

Sygn. akt: KIO 65/24
KIO 109/24

WYROK

Warszawa, dnia 2 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Maria Kacprzyk

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2024 r., w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 8 stycznia 2024 r. przez wykonawcę P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. S. z siedzibą w Płocku (KIO 65/24),
- B. w dniu 8 stycznia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DIMARK S.A. z siedzibą w Złotkowie; ANGLOSEC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 109/24),

w postępowaniu prowadzonym przez „Port Lotniczy Wrocław” S.A. z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale:

- 1. uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 65/24 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DIMARK S.A. z siedzibą w Złotkowie; ANGLOSEC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 2. uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 109/24 wykonawcy P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. z siedzibą w Płocku,

orzeka:

KIO 65/24

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. z siedzibą w Płocku tytułem wpisu od odwołania, kwotę 841 zł 80 gr (słownie: osiemset czterdzieści jeden złotych osiemdziesiąt groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 441 zł 80 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści jeden złotych osiemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez: zamawiającego.

KIO 109/24

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DIMARK S.A. z siedzibą w Złotkowie; ANGLOSEC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 841 zł 80 gr (słownie: osiemset czterdzieści jeden złotych osiemdziesiąt groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 441 zł 80 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści jeden złotych osiemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez: zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 65/24

KIO 109/24

Uzasadnienie

Zamawiający – „Port Lotniczy Wrocław” S.A. z siedzibą we Wrocławiu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *„Dostawa, montaż i uruchomienie urządzenia EDS normy min. 3.1 oraz urządzeń konwencjonalnych dwuwidokowych RTG wraz z dostosowaniem niezbędnej infrastruktury oraz przebudową i modernizacją systemu BHS”*, (nr ref.: 4/2023/NZP), dalej zwane: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 149-473251 z dnia 4 sierpnia 2023 r. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), dalej zwanej „Pzp”.

KIO 65/24

W dniu 8 stycznia 2024 roku Odwołujący – wykonawca P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. S. z siedzibą w Płocku (dalej: „Savicon”) działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami Pzp czynności i zaniechania Zamawiającego, polegające na badaniu i ocenie jego oferty oraz jej odrzuceniu z uwagi na to, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a udzielone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a także wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum” lub „Konsorcjum Dimark”).

Savicon zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez odrzucenie przez Zamawiającego oferty Savicon, z uwagi na to, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a udzielone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu

zamówienia oraz Wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach wraz z przedstawionymi dowodami uzasadnił podaną w ofercie cenę;

- 2) art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 224 ust. 1-3, 5 i 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób nieproporcjonalny i nieprzejrzysty, niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w dokonaniu przez Zamawiającego nieuprawnionej oceny udzielonych przez Savicon wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie rażąco niskiej ceny, jako nieuzasadniających podanej w ofercie ceny, z uwagi na to, że Wykonawca nie przedstawił kalkulacji cen jednostkowych poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, nieprzeprowadzeniu przez Zamawiającego tej oceny przez pryzmat treści skierowanego do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień, jak również zarzuceniu przez Zamawiającego Wykonawcy nieuwzględnienia w kalkulacji ceny niektórych elementów zamówienia, w sytuacji gdy Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach przedstawił kosztorys wykonania zadania, który w świetle przyjętej metody kalkulacji, wynikającej z ryczałtowego charakteru wynagrodzenia i uzyskanych ofert od dostawców, jest prawidłowy i uzasadnia zaoferowaną cenę, a wskazane przez Zamawiającego, jako pominięte w kalkulacji, elementy zamówienia, zostały przez Wykonawcę uwzględnione albo nie wchodziły w skład przedmiotu zamówienia określonego w Przetargu, na skutek czego doszło do niezasadnego odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego, niezawierającej ceny rażąco niskiej lecz cenę adekwatną do przedmiotu zamówienia, jak również kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zadania, a w jej miejsce dokonanie wyboru oferty Konsorcjum z ceną o około 7 500 000 zł wyższą, przekraczającą zamierzony budżet Zamawiającego o ponad 5 500 000 zł (o około 24%);
- 3) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z 17 ust. 2 Pzp, poprzez wybranie oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wybór tej oferty został dokonany niezgodnie z przepisami Pzp, albowiem oferta złożona przez Savicon, która nie powinna być zostać odrzucona, jest ofertą korzystniejszą, tj. zawiera niższą cenę, przy tym samym oferowanym okresie gwarancji.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący Savicon wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie dokonanej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Savicon oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Savicon. Savicon wniósł nadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z właściwymi przepisami.

Savicon podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ złożył w Postępowaniu ofertę, która jest prawidłowa, w tym nie zawiera rażąco niskiej ceny, lecz cenę adekwatną do przedmiotu zamówienia, jest zgodna z wszystkimi warunkami zamówienia oraz najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert określonych przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu zarzutów Savicon wskazał, że złożenie przez niego wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny było o tyle utrudnione, że w jego przekonaniu, zaoferowana cena nie jest niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podkreślił także swoje doświadczenie w realizacji zadań polegających na dostawie urządzeń prześwietlających, integracji i modernizacji (przebudowie) systemu transportu bagażu, co potwierdza rynkowość zaoferowanej ceny. Zwrócił także uwagę, że wątpliwości Zamawiającego wyrażone jego zdaniem w treści wezwania z dnia 24 października 2023 r. w rzeczywistości nie dotyczyły zaoferowanej przez Savicon ryczałtowej ceny brutto za realizację całości zadania jako takiej (zwłaszcza, że nie odbiegała ona znacząco od założeń budżetowych samego Zamawiającego), ale dotyczyły podziału wynagrodzenia pomiędzy poszczególne części przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego Savicon udzielił on wyczerpująco odpowiedzi na tak przedstawione pytanie, że podanej przez niego w formularzu ofertowym ceny sprzedaży urządzeń prześwietlających Zamawiającemu nie można w prosty sposób utożsamiać z przyjętymi przez niego założeniami do kosztorysowania, co jego zdaniem wprost wynika z dołączonego do wyjaśnień dowodu: kosztorys i oferta dostawcy IBKOL – RAPISCAN.

Savicon podjął nadto polemikę z poziomem szczegółowości cen wskazanych w kosztorysie przedłożonym w ramach wyjaśnień, przytaczając orzecznictwo Izby w tym zakresie oraz wskazując, że wobec braku żądania przez Zamawiającego złożenia przez Wykonawcę kosztorysu zawierającego wyliczenie cen jednostkowych poszczególnych pozycji, w skierowanym do Savicon wezwaniu do złożenia wyjaśnień, zarzut Zamawiającego niezłożenia przez Savicon tak skonstruowanego kosztorysu, należy uznać za niesłuszny. Ponadto zdaniem Savion Zamawiający mylnie uznał, że jedynymi skanerami będą te dostarczone w ramach oferty IBKOL – RAPISCAN i wywiódł stąd następnie nieprawidłowy wniosek o nieuwzględnieniu przez Wykonawcę w kalkulacji ceny ofertowej wymaganej w SWZ ilości czytników kodów kreskowych. Zamawiający stwierdził jeszcze brak dowodów potwierdzających ujęcie w cenie, a tym samym brak kalkulacji, urządzeń sortujących – 12 szt., zrzutni – 4 szt., dodatkowych urządzeń zrzucających oraz monitorów przypisanych do zrzutni. Wskazanie przez Zamawiającego „urządzeń sortujących – 12 szt.”, referuje do

pozycji nr 17 w tabeli zamieszczonej przez Zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny: „Wymiana istniejących urządzeń zrzucających na sorterze w celu uzyskania przepustowości 2400 bagaży/godzinę (12 szt.)”. Pozycja ta została opisana przez Zamawiającego w sposób nieścisły, ponieważ zgodnie z warunkami zamówienia nie jest wymagana wymiana istniejących urządzeń sortujących. W SWZ nigdzie taki wymóg, element przedmiotu zamówienia, nie został wskazany. Savicon planuje modyfikację, a nie wymianę, istniejących urządzeń zrzucających na sorterze, w celu uzyskania przepustowości 2400 bagaży/godzinę. Dodatkowe urządzenia zrzucające (4 szt.) dostarczy DAIFUKU LOGAN (są one objęte ofertą tego dostawcy). Zrzutnie (4 szt.) i ekrany (monitory) przypisane do zrzutni (4 szt.) zapewni Wykonawca we własnym zakresie. Savicon składając ofertę zadeklarował, że zdawał sobie sprawę z konieczności dostarczenia tych monitorów (4 szt.). Powołany przez Zamawiającego fakt niewidocznienia tego elementu zamówienia w kosztorysie Wykonawcy, złożonym na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jego zdaniem nie może świadczyć o tym, że cena ofertowa jest rażąco niska.

Dodatkowo Savicon wyjaśnił, że OFERTA 2 LOGAN została załączona do wyjaśnienia, a wskazana przez Zamawiającego wątpliwość dotyczy oczywistej omyłki pisarskiej, polegającej na powołaniu w kosztorysie błędnej daty i numeru oferty Daifuku Logan: z dn. 26.08.2023 nr P-23-0159 A1A, zamiast prawidłowych: z dn. 29.08.2023 nr P-23-01519 A1A (oferta załączona do wyjaśnień złożonych przez Savicon).

W dniu 11 stycznia 2024 r., Konsorcjum Dimark zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 23 stycznia 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości. Podkreślił, że wartość szacunkowa zamówienia wynosi 17 710 000 netto zł, brutto: 21 783 300 zł. Wskazał, że wezwanie było jednoznaczne, a Zamawiający w wezwaniu nie żądał od Wykonawcy przedstawienia czy podania cen jednostkowych poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia czy wyliczenia elementów przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że Savicon winien był przedstawić wyjaśnienia i kalkulacje odpowiadającą treści wezwania tj. zawierającą wycenę elementów stanowiących główny (istotny) przedmiot zamówienia.

Zamawiający w pełni podtrzymuje dokonaną ocenę wyjaśnień Odwołującego przekazanych dnia 30.10.2023 tj. że, przede wszystkim Wykonawca nie przedstawił kalkulacji kosztów pozycji wskazanych w treści wezwania (tabela 1 i 2) do czego był zobowiązany biorąc pod uwagę, że zapytanie zostało wyraźnie skonkretyzowane przez Zamawiającego. W treści

lakończego wyjaśnienia Wykonawca umieścił równie ogólną tabelę kosztów, której pozycje zagregowane zostały „globalnie” w sposób ogólny i nieprecyzyjny (w: pkt. 2 „takie jak:”, pkt. 3 „w szczególności:”, pkt. 4 „W szczególności (...”). Zagregowane przez Wykonawcę grupy elementów nie odpowiadają pozycjom kosztowym wskazanym w wezwaniu. Wykonawca nie tylko pominął fakt wyspecyfikowania przez Zamawiającego konkretnych elementów zamówienia (lub nie wskazał gdzie są one ujęte), których koszt powinien przecież umieć określić skoro przygotował ofertę przetargową a elementy te stanowią przedmiot zamówienia zgodnie z SWZ (a więc koszt złożonej już oferty), ale nawet w ramach własnych agregatów nie podał kalkulacji cen dla tych agregatów ani kosztów częściowych tj. elementów ujętych w ramach zagregowanych grup (zakresów) jak również żadnych innych danych istotnych dla ustalenia ceny i rzetelności kalkulacji ceny (np. konkretnych ilości - w zależności od natury kosztorysowanego elementu). Tak sporządzonego „kosztorysu”, który sam jako treść nie daje wiedzy o sposobie kalkulacji ceny ofertowej i cen zawartych w niej istotnych elementów zamówienia, nie można uznać za szczegółowe zestawienie kosztów. Tabela ta opatrzona o dodatkową kolumnę pod nazwą „informacje dowodowe” stanowi „kosztorys wykonania zadania”. Dodatkowa kolumna łączy zagregowane elementy z dodanymi do wyjaśnienia „dowodami” wskazując dla danego elementu bądź to na uzyskane przez Wykonawcę tzw. „oferty” bądź na inne sformułowania nie przedstawiające kalkulacji kosztu, takie jak: „we własnym zakresie”, „we własnym zakresie lub podwykonawca – rynkowe założenia cenowe”, „DATA LOGIC w zakresie SAVICON na podstawie wycen z podobnych realizacji w na terenie Polski oraz za granicą”, „SAVICON, RAPISCAN na podstawie oferty, szczegółowe zaangażowanie każdego z partnerów zgodnie z umową zamówienia” – a więc sformułowania, które samodzielnie nic nie wnoszą.

Zamawiający podkreślił m.in., że powołana w „kosztorysie” Wykonawcy OFERTA 1 RAPISCAN jednoznacznie wskazuje, iż w swoim zakresie obejmuje wyłącznie 8 szt. stacji operatorskich. Zamawiający zadał m.in. pytanie w tym zakresie - tabela 1: „Stacja analiz (9-14 szt.)”. co zdaniem Zamawiającego oznacza, że w cenie ofert przetargowej nie ujęto wymaganej treścią SWZ minimalnej ilości stacji analiz. Na marginesie dodać należy, że po analizie zapytań wniesionych w trakcie procedury, w ramach rozwiązania technicznego Wykonawcy należałoby spodziewać się dostawy 14-u stacji, tym czasem, jak już wykazano, Wykonawca nie potwierdził ujęcia w cenie oferty nawet wymaganej minimalnej ich ilości, czego dowód stanowi OFERTA 1. Ponadto, w treści OFERTY 1 znalazło się m.in. jednoznacznie stwierdzenie, że nie obejmuje ona swoim zakresem UPS dla urządzenia EDS (RTT110 UPS str. 2 oferty), co choć nie zostało wymienione jako pozycja tabeli w wezwaniu stanowi wymóg SWZ, a przy tym oferta ta wskazuje na inną niż wymagana w SWZ ilość czytników kodów kreskowych.

Już tylko z powyższego wynika, że cena ofertowa nie ma realnych podstaw i jako nierzeczywista wobec zakresu przedmiotu zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wyrażony jej zaniżeniem.

Zamawiający podkreślił także, że bezprzedmiotowa jest próba częściowego uzupełnienia informacji zawartych zarówno w złożonym dnia 30.10.2023 piśmie - wyjaśnieniu jak i w dowodzie (w kosztorysie wykonania zadania: dalej „kosztorys1”), poprzez treść złożonego odwołania i załączenie nowego kosztorysu wykonania zamówienia. Wykonawca zobowiązany był złożyć wyjaśnienia wraz z dowodem/dowodami na okoliczność wezwania do wyjaśnienia zaoferowanej ceny w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie (tj. do 30.10.2023), i wraz ze złożeniem wyjaśnień podlegający ocenie dowód w sprawie został zakończony.

W „kosztorysie2” dołączonym do odwołania (tj. zmienionym, złożonym wraz z odwołaniem kosztorysie wykonania zamówienia) dla odmiany Odwołujący usunął całkowicie wiersz „konsola administracyjna” najwyraźniej niewygodny w związku z nowym, twórczym spojrzeniem na złożone wcześniej wyjaśnienia podczas gdy mimo braku wskazania kosztu dla tego elementu przedmiotu zamówienia (w obu kosztorysach) pozycja ta odpowiadała przynajmniej elementowi wskazanemu przez Zamawiającego w wierszu 3 tabeli 1 wezwania. W ramach autokorekty stwierdzić należy, że faktycznie pismem nr 1011 z dn. 12.09.2023, treścią zmiany nr 5 Zamawiający zmienił wymóg w zakresie ilości stacji analiz (operatorskich) z dotychczasowych 9 na co najmniej 10 stacji, co jako treść wiążąca wykonawców z dniem publikacji pisma stanowi wymóg minimalny, biorąc zaś pod uwagę, iż poprzez załączony do wyjaśnień dowód odwołujący sam wykazał ujęcie w cenie oferty 8 stacji analiz (operatorskich) nie wpływa to na trefność wniosku końcowego.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w kosztorysie1 jak i kosztorysie2 złożonym wraz z odwołaniem Odwołujący wskazuje: „w kalkulacji dodatkowo uwzględniono:” a następnie wymienia: koszty gwarancji (na warunkach określonych w umowie), przeglądy techniczne (na warunkach określonych w umowie), koszty ubezpieczenia (na warunkach określonych w umowie), koszty szkoleń (na warunkach określonych w umowie) w kosztorysie 2 dodaje dodatkową kolumnę aby wskazać, że są to te same pozycje które Zamawiający wymienił w wezwaniu 1201 - bez wskazania kosztów tych elementów (nawet w agregacie) oraz bez żadnych dowodów w sprawie.

W odniesieniu do zarzutu nieściśłego opisanego poz. 17 w wezwaniu nr 1201 poprzez zapis:

„Wymiana istniejących urządzeń zrzucających na sorterze w celu uzyskania przepustowości 2400 bagaży/godzinę (12 szt.)”, jeżeli zgodnie z uwagą dodaną przez Odwołującego dopiero w kosztorysie² (a więc wraz z odwołaniem) Savikon (jak wskazano w odwołaniu) planuje modyfikację, a nie wymianę, istniejących urządzeń zrzucających na sorterze, w celu uzyskania przepustowości 2400 bagaży/godzinę a nie wymianę istniejących urządzeń, co jest zgodne i dopuszczalne treścią SWZ, tj. pkt. 3.7.2 - 3.7.4 SWZ określających pożądany w tym zakresie efekt, zdaniem Zamawiającego wystarczyło podać w tej pozycji tą właśnie uwagę oraz przedstawić koszt.

Kształt treści tego konkretnego zapisu wynika z kontekstu udzielonych wyjaśnień do SWZ (pismo 1011 wyjaśnienie 7 lit. a), które wskazuje na możliwość osiągnięcia celu również poprzez działanie określone zapisem jw. i stanowi późniejsze oświadczenie Zamawiającego nie wykluczając jednocześnie możliwości modyfikacji (tj. metody działania wskazanej przez Odwołującego). Całkowicie nieprawdziwe zdaniem Zamawiającego jest natomiast towarzyszące ww. kwestii (str. 19 odwołania) stwierdzenie, że „Dodatkowe urządzenia zrzucające (4 szt.) dostarczy DAIFUKU LOGAN (są one objęte ofertą tego dostawcy)”. Pomijając już nawet kwestie, iż jak wykazano w piśmie 1492 zawierającym uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, jedyna dodana do wyjaśnień dotyczących ceny „oferta” DAIFUKU LOGAN (w załączeniu do wyjaśnień z dn. 30.10.2023 dodana jako OFERTA 2) z uwagi na numer i datę nie jest tą, na którą Wykonawca (Odwołujący) powoływał się w kosztorysie¹ jako na dowód, na str. 2 tej oferty (P-23-01519 A1A z 29.08.2023) znajduje się m.in. zapis: „Proszę zwrócić uwagę na następujące kluczowe punkty w odniesieniu do naszej oferty”, a dalej w odnośniku trzecim: „Nie uwzględniliśmy zrzutni bagażowych”.

Biorąc pod uwagę całokształt argumentacji Odwołującego oraz treść kosztorysu¹ (oraz nowego kosztorysu² złożonego wraz z odwołaniem) zacytować należy treść odnośnika pierwszego i drugiego OFERTY 2, które są istotne z uwagi na „wyjaśnienia” Odwołującego i próbę uzupełnienia wyjaśnień w treści odwołania. Odnośnik pierwszy: „Oferta obejmuje wyłącznie dostawę sprzętu mechanicznego” – w odniesieniu do tego zapisu wskazać należy, że nie wiadomo o jaki sprzęt chodzi, gdyż nie został wymieniony, na stronie 14 oferty znajduje się jedna globalna kwota w funtach. Tak skonstruowany materiał nie ma wartości dowodowej (mógłby posłużyć dokładnie w każdym przetargu w obszarze BHS jako rzekomy „dowód” ujęcia w koszcie jakichś/dowolnych sprzętów tylko nie wiadomo jakich i w jakiej ilości) – Zamawiający słusznie wskazał w piśmie 1492, że nie wiadomo czego ten materiał dotyczy. Odnośnik drugi: „W naszej ofercie nie uwzględniliśmy żadnych kosztów instalacji” zatem powoływanie się na tą ofertę w kosztorysie 1 (jak również w kosztorysie 2) w pozycjach w agregacie „Dostawa, montaż i uruchomienie” jest co najmniej nieadekwatne do

jej treści (pomijając nawet brak uzasadnienia ceny dla tych elementów).

Zdaniem Odwołującego całkowicie błędny jest również zarzut Odwołującego (wskazany jw. str. 8) jakoby, Zamawiający oczekiwał w ramach wyjaśnienia kalkulacji ceny oferty w cenach jednostkowych. Gdyby zamawiający wymagał od Wykonawcy podania cen jednostkowych (co dla wielu obszarów zamówienia jest niemożliwe a przynajmniej wyjątkowo trudne), to biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia tabela wezwania oscylowałaby raczej około 200 a nie 30 pozycji a dodatkowo zamawiający wskazałby jednostki przeliczeniowe odpowiednie dla tych pozycji lub wezwałby do ich podania w treści pisma. Przedmiotowe zamówienie nie jest jednak robotą budowlaną – jak to, do którego odnosi się cytowane przez Odwołującego orzeczenie KIO 2282/22 – a w przeciwieństwie do podmiotu, którego wyjaśnienia w zakresie ceny Izba uznała za wystarczające, wyjaśnienia Odwołującego budzą wątpliwości, nie są kompleksowe ani poparte odpowiednimi dowodami, zaś wezwanie zamawiającego (odmiennie niż w stanie przywołanej sprawy) nie było ogólne. Fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu (podobnie jak w przywołanej sprawie) wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, nie uprawnia zamawiającego do odstąpienia od badania ceny rażąco niskiej skoro, jak wcześniej udowodniono zmaterializowała się przesłanka art. 224 ust. 1 Pzp ani nie zwalnia Wykonawcy z przedstawienia rzetelnej kalkulacji ceny i dowodu na jej poparcie.

Podnosząc powyższą argumentację, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

KIO 109/24

W dniu 8 stycznia 2024 roku Odwołujący – Konsorcjum Dimark działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami Pzp zaniechania odrzucenia oferty Savicon w sytuacji, gdy treść oferty Savicon jest niezgodna z warunkami Zamówienia, która to niezgodność polega na tym, że zaoferowane przez Savicon urządzenie EDS produkcji RAPISCAN model RTT 110 nie będzie umożliwiało prześwietlania wszystkich bagaży spełniających wymogi wskazane w treści punktu 3.1.2 lit. m) szczegółowego opisu przedmiotu Zamówienia z uwagi na półokrągły, zwężający się ku górze kształt tunelu urządzenia EDS, który będzie powodował zahaczanie się (blokowanie) bagaży i w dalszej konieczności uniemożliwiał ich przeskanowanie

Savicon zaskarżonym czynnościami Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Savicon z przyczyn wskazanych w treści niniejszego odwołania, w sytuacji, gdy treść oferty Savicon jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Podnosząc powyższe zarzuty, Konsorcjum Dimark wniosło o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności obejmującej przeprowadzenie badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty SAVICON z przyczyn wskazanych w treści niniejszego odwołania, a ponadto obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego (ewentualnie - w przypadku wniesienia sprzeciwu - obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Savicon).

Konsorcjum podało, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Jego zdaniem zaniechanie odrzucenia oferty Savicon ze względu na jej niezgodność z warunkami Zamówienia spowoduje, że zaistnieje możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody stanowiącej konsekwencję naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, gdyż jeżeli Savicon wykaże, że zaproponowana w jego ofercie cena nie była rażąco niska, spowoduje tym, że jego oferta będzie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza, co uniemożliwi Odwołującemu uzyskanie Zamówienia i co jednocześnie będzie stanowiło naruszenie przepisów Pzp, biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający błędnie nie odrzucił oferty złożonej przez Savicon również z powodu jej niezgodności z warunkami Zamówienia. Z kolei uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez Odwołującego powinno skutkować uzyskaniem przez Odwołującego zamówienia, jako że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu zarzutów Konsorcjum podało, że treści punktu 3.1.2 lit. m) szczegółowego opisu przedmiotu Zamówienia, zwanego dalej SOPZ, Zamawiający szczegółowo określił oczekiwane parametry urządzenia EDS, służącego do kontroli rentgenowskiej bagażu rejestrowanego, w tym wymagania w przedmiocie minimalnych wymiarów tunelu kontrolnego.

Z kolei tunel urządzenia RAPISCAN zaoferowanego przez Savicon posiada szerokość w podstawie o wymiarze 1020 mm oraz wysokość liczoną w osi pionowej urządzenia (na środku) w wymiarze 756 mm. Newralgiczną kwestią jest półokrągłe górne zakończenie tunelu zwane przez producenta „D-shaped”, które powoduje, że bagaże lub paczki w szczególności o kwadratowym lub prostokątnym kształcie mogą zahaczać się (blokować) na wysokości od miejsca, w którym tunel ulega zwężeniu. Dokonana przez Konsorcjum analiza zachowania się różnych bagaży o maksymalnych wymiarach oczekiwanych przez Zamawiającego (750 mm x 650 mm x 1000 mm, gdzie suma wymiarów wys. + szer. + dł. nie może przekraczać 1580 mm) przy uwzględnieniu dalszych wymogów Zamawiającego

wskazujących, że konieczne jest: „Zastosowanie urządzeń umożliwiających prześwietlenie [powinno być „prześwietlenie” - przyp. MI] bagaży o wymiarach 750mm x 650mm x 1000mm (gdzie suma wymiarów długość, wysokość i szerokość nie może przekroczyć 1580mm.) jadących w dowolnej pozycji (wykluczając pozycję pionową) bez względu na pozycję bagażu na taśmie (możliwy transport przy bandzie)(...)”, ukazuje, że zaoferowane przez Savicon urządzenie RAPISCAN nie spełnia wymogów określonych treścią SWZ (SOZP) albowiem bagaże o maksymalnych wymiarach określonych przez Zamawiającego będą zahaczały się (blokowały) w zwężającym się ku górze świetle tunelu i nie będzie możliwe ich przeskanowanie. Można więc podnieść, że wbrew wyraźnym postanowieniom punktu 3.1.2 lit. m) SOPZ, wymiary tunelu będą wprowadzać ograniczenia operacyjne. Tym samym oferta złożona przez SAVICON jest niezgodna z warunkami Zamówienia i jako taka powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP.

W dniu 11 stycznia 2024 r., Savicon zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 29 stycznia 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o uwzględnieniu odwołania w całości.

W dniu 30 stycznia 2023 r., Savicon, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Ponadto wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 Pzp, z uwagi na wniesienie odwołania przez podmiot nieuprawniony, któremu nie przysługuje środek ochrony prawnej zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 Pzp, tj. przez wykonawcę nieposiadającego interesu we wniesieniu odwołania.

Savicon względnie wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że w Postępowaniu Zamawiający wymaga dostarczenia urządzenia EDS posiadającego certyfikację/zatwierdzenie zarówno ECAC (co jest obowiązkiem dla Portów Lotniczych w Polsce) jak i TSA. Zaoferowane przez Savicon urządzenie prześwietlające EDS produkcji Rapiscan model RTT 110 posiada zatwierdzenie zarówno ECAC jak i TSA. Urządzenia zaoferowane w tym Przetargu przez Odwołującego i Przystępującego są jedynymi produkowanymi na świecie urządzeniami EDS posiadającymi aktualnie zatwierdzenie TSA.

Zdaniem Odwołującego fakt, że urządzenie EDS produkcji Rapiscan model RTT 110, zaoferowane przez Savicon, posiada certyfikację/zatwierdzenie ECAC i TSA, jednoznacznie potwierdza, że spełnia ono wszystkie rygorystyczne wymogi do stosowania w Portach Lotniczych, dotyczące bezpieczeństwa i funkcjonalności, zarówno obowiązujące w Europie

jak i w USA, w tym wymóg możliwości kontroli bagażu o wymiarach maksymalnych zgodnych z rekomendacją IATA, tj. 750mm x 650mm x 1000mm (gdzie suma wymiarów długość, wysokość i szerokość nie może przekroczyć 1580mm) – wymóg wskazany przez Zamawiającego w punkcie 3.1.2 lit. m SOPZ. Odwołujący wskazał, że gdyby było inaczej, maszyna ta nie mogłaby uzyskać certyfikacji/zatwierdzenia do użytku w Portach Lotniczych w Europie i Stanach Zjednoczonych.

Argument Odwołującego, że tunel zaoferowanego przez Przystępującego urządzenia EDS posiada półokrągły, zwężający się ku górze, kształt tunelu, w związku z czym będzie powodował zahaczanie się (blokowanie) bagażu i uniemożliwiał ich prześwietlanie, nie jest uzasadniony. Stwierdzenie, że tunel maszyny ma kształt „półokrągły” jest dalece nieścisle, ponieważ urządzenie posiada tunel o kształcie zbliżonym do prostokąta, jedynie zaokrąglony u góry. Tego typu tunel, tzw. sferyczny lub półsferyczny, w maszynach EDS jest dość powszechnie występującym rozwiązaniem. Ponad połowa producentów maszyn EDS znajdujących się na aktualnej liście ECAC, posiada w ofercie urządzenia EDS z takimi właśnie tunelami. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający nie wykluczył zastosowania urządzeń pozycjonujących bagaż transportowany na taśmociągu. Zastrzegł jedynie, że zastosowane urządzenia muszą umożliwiać kontrolę, bez ograniczeń operacyjnych, bagażu o wymiarach maksymalnych zgodnych z wymogami IATA, oraz że tunelu maszyny EDS musi zapewniać dostępną szerokość zgodną z szerokością transporterów tj. 1000mm. Zaoferowane przez Przystępującego urządzenie posiada tunel o wymaganej przez Zamawiającego szerokości. Zastosowanie urządzeń pozycjonujących bagaż na taśmociągu (pasywnych i aktywnych) jest zaś standardem w systemach transportu bagażu, występuje w zdecydowanej większości Portów Lotniczych.

W dniu 31 stycznia 2024 r., Konsorcjum Dimark złożyło pismo, w którym podtrzymało dotychczasową argumentację.

Na posiedzeniu i rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem Postępowania jest dostawa, montaż i uruchomienie urządzenia EDS normy min. 3.1 oraz dwóch urządzeń konwencjonalnych dwuwidokowych RTG wraz z dostosowaniem niezbędnej infrastruktury i integracją z systemem BHS oraz przebudowa i modernizacja systemu BHS w celu zwiększenia przepustowości systemu.

W dniu 12 września 2023 r. Zamawiający dokonał następującej zmiany SWZ:

„Zmianie ulega zapis w punkcie 1.3 w Załączniku nr 6.1 do SWZ [SOPZ].

Dotychczasowy zapis:

„Dostawa, montaż, konfiguracja, integracja z systemem BHS i uruchomienie dziewięciu stacji roboczych służących do obsługi Urządzenia EDS, Urządzeń RTG oraz Systemu BHS w zakresie kontroli bezpieczeństwa, poprzez analizę obrazu prześwietlanego bagażu rejestrowanego, z możliwością prezentacji obrazów 2D i 3D, dalej zwanych: Stacjami Analiz lub Stacją Analiz.”

zastępuje się nowym w brzmieniu:

„Dostawa, montaż, konfiguracja, integracja z systemem BHS i uruchomienie co najmniej dziesięciu stacji roboczych służących do obsługi Urządzenia EDS, Urządzeń RTG oraz Systemu BHS w zakresie kontroli bezpieczeństwa, poprzez analizę obrazu prześwietlanego bagażu rejestrowanego, z możliwością prezentacji obrazów 2D i 3D, dalej zwanych: Stacjami Analiz lub Stacją Analiz.”

W dniu 20 września 2023 r. Zamawiający dokonał następującej zmiany SWZ:

„Zapis w punkcie 3.1.2 lit. „m” w Załączniku nr 6.1 do SWZ [SOPZ] dodany na końcu (pismem z dnia 19.09.2023), po kropce uzyskuje nowe brzmienie:

„Jednocześnie powyższe nie może pogorszyć parametrów obecnego systemu. Zastosowanie urządzeń umożliwiających prześwietlenie bagażu o wymiarach 750mm x 650mm x 1000mm (gdzie suma wymiarów długość, wysokość i szerokość nie może przekroczyć 1580mm.) jadących w dowolnej pozycji (wykluczając pozycję pionową) bez względu na pozycję bagażu na taśmie (możliwy transport przy bandzie) musi zapewniać dostępną szerokość tunelu zgodnego z szerokością transporterów tj. 1000mm”.

W Postępowaniu wpłynęły dwie oferty: Savicon z ceną 16 578 045,68 zł brutto oraz Konsorcjum Dimark z ceną 24 227 310,00 zł brutto.

W ramach badania i oceny ofert, w dniu 24 października 2023 r. Zamawiający wezwał Savicon do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny ofertowej (brutto) za realizację zamówienia. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia dotyczyć mają istotnych elementów zamówienia wskazanych w treści wezwania,

w tabelach (32 pozycji wybranych przez Zamawiającego, np. stacje analiz, koszty ubezpieczenia czy szkoleń), zastrzegając, że wyjaśnienia mają zawierać kalkulację zaoferowanej ceny, a załączone dowody winny zawierać elementy mierzalne tak, aby mogły posłużyć do oceny oferty pod względem możliwości wykonania zamówienia w zaoferowanej cenie. Dodatkowo wskazano, że Zamawiający oczekuje dużej szczegółowości przedstawionych dowodów.

W określonym terminie, Odwołujący Savicon złożył wyjaśnienia, dołączając oferty podwykonawców, listy pracowników czy kosztorysy, jak również informacje o innych, podobnych przetargach oraz umowy o podobnym przedmiocie zamówienia. Savicon wskazał, że zakładany zysk skalkulował na poziomie 8%, zaś w zysku zawarta jest rezerwa na nieprzewidziane wydatki.

W dniu 29 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Dimark oraz odrzuceniu oferty Savicon jako zawierającej rażąco niską cenę. W uzasadnieniu odrzucenia, Zamawiający przytoczył orzecznictwo Izby i sądów powszechnym oraz wskazał, że:

- 1) Savicon nie przedstawił wymaganej wezwaniem kalkulacji kosztów pozycji, a przedstawił jedynie kosztorys zawierający ogólne, zagregowane pozycje.
- 2) Powołał się na ofertę Daifuku Logan z dn. 26.08.2023 nr P-23-0159 A1A, która nie została dołączona do wyjaśnień, zwracając jednocześnie uwagę, że została dołączona oferta tego samego podwykonawcy z dn. 29.08.2023 nr P-23-01519 A1A.
- 3) OFERTA 1 RAPISCAN jednoznacznie wskazuje, iż w swoim zakresie obejmuje wyłącznie 8 szt. stacji operatorskich, podczas gdy Zamawiający wymagał min. 9 stacji, zaś rozwiązanie techniczne zaoferowane przez Savicon wymaga min. 14.
- 4) W treści OFERTY 1 znalazło się m.in. jednoznacznie stwierdzenie, że nie obejmuje ona swoim zakresem UPS dla urządzenia EDS (RTT110 UPS str. 2 oferty), co choć nie zostało wymienione jako pozycja tabeli w wezwaniu stanowi wymóg SWZ, a przy tym oferta ta wskazuje na inną niż wymagana w SWZ ilość czytników kodów kreskowych.
- 5) Co do dokumentu OFERTA 3 Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy jest to oferta.
- 6) Część urządzeń nie została wykazana dowodami w postaci ofert, (w tym np. urządzeń sortujących -12 szt., a w przypadku zrzutni - 4 szt. oferta wykazana jako dowód wskazuje wprost, że nie uwzględnia zrzutni wbrew deklaracji Wykonawcy; nie ma też mowy o dodatkowych urządzeniach zrzucających czy monitorach przypisanych do zrzutni).

- 7) Lista pracowników Savicon nie wykazuje żadnej wymiernej wartości przekładającej się na cenę ofertową z tytułu zatrudnienia ujętych w wykazie osób poza ogólną deklaracją w treści wyjaśnienia sprowadzająca się generalnie do wniosku, iż jest to korzystne „z punktu widzenia kosztowego”.
- 8) Zdaniem Zamawiającego nie można uznać, że wyjaśnienia uzasadniają podaną w ofercie cenę z tego tylko tytułu, że Wykonawca wskazał w nich osiągnięcie zysku i założył rezerwę na nieprzewidziane wydatki.

Izba zważyła, co następuje:

KIO 65/24

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Odwołanie podlegało oddaleniu w całości, gdyż podniesione zarzuty nie potwierdziły się. Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie natomiast z art. 224 ust. 6 Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, zatem w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są kompletne, rzetelne czy wystarczająco konkretne. Innymi słowy, gdy złożono wyjaśnienia lakoniczne i ogólne, o charakterze nieprzydatnym dla określenia kosztów przyjętych w cenie oferty, bez poparcia ich wiarygodnym materiałem dowodowym. Ustawodawca zrównał taką sytuację z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Jest to wprowadzenie do ustawy ukształtowanego w orzecznictwie i doktrynie stanowiska, że jeżeli odpowiedź wykonawcy na wezwanie do wyjaśnienia ceny nie zawiera należytego przedstawienia sposobu jej kalkulacji, to mamy do

czynienia z wyjaśnieniami o charakterze ogólnikowym, niepodlegającym uzupełnieniu. Wówczas zamawiający nie ma podstaw do powtórnego wzywania wykonawcy do doprecyzowania wyjaśnień i powinien odrzucić taką ofertę. Natomiast w sytuacji, gdy złożono prawidłowe wyjaśnienia, które odpowiadały wezwaniu zamawiającego, ale zrodziły one dalsze wątpliwości wymagające dodatkowego wyjaśnienia, uszczegółowienia czy przedstawienia dodatkowych dowodów, takiego wykonawcę należy dopytać, wystosowując kolejne wezwanie – w zakresie okoliczności zawartych już w pierwszych wyjaśnieniach, które wymagają skonkretyzowania.

Przy tym podstawy odrzucenia należy interpretować w sposób ścisły, co wymaga jednoznacznego i klarownego ustalenia, że zaoferowana przez wykonawcę cena oferty nie pozwala na należyłą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, jest nierealna, nieekwiwalentna.

Przedmiotem odwołania była ocena prawidłowości przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę Savicon w ramach okoliczności wskazanych w odwołaniu, mając na uwadze warunki realizacji przedmiotu zamówienia i w tym zakresie Izba stwierdziła, że Savicon w ramach kalkulacji cenowej uwzględnił liczbę 8 stacji analiz, a tym samym niższą, aniżeli przewidziana w dokumentach zamówienia (min. 10). Okoliczność ta została przyznana przez Odwołującego Savicon zarówno w treści wyjaśnień w postaci Oferty nr 1 RAPISCAN, jak również w toku rozprawy, z zastrzeżeniem, że jest on gotowy dostarczyć wymaganą, większą liczbę stacji. Takie stanowisko jest nieprawidłowe, gdyż potwierdza, że Savicon przyjął zbyt małą liczbę stacji do wyceny, a tym samym – że cena jest skalkulowana na niewystarczającym poziomie. W konsekwencji wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia potwierdziły się – na etapie realizacji umowy Odwołujący Savicon byłby zobowiązany do dokupienia kolejnych stacji, co wykroczyłoby poza przewidziany na ten cel w cenie oferty budżet, a także świadczy o jej niezgodności z warunkami zamówienia.

Kolejną okolicznością, jaka przesądziła o zasadności odrzucenia oferty Savicon było niesprostanie treści wezwania w zakresie wyspecyfikowanych elementów zamówienia (w liczbie 32), których wyjaśnienia oczekiwał Zamawiający. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, treść wezwania była jasna i nakazywała wyjaśnienie całej treści oferty, wraz z przytoczeniem podstawy prawnej – co dla profesjonalnego wykonawcy powinno stanowić informację o konieczności sprostania ciężarowi dowodu. O ile rzeczywiście Zamawiający nie wskazał wprost, że oczekuje kosztorysu cenowego co do każdej z pozycji, zaś pozycje te mają różny

charakter obejmując dostawy czy usługi, o tyle zakreślił oczekiwany poziom szczegółowości wyjaśnień. W konsekwencji, Izba stoi na stanowisku, że złożone wyjaśnienia, zawierające ogólnie zagregowane pozycje, jak przykładowo wszystkich maszyn prześwietlających, czy też kosztów gwarancji, przeglądów, ubezpieczenia i szkoleń w jednej pozycji, stanowią nadmierne uogólnienie. Skoro Zamawiający oczekiwał wyjaśnień w tym zakresie, poprzestanie na stwierdzeniu, że dany koszt został ujęty na warunkach określonych w umowie, bez podania jego wysokości wraz z ewentualnym dowodem, należy uznać za działanie nieprawidłowe. Także materiał dowodowy w postaci ofert różnych podwykonawców należy uznać za niewystarczający – skoro bowiem Savicon przyjął mechanizm, że do każdej pozycji kosztorysu przyporządkował także dowód w postaci oferty, dowody te powinny spójnie i jednoznacznie potwierdzać wysokość kosztu.

Izba zdaje sobie sprawę, że cena w przedmiotowym Postępowaniu ma charakter ryczałtowy, lecz celem jej wyjaśnienia i wykazania jej struktury, wykonawca powinien przedstawić poszczególne koszty, na założonym przez Zamawiającego poziomie szczególności. Poniekąd rację ma Odwołujący Savicon twierdząc, że trudno wyjaśnić jest cenę rynkową, bez szczególnych okoliczności czy czynników pozwalających na jej obniżenie, jednakże w takich warunkach miał on obowiązek wykazać jedynie sposób jej kalkulacji, z przedstawieniem kosztów, jakie założył oraz zakładanym zyskiem, co nie miało miejsca. Tak jak dostrzegł Zamawiający, określenie zysku na procentowym poziomie, bez wykazania go w kosztorysie czy kalkulacji, jest jedynie głoślowym oświadczeniem.

Słusznie ponadto Zamawiający zauważył, że lista pracowników jest dokumentem, z którego nie wynika doniosły element wyjaśnień ceny, czyli wysokości wynagrodzeń. Na gruncie wyjaśnienia ceny nie należy powoływać się na określoną liczbę pracowników, bez wykazania wymiernego charakteru ich zaangażowania i kosztu dla wykonawcy.

W konsekwencji Izba uznała, że oferta Savicon podlegała odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a udzielone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W pozostałym jednakże zakresie, tj. wątpliwości Zamawiającego związanych z jakością wyjaśnień lub dowodów, Izba uznała jego działanie za nieprawidłowe, lecz wobec zasadności odrzucenia oferty z innych powodów – pozostające bez wpływu na wynik Postępowania. Zamawiający w treści informacji o odrzuceniu oferty wskazał szereg nieścisłości czy wątpliwości, zawiązanej z ofertami dołączonymi do wyjaśnień czy też

wątpliwości, czy niektóre z elementów zamówienia zostały ujęte w cenie – zaś tego rodzaju wątpliwości powinny być rozwiewane w kolejnym wezwaniu do wyjaśnień.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Przywołany przepis może stanowić podstawę czynności zamawiającego podejmowanej wobec przedłożonych już przez wykonawcę wyjaśnień. Każdorazowo jednakże materialną przesłanką wezwania jest podejrzenie rażąco niskiego charakteru ceny lub wątpliwości, czy gwarantuje ona wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, czynność ponownego wezwania jest uzasadniona tylko wtedy, gdy złożone pierwotne wyjaśnienia są rzetelne i wiarygodne, lecz budzą wątpliwości zamawiającego i zachodzi konieczność dopytania (nie wezwania o ponowne złożenie wyjaśnień) wykonawcę w tym zakresie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 28 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 288/17).

Skoro Zamawiający po lekturze wyjaśnień Savicon powziął dalsze wątpliwości, jaka liczba czynników kodów kreskowych została zaoferowana oraz czy zostało zaoferowane urządzenie UPS dla urządzenia EDS, to powinien był dopytać, celem jasnego wyjaśnienia, jaki jest zakres oferty. Sam fakt ustalenia nieścisłości, jak to wskazał Zamawiający nie jest i nie powinien być podstawą odrzucenia oferty, bez wyczerpania procedury wyjaśniającej.

Odnosząc się z kolei do oceny dowodów dołączonych do wyjaśnień, Izba zwraca uwagę, że stanowisko Zamawiającego jawi się jako niezrozumiałe. W zakresie oferty Daifuku Logan jasnym jest, że Odwołujący Savicon pomylił się w dacie dziennej oferty oraz częściowo w numerze oferty. Skoro została dołączona jedna oferta i dotyczy urządzeń wskazanych w wyjaśnieniach, oczywistym jest, że to ta oferta powinna być oceniana. Tego rodzaju omyłki czy to pisarskie czy to matematyczne mają charakter oczywisty, zaś ich niedostrzeżenie stanowi o zbędnym formalizmie. Na tej samej zasadzie potraktować należało omyłkę Zamawiającego, który zarówno w treści wezwania z dnia 29 października 2023 r. jak i informacji o odrzuceniu oferty z dnia 29 grudnia 2023 r. traktuje o błędnej minimalnej liczbie stacji analiz – podczas gdy z dokumentów zamówienia jasno wynika zmiana w tym zakresie i nie zostało to przez żadną ze Stron potraktowane jako okoliczność obciążająca Zamawiającego. Co do pozostałych dowodów – takich jak umowy czy

dokumenty innych zamówień, wskazać należy, że rzeczywiście nie są to dokumenty o przesądzającej mocy dowodowej, jednakże miały na celu wykazać doświadczenie wykonawcy i jego działalność w branży, stąd też nie sposób oceniać ich tak skrajnie negatywnie, jak to uczynił Zamawiający. Z doświadczenia życiowego i logiki wynika, że przedsiębiorca, który realizował podobne zamówienia, posiada doświadczenie na danym rynku będzie umiał wybrać bardziej optymalny sposób realizacji zamówienia, lepiej przewidzi ryzyka i nie będzie doliczał nadmiernego buforu bezpieczeństwa, co znajdzie odzwierciedlenie w cenie oferty, więc tego rodzaju materiały dowodowe dołączone do wyjaśnień należy uznać za dobrą praktykę. Co do OFERTY 3, stanowiącej korespondencję mailową, Izba wskazuje, że nie ma racji Zamawiający twierdząc, że taka forma nie może być traktowana jako oferta. Wartość dostaw od podwykonawców jest możliwa do stwierdzenia w postaci każdego dokumentu, zaświadczenia, oświadczenia, oferty, umowy czy innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy, a wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy, wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy. To wykonawca został zobowiązany do wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tym samym załączenie dowodów do składanych wyjaśnień odnośnie okoliczności, które nie są zależne od wykonawcy, a które udało mu się pozyskać (wynegocjować, ustalić, wypracować w kontaktach gospodarczych i innych formach etc.) na potrzeby wyceny danego zamówienia jest w zasadzie niezbędne i konieczne, aby owo wykazanie realności zaoferowanej ceny było rzeczywiste, przy czym nie sposób odmówić wiarygodności dowodowi jedynie z tego powodu, że stanowi fragment korespondencji mailowej pomiędzy wykonawcą a jego dostawcą, jak to uczynił Zamawiający.

Jak wskazano powyżej, pomimo tego rodzaju nieprawidłowości czynności Zamawiającego, oferta Savicon podlegała odrzuceniu z innych względów, stąd też odwołanie zostało oddalone.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437).

KIO 109/24

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również

wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Mimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, postępowanie odwoławcze nie podlegało umorzeniu, Przystępujący wniósł bowiem sprzeciw wobec tego uwzględnienia.

Odwołanie podlegało oddaleniu z uwagi na fakt, że Odwołujący nie ma legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej, a Konsorcjum Dimark nie wykazało przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W tym miejscu Izba wyjaśnia, że jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie, zaistnienie tych przesłanek nie wpływa na możliwość wszczęcia procedur odwoławczych, lecz warunkuje uwzględnienie wniesionego środka ochrony prawnej. Brak interesu w uzyskaniu zamówienia, albo nienaruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy nie oznacza bowiem, że postępowanie odwoławcze nie może się rozpocząć, lecz jedynie, że odwołanie wniesione w takich warunkach zostanie oddalone, bądź też, że zostanie oddalona skarga – tak: postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 19 września 2022 r. XXIII Zs 111/22. W konsekwencji nie mógł być uwzględniony wniosek Savicon o odrzucenie odwołania jako złożonego przez podmiot nieuprawniony.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający w dniu 29 grudnia 2023 r. dokonał wyboru oferty Konsorcjum Dimark jako najkorzystniejszej, a oferta Savicon została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Izba stoi na stanowisku, że wykonawca, którego oferta została wybrana, nie może skutecznie wnieść odwołania.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej (...) przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Aby być uprawnionym do korzystania ze środków ochrony prawnej muszą być zatem spełnione kumulatywnie dwie przesłanki, mianowicie: interes w uzyskaniu zamówienia bądź w uzyskaniu nagrody w konkursie oraz poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Interes podmiotu korzystającego ze środków ochrony prawnej, jak i możliwość poniesienia szkody stanowi przesłankę materialnoprawną tego środka i decyduje o istnieniu legitymacji czynnej do wniesienia odwołania do Prezesa Izby. Z tego też względu

interes ten, jak i poniesienie szkody muszą zostać wykazane już na etapie wnoszenia odwołania, a następnie jego istnienie jest weryfikowane przez skład orzekający.

W konsekwencji w przypadku, gdy oferta Konsorcjum Dimark została wybrana jako najkorzystniejsza, nie jest on w stanie wykazać przesłanki szkody. Jakakolwiek szkoda mogłaby powstać wyłącznie w przypadku czysto hipotetycznych przyszłych czynności Zamawiającego, które nie zostały wykonane i nie wiadomo czy w ogóle nastąpią, a jeśli tak – będą one nowymi czynnościami, od których będzie przysługiwać prawo wniesienia odwołania w terminach określonych w art. 515 Pzp.

Podkreślenia wymaga, że szkodę, o której mowa w art. 505 ust. 1 Pzp, zarówno zaistniałą, jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wniesienia odwołania. Przez możliwość poniesienia szkody nie można natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku dokonania nowych czynności, czy to na mocy wyroku Izby, czy też z inicjatywy własnej Zamawiającego. Przyjęcie stanowiska przeciwnego nie dałoby się pogodzić z racjonalnością i ekonomią postępowania, prowadziłoby bowiem do przyznania legitymacji do wnoszenia odwołań każdemu wykonawcy w każdej sytuacji (zawsze wykonawca mógłby się bowiem powołać na choćby teoretyczną możliwość wystąpienia zdarzeń, które będą godzić w jego interesy), a wówczas przepis art. 505 ust. 1 Pzp nie znajdowałby w praktyce zastosowania. Dopuszczenie korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana i podnoszenia zarzutów przeciwko wykonawcom, których oferty zostały odrzucone lub są mniej korzystne, stałoby w sprzeczności z ratio legis przywołanego wyżej przepisu. Przesłanka szkody, o której mowa w tym przepisie, ma bowiem na celu niedopuszczenie do wnoszenia odwołań, które w sytuacji istniejącej w dacie ich wniesienia nie mają realnego przełożenia na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie.

Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Konsorcjum Dimark, jakoby o istnieniu legitymacji do wniesienia odwołania przesądzała okoliczność, że w przypadku ewentualnego wniesienia odwołania przez Savicon i przywrócenia tej oferty do Postępowania, oferta ta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Podkreślenia wymaga, że środkiem ochrony prawnej służącym Konsorcjum Dimark w związku z wniesieniem odwołania przez wykonawcę Savicon, jest przystąpienie do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem tego wykonawcy, z czego Konsorcjum skorzystało. Powyższe nie uzasadnia w żadnej mierze wnoszenia odwołania „na wszelki wypadek”, czy „z ostrożności”, z powołaniem się na niewynikającą z przepisów Pzp zasadę koncentracji środków ochrony prawnej. Gdyby w wyniku rozpoznania odwołania (ale także i z inicjatywy własnej

wykonawcy Savicon doszło do unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający dokonałby w postępowaniu nowych czynności, od których Konsorcjum Dimark przysługiwałoby odwołanie, a przesłanka szkody byłaby wówczas spełniona. To samo dotyczy sytuacji, gdyby odwołanie wykonawcy Savicon kwestionowało czynność wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Powyższy pogląd jest ugruntowany orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyroki Izby o sygn. akt: KIO 2238/22, KIO 447/22, KIO 373/22, KIO 498/21, KIO 1256/20 i KIO 1260/20, KIO 1374/19, KIO 737/16, KIO 739/16, KIO 183/16, KIO 245/15, KIO 305/15, KIO 2777/13, KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/12, KIO 2396/12, KIO 2416/12). Jak wskazała Izba w wyroku w sprawie o sygn. akt: KIO 498/21: *Wystąpienie szkody, o której mowa w art. 505 ust. 1 Pzp, nie może być rozpatrywane hipotetycznie, w zależności od tego, czy inny wykonawca uczestniczący w postępowaniu złożył odwołanie, które może podważyć dotychczasowy wynik postępowania. Dopiero jeżeli w wyniku rozpatrzenia takiego odwołania wynik ten uległby zmianie na skutek nowej czynności zamawiającego, po stronie wykonawcy, którego wybór oferty został unieważniony, występuje realna szkoda. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej rodzi się dopiero w chwili, gdy wykonawca jest w pozycji zagrożonej, a nie zwycięskiej. (...) Zdaniem Izby, dopiero w sytuacji gdyby w wyniku ewentualnej, powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferta odwołującego (...) utraciła status najkorzystniejszej, odwołującemu (...) przysługiwać będzie legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej, gdyż będzie mógł powoływać się na grożącą mu realnie szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Izba w tym składzie w pełni podziela pogląd wyrażony w ww. wyroku.*

Wobec stwierdzenia, że Odwołujący nie miał legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej, odwołanie podlegało oddaleniu bez merytorycznego rozpoznania. Tym samym, wszelka inicjatywa dowodowa stron podlegała pominięciu, jako pozostająca bez znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Z powyższych powodów Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: