go do uzupełnienia dokumentów. Umożliwienie Wykonawcy uzupełnienia dokumentów w praktyce byłoby tożsame z pozwoleniem mu na zamianę dokumentów zawierających informacje nieprawdziwe na prawdziwe i to w sytuacji, gdy Zamawiający sam odkrył, że został wprowadzony w błąd. Takie traktowanie przepisów przeczyłoby ich sensowi. Pozostawienie w postępowaniu Wykonawcy, który wprowadził Zamawiającego w błąd, doprowadzałoby do sytuacji, gdy nieuczciwym Wykonawcom wręcz opłacałoby się posługiwać nieprawdziwymi informacjami, bo nie wiązałoby się to dla nich z żadnym ryzykiem.*

Zdaniem Odwołującego podobnie w tej sprawie HAX nie powinien mieć możliwości powtórnego składania wyjaśnień, a procedura badania oferty tego wykonawcy powinna się zakończyć na stwierdzeniu zawinionego wykorzystania przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje.

{ad pkt 3. listy zarzutów – pkt V uzasadnienia}

Odwołujący wskazał na następujące okoliczności faktyczne:

W załączniku nr 6 do SIWZ – karcie informacyjnej oferowanego urządzenia do pomiaru współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni lotniskowych – Zamawiający zawarł wymóg dołączenia do oferty „ilustracji pojazdu: 1 x przód, 1 x tył, 2 x rzut boczny pojazdu (prawy/lewy)“.

Zamawiający nie wymagał zdjęć, więc istniała możliwość przedstawienia rzutów dopiero projektowanego oferowanego pojazdu.

W miejsce wymaganych ilustracji/rzutów HAX przedstawił zdjęcia, które przedstawiają zamiast pojazdu z zabudowanym urządzeniem pomiarowym widok seryjnie produkowanej Skody Octavii kombi na parkingu przed salonem dilerstwa tejże marki.

Odwołujący zarzucił, że skoro oferta HAX nie zawiera wymaganych ilustracji/rzutów, które stanowiły merytoryczną część oferty określającą oferowany przedmiot dostawy, jest ona niezgodna z treścią s.i.w.z. i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 pzp.

Odwołujący powołał się na wyrok Izby z 16 października 2013 r. (KIO 2308/13): *Niewskazanie przez wykonawcę w swojej ofercie odpowiednio żądanych przez zamawiającego elementów przedmiotowo istotnych lub ich niepełne wskazanie oznacza że oferta jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie obowiązku określenia oferowanych elementów. W sytuacji wystąpienia takich sprzeczności bezprzedmiotowe jest prowadzenie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), a wdrożenie takiej procedury jest równoznaczne z prowadzeniem negocjacji zmierzających do ustalenia treści zobowiązania i ukształtowania nowej treści oferty.*

Odwołujący dodał, że nie wiadomo, z jakiego powodu HAX uznał, iż te zdjęcia są jakkolwiek informacją dla Zamawiającego lub prezentują oferowany pojazd. - nie wiadomo.

{ad pkt 4.-5. listy zarzutów – pkt VI-IX uzasadnienia}

Odwołujący stwierdził, że ponieważ wyjaśnienia HAX nie zawierają żadnych konkretów, chcąc podjąć z nimi polemikę musi odnosić się jedynie do podanych tam ogólnikowych argumentów:

1. Rozmiar zamówienia – zakup 13 szt. podwozia, który pozwoli na uzyskanie znaczącego obniżenia ceny jednostkowej, zakup większej ilości podzespołów również obniży ceny zakupowe, produkcja seryjna poszczególnych elementów jest tańsza niż produkcja pojedynczego elementu.

Polemika:

- jest to element wspólny dla wszystkich wykonawców, niewskazujący na szczególne oszczędności osiągnięte przez HAX,
- brak wskazania poziomu osiągniętych oszczędności, co jest zadziwiające, biorąc pod uwagę, jak prosto uzyskać ofertę na zakup tego rodzaju aut do zabudowy,
- brak jest wskazania poziomu kosztu zakupu do analizy całości kosztów wykonawcy

w okresie realizacji zamówienia jest ewidentne, że te czynniki występują w jeszcze większym stopniu u konkurencyjnych producentów, którzy już mają wdrożoną produkcję seryjną i większy portfel realizowanych zamówień.

2. Potencjał HAX:

- zaawansowany technologicznie park maszyn pozwalający na ograniczenie wykorzystania podwykonawców,
- własna wykwalifikowana kadra.

Polemika:

- powyższe uwarunkowania są niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, a nie przewagą konkurencyjną HAX,
- brak korzystania z usług podwykonawców stanowi oszczędność tylko jeśli realizacja zamówienia we własnym zakresie jest tańsza, czasem wyspecjalizowany podwykonawca, nawet po doliczeniu dodatkowej marży, jest tańszy, gdyż z racji swojej specjalizacji osiąga lepszy efekt skali i ma zasoby (sprzęt i fachowców) skrojone pod konkretne prace,
- HAX nie pokazał, że brak korzystania z usług podwykonawców rzeczywiście zapewni mu oszczędności,
- brak jakiegokolwiek określenia, w jakim zakresie ograniczono wykorzystanie podwykonawców w porównaniu do innych podmiotów działających na rynku.

3. Wykorzystanie obrabiarek sterowanych numerycznie, w miejsce konwencjonalnych.

Polemika – nie wskazano oszczędności z tego tytułu, co nie dziwi, gdyż to jest standard, a nie dodatkowa okoliczność wpływająca na obniżenie kosztów w stosunku do konkurencji.

4. *Własne zasoby sprzętowe oraz zakup materiałów do wytworzenia poszczególnych podzespołów pozwalają ograniczyć własne koszty produkcji a*

Polemika – argument niezrozumiały, gdyż zakup materiałów dotyczy każdego producenta.

5. Argument o braku korzystania z usług dystrybutora.

Polemika – zasadny ogólnik, który może uzasadnić pewien poziom oszczędności, jeśli jednak koszty wykonawcy osiągną 10 mln zł to żadna eliminacja pośredników tu nie pomoże.

6. Uruchomienie działu badań i rozwoju pozwalające na opracowanie modułowego systemu budowy urządzenia, a testy umożliwiły wybór optymalnych podzespołów.

Polemika:

- nie wykazano opracowania modułowego systemu budowy urządzenia,

- nie wyjaśniono, w jaki sposób modułowa budowa wpływa na obniżenie kosztów,
- modułowa budowa oznacza utratę standaryzacji, a więc i części korzyści z produkcji seryjnej,
- optymalizacja doboru podzespołów to standard..

7. *Urządzenie jest 100% produktem firmy HAX*

Polemika – oczywista nieprawda, gdyż urządzenie składa się z szeregu podzespołów różnej produkcji, co wynika również z innych fragmentów wyjaśnień.

8. Oferowanie innych produktów, wskazanie listy innych opracowanych urządzeń.

Polemika – brak bezpośredniego wpływu na koszty

9. *Przeprowadzenie przez złożeniem oferty analizy rynku pod względem dostępności i cen poszczególnych elementów, materiałów oraz podzespołów potrzebnych do zbudowania 13 szt. urządzeń. Wykonana została również analiza rbh (roboczogodzin) przypadających na budowę 1 szt. urządzenia (...) oraz analiza kosztów produkcji poszczególnych podzespołów.*

Polemika – najwyraźniej analizy te zaginęły do czasu sporządzania wyjaśnień i nie mogły zostać przekazane Zamawiającemu...

Jednocześnie w odniesieniu do większości argumentów HAX Odwołujący zacytował wyrok Izby z 5 marca 2014 r. sygn. akt KIO 327/14: *Art. 90 ust. 2 ustawy nakazuje zamawiającemu dokonywać oceny wyjaśnień po wyodrębnieniu z nich obiektywnych czynników, ale nie każdych, a tylko takich, które są wyjątkowe (wyjątkowe warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy), oryginalne (projekty wykonawcy), oszczędne (metody wykonania zamówienia) i wywierające wpływ (pomoc publiczne) na cenę. Niewystarczające jest, dla złożenia wyjaśnień, powołanie się przez wykonawcę na jakieś obiektywne czynniki.*

Odwołujący podniósł, że celem postępowania wyjaśniającego cenę oferty jest umożliwienie zamawiającemu dokonania oceny, czy badana oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiającego należy traktować jako podmiot biorący udział w obrocie gospodarczym (choć dodatkowo obostrzonym ustawowo), który ma obowiązek zadbać, by oferty, które przyjmuje, były wiarygodne cenowo. Cel ten można zrealizować na różne sposoby. Ich wspólnym mianownikiem jest wytłumaczenie zamawiającemu przez wykonawcę, dlaczego jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tłumaczenie to musi pozwolić zamawiającemu na ocenę wyjaśnień wykonawcy. Nie mają znaczenia oświadczenia wykonawcy, że zrealizuje zamówienie, choćby koszty jego realizacji przekroczyły cenę ofertową. Praktyka pokazuje, że taki problem często staje się również problemem zamawiającego, który musi walczyć z próbami oszczędzania na realizacji

zamówienia niezgodnie z wymogami specyfikacji, czy wręcz staje przed dylematem odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W celu przeciwdziałania braku podstawowego planowania kosztów na etapie składania oferty i przeliczania związanych z tym problemów na okres realizacji zamówienia powstały przepisy nakazujące odsiewanie ofert składanych bez właściwego oszacowania kosztów realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego koszt wykonania zamówienia jest podstawowym kryterium badania, czy cena nie jest rażąco niska, gdyż pozwala na ocenę: czy wykonawca zaoferował cenę przewyższającą koszt wykonania zamówienia, a także wiarygodności twierdzeń co do poziomu kosztów danego wykonawcy. *Najbardziej zaawansowanym i akuratom sposobem wykazania wartości przedmiotu zamówienia będzie oczywiście analityczne ustalenie zakresu wymaganych przy danym zamówieniu nakładów materiałowych, pracy czy innych niezbędnych do jego wykonania czynników kosztotwórczych, a następnie ich rynkowej wartości* (sygn. akt KIO 2531/14).

Odwołujący zarzucił, że w przedmiotowym postępowaniu HAX w żaden sposób nie zadośćuczynił celowi postępowania wyjaśniającego, gdyż nie udzielono żadnych informacji co do faktycznych kosztów wykonania zamówienia oraz cen rynkowych podzespołów, które pozwoliłyby na pozytywną ocenę realności ceny oferty. Odwołujący przypuszcza, że sam wybrany wykonawca nie wie, jakie będą koszty realizacji przez niego tego zamówienia, a określenie ceny oparto wyłącznie na założeniu, aby była ona niższa niż u innych wykonawców.

Odwołujący wywiódł również, że obowiązek zamawiającego nie ogranicza się do wystosowania wezwania do wyjaśnienia niskiej ceny oferty w przypadku zajścia ustawowych przesłanek, gdyż jest nim przede wszystkim weryfikacja złożonych wyjaśnień. Zamawiający powinien zbadać, czy sposób realizacji zamówienia wskazany w wyjaśnieniach jest zgodny z jego wymogami określonymi w specyfikacji, czy wskazano na wszystkie istotne koszty realizacji zamówienia, czy została wykazana ich wysokość, czy całość wyjaśnień jest spójna, czy przyjęte założenia co do warunków realizacji zamówienia są realne itd.

Odwołujący zarzucił, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający takiej weryfikacji nie przeprowadził, gdyż złożone wyjaśnienia się jej nie poddają, można je jedynie przeczytać, przyjąć do wiadomości, ale i tak nie wynika z nich nic, co pozwala na pozytywne przesądzenie o możliwości realizacji zamówienia przez HAX.

Zdaniem Odwołującego o ogólnikowości i słabości merytorycznej złożonych wyjaśnień najlepiej świadczy okoliczność, że również dobrze mogłyby one uzasadniać całkowitą ceną ofertową na poziomie 7, 6 czy 5 mln zł i mogłyby zostać złożone w dowolnym przetargu, w którym startuje HAX.

Według Odwołującego w orzecznictwie Izby nieprzedstawienie żadnych konkretnych wyjaśnień i porzestanie na ogólnikach zrównywane jest z faktycznym brakiem złożenia wyjaśnień. Zgodnie z wyrokiem Izby z 25 lutego 2014 r. sygn. akt KIO 239/14: *Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinien mieć na uwadze doniosły charakter owych wyjaśnień – ogólne wyjaśnienia, nie uzasadniające wysokości zaoferowanej ceny, nie rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji, pociągają za sobą skutek w postaci odrzucenia oferty (art. 90 ust. 3 p.z.p.).*

Odwołujący powołał się również za wyrokiem Izby z 10 lutego 2014 r. sygn. akt 144/14, że w takiej sytuacji: *W świetle obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej zasady szybkości postępowania oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy stwierdzić, że możliwość wielokrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, który złożył uprzednio wyjaśnienia jedynie ogólnikowe i nieprzekonywujące nie mieści się w dyspozycji art. 90 ust. 1 p.z.p.* Podobnie w wyroku Izby z 7 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1287/14: *Końcowo, podkreślić również trzeba, że co do zasady czynność wyjaśnień powinna mieć charakter jednorazowy (tak wyrok SO w W. z dnia 8 czerwca 2006 r., sygn. akt: V Ca 459/06 oraz KIO w wyroku z dnia 19 października 2012 r., sygn. akt KIO 2096/12).* Nie negując jednak możliwości kilkukrotnego wzywania do wyjaśnień przy zastosowaniu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. w wyjątkowych wypadkach, jeżeli nadal istnieją wątpliwości w przedmiotowym zakresie, pomimo złożonych przez wykonawcę wyjaśnień lub wezwanie sformułowane było w sposób nieprawidłowy, z całą stanowczością podkreślić należy, że w przedmiotowym postępowaniu nie ujawniły się żadne nowe okoliczności, które warunkowałyby możliwość wystosowania do wykonawcy ponownego wezwania, celem wyjaśniania wątpliwości.

Odwołujący zauważył, że nawet w tych orzeczeniach Izby, które dopuszczają powtórne wezwanie do wyjaśnienia ceny, podkreślane jest, że nie mają one być kołem ratunkowym rzucanym przez zamawiającego wykonawcy, a jedynie doprecyzowaniem, tam gdzie jest to niezbędne, wcześniejszych poprawnie przygotowanych wyjaśnień. *Wyjaśnienia ceny rażąco niskiej powinny zmierzać do ustalenia stanu faktycznego, aby umożliwić ocenę prawidłowości zastosowanej ceny. Wyjaśnienia nie muszą być jednoetapowe, gdyż w miarę uzyskiwania wyjaśnień mogą powstawać kolejne pytania (sygn. akt KIO 785/14).*

Odwołujący stwierdził, że w tej sprawie nie powstały żadne nowe pytania, pozostały natomiast te same, ciągle aktualne i pozostające bez odpowiedzi, pytania o koszty realizacji zamówienia: zakupu podzespołów, koszty stałe, koszty produkcji, serwisu itp. Trudno też, by Zamawiający w swoim wezwaniu dopytywał konkretniej o poszczególne koszty, skoro nie

wiedział, gdzie wykonawca dopatruje się swoich oszczędności. Takie dopytanie zresztą nadal nie byłoby możliwe, bo nadal nic nie wiadomo w sprawie kosztów HAX.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 18 czerwca 2019 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

{ad pkt 2. listy zarzutów – pkt IV uzasadnienia}

Zamawiający podniósł, że warunkiem zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp jest, po pierwsze, wprowadzenie zamawiającego w błąd. Zamawiający oświadczył, że nie został wprowadzony w błąd. Po drugie, przedstawienie wprowadzających w błąd informacji ma mieć potencjalnie istotny wpływ na czynności zamawiającego. Zamawiający oświadczył, że kwestia możliwości wymontowania bądź braku możliwości wymontowania koła zapasowego nie miała istotnego wpływu na podejmowane przez niego decyzje.

Zamawiający dodał, że zgodnie z regułą rozkładu ciężaru dowodu, to ten kto z danego faktu wywodzi skutki prawne, winien ów fakt udowodnić. W ocenie Zamawiającego Odwołujący poza własnymi twierdzeniami nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie swojej tezy.

{ad pkt 1. listy zarzutów i pkt I-III uzasadnienia}

Zamawiający zauważył, że Odwołujący upatruje niezgodności treści oferty HAX w tym, że według niego nie ma możliwości, aby dostarczony pojazd był zabudowany zgodnie z SIWZ i jednocześnie zmieścić się w ładowności wynoszącej 645 kg. Przy czym swoje przypuszczenia, wyrażone w piśmie z 7 maja 2019 r. do Zamawiającego, oparł wyłącznie na uzyskanych od dealera Skody materiałach, które dotyczyły gotowego pojazdu osobowego, Skody Octavia kombi z silnikiem o mocy 150 kW, nie zaś oferowanego przez HAX urządzenia do pomiaru tarcia.

Zamawiający oświadczył, że z daleko posuniętej ostrożności wystosował do HAX wezwanie do wyjaśnienia kwestii związanej z obciążeniem pojazdu i jego wpływem na możliwość spełnienia wymogów SIWZ. W odpowiedzi Wykonawca wyjaśnił, że w celu dostosowania podwozia pojazdu do wymogów Zamawiającego zostanie ono poddane adaptacji, pewne elementy zostaną wymontowane, zgodnie z wytycznymi otrzymanymi od ekspertów. Dla Zamawiającego z tych wyjaśnień wynika, że Wykonawca posiada wiedzę o tym, że przedmiot postępowania stanowi pojazd specjalny. Zamawiający dodał, że jest to

urządzenie specjalistyczne, wymagające stałego nadzoru na etapie zabudowy pojazdu i jego adaptacji do wymogów SIWZ.

Zamawiający podniósł, że wyliczenia zawarte w odwołaniu oparte są na błędnym przekonaniu, że oferowany przez HAX tester tarcia będzie posiadał ładowność 645 kg, choć w żadnym punkcie oferty nie ma takiej informacji ani nie została ona potwierdzona w powyżej przywołanych wyjaśnieniach. Zamawiający podkreślił, że czym innym jest ładowność pojazdu osobowego Skoda Octavia kombi, a czym innym ładowność gotowego pojazdu specjalnego – urządzenia do pomiaru tarcia opartego na podwoziu tego samochodu.

Według Zamawiającego Odwołujący nie dostrzega, że przedmiotem oferty HAX nie jest gotowy produkt dostępny na rynku, ale własne, autorskie rozwiązanie, które zostanie wykonane specjalnie na potrzeby Zamawiającego, zgodnie z parametrami określonymi w SIWZ (z uwzględnieniem załączników). Przedmiotem oferty HAX jest produkt innowacyjny, niedostępny dotychczas na rynku, składający się z wyprodukowanego przez niego i poddanego odpowiednim testom przez ITWL testera tarcia o nazwie SCR, który zostanie zgodnie z wymogami Zamawiającego zamontowany na podwoziu samochodowym (pkt III WET) marki Skoda Octavia Combi.

Niezależnie od powyższego Zamawiający stwierdził, że według jego wiedzy na polskich lotniskach funkcjonują urządzenia do pomiaru tarcia zabudowane właśnie na podwoziu Skoda Octavia kombi, np. na lotnisku w Bydgoszczy. Niekwestionowany lider tego rynku, jakim jest Megmar Logistics & Consultings, posiada w swojej ofercie testery tarcia marki ASFT montowane właśnie na podwoziu Skody Octavia kombi. Zamawiający dodał, że w postępowaniu, jakie prowadził w 2014 r. na zakup 3 testerów, gdzie zasadnicze wymogi WET były identyczne (w tym dotyczące zbiornika na wodę o pojemności nie mniej niż 500 l), Megar Logistics & Consultings zaoferowała właśnie tester tarcia firmy ASFT na podwoziu Skoda Octavia kombi o mocy silnika 180 km (a w specyfikacji technicznej gotowego pojazdu ładowność określono na 645 kg). Dodatkowo Zamawiający sprawdził, że ładowność i masa całkowita modeli Skody Octavii kombi z silnikiem 1,8 produkowanych od 2013 r. nie uległa zmianie w stosunku do danych opisanych w odwołaniu. Skoro taki tester jest użytkowany, oczywiście jest, że spełnia on wymagania dotyczące ładowności i dopuszczalnej masy całkowitej, albowiem inaczej nikt nie dopuściłby go do eksploatacji. Wreszcie według wiedzy Zamawiającego również producent urządzenia ASFT oferuje je na swojej stronie internetowej nie tylko zabudowane na pojeździe Skoda Octavii kombi ale także na Skodzie Fabii.

Zamawiający podsumował, że skoro poza HAX istnieją na rynku co najmniej 2 podmioty, które oferują urządzenia do pomiaru tarcia na tym samym rodzaju podwozia,

którego ładowność w standardzie wynosi 645 kg, przy identycznej pojemności zbiornika, oczywistym jest, że także HAX ma realne możliwości wykonania i dostarczenia Zamawiającemu pojazdu specjalnego o parametrach i właściwościach opisanych W SIWZ.

Zamawiający zwrócił także uwagę na to, że na stronie 4 odwołania podano masę urządzenia ASTF T5 CFME, które jest testerem tarcia na przyczepie, co nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w tym postępowaniu.

W opinii Zamawiającego zarzut niemożności przemieszczenia się po drogach publicznych opiera się wyłącznie na bezzasadnym twierdzeniu Odwołującego, że wykonany na specjalne zamówienie tester tarcia na podwoziu Skody Octavii kombi przekroczy dopuszczalną ładowność. W ocenie Zamawiającego do przekroczenia takiej ładowności nie dojdzie.

Zamawiający zwrócił uwagę na to, że o dopuszczalnej ładowności pojazdu specjalnego przesądza, zgodnie z treścią § 11 rozporządzenia Ministrów Obrony Narodowej oraz Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie warunków technicznych pojazdów specjalnych i pojazdów używanych do celów specjalnych Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej organ dokonujący rejestracji, w tym przypadku takim organem, zgodnie z zapisami WET, jest Wydział Centralnej Pojazdów Sił Zbrojnych i Ubezpieczeń Komunikacyjnych.

{ad pkt 3. listy zarzutów i pkt V uzasadnienia}

Odnosząc się do zarzutu nieprzedstawienia ilustracji pojazdu, Zamawiający podniósł, że według słownika języka polskiego ilustracja to obraz fotografia, rysunek, rycina lub inny element graficzny dodany do napisanego lub wydrukowanego tekstu (książka, artykuł prasowy, hasło encyklopedyczne), mający za zadanie go uzupełniać, objaśniać albo zdobić. A zatem zdjęcie jest również ilustracją.

Zamawiający zauważył, że o ile nazwa karty informacyjnej stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ jest opisana jako dotycząca oferowanego urządzenia, o tyle zapis w pkt III dotyczy ilustracji pojazdu, a nie urządzenia. Zamawiający wyraził przekonanie, że mogło to wprowadzić w błąd wykonawcę, który zamiast zdjęcia urządzenia przedstawił zdjęcie pojazdu.

Niezależnie od powyższego Zamawiający stwierdził, że w tym przypadku urządzenie może znajdować się wewnątrz pojazdu, którego zdjęcie zamieszczono w ofercie. .

{ad pkt 4.-5. listy zarzutów i pkt VI-IX uzasadnienia odwołania}

Zamawiający zrelacjonował, że jedyną przyczyną, dla której zwrócił się o wyjaśnienia było odbieganie o 30,97% ceny oferty HAX od wartości zamówienia powiększonej o należy podatek VAT.

Zamawiający oświadczył, że kierując się wysokością wydatkowanych środków finansowych, aby nie narazić się na zarzut ewentualnej kontroli Prezesa Urzędu Zamówień publicznych, mimo że nie miał wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny, wykonał ciężący na nim z mocy art. 90 ust. 1a pkt 1 pzp obowiązek, opierając się na sentencji wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 769/18.

Dodatkowo Zamawiający oświadczył, że z ostrożności zawyżył wartość szacunkową pojazdu. Ponieważ z uwagi na nietypowy charakter zamówienia nie mógł przeprowadzić rozeznania rynku według aktualnych cen, przyjął wartość netto jednego testera tarcia z kwoty wskazanej mu przez gestora, nie dokonując w zasadzie jej weryfikacji.

Według Zamawiającego wyjaśnienia zawierają bardzo istotną informację o tym, że Wykonawca będzie producentem oferowanego urządzenia. Natomiast pozostali oferenci tester tarcia kupowali od producenta, bądź przez pośrednika. Ma to oczywisty wpływ na cenę, gdyż pośrednik musi do ceny doliczyć marżę dla producenta, być może także dla pośrednika i zysk dla siebie. Natomiast producent dolicza do kosztów produkcji wyłącznie zysk.

Istotne znaczenie dla Zamawiającego miał również fakt, że Wykonawca dysponuje pozytywnymi wynikami badań testera tarcia, co powoduje, że w zakresie tej części urządzenia niejako oferuje gotowy produkt, co do którego ma wypracowane własne know-how, co również ma wpływ na cenę. Ponadto z treści wyjaśnień odnośnie urządzenia CSR (tester tarcia) jasno wynika, że tester funkcjonuje już na jednym z lotnisk (Poznań-Ławica).

Jak wynika z wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Wykonawca postanowił samodzielnie dokonać niezbędnych przeróbek podwozia przy pomocy swoich pracowników, których już zatrudnia w ramach własnego działu B+R, według wskazówek przygotowanych przez współpracujący z nim stale zespół Rzeczoznawcy SIMP sp. z o.o. Na potwierdzenie posiadania własnego działu B+ R przedstawił zdjęcia hali (tajemnica przedsiębiorstwa), oraz zestawienie do GUS (tajemnica przedsiębiorstwa). Według Zamawiającego takie działania również generują realne oszczędności.

Zamawiający powołał się również na to, że Wykonawca przedłożył mu także (jako tajemnicę przedsiębiorstwa) wykaz wynagrodzeń pracowników, z którego wynika ich wysokość i liczba osób zatrudnionych w dziale B+R, co pozwoliło Zamawiającemu zorientować się w skali wynagrodzeń pracowników.

Według Zamawiającego fakt bycia producentem eliminuje także problem kosztów

związanych z koniecznością zapewnienia dostępności części zamiennych przez okres 15 lat. Zamawiający oświadczył, że takie ryzyko kontraktowe nałożone na wykonawcę zamówienia było jedną z przyczyn, dla których Megmar Logistics & Consulting nie złożyła oferty w postępowaniu.

Zamawiający zauważył, że na cenę oferty z pewnością wpływa ilość kupowanych urządzeń, na co zwrócił uwagę w wyjaśnieniach Wykonawca.

Według Zamawiającego rażąco niską cenę ocenia się nie tylko przez pryzmat złożonych ofert, ale i innych danych, w których posiadaniu jest Zamawiający, choćby nawet pochodziły one sprzed ponad 5 lat.

Zamawiający podsumował, że z uwagi na powyższe nie może być mowy o lakoniczności wyjaśnień Wykonawcy, który podał szereg informacji umożliwiających ustalenie, że podana cena nie jest rażąco niska.

Niezależnie od powyższego Zamawiający zauważył, że różnica cenowa między ofertą HAX a ofertą Odwołującego wynosi zaledwie 12%, przy szeregu odmiennych uwarunkowań (Odwołujący – silnik diesla, Hax – silnik benzynowy, który jest tańszy; Hax jest producentem urządzenia, Odwołujący – pośrednikiem; Hax samodzielnie decyduje o zapewnieniu i zasadach serwisu pogwarancyjnego, przez co może zmniejszyć ryzyko kontraktowe w tym zakresie, Odwołujący jest w tym zakresie zdany na podmiot, od którego kupuje produkt; Odwołujący zaoferował krótszy termin realizacji zamówienia niż Hax, co również wpływa na cenę).

Zamawiający domniemywa również, że na wysokość ceny oferty Odwołującego mógł wpłynąć fakt podanie przez Zamawiającego przed terminem składania ofert wysokości środków, jaką przeznacza na realizację zadania, gdyż tak właśnie stało się w 2014 r., gdzie oferta jednego z wykonawców dziwnym zrzędzeniem losu stanowiła 99% procent kwoty przeznaczonej na realizację zadania.

Zamawiający podniósł wreszcie, że art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp stosuje się tylko wówczas, gdy wykonawca zaoferował rażąco niską cenę, czyli niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia.

Zamawiający poinformował Izbę, że 7 czerwca 2019 r. przekazał kopię odwołania drogą elektroniczną pozostałym wykonawcom.

10 czerwca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w stosownej formie elektronicznej zgłoszenie przez HAX przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego.

W piśmie z 19 czerwca 2019 r. Przystępujący w analogiczny sposób odniósł się do wszystkich zarzutów odwołania.

Według Przystępującego przedstawił w sposób wyczerpujący swoje stanowisko w treści oferty oraz w treści dalszych złożonych pism, tj. odpowiedziach na pismo z 7, 9 i 15 maja 2019 r. wraz z załącznikami,

Przystępujący oświadczył, że przygotował ofertę zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawa o ruchu drogowym oraz rozporządzenia Ministrów Obrony Narodowej oraz Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 9 czerwca 2005 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów używanych do celów specjalnych Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej.

Według Przystępującego Odwołujący przedstawił lakoniczne wyliczenia, opierając się na szczerkowych informacjach producenta pojazdu dotyczących dostępnej ładowności zabudowanego auta. Odwołujący nie posiada wiedzy i świadomości treści ww. aktów prawnych oraz wynikających z nich możliwości przeprowadzenia badań w stacji kontroli pojazdów lub jednostce badawczo-naukowej upoważnionej do przeprowadzenia badań technicznych pojazdów w przypadku adaptacji pojazdu powodującej zmianę jego dopuszczalnej ładowności lub dopuszczalnej masy całkowitej.

Przystępujący stwierdził również, że precyzyjnie zweryfikował pojazd zaproponowany w przedłożonej Zamawiającemu ofercie co do możliwości oszczędności w zagospodarowaniu dopuszczalnej ładowności.

Wreszcie oświadczył, że posiada odpowiednie dokumenty potwierdzające spełnienie wszystkich zapisów, w tym zapisów całej dokumentacji SIWZ, co umożliwiło złożenie stosownej oferty. Zapowiedział także, że przedstawi pełną dokumentację podczas rozpatrywania odwołania.

Odnośnie zarzutów związanych z rażąco niską cenę Przystępujący stwierdził, że zrealizował z sukcesem wiele projektów wymagających przygotowania szczegółowego zakresu potencjalnych kosztów realizacji i wykonania, co potwierdzają jego zdaniem załączone dowody. Dodatkowo wdrożył na rynek tester tarcia nawierzchni lotniskowych CSR (Continuous Skid Resistance), tak więc ma pełną wiedzę na temat kosztów realizacji

niniejszego zamówienia. Dodał, że posiada 20-letnie doświadczenie w handlu i w zakresie świadczenia usług serwisowych oraz produkcji nietypowych (innovacyjnych) urządzeń (rozwiązań) dla przemysłu, co zmusza go do bycia konkurencyjnym na rynku w zakresie negocjowania cen produktów i materiałów od potencjalnych dostawców. Wskazał, że na konkurencyjność firm w bardzo dużym stopniu wpływają m.in. takie czynniki jak: rozbudowany i nowoczesny park maszynowy, własna wykwalifikowana kadra i prowadzenie działalności B+R.

Przystępujący podsumował, że z pewnością przeprowadził analizę rynku pod względem dostępności i cen poszczególnych elementów, materiałów oraz podzespołów potrzebnych do zbudowania 13 sztuk urządzeń, tak więc zarzuty Odwołującego nie mają żadnego uzasadnienia.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymano dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego,

co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1-3 listy zarzutów i pkt I-V uzasadnienia odwołania}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Ponieważ przywołane powyżej za odwołaniem okoliczności faktyczne dotyczące treści s.i.w.z. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, oferty złożonej przez HAX, przebiegu wyjaśniania treści tej oferty odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy, nie ma potrzeby ich powtarzania w całości.

Według Wymagań eksploatacyjno-technicznych (załącznik nr 4 do SIWZ) {dalej w uzasadnieniu również: „WET”} urządzenie pomiarowe ma się składać co najmniej z: układu pomiarowego, koła pomiarowego, układu wykonawczego (zapewniającego unoszenie, opuszczanie oraz docisk koła do nawierzchni), układu automatycznego dozowania wody, systemu komputerowego do analizy danych pomiarowych, monitora ciekłokrystalicznego oraz zbiornika o pojemności 500 litrów napełnionego wodą {okoliczność bezsporna}

Z WET wynika, że zarówno zawieszenie, jak i tylna oś pojazdu ma mieć konstrukcję zapewniającą możliwość pracy z obciążeniem, jakie występuje pod ciężarem napełnionego zbiornika z wodą (o pojemności 500 litrów) oraz urządzenia pomiarowego, przy uwzględnieniu, że w pojeździe znajdują się dwie osoby. Przy czym wykonawca zamówienia jest obowiązany do poddania kompletnego pojazdu pierwszemu badaniu technicznemu {okoliczności bezsporne} .

HAX zaoferował tester tarcia wraz ze zbiornikiem wody o poj. 510 litrów zabudowane na Skodzie Octavii kombi z silnikiem benzynowym o mocy 110 kW, która dysponuje ładownością 645 kg i masą całkowitą 1887 kg {okoliczność bezsporna}.

Pismem z 9 maja 2019 r. Zamawiający, wskazując powyższe okoliczności dotyczące wymagań WET i treści oferty HAX, wezwał w trybie art. 87 ust. 1 pzp HAX do wyjaśnienia, czy obciążenie pojazdu w sposób opisany w WET (urządzenie – tester tarcia, zbiornik wody o pojemności 510 litrów) nie spowoduje przekroczenia jego maksymalnej ładowności.

W piśmie z 14 maja 2019 r. HAX *co wątpliwości związanych z utrzymaniem warunków homologacji, oświadczył, iż masy pojazdów po adaptacji (urządzenie – tester tarcia, obsługa) ze zbiornikiem wody o pojemności roboczej 500 l {7} nie spowodują przekroczenia dopuszczalnych parametrów technicznych określonych przez producenta*

dla tego pojazdu. Informujemy, że w celu adaptacji pojazdu zdemontowane zostaną takie podzespoły jak: tylna kanapa, koło zapasowe oraz części wyposażenia {,} co spowoduje obniżenie masy pojazdu do wielkości {,} która umożliwi jego adaptację/przystosowanie do badań nawierzchni bez przekroczenia {,} określonych w homologacji warunków technicznych dla tego pojazdu.

WET wymaga pojazdu, który ma: po pierwsze – 2-miejscową kabinę wyposażoną co najmniej w: siedzenia zapewniające kierowcy i pasażerowi stabilność podczas prowadzenia pomiaru, tempomat z ogranicznikiem prędkości, klimatyzację, centralny zamek, elektrycznie podgrzewaną przednią i tylną szybę, radio AM/FM, poduszki powietrzne kierowcy i pasażera, oświetlenie wnętrza w celu dobrej widoczności komponentów, 3-punktowe pasy bezpieczeństwa dla kierowcy i pasażera, zobrazowanie stanu ciśnienia powietrza w oponach kół na oddzielnym urządzeniu lub w układzie zintegrowanym z pojazdem, komputer pokładowy, opisy przełączników oraz wyświetlane komunikaty w języku polskim; po drugie – światła zgodne z przepisami o ruchu drogowym; po trzecie – pozostałe wyposażenie standardowe producenta {okoliczność bezsporna}.

Do zamknięcia rozprawy Zamawiający i Przystępujący HAX nie wykazali, że wymontowanie ze Skody Octawii kombi z silnikiem o mocy 110 kW tylnej kanapy, koła zapasowego oraz bliżej niesprecyzowanej „części wyposażenia” (biorąc pod uwagę, że wymagane było zachowanie wyposażenia standardowo montowanego przez producenta), pozwoli na zabudowanie urządzenia pomiarowego wraz z 500 litrowym zbiornikiem wody, po którego wypełnieniu (co daje 500 kg) i przy dwóch osobach w pojeździe (średnio 150 kg łącznie dla dwóch mężczyzn), nie zostanie przekroczona ładowność (645 kg) lub masa całkowita (1887 kg) określona przez producenta dla tego pojazdu.

Ponieważ na podstawie tak udzielonych przez HAX wyjaśnień Zamawiający uznał, że rozwiewają one jego wątpliwości, dał się wprowadzić w błąd i na tej podstawie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Skoro zgodnie z definicją zawartą w pkt 1 słowniczka pojęć z § 1 wzoru umowy (stanowiącego załącznik nr 3 do s.i.w.z.) przez „wyrób”, „towar”, „asortyment” lub „pojazd” należy rozumieć urządzenie do ciągłego pomiaru współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni będące przedmiotem tego zamówienia, oczywiste jest, że w „Karcie informacyjnej oferowanego urządzenia do pomiaru współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni lotniskowych” (załącznik nr 6 do s.i.w.z.), w której należało sprecyzować specyfikację techniczną przedmiotu oferty, wymagano również przedstawienia ilustracji

kompletnego pojazdu (przód, tył, rzuty boczne).

HAX złożył wraz z ofertą zdjęcia Skody Octavii kombi opatrzonej na bokach napisami: „Nowa Skoda Octavia” oraz „Auto Salon M.-S. sp. j. - ul. Wodzisławska 201 – Rybnik -32 42 48 107 T, o nr rejestracyjnym SR 2033L, tj. zdjęcia seryjnie produkowanego pojazdu sfotografowanego przed salonem tego diler (na zdjęciu widać wyraźnie m.in. tylną kanapę oraz wewnętrzną półkę osłaniającą bagażnik), a zatem nie zaprezentował ilustracji, których wymagano w załączniku nr 6 do s.i.w.z.

Izba nie wzięła pod uwagę zgłoszonych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie dowodów, gdyż nic nie wnosi do sprawy wskazywanie, że innym producentom udało się zamontować inny niż urządzenie produkcji HAX na pojeździe Skoda Octavia, a nawet, że użytkowany jest już jeden tester produkcji HAX, skoro nie wiadomo, jakie parametry opisu przedmiotu zamówienia miały one spełniać.

Nie mogła być również uznana z przekonującą argumentacją Zamawiającego i Przystępującego na rozprawie, sprowadzająca się do twierdzenia, że ponieważ przedmiotem dostawy będzie pojazd specjalny w rozumieniu ustawy Prawo o ruchu drogowym i przepisów wykonawczych, w którym zostanie wymieniona oś tylna seryjnej Skody Octavii, będzie on podlegał dopuszczeniu do ruchu według innych zasad, gdyż w oczywisty sposób nie przystaje to do wyjaśnień złożonych Zamawiającemu w toku badania oferty przez HAX.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zarzuty są zasadne z następujących powodów.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Za utrwalone w doktrynie i orzecznictwie należy uznać pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego,

przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty (np. przez wymaganie podania producenta, typu lub modelu oferowanego urządzenia lub jego składowych, względnie innych danych, jak w tym postępowaniu).

Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp konieczne jest również jednoznaczne uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją (zwykle opisem przedmiotu zamówienia) zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z.

Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się *de facto* do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art.

89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. W rezultacie odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy lub nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Poprawienie jest zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W tej sprawie Odwołujący wykazał, że z treści oferty HAX, uwzględniając złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia, wynika że przedmiotem oferty jest urządzenie zabudowane na samochodzie, który nie ma wystraczającej ładowności, aby udźwignąć ciężar wymaganych według WET: testera w pełnym ukompletowaniu wraz z napełnionym zbiornikiem o poj. 500 l wody, dwóch osób, wyposażenia seryjnego pojazdu, co wprost nie spełnia wymagania, aby pojazd miał konstrukcję zawieszenia i tylnej osi umożliwiające działanie z takim obciążeniem. Oznacza to, że wystąpiła niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. (opisu przedmiotu zamówienia), której nie podlega usunięciu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Niezależnie od powyższego oferta HAX jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w zakresie wymagania przedstawienia rzutów oferowanego pojazdu zabudowanego na tester tarcia, co stanowi odrębną podstawę faktyczną do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż również w tym przypadku nie ma możliwości usunięcia tej niezgodności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

W aktualnie obowiązującym art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp określono, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku:

- zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów {pkt 16};
- lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 17}.

Powyższe przepisy stanowią implementację do krajowego porządku prawnego określonych w art. 57 ust. 4 lit. h oraz i (*in fine*) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady

2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L 94, 28.3.2014, p. 65–242) podstaw wykluczenia w następujących sytuacjach:

- jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 {lit. i};
- jeżeli wykonawca podjął kroki, aby wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia {lit. h *in fine*}

W poprzednim stanie prawnym istniała jedna podstawa wykluczenia wykonawcy z powodu składania nieprawdziwych informacji. Według nieobowiązującego już art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis ten stanowił implementację art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można było wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. W odróżnieniu od przepisu krajowego z unijnym hipoteza przepisu dyrektywy obejmowała zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach ma to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei przesłankę wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp można było uznać za odpowiednik poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła większych wątpliwości.

Jednakże art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, w odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, wprost odwoływał się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. W orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z uwzględnieniem art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE z czasem skryształizowało się wręcz stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie

w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Takie stanowisko sądów okręgowych nie pozostało bez wpływu na orzecznictwo Izby, które uprzednio nie wymagało dla wypełnienia hipotezy normy określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp umyślnego zawinienia wykonawcy.

Jednakże Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej) orzekł w związku z wykluczeniem na podstawie art. 94 lit. b rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1 ze zm) – który stanowił, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji – że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa, i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny, czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego {por. pkt 75 i 119 wyroku}.

Powyższe orzeczenie Izba wzięła pod uwagę w wyroku z 11 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 177/19, argumentując, że co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak zarówno treść przepisu art. 94 lit. b rozporządzenia finansowego, jak i art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE odwołują się do winy wykonawcy (kandydata) składającego

nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy, która powinna być interpretowana w taki sam sposób. Stąd Izba doszła do przekonania, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, wymaga przypisania wykonawcy winy, jednak może to być również niedbalstwo. Izba zwróciła uwagę, że w praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego. Natomiast zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W aktualnym stanie prawnym przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wprost określa,

że przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego może nastąpić w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy. Natomiast przypisanie wykonawcy winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa jest konieczne w sytuacji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp.

Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak poprzednio obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pozostaje {na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała uprzednio w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10} pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): *Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.*

W przeciwieństwie do hipotezy dawnego art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp obecnie obowiązujące art. 24 ust. 1 pkt 17 i 18 pzp nie obejmują przesłanki rzeczywistego wpływu złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych, czyli wprowadzających w błąd informacji na wynik postępowania prowadzonego przez zamawiającego. W przypadku sytuacji uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wystarczające jest stwierdzenie, że wprowadzające w błąd informacje zaliczają się do kategorii takich, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Niewątpliwie informacje podawane na potrzeby ustalenia, czy oferta spełnia parametry opisu przedmiotu zamówienia należy zaliczyć do tej kategorii.

Izba podziela stanowisko, uprzednio wyrażone wielokrotnie w orzecznictwie Izby jeszcze na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów, że w trybie art. 26 ust. 3 pzp czy art. 87 ust. 1 pzp nieprawdziwej informacji nie można zastępować informacją prawdziwą pzp.

Jeżeli wykonawca podał choćby lekkomyślnie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy odnośnie tego, co miało zostać wykazane lub ocenione. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku czy zgodność z opisem przedmiotu zamówienia, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Tym bardziej nie ma możliwości zmiany treści oferty i wyjaśnień tej treści w toku postępowania odwoławczego.

HAX w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 pzp, który zgłosił uzasadnione wątpliwości co do możliwości zrealizowania zamówienia w oparciu o pojazd wskazany w treści oferty, wprowadził w błąd Zamawiającego, że usunięcie niektórych elementów wyposażenia seryjnego umożliwi zamontowanie testera tarcia wraz z 500 litowym zbiornikiem wody, po którego napełnieniu i uwzględnieniu ciężaru kierowcy i pasażera, nie zostaną przekroczone objęte homologacją parametry konstrukcyjne tego pojazdu w zakresie ładowności i masy całkowitej. Skoro na tej podstawie Zamawiający dokonał wyboru oferty HAX jako najkorzystniejszej, doszło do wypełnienia hipotezy normy z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp i Przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 4-5 listy zarzutów i pkt VI-IX uzasadnienia odwołania}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

W odwołaniu adekwatnie przywołano okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu badania przez Zamawiającego, czy oferta HAX nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, czyli treść wezwania i udzielonych w odpowiedzi na nie wyjaśnień.

Odpowiada również prawdzie, że HAX nie kwestionował wezwania.

Złożone wyjaśnienia w pierwszej części mają charakter ogólnikowy i ograniczają się wyłącznie do powierzchownego opisu okoliczności, które zdaniem Wykonawcy mają dla niego sprzyjający charakter, bez żadnego przełożenia na konkretne wartości oszczędności, które miałyby z tego wynikać.

W dalszej części wyjaśnienia w ogóle nie nawiązują w żaden sposób do treści wezwania i mają charakter ogólnikowych informacji, które w celach marketingowych zamieszcza się na stronach internetowych.

Również załączone do wyjaśnień utajnione załączniki nie wnoszą nic konkretnego.

Tylko jeden z nich, lista płac, zawiera jakieś dane liczbowe, jednak nie sposób na jej podstawie stwierdzić, wynagrodzenia których osób należałoby zaliczyć do kosztów realizacji tego zamówienia i w jakiej części.

Do zamknięcia rozprawy Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów dla wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Natomiast zgłoszone przez Zamawiającego jako dowody w postaci umowy, którą zawarł kilka lat temu w sprawie analogicznego zamówienia, ale z innym wykonawcą i dotyczącą innego urzędnika, potwierdzają jedynie, że same wyjaśnienia nie zawierają żadnych konkretnych informacji, które pozwoliłyby zweryfikować realność ceny oferty HAX, w szczególności, czy pokrywa ona koszty wytworzenia testera i jego zabudowy na wskazanym w ofercie pojeździe.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zarzuty są zasadne z następujących powodów.

Odwołujący zasadnie domaga się odrzucenia oferty HAX na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 90 ust. 3 pzp, gdyż w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach złożonych w trybie 90 ust. 1 i 2 pzp wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo że to na nim spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, 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 wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym

z przepisów ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena 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. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest 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 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. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) 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 uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: 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.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż 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.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczne odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzygnięciu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej).

Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W tej sprawie poza wszelkim sporem jest okoliczność, że cena oferty HAX na tyle odbiegała od wartości zamówienia, że Zamawiający uznał za konieczne wezwanie do wyjaśnienia w trybie powyżej przywołanych przepisów, co na HAX nałożyło prawny obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2). Należy wziąć jednak pod uwagę, że z powyżej przywołanego art. 90 ust. 2 pzp wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności, które nie były przedstawione w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego nie mogą być brane pod uwagę.

Ponadto skoro według z art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności lub zaniechań zamawiającego, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu pozwalały na akceptację ceny oferty.

Wreszcie zauważyć należy, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez

wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}. Oczywiście jest zatem, że odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, może odnosić się wyłącznie do okoliczności, które wynikają z treści badanej oferty i wyjaśnień wraz z dowodami, które zostały złożone na wezwanie zamawiającego.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Należy podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 pzp obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 90 ust. 2 pzp, konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny {por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydane: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)}. Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 wskazał ponadto, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć

wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Izba zważyła, że Odwołujący adekwatnie zidentyfikował nierzetelne lub nieprzekonujące elementy wyjaśnień. Przede wszystkim trafnie zakwestionował ogólnikowy charakter wyjaśnień sprowadzających się do nic nie wnoszącej beletrystyki, przy braku jakiegokolwiek kalkulacji kosztów realizacji zamówienia, co dodatkowo w sytuacji niezłączenia jakichkolwiek istotnych dowodów spowodowało, że nie mogły one zostać pozytywnie zweryfikowane przez Zamawiającego.

W tej sprawie nie było przeszkód, aby Przystępujący złożył wyjaśnienia odpowiadające na wezwanie Zamawiającego do złożenia ich na odpowiednim poziomie szczegółowości i popartych stosownymi dowodami. Natomiast udzielenie niewystarczających wyjaśnień wynikało z niedołożenia przez HAX należytej staranności przy ich formułowaniu w odpowiedzi na prawidłowo sformułowane wezwanie Zamawiającego. Z tego względu nie było powodów, aby wzywać HAX ponownie do złożenia wyjaśnień, gdyż godziłoby to w naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zapewnienia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Izba ponadto podziela w pełni stanowisko wyrażone w odwołaniu i uznaje je za własne oraz uznaje za trafne przywołane tam orzecznictwo, z wyjątkiem tego, że niezłożenie wyjaśnień, o którym mowa w art. 90 ust. 3 pzp, ogranicza się do sytuacji, gdy w ogóle fizycznie wyjaśnienia nie zostały złożone.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis – zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich

rozliczania (t.j. z 2018 r. Dz. U. poz. 972). Ponadto kosztami postępowania odwoławczego obciążono Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: