

Sygn. akt: KIO 1523/17

WYROK
z dnia 11 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Aneta Mlącka

Andrzej Niwicki

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2017 r. przez Wykonawcę **S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w P. przy ul. (...) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia**, ul. (...),

przy udziale

Wykonawcy **H S. L. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Z. G. przy Al. (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.**
- 2** Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę S. Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę S. Sp. z o.o., tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Inspektorat Uzbrojenia w W. w trybie negocjacji z ogłoszeniem na *dostawę wojskowego odbiornika GPS z modułem SAASM (platformowego)* (nr referencyjny), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 11.05.2016 r., ..., Wykonawca S. Sp. z o.o. (dalej zwany Odwołującym), wniósł w dniu 24.07.2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1523/17). Odwołanie wniesione zostało od niezgodnych z przepisami Ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, prowadzących do naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U.2003.153.1503) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy H S. L. Sp. z o.o. z siedzibą w Z.G., pomimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
2. art. 89 ust. 1 pkt 8 Ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 2 KC, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy H. S. L. Sp. z o.o. pomimo, że oferta jest ofertą nieważną;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy H. S. pomimo, że nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) z uwagi na niedozwoloną treścią siwz alokację kosztów skutkującą zawyżeniem i zaniżeniem poszczególnych cen jednostkowych;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty H. S. pomimo, że nie odpowiada ona wymaganiom technicznym określonym w siwz;
5. art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy H. S. z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
6. ewentualnie, art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania złożenia przez H. S. wyjaśnień dotyczących treści oferty w części dotyczącej spełnienia wymagań określonych w załączniku nr 1 do siwz;
7. art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty H. S. pomimo, że zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
8. ewentualnie, art. 90 ust 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy H. S. do złożenia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość cen jednostkowych;

9. ewentualnie, art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania złożenia wyjaśnień przez H. S. dotyczących treści złożonej oferty w części dotyczącej wyceny cen jednostkowych;
10. art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy H. S., zaniechanie wykluczenia i wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, w tym zaniechanie przeprowadzenia należytego badania i oceny oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie odrzucenia oferty H. S., nakazanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, ewentualnie nakazanie ponownej oceny i badania oferty H. S., w tym wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz wyjaśnień i dowodów dotyczących wyceny poszczególnych cen jednostkowych.

Informację stanowiącą podstawę zarzutów Odwołujący otrzymał w dniu 14 lipca 2017 r. – informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej (H. S.).

Ad. 1.

Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący wywodził z analizy cen jednostkowych, które mają kluczowe znaczenie dla oceny oferty oraz wzajemnych rozliczeń stron umowy, wynikające z przywołanych zapisów siwz (przedmiotu zamówienia). Poprawność obliczenia cen jednostkowych zyskuje na znaczeniu, gdy weźmie się pod uwagę fakt, że część dostaw objęta została zamówieniem podstawowym, a część zamówieniem opcjonalnym, które obejmują ten sam sprzęt. Ponadto, realizacja zamówienia podstawowego oraz opcjonalnego może przebiegać równolegle w tym samym czasie, a zatem ceny jednostkowe za odbiornik GPS powinny być na tym samym poziomie. Znajduje to potwierdzenie w formularzu oferty, gdzie w pkt 1 ppkt 2 tieret pierwszy podana miała być cena jednostkowa dla zamówienia podstawowego i opcjonalnego realizowanego w latach 2018-2019. Jedynie dla zamówienia opcjonalnego na rok 2020 Zamawiający przewidział możliwość zaoferowania odrębnej ceny (pkt 1 ppkt 2 tieret drugie formularza oferty).

Zróżnicowanie cen jednostkowych za ten sam sprzęt i ten sam okres jego dostawy w ofercie H. S. nie znajduje uzasadnienia merytorycznego i świadczy o celowej i niedozwolonej inżynierii cenowej, manipulacji sposobem wyceny oferty, prowadzącej do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i narażającej interesy Zamawiającego, w tym narażającej go na możliwość poniesienia szkody.

Wykonawca zróżnicował cenę za odbiornik GPS z modułem SAASM /HGPST-T/ wersja 4 i dla zamówienia podstawowego: na rok 2018 zaoferował cenę jednostkową 47.847,00 zł

brutto; na rok 2019 – cenę jednostkową 29.520,00 zł brutto, a w ramach zamówienia opcjonalnego: na lata 2018/2019 – cenę jednostkową 24.600,00 zł brutto; w roku 2020 – cenę jednostkową 24.600 zł brutto.

Powyższe świadczy o manipulacji wyceną cen jednostkowych nakierowaną na zagwarantowanie sobie kosztem interesów Zamawiającego i wbrew zasadom uczciwej konkurencji, zapłaty jak najwyższej ceny za realizację zamówienia podstawowego. Wykonawca dokonał zawyżenia ceny jednostkowej za dostawę sprzętu realizowaną w ramach zamówienia podstawowego, przerzucając jednocześnie koszty dostawy części objętej prawem opcji w zakresie zamówienia podstawowego. Mając na uwadze, że prawo opcji nie musi zostać zrealizowane, dokonana wycena prowadzi do braku ekwiwalentności świadczeń, a finalnie do sytuacji, w której Zamawiający będzie płacił zawyżoną cenę za dostawę realizowane w ramach zamówienia podstawowego. Nie jest możliwe, aby dostawa tego samego sprzętu w tym samym czasie mogła różnić się cenowo w tak dużym stopniu, tym bardziej, że zakres obowiązków wykonawcy przy realizacji zamówienia opcjonalnego nie odbiega od obowiązków związanych z realizacją zamówienia podstawowego. Swoim działaniem H. S. zapewnił sobie nieadekwatną i zawyżoną cenę za dostawę sprzętu w ramach zamówienia podstawowego, rekompensując niższą wyceną zakres objęty prawem opcji, który nie musi zostać zrealizowany.

Podana cena jednostkowa w wysokości 24.600,00 zł brutto jest ceną dumpingową o czym świadczy cena tego samego urządzenia i dostawy dla zamówienia podstawowego (47.847,00 zł brutto). Wykonawca H. S. założył, że zamówienie opcjonalne może nie zostać zrealizowane i dla tej części oferty podał cenę nierealną, nie uwzględniającą rzeczywistych kosztów, w tym kosztów produkcji, materiałów, pracy, logistyki – a więc cenę poniżej kosztów wytworzenia i sprzedaży towaru, a jednocześnie koszty te – na wypadek, gdyby wykonawca został jednak postawiony przed obowiązkiem realizacji zamówienia opcjonalnego i by nie narażać się na stratę – przeniósł do wyceny dostaw objętych zamówieniem gwarantowanym.

Ten sam mechanizm wyceny (inżynierię cenową) wykonawca zastosował dla dostaw w roku 2019 realizowanych w ramach zamówienia podstawowego i zamówienia opcjonalnego.

Sztuczna wycena prac służyła szybkiemu otrzymaniu od Zamawiającego środków finansowych w wysokości nieadekwatnej i nienależnej wykonawcy, naraża Zamawiającego na pokrzywdzenie w związku z przyjętymi zasadami rozliczania zaliczek, z jednoczesnym nieuprawnionym zmniejszeniem ryzyka i odpowiedzialności wykonawcy na wypadek odstąpienia od umowy.

Zamawiający przewidział ograniczenie wielkości zaliczki do 30% wartości zamówienia podstawowego (§ 12 ust. 4 IPU) i nie przewidywał zaliczek na poczet zamówienia

opcjonalnego (odpowieź z dnia 27.6.2017 r.). Wykonawca H. S. dążył do uzyskania zaliczki w wysokości nieadekwatnej i nienależnej, co godzi bezpośrednio w interesy Zamawiającego (zobowiązany będzie do zabezpieczenia wyższych kwot w budżecie), a jednocześnie stwarza dla tego podmiotu dogodniejsze warunki realizacji kontraktu kosztem interesów i finansów Zamawiającego. Ponieważ kwota zaliczki musi zostać rozliczona dostawami w pierwszym roku, tj. w 2018 r., wykonawca zapewnił sobie, że dla rozliczenia wystarczające będzie zrealizowanie dostaw w zakresie mniejszym, niż gdyby cena jednostkowa dostawy nie została sztucznie dostosowana do poszczególnych lat realizacji kontraktu. W przypadku odstąpienia Zamawiającego od umowy, wykonawca zwraca w terminie 7 dni od dnia odstąpienia nierozliczoną część zaliczki wraz z odsetkami ustawowymi kapitałowymi od dnia udzielenia zaliczki do dnia, w którym upływa termin jej zwrotu (§ 12 ust. 4 pkt 11 IPU). Wykonawca będzie mógł szybciej rozliczyć zaliczkę, po wykonaniu mniejszej ilości dostaw, a tym samym mniejszym nakładem pracy i staranności zwalnia się z ryzyka zwrotu nierozliczonej części zaliczki wraz z odsetkami, a wniesione zabezpieczenie zaliczki przestaje pełnić swoją funkcję i cel.

Działanie Wykonawcy H. S. wypełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy zwnk.

W przypadku, gdy dostawy opcjonalne miały być realizowane zwłaszcza w 2020 r., istnieje ryzyko, że wykonawca nie będzie zainteresowany realizacją tej części umowy po podanych cenach, tym bardziej, że postanowienia IPU zostały ukształtowane w ten sposób, iż ewentualny brak realizacji zamówienia opcjonalnego może nie rodzić odpowiedzialności wykonawcy (brak wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia opcjonalnego).

Działanie wykonawcy zagraża i narusza interesy Odwołującego – zastosowana inżynieria cenowa nie znajduje żadnego uzasadnienia w treści siwz, prowadzi do zaburzenia uczciwej konkurencji i braku porównywalności ofert. Wypełnia ono również przesłankę sprzeczności z dobrymi obyczajami, w której to klauzuli generalnej mieszczą się takie pojęcia jak zasady słuszności, zasady uczciwego obrotu, uczciwości kupieckiej, zasady lojalności. Motywem dysproporcji cen jednostkowych było zabezpieczenie jedynie własnych interesów i zdobycie przewagi konkurencyjnej, a nie konkurowanie rzetelną wyceną dostaw realizowanych w poszczególnych latach.

Działanie wykonawcy wypełnia ponadto przesłanki z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Z uwagi na specyfikę branży, w której nie występuje znaczna ilość podmiotów, a zamówienia z dziedziny obronności nie są powszechnie udzielane, nawet jednorazowe, nieuczciwe utrudnienie uzyskania zamówienia może być kwalifikowane, jako utrudnienie dostępu do rynku.

Oferowanie cen jednostkowych na poziomie 24 600 zł brutto świadczy o zamiarze sprzedaży sprzętu poniżej kosztów jego wytworzenia, połączonym z zamiarem eliminacji konkurencji z rynku.

Ad 2.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty H. S., jako nieważnej (art. 89 ust. 1 pkt 8 Ustawy) Odwołujący opiera na stwierdzeniu sprzeczności czynności prawnej z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 KC) wskazując na argumentację prezentowaną przy zarzucie nr 1 w zakresie naruszenia zasad uczciwości kupieckiej, lojalności, uczciwości w obrocie, współzawodnictwie w ubieganiu się o przetarg.

Ad 3.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty H. S. jako niezgodnej z siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy) Odwołujący wywodzi z braku prawidłowej kalkulacji cen jednostkowych i przeliczeniu kosztów na zamówienie podstawowe. Zamawiający w siwz nie dopuścił możliwości przeliczenia kosztów, a z faktu, że część zamówienia jest realizowana jako zamówienie podstawowe, a część jako zamówienie opcjonalne wynika zakaz przeliczenia kosztów pomiędzy tymi zamówieniami. Odwołujący przypisał kluczowe znaczenie cenom jednostkowym, po których następuje rozliczenie umowy, którym Zamawiający nadał autonomiczny charakter w formularzu oferty i IPU. W konsekwencji, podana w rozdziale VIII pkt 1 siwz definicja ceny, jaką Zamawiający obowiązany jest zapłacić, uwzględniająca podatek VAT, odnoszona być musi do cen jednostkowych. Do ceny jednostkowej należy zatem odnieść zastrzeżenie zawarte w rozdziale VIII pkt 2 siwz, gdzie Zamawiający postawił obowiązek prawidłowej i rzetelnej kalkulacji ceny, tj. uwzględniającej wszystkie koszty i składniki oraz czynności związane z prawidłową i terminową realizacją przedmiotu zamówienia, na który składa się zamówienie podstawowe i opcjonalne.

Brak dopuszczalności oferowania różnej ceny jednostkowej wynika z samego faktu dostawy tego samego sprzętu w tych samych latach i posługiwania się liczbą pojedynczą „cena jednostkowa” w formularzu oferty. Zamawiający nie dopuścił zróżnicowania cen jednostkowych dla dostaw podstawowych i opcjonalnych realizowanych w latach 2018-2019. Oferta Wykonawcy nie odpowiada treści formularza dołączonego do siwz, gdyż zawiera różne ceny jednostkowe, a wykonawca dokonał niedozwolonej modyfikacji wzoru.

Ad 4

Niezgodność oferty H. S. z wymaganiami technicznymi określonymi w załączniku nr 1 do siwz wywodzi z tego, że wykonawca nie potwierdził wszystkich wymagań zawartych w pkt 7.1.10 WZTT – wymogu odbioru sygnału C/A oraz P/Y. Ponadto, zaoferowany odbiornik HGPST-T wersja 4 będzie implementować moduł SAASM w najnowszej wersji 3.7

produkowany jako część karty MPE-S Typ II, która do dnia dzisiejszego nie została dostarczona ani wypożyczona wykonawcy. Analiza rynku wskazuje, że wersja 4 odbiornika nie istnieje jako gotowy produkt, a zatem zaoferowane urządzenie stanowi specjalnie projektowane do przedmiotowego postępowania i powinien być traktowany, jako rozwiązanie prototypowe wymagające świadectwa pozytywnego zaliczenia testów funkcjonalnych. Ewentualne spełnienie wymagań będzie potwierdzone pod warunkiem właściwej integracji modemu SAASM z odbiornikiem GPS zakończonej pozytywnym rezultatem testów. Wykonawca z ostrożności nie potwierdza wymagań numerycznych zawartych w pkt 7.1.12, 7.1.15 WZTT, gdyż nie przeprowadzono właściwych testów, a deklaracje spełnienia wymagań z pkt 7.1.16 oraz 7.1.17 WZTT bazują jedynie na porównaniu dokumentacji technicznej, a nie testach przeprowadzonych na finalnym przedmiocie dostawy. Tym samym oferowany produkt na dzień złożenia oferty nie jest wyrobem gotowym (w wersji produkcyjnej) do dostawy, a tym samym nie spełnia wymagań technicznych.

Ad 5

Nieprawdziwe informacje – zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3, dotyczy informacji o spełnianiu wymagań określonych w pkt 7.1.6, 7.1.10, 7.1.12, 7.1.15, 7.1.16, a bezpośrednio dotyczących funkcjonalności modułu SAASM.

AD 6

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 – zaniechania zażądania wyjaśnień dotyczących złożonej oferty w części dotyczącej spełnienia wymagań określonych w załączniku nr 1 do siwz. Stan sprawy przedstawia się w ten sposób, że Zamawiający przeprowadził pozorne badanie treści oferty, nie wiadomo w oparciu o jakie informacje przyjął jej zgodność z treścią siwz.

Ad 7

Zarzut rażąco niskiej ceny – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy dotyczy ceny jednostkowej 24 600 zł brutto za wysoko specjalisty sprzęt. O rażącym zaniżeniu ceny świadczy już sam fakt, że dla dostawy tych samych urządzeń wykonawca podał w zakresie gwarantowanym kwotę 47.847,00 zł brutto. Podobna dysproporcja zachodzi względem ceny na poziomie 29.520 zł brutto.

Ad 8 i 9

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Ustawy Odwołujący formułuje w oparciu o przedstawioną wcześniej argumentację.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca H. S.

Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności/zaniechań Zamawiającego. Odwołujący, jako Wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia, którego oferta została skalsyfikowana na drugim miejscu po zakończonej ocenie ofert posiadał, w momencie wnoszenia odwołania, interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które doprowadziły do wyboru oferty konkurencyjnej. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), protokołu postępowania i załączników oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie i złożonych dowodów, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Rozstrzygając o zarzutach Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony na dzień dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – H S. L. Sp. z o.o. (dalej jako Wykonawca HS).

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem, które poprzedzał dialog techniczny mający na celu dookreślenie przedmiotu zamówienia poprzez bezpośrednie konsultacje techniczne z podmiotami reprezentującymi rynek uzbrojenia. Do dialogu technicznego zostały zakwalifikowane cztery z pięciu firm, które odpowiedziały na RFI. Wszystkie firmy zaproponowały produkt gotowy do zakupu i uruchomienia. Na podstawie informacji uzyskanych z nadesłanych odpowiedzi na zapytanie ofertowe (RFI) Zamawiający potwierdził spełnienie wymagań zawartych w Wymaganiach Taktyczno – Technicznych oraz opracował Wstępne Założenia Taktyczno – Techniczne (WZTT) – informacja wskazana w protokole ZP. Przedmiot zamówienia stanowi dostawa 1244 kpl. wojskowego odbiornika GPS z modułem SAASM (platformowego), z czego dostawa 760 kpl zostanie zrealizowana w ramach zamówienia podstawowego (minimalnego), w tym: 380 kpl. do 30.10.2018 r i 380 kpl. do 30.10.2019 r., a dostawa do 484 kpl. zostanie zrealizowana w ramach zamówienia opcjonalnego (maksymalnego) nie później niż w ciągu 36 miesięcy od

podpisania Umowy (pkt III.1 siwz). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w tym wymagania w zakresie parametrów technicznych, określone zostały we *Wstępnych Założeniach Taktyczno – Technicznych dla wojskowego odbiornika GPS z modulem SAASM (platformowego) wersja 3.0 (WZTT)*, stanowiących załącznik nr 1 do siwz. Zgodnie z pkt III.11 siwz dostarczony przedmiot musi być fabrycznie nowy, nieużywany, bez braków i uszkodzeń, pochodzący z bieżącej produkcji. Odbiornik GPS będzie podlegał odbiorowi wojskowemu przez RPW na etapie realizacji umowy, na zasadach określonych w Istotnych Postanowieniach Umowy (IPU). Zgodnie z pkt 12.2 WZTT *w celu potwierdzenia spełnienia wymagań zawartych w niniejszych WZTT Odbiornik GPS będzie podlegać testom SpW, o których mowa w decyzji Nr 72/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 25 marca 2013 r. w sprawie pozyskania sprzętu wojskowego i usług dla Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. MON z dnia 25 marca 2013 r., poz. 78 z późn. Zm.). Testom SpW zostaną poddane wszystkie parametry z rozdziału 7 i 9 niniejszych WZTT. W rozdziale 7 WZTT opisane zostały wymagania taktyczno-techniczne, w których między innymi wskazano, iż odbiornik GPS powinien posiadać moduł kryptograficzny SAASM umożliwiający wgranie do tego modułu dokumentów kryptograficznych i pracę w trybie PPS (pkt 7.1.6). W załączniku nr 4 do umowy opisano program testów, ze wskazaniem w pkt 2.2 ich celu, jakim jest potwierdzenie spełnienia przez dostarczony Odbiornik GPS z modulem SAASM, zdefiniowanych w WZTT, wymagań taktyczno-technicznych.*

Zamawiający wymagał złożenia w ofertach wypełnionego formularza oferty, w którym wykonawcy wskazywali w pkt 1 *całkowitą wartość umowy w rozbiciu na wartość zamówienia podstawowego (lit. a), zamówienia opcjonalnego (b), wykonania Dokumentacji Technicznej (c), wartość szkolenia (d), wartość zestawów diagnostyczno-naprawczych (e)*. W pkt 2 formularza wykonawcy określali ceny jednostkowe odbiornika GPS z modulem SAASM w ramach zamówienia podstawowego oddzielnie w roku 2018 i 2019 oraz ceny jednostkowe odbiornika GPS z modulem SAASM w ramach zamówienia opcjonalnego w latach 2018 – 2019 oraz w roku 2020. Wykonawca mógł złożyć ofertę na własnym formularzu, z tym zastrzeżeniem, że jego treść odpowiadać będzie treści formularza dołączonego do siwz (pkt VII.2 siwz).

Wykonawca H. S. przyjął różne ceny jednostkowe w ramach zamówienia podstawowego: 47.847,00 zł brutto (rok 2018) i 29.520,00 brutto (rok 2019) oraz cenę jednostkową dla zamówienia opcjonalnego w latach 2018-2020 w wysokości 24.600,00 zł brutto. Odwołujący w swojej ofercie przyjął taką samą cenę jednostkową urządzenia dostarczanego w kolejnych latach w ramach zamówienia podstawowego oraz opcjonalnego

Bezpośrednio przez otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wyrażoną kwotą brutto 56.900.000,00 zł. Zamawiający w

piśmie skierowanym do Odwołującego w dniu 20.07.2017 r. poinformował o kwocie środków, jakie zamierza przeznaczyć na zamówienie podstawowe (49.400.000,00 zł brutto) oraz na zamówienie opcjonalne (7.500.000,00 zł. brutto).

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty: Wykonawcy HS (cena oferty brutto 41.891.160,00 zł) oraz Odwołującego (cena oferty brutto 43.352.225,76 zł.).

Ocena techniczna ofert została dokonana przez powołanego rozkazem Szefa Inspektoratu Uzbrojenia nr 21 z dnia 31.01.2017 r. specjalistę i potwierdzona dokumentem sporządzonym w dniu 13.07.2017 r., w którym stwierdził, iż dwie złożone w postępowaniu oferty, *spełniają postanowienia Wstępnych Założeń Taktyczno – Technicznych wersja 3.0 – zatwierdzonych w dniu 21 kwietnia 2017 r.* Wykonawcy potwierdzali zgodność oferowanych odbiorników z wymaganiami WZTT w załączniku nr 1 do formularza oferty w drodze oświadczeń własnych zawierających się w opisie *propozycji wykonania – sposobu spełnienia wymagania WZTT – opis sposobu, ITP. (kolumna druga tabeli).*

Wykonawca HS potwierdził, iż spełnia wszystkie wymagania opisane WZTT odnosząc się do nich w poszczególnych pozycjach tabeli, w tym poz. 7.1.10 (odbiornik zapewnia zdekodowanie sygnału C/A na L1 oraz P(Y) na L1 i L2), poz. 7.1.12 (odbiornik z SAASM spełnia wymaganie poprzez odpowiednią konstrukcję i algorytmy), poz. 7.1.16 (odbiornik ze zintegrowanym modułem SAASM zapewnia błąd pomiaru 1 PPS nie gorszy niż 52ns (RMS 95%) poprzez zastosowanie odpowiedniego modułu SAASM), poz. 7.1.17 (odbiornik ze zintegrowanym modułem SAASM zapewnia dokładność określania czasu GPS nie gorszą niż 52ns (RMS 95%) dla skali czasu GPS (GPS TIME) poprzez zastosowanie odpowiedniego modułu SAASM).

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 14.07.2017 r., tj. oferty Wykonawcy H. S., która uzyskała maksymalną ilość punktów w każdym z trzech kryteriów (cena, gwarancja, termin realizacji). Oferta Odwołującego została skasyfikowana na drugiej pozycji, o czym zdecydowała ilość punktów w kryterium cena (w pozostałych dwóch również uzyskała maksymalną ilość punktów).

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega oddaleniu w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

Podstawę faktyczną zarzutów stanowią dwa elementy oferty Wykonawcy HS, tj. wycena przedmiotu dostawy prezentowana w różnej wysokości cen jednostkowych zaoferowanych w odniesieniu do dostawy gwarantowanej (podstawowej) oraz dostawy opcjonalnej w odniesieniu do poszczególnych lat realizacji umowy oraz deklaracja Wykonawcy HS co do

spełnienia części wymagań z WZTT (zintegrowany moduł SAASM oraz dostępność do gotowego produktu – pochodzącego z bieżącej produkcji).

Odwołujący w oparciu o różną wysokość ceny jednostkowej za ten sam przedmiot dostawy, wywodził wnioski o dopuszczeniu się inżynierii cenowej kwalifikowanej jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także nieważności oferty, jej niezgodności z treścią siwz z uwagi na zakaz alokacji kosztów oraz rażąco niskiej cenie (zarzuty 1-3 i 7-9).

Odnosząc się do tej podstawy zarzutów Izba uznała, iż wnioski Odwołującego wynikały z dowolnej interpretacji zapisów siwz, w tym w szczególności załącznika nr 1 – formularza oferty. Zasadniczo argumentację Odwołujący opierał na wykazaniu, iż zabronionym w treści siwz było prezentowanie różnej ceny jednostkowej za ten sam przedmiot dostawy w zależności od tego, czy miał być on dostarczany w ramach zamówienia gwarantowanego (minimalnego) oraz opcjonalnego (maksymalnego), w poszczególnych terminach wyznaczonych w kolejnych latach realizacji umowy. Zakaz ten miał wynikać z formularza oferty (pkt 1) oraz tożsamości przedmiotu dostawy. Izba odnosząc się do tej argumentacji uznała, iż stoi ona w sprzeczności z treścią formularza cenowego (pkt 2), w którym Zamawiający wydzielił, jako odrębne pozycje do wypełnienia, ceny jednostkowe dla zamówienia podstawowego w latach 2018 i 2019, a dla zamówienia opcjonalnego w latach 2018-2019 oraz 2020. Jednocześnie w siwz Zamawiający nie zawarł ograniczeń co do sposobu kalkulacji ceny jednostkowej, w szczególności nie zamieścił nakazu prezentowania takiej samej ceny w każdej z pozycji formularza ofertowego (pkt 2). Gdyby Zamawiający oczekiwał podania jednej, takiej samej ceny jednostkowej za komplet odbiornika GPS, to w formularzu oferty wskazałby jedną pozycję do wypełnienia, wiążącą dla rozliczenia dostawy w każdym kolejnym roku i ilości dostarczonych kompletów. Wnioski Odwołującego o niedopuszczalności różnicowania cen jednostkowych należało zatem ocenić jako błędne, a same zarzuty wywodzone z tej podstawy za niezasadne.

Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji, który Odwołujący identyfikował z inżynierią cenową (sztuczną alokacją kosztów w pierwszym etapie dostaw gwarantowanych), w ocenie Izby nie został przez Odwołującego udowodniony. Dowodami, jakie miały potwierdzać wyliczenia Odwołującego, co do rzeczywistych kosztów dostarczanych kompletów, miała być korespondencja mailowa z niemieckim przedstawicielem producenta urządzeń GPS – firmy R. C. z siedzibą w S. Z., w której stwierdzono między innymi, iż *jako producent MPE-S typu II i systemu nawigacyjnego NavHub GNSS trudno nam uwierzyć, iż możliwe jest, aby mobilny odbiornik GPS mógł być produkowany za 20 000 zł.(bez VAT) ponieważ proporcjonalnie koszt karty odbiornika GPS stanowi prawie połowę tej ceny.* Jak wynika z wyjaśnień stron, w tym wyliczeń Odwołującego oraz oświadczenia Wykonawcy HS, koszt karty MPE-S z

modułem SAASM 3.7 może wynosić ok. 7 – 8 tys. zł. Przedłożona przez Wykonawcę HS oferta od R. C. – producenta karty (sporządzona w języku angielskim i przedłożona bez tłumaczenia) zawiera tabelę z oznaczeniem *MPE-S type II (Inc SAASM 3.7)* prezentującą wycenę ilości kompletów odbiorników GPS objętych zamówieniem podstawowym i opcjonalnym w walucie amerykańskiej, odpowiednio 1.721,71 \$ (2018), 1.773,36 \$ (2019) 1.918,81 \$ (2020). Sama oferta bez tłumaczenia, z uwagi na niedochowanie formy dla dowodu sporządzonego w języku obcym, mogła mieć jedynie walor uwierzytelniający oświadczenie Wykonawcy H. S., iż cena zakupu karty nie przekroczy 7.200 zł. Natomiast przekonującym Izbę były zgodne deklaracje stron co do poziomu ceny, jak i udziału kosztowego tego podzespołu w cenie gotowego odbiornika (połowa kosztów). Jeżeli przyjąć, że koszt karty wyniósł by nawet 8 tys. zł, to najniższa z cen jednostkowych, jaką zaoferował Zamawiającemu Wykonawca HS (24.600 zł brutto) uwzględnia koszty wytworzenia oraz dostawy urządzenia Zamawiającemu. Oświadczenie przedstawiciela R. C. wskazane powyżej nie mogło prowadzić do odmiennych wniosków, z tej przyczyny, że wycena dokonywana przez producenta krajowego nie musi uwzględniać realiów rynkowych Stanów Zjednoczonych, a zatem tylko producent mógł określić rzeczywisty poziom kosztów, jakie uwzględnił w swojej wycenie. Dowód ten nie mógł być zatem przydatny, gdyż co najwyżej prowadziłby do ustalenia, że koszty podmiotu zagranicznego wyprodukowania urządzenia GPS dla Zamawiającego są wyższe. Wyliczenia Odwołującego prezentowane w tabeli, nie poparte żadnymi dokumentami nie miały waloru dowodowego i Izba oceniła je jako stanowisko strony, która będąc wyłącznie dystrybutorem urządzeń nie może mieć wiedzy o tym, jakie koszty ponosi producent oraz na jakich warunkach uzyskuje podzespoły potrzebne do wyprodukowania gotowego odbiornika.

Podsumowując ten wątek, Izba uznała, iż różny poziom cen jednostkowych był dopuszczalny na gruncie ustalonych w siwz zasad wyceny i znajdował uzasadnienia w wyjaśnieniach Wykonawcy HS będącego producentem. Zgodnym z doświadczeniem życiowym było przyjęcie, iż zarówno koszty jakie poniesie producent na etapie uruchomienia produkcji są większe, co przekłada się na wyższą cenę w pierwszym okresie realizacji zamówienia podstawowego, jak i to, że wraz ze wzrostem wolumenu zamówienia możliwe jest uzyskanie niższej ceny, w szczególności bezpośrednio u producenta. W przypadku dystrybutora urządzeń, jego sytuacja faktyczna może być zupełnie inna, stąd jego wiedza nie może w żaden sposób odnosić się do know-how producenta. W świetle powyższego teza Odwołującego o rzekomej inżynierii cenowej nie znalazła potwierdzenia, a zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie zasługiwał na uwzględnienie.

Konsekwentnie, również dalsze dwa zarzuty, tj. nieważności oferty oraz jej sprzeczności z siwz, na tej samej podstawie Izba oddaliła.

Odnosnie zarzutu rażąco niskiej ceny, Izba uznała, iż wywodzenie z samego porównania różnych cen jednostkowych wniosku o braku uwzględniania w cenie oferty rzeczywistych kosztów, w świetle prezentowanych powyżej argumentów, nie mogło prowadzić do stwierdzenia wystąpienia podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy H. S. Przede wszystkim fakt, iż Wykonawca H. S. dostarczać będzie produkt z bieżącej produkcji dostosowany do potrzeb Zamawiającego oznaczał, iż koszty uruchomienia produkcji pod to zamówienie determinują w dużym stopniu koszty sprzedaży. Różna struktura kosztów występujących na etapie uruchomienia produkcji, a następnie jej utrzymania uzasadniała zaoferowanie różnej ceny jednostkowej za komplet. Dopiero cena całkowita za całość zamówienia objętego ofertą pozwalała porównywać ze sobą oferty różnych podmiotów, których profil działalności determinował kalkulację kosztów. Odwołujący, będąc dystrybutorem zaoferował taką samą cenę jednostkową urządzenia, natomiast Wykonawca H. S., o czym była mowa wcześniej, zróżnicował ceny jednostkowe. Dodatkowo nie można pomijać tego, że ocena ofert była prowadzona w kryterium ceny w odniesieniu do ceny globalnej, co pozwoliło uzyskać zbliżoną punktację w obu ofertach, na którą składało się kilka składowych (nie tylko cena jednostkowa kompletu odbiornika GPS), co do których występowały istotne różnice w obu ofertach (cena za zestaw diagnostyczno-naprawczy różniła się prawie sześciokrotnie, czy też cena szkolenia – różnica ponad dwukrotna, w obu przypadkach to w ofercie Odwołującego ceny były niższe). Gdyby zatem oceniać składowe ceny ofertowej, to również w odniesieniu do Odwołującego można byłoby formułować zarzut rażąco niskiej ceny porównując obie oferty. W tych okolicznościach przypisywanie znaczenia jednej ze składowych ceny, z pominięciem pozostałych, prowadziłoby do nierównej oceny ofert obu wykonawców. Różnica w cenach ofertowych występująca na poziomie 3,22 % nie budziła podejrzeń również w ocenie Izby, do tego aby nakazać przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy.

Zarzuty opisane w pkt 4 do 6 Odwołujący opiera na stwierdzeniu, iż oferta Wykonawca HS jest niezgodna z wymaganiami technicznymi opisanymi w WZTT, co wywodzi z braku dokonania na moment złożenia deklaracji o spełnianiu wszystkich wymagań, integracji odbiornika HGPST-T z modułem SAASM w wersji 3.7 – kartą MPE-S typ II, produkowaną przez Rockwell Collins. Zaoferowany odbiornik w wersji 4 jeszcze nie istnieje jako gotowy produkt (w wersji produkcyjnej), a zatem zaoferowane urządzenie stanowi specjalnie projektowane do przedmiotowego postępowania i powinien być w traktowany jako rozwiązanie prototypowe wymagające świadectwa pozytywnego zaliczenia testów funkcjonalnych. Ewentualne spełnienie wymagań będzie potwierdzone pod warunkiem właściwej integracji modemu SAASM z odbiornikiem GPS zakończonej pozytywnym rezultatem testów.

Uwzględniając przede wszystkim treść siwz, w tym przywołane w ustaleniach Izby zapisy WZTT Izba doszła do przekonania, iż przedmiot dostawy nie musiał być gotowym na moment złożenia oferty, a jego parametry zadeklarowane w ofercie miały podlegać sprawdzeniu w drodze testów przewidzianych na etapie realizacji umowy. W załączniku nr 4 do umowy opisano program testów, ze wskazaniem w pkt 2.2 celu, jakim jest *potwierdzenie spełnienia przez dostarczony Odbiornik GPS z modułem SAASM, zdefiniowanych w WZTT, wymagań taktyczno-technicznych*. Powyższe, zasadniczo podważa istotę argumentacji Odwołującego opartą na założeniu, że w momencie złożenia oferty produkt musiał być gotowy do produkcji, tj. być produktem sprawdzonym pod względem spełnienia wymagań stawianych przepisami polskich norm, co wymagało zakończenia procesu jego produkcji łącznie z przeprowadzeniem integracji urządzenia z modułem SAASM. Dodatkowo przeciwko takiej wykładni zapisów siwz świadczy okoliczność niesporna, znana wszystkim podmiotom zajmującym się obrotem elementów uzbrojenia produkcji amerykańskiej. Istotnym elementem urządzenia GPS zamawianego w tym postępowaniu jest karta MPE-S z modułem SAASM (moduł kryptograficzny) produkowana przez R. C. Inc., który umożliwia odbiór sygnału SPS (usługa dla odbiorców cywilnych) i PPS (usługa dedykowana dla autoryzowanych użytkowników militarnych). Z uwagi na zasady obrotu elementami uzbrojenia z rządem Stanów Zjednoczonych, aby taki produkt został sprzedany poza granice USA wymagane jest ich nabycie w kanale dystrybucji DCS. Wykonawca HS chcąc dostarczyć urządzenie GPS własnej produkcji wyposażone w moduł SAASM musi dokonać zakupu podzespołu u producenta, co wymaga uprzedniego zawarcia umowy na dostawę odbiorników GPS z państwem polskim. Stąd nie było spornym to, że w momencie złożenia oferty nie mógł dokonać integracji odbiornika z kartą MPE-S, czego świadomość miał Zamawiający konstruując warunki sprawdzenia deklaracji o spełnieniu wymagań taktyczno-technicznych dopiero na etapie realizacji umowy w ramach odbioru wojskowego. Nie można również pominąć tego, że ostateczne wymagania techniczne zostały opracowane po zakończeniu dialogu technicznego w czerwcu 2017 r. W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, iż przedmiot dostawy stanowi produkt dedykowany do potrzeb Zamawiającego i nie jest produktem gotowym, dostępnym od ręki, jako produkt z tzw. „półki”.

Podsumowując tą część uzasadnienia Izba uznała, iż ocena spełnienia wymagań taktyczno-technicznych oferowanych urządzeń dokonywana miała być w oparciu o deklaracje wykonawców, a nie w oparciu o dokumenty potwierdzające wyniki badań, które dopiero będą sprawdzane na etapie realizacji umowy. Oceny merytorycznej dokonał specjalista wskazany z ramienia Zamawiającego, co zostało potwierdzone pismem znajdującym się w dokumentacji postępowania. W świetle ustalonych warunków odbioru, na etapie wskazania oferty najkorzystniejszej, nie było wymagane przedstawienie produktu gotowego, a wymóg

dotyczący produktu gotowego pochodzącego z bieżącej produkcji, należało odnieść do etapu dostawy do Zamawiającego.

Konsekwencją odrzucenia argumentacji Odwołującego w tej części jest oddalenie pozostałych zarzutów, tj. podania nieprawdziwej informacji o funkcjonalności modułu SAASM oraz zaniechania wezwania Wykonawcy H. S. do złożenia wyjaśnienia co do treści oferty.

Podniesione okoliczności nie wskazywały na naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez Zamawiającego, o czym nie może również świadczyć krótki czas jaki pomiędzy otwarciem ofert, a wskazaniem oferty najkorzystniejszej (4 dni). Odwołujący poza samym przypuszczeniem braku staranności w dokonaniu analizy obu ofert, nie przedstawił żadnych przekonujących argumentów, które mogłyby prowadzić do takich wniosków. Przeciwnie, wymaganie złożenia w ofercie jedynie deklaracji o spełnianiu parametrów taktyczno-technicznych, wiązało się z przeniesieniem ciężaru sprawdzenia urządzeń na etap ich odbioru z udziałem organu wojskowego. Oznaczało to, że w toku oceny ofert Zamawiający nie wymagał złożenia dokumentów potwierdzających parametry gotowego produktu, który zostanie dostarczony, a zatem również oferta Odwołującego została pozytywnie zweryfikowana w oparciu o deklarację dystrybutora. Próba stworzenia wrażenia, iż nie było możliwe przyjęcie oferty na produkt, który będzie finalnie dostępny po zawarciu umowy (i dokonaniu integracji z kartą), nie miała oparcia w treści siwz, a ponadto prowadziłyby do zmiany zasad oceny ofert już po ich otwarciu.

Podsumowując, Izba uznała, iż odwołanie w całości podlega oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....