Sygn. akt: KIO 3459/20

WYROK
z dnia 25 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jolanta Markowska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawcę: **GISS sp. z o.o., ul. Kościuszkowców 63, 04-545 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Lotnicza Akademia Wojskowa, ul. Dywizjonu 303 nr 35, 08-521 Dęblin,**

przy udziale wykonawcy: **Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., ul. Babińskiego 62a. 30-393 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
1)unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie jako najkorzystniejszej,
2)powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
oraz w pozostałym zakresie oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Lotnicza Akademia Wojskowa, ul. Dywizjonu 303 nr 35, 08-521 Dęblin**, i:

1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **GISS sp. z o.o.,ul. Kościuszkowców 63, 04-545 Warszawa t**ytułem wpisu od odwołania,

2)zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Lotnicza Akademia Wojskowa, ul. Dywizjonu 303 nr 35, 08-521 Dęblin** na rzecz wykonawcy: **GISS sp. z o.o.,ul. Kościuszkowców 63, 04-545 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz.2020) 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: ……

Sygn. akt: KIO 3459/20

Uzasadnienie

Zamawiający, Lotnicza Akademia Wojskowa w Dęblinie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa symulatora kontroli ruchu lotniczego". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 sierpnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 152-370455.
W dniu 18 grudnia 2020 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „ZSK"), jako najkorzystniejszej.
Wykonawca GISS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie w prowadzonym postępowaniu następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp":
1.art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZSK, mimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę, a wykonawca ten nie uwzględnił wszystkich kosztów realizacji zamówienia, co wynika również ze złożonych przez ZSK wyjaśnień;
2.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez złożenie oferty niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie oferowanej liczby modułów kontroli lotniska (symulatorów wieży TWR) i stanowisk kontroli lotniska;
3.art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt. 9b oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 58 §1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZSK, jako niezgodnej z ustawą, bowiem przewidującej realizację zamówienia w całości przy udziale podwykonawcy oraz nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, bowiem zmierzającej do ominięcia przepisów dotyczących odpowiedzialności podmiotu realizującego zamówienie.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1.unieważnienia czynności wyboru oferty ZSK jako najkorzystniejszej;
2.dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3.odrzucenia oferty ZSK;
4.dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że złożył ofertę w postępowaniu i w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta ZSK powinna zostać odrzucona, natomiast oferta Odwołującego powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą.
Odwołujący wskazał, że w postępowaniu złożono sześć ofert, przy czym oferta złożona przez ZSK jako jedyna zawiera cenę istotnie niższą niż kwota oszacowana przez Zamawiającego oraz niż ceny innych ofert. Cena oferty ZSK jest ponad 30% niższa niż budżet Zamawiającego oraz ponad pół miliona niższa niż cena drugiej w kolejności oferty złożonej przez Odwołującego.
W związku z powyższym, zasadne było wezwanie wykonawcy ZSK do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Złożone przez ZSK w dniu 27 listopada 2020 r. wyjaśnienia nie tylko nie wykazują, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ale potwierdzają, że nie pokrywa ona wszystkich kosztów realizacji zamówienia, co zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp stanowi podstawę do odrzucenia oferty.
Zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami w zakresie ceny, całość przedmiotu zamówienia zostanie wykonana przez firmę iBross (podwykonawca udostępniający zasoby) i to na kalkulacji kosztów wykonanych przez ten podmiot wykonawca ZSK oparł wycenę swojej oferty. W wyjaśnieniach zawarto kalkulację firmy iBross i ofertę przygotowaną przez tego podwykonawcę już po terminie składania ofert, ale z odwołaniem się do wcześniej wykonanej wyceny. Kalkulacja ceny oferty ZSK sprowadza się do powiększenia kosztów wynikających z oferty iBross o rezerwę kursową i 5% marżę ZSK.
Za wyjątkiem powołania się na ofertę na realizację przedmiotu zamówienia uzyskaną od podwykonawcy, wykonawca ZSK nie przedstawił żadnych innych okoliczności i powodów, które umożliwiły zaoferowanie ceny tak istotnie niższej niż wycena Zamawiającego i pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.
Wykonawca ZSK w całości ciężar dowodowy przerzucił na ofertę podwykonawcy, który zrealizuje pełny zakres przedmiotu zamówienia opisany w OPZ, tj. dostarczy wszystkie wymagane urządzenia, oprogramowanie, wyposażenie i usługi. Wycena iBross z dnia 25.11.2020 r. załączona do wyjaśnień ZSK zawiera opis oferty tego podmiotu dla wykonawcy oraz propozycję cenową, którą ZSK przedstawił jako wycenę realizacji przedmiotu zamówienia w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach. Ofertę tę należy traktować zatem jako zamierzony i oferowany Zamawiającemu sposób realizacji zamówienia - opiera się na nim cała wycena faktycznych prac, jakie mają być zrealizowane w ramach przedmiotu zamówienia.
Zakres świadczenia oferowany i wyceniony przez iBross na poziomie przyjętym przez ZSK w złożonej ofercie nie odpowiada jednak treści SIWZ i nie przewiduje wszystkich kosztów, jakie są obiektywnie wymagane do poniesienia w celu wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.
Przedmiot zamówienia obejmuje m.in. dostawę dwóch modułów kontroli lotniska TWR (symulatorów wieży 330- 360°) oraz łącznie 8 stanowisk kontrolera lotniska (po 4 stanowiska w każdym z dwóch symulatorów wieży). Wymagania w tym zakresie, opisane w Załączniku nr 3 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zostały jednoznacznie doprecyzowane i potwierdzone w odpowiedziach udzielonych przez Zamawiającego w dniu 2.09.2020 r. oraz w załączonym schemacie rozkładu pomieszczeń - odpowiedzi te stanowią integralną część SIWZ i w sposób wiążący wyznaczają zakres przedmiotu zamówienia podlegający wycenie i późniejszemu wykonaniu przez wykonawców.
Zgodnie z odpowiedziami z dnia 2.09.2020 r. na pytania nr 6 oraz nr 17 (ad. 2- 4), wykonawcy mają wykonać i wyposażyć dwa moduły-symulatory wieży 330-360° (pyt. 17 ad. 3). Każdy taki moduł TWR 330-360° zawiera łącznie wewnątrz 4 stanowiska pracy kontrolera (pyt. 17 ad. 2, pyt. 6), czyli po podzieleniu na segmenty 180° - po dwa stanowiska w każdym takim segmencie (pyt. 17 Ad. 3, pyt. 6). Moduły i stanowiska kontroli lotniska (TWR) są modułami odrębnymi od modułu kontroli zbliżania (APS/PAR) o 5 stanowiskach kontroli i nie mogą być z nimi łączone lub zastępowane (traktowane wymiennie).

Odwołujący wskazał, że z oferty iBross załączonej do wyjaśnień z dnia 27.11.2020 r. wynika, iż oferowane przez ZSK rozwiązanie zawiera tylko jeden moduł TWR (jeden symulator wieży 330-360°) z tylko dwoma stanowiskami pracy kontrolera lotniska. I tak:

a. Na stronie 16 oferty, po opisie ogólnej charakterystyki Symulatora, zawarto część dotyczącą oferty dedykowanej dla przedmiotowego postępowania zatytułowaną: „Zgodność z wymogami przetargowymi". W pkt 1. wyraźnie wskazano, iż „iBross dostarczy symulator z następującymi modularni: - moduł kontroli lotniska (TWR) z 2 stanowiskami kontroli lotniska".

b. Potwierdzają to również schematy zawarte na kolejnych stronach (a więc w części oferty dedykowanej dla tego postępowania), gdzie dla pojedynczego okręgu wyznaczającego 1 symulator wieży (moduł TWR 330- 360°) w dwóch wariantach, przedstawiono jedynie dwa stanowiska kontroli lotniska (oznaczone „TS" i „GS") wewnątrz wieży. Pozostałe stanowiska wskazane na schematach, to 9 wymaganych stanowisk pseudopilota, 5 stanowisk kontroli zbliżania oraz stanowiska dla instruktorów („IS").

c. Załączona na str. 19-20 „Propozycja cenowa" datowana na 15.10.2020 r. również wskazuje, iż uwzględniono w niej mniejszą niż wymagana liczbę modułów i stanowisk: z poz. i. „SIM hardware" wynika, że wyceniono jeden komplet urządzeń dla TWR (a nie dwa), zaś poz. iv. wskazuje ilość „1" dla produktu „TWR console 340 t/g". Zamieszczony na wcześniejszych stronach oferty opis rozwiązania wskazuje, że jedna konsola TWR zawiera dwa stanowiska pracy kontrolera. Oferta jest zatem spójna i jednoznaczna w zakresie oferowanej liczby elementów modułu TWR.

d. Dodatkowo, na str. 21 oferty iBross wymieniono Warunki handlowe oferowane w tym postępowaniu, gdzie wyraźne zaznaczono, iż: „Ceny dotyczą tylko wskazanych ilości. Żadne inne komponenty takie jak roboty budowlane, konsole itp. lub inne nie są uwzględnione, dopóki nie zostaną dodatkowo określone i uzgodnione."

e. „Propozycja cenowa" o opisanym wyżej zakresie, zamyka się łączną kwotą 1 088 250,00 Euro. Jest to wartość (po przeliczeniu z zachowaniem 3,5% rezerwy na zmianę kursu Euro), którą wykonawca ZSK wykazał jako koszt w swojej kalkulacji przedstawionej w wyjaśnieniach w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Złożona przez ZSK kalkulacja kosztów realizacji zamówienia nie uwzględnia zatem pełnego zakresu przedmiotu zamówienia. Cena, która nie pozwala na pokrycie kosztów wykonania zamówienia i w której nie uwzględniono wymagań SIWZ jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy Pzp.
Wykonawca ZSK zatem nie tylko nie wykazał za pomocą złożonych wyjaśnień, iż cena została należycie skalkulowana i zapewnia pokrycie kosztów wykonania zamówienia, ale wręcz z samej treści złożonych wyjaśnień i załączonych do nich dokumentów wynika, że cena została skalkulowana na poziomie zbyt niskim w stosunku do przedmiotu zamówienia, uwzględnia bowiem mniejszy niż wymagany zakres świadczenia wykonawcy. W złożonej ofercie uwzględniono jedynie jedną wieżę i dwa stanowiska TWR, a zatem ponad połowę mniejszy koszt w zakresie modułu kontroli lotniska niż potrzebny dla spełnienia wymagań Zamawiającego. Faktyczne koszty realizacji przedmiotu zamówienia należałoby powiększyć, co najmniej o urządzenia wymagane dla utworzenia i wyposażenia konstrukcji drugiego symulatora wieży TWR (poz. i. „Propozycji cenowej") oraz dodatkowe stanowiska pracy kontrolera lotniska tak, aby każdy z symulatorów wież TWR posiadał cztery stanowiska (poz. iv. „Propozycji cenowej"), niezależnie od dodatkowych kosztów związanych

ze zwiększeniem zakresu dostawy, jakie mogą wynikać z konieczności zwiększenia licencji na oferowane oprogramowanie własne iBross i innych producentów lub kosztów pracy ludzkiej w zakresie instalacji i konfiguracji tych dodatkowych elementów.
Kwota powyższych nieuwzględnionych w wycenie kosztów jest zdecydowanie wyższa niż margines 5% marży, jaką przewidział ZSK ponad wycenę dokonaną przez iBross. Biorąc pod uwagę koszt pojedynczej konsoli, który zgodnie z „Propozycją cenową" wynosi 39 000 Euro (bez foteli wycenionych w tej kalkulacji osobno), jest to, po przeliczeniu po kursie przyjętym przez ZSK, kwota 183 120,60 zł netto, podczas gdy kwota, którą ZSK dysponuje w celu pokrycia kosztów realizacji zamówienia, ponad wartość oferty iBross, to zaledwie 278 349,03 zł netto. Biorąc pod uwagę, iż kwota ta ma pokrywać również inne koszty ponoszone przez ZSK, tj. co najmniej:„koszt zarządzania projektem, wykonania odbiorów, wadium, ZNWU", to nawet zakładając zerowy zysk wykonawcy, nie jest to wartość wystarczająca dla sfinansowania brakujących elementów niewycenionych w ofercie iBross.
Oszacowanie wartości samych elementów kosztowych wymienionych wprost przez ZSK, zgodnie z pkt 4 w kalkulacji oferty ZSK (tabela druga na str. 2 wyjaśnień ZSK z dnia 27.11.2020 r.), wskazuje*de facto*, że marża ZSK nie zapewni pokrycia kosztu zakupu nawet jednej dodatkowej konsoli TWR ponad tę zaoferowaną i wycenioną przez iBross. Jest to jedyna kwota rezerwowa, z której wykonawca mógłby również pokryć oczekiwany zysk oraz inne nieuwzględnione w innych miejscach koszty, np. koszt dostosowania oprogramowania iBross oraz oprogramowania innych dostawców do partykularnych wymagań Zamawiającego (prace rozwojowe oprogramowania w stosunku do wersji standardowych). W sposób oczywisty zatem, wartość oferty ZSK jest rażąco zaniżona w stosunku do rzeczywistych kosztów koniecznych do poniesienia przez wykonawcę w celu prawidłowej realizacji zamówienia.
Powyższe wskazuje, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający nieprawidłowo uznał wyjaśnienia ZSK z dnia 27.11.2020 r. za wystarczające i wykazujące brak rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny. Nie może budzić wątpliwości fakt, że oferta ZSK podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jak również na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.
Opisane okoliczności świadczą również o złożeniu przez ZSK oferty niezgodnej z wymaganiami SIWZ. Złożone wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz oferta iBross, jak wskazano wyżej, przedstawiają zamierzony przez ZSK sposób realizacji zamówienia. Skoro ZSK podaje jako uzasadnienie zaoferowanej ceny ofertę dostawcy przedstawiającą zakres zamierzonych do poniesienia kosztów wynikających z określonego oferowanego rozwiązania, to ofertę iBross należy traktować, jako opis rozwiązania oferowanego Zamawiającemu przez ZSK.
Oferowane przez ZSK rozwiązanie przewiduje realizację mniejszej niż wymagana liczby stanowisk kontroli lotniska (dwa w jednej wieży zamiast po cztery stanowiska w dwóch wieżach) i konstrukcji symulatora wieży TWR (jedna zamiast dwóch). Mniejszy niż wymagany zakres świadczenia opisano w części szczegółowej oferty, mającej potwierdzić spełnianie wymagań przetargowych, nie zaś w ogólnej części broszury poświęconej oferowanemu produktowi. Również dokonana wycena potwierdza, że przewidziano do realizacji za zaoferowaną cenę zakres mniejszy niż wymagany w ramach przedmiotu zamówienia.
Odwołujący podniósł, że nie ma przy tym znaczenia, iż początkowe brzmienie opisu przedmiotu zamówienia mogło budzić ewentualne wątpliwości, co do rozkładu liczby wież i stanowisk - w odpowiedzi na pytania wykonawców, Zamawiający szczegółowo i jednoznacznie doprecyzował stawiane wymagania, w sposób wiążący dla wszystkich uczestników postępowania. Zamawiający, dysponując wyjaśnieniami ZSK, a zatem oświadczeniem tego wykonawcy co do oferowanego rozwiązania (treści oferty), nie może ignorować, iż oferta ta nie jest zgodna z określonymi w postępowaniu wymaganiami. Prowadziłoby to do naruszenia nie tylko art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ale również art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Odwołujący wskazał, że przedmiotowa niezgodność dotyczy istotnych elementów treści oferty i nie podlega poprawieniu jako omyłka w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.
Z oferty ZSK wynika ponadto, że całość przedmiotu zamówienia zostanie przez tego Wykonawcę powierzona do realizacji podwykonawcy - firmie iBross. Takie działanie jest niezgodne z przepisami ustawy i stanowi nadużycie prawa do powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcom, a także zmierza do obejścia przepisów dot. odpowiedzialności względem Zamawiającego podmiotu realizującego faktycznie zamówienie.
W ofercie w Załączniku nr 1 do SIWZ ZSK wskazał, że oferowane jest urządzenie - symulator kontroli ruchu lotniczego produkcji iBross-ATCO sim. Spółka iBross s.r.o. z siedzibą w Koszycach udostępniła ZSK zasoby i wyłącznie za pomocą tych udostępnionych zasobów ZSK wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. W zobowiązaniu do udostępnienia zasobów określono, że iBross wykona dostawę i konfigurację, uczestnicząc w wykonywaniu zamówienia przez cały okres realizacji projektu.
W pkt C Załącznika nr 1 do SIWZ ZSK wskazał, iż firma iBross wykona „Dostawę elementów symulatora, uruchomienie" Jednocześnie, wykonawca ZSK nie wypełnił pola, gdzie wymagane było podanie wartości brutto (PLN) lub procentowego udziału podwykonawstwa. Niespełnienie wymagania SIWZ w tym zakresie ma istotne znaczenie ze względu na fakt, iż ze złożonych wyjaśnień dotyczących wyceny oferty i przedstawionego tam sposobu realizacji wynika, iż całość przedmiotu zamówienia zostanie powierzona do realizacji podwykonawcy.
Z wyjaśnień ZSK z dnia 27.11.2020 r. wynika, iż wykonawca korzysta z oferty producenta iBross na wykonanie zamówienia w zakresie, który ogranicza koszty realizacji projektu po stronie ZSK do kosztówzarządzania projektem, wykonania odbiorów, wadium, ZNWU. W istocie, ze złożonej kalkulacji wynika, iż całość dostawy, instalacji i pozostałych usług zostanie wykonana przez iBross. Zakres ten obejmuje w istocie całość przedmiotu zamówienia. Wynika stąd, iż ZSK nie będzie wykonywał na rzecz Zamawiającego żadnych świadczeń objętych przedmiotem zamówienia, gdyż wskazane czynności przypisane ZSK (ponoszone bezpośrednio koszty) dotyczą wyłącznie obsługi administracyjnej umowy (np. dopełnienie formalności związanych ze zorganizowaniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, czy uczestniczenia w odbiorze), a nie faktycznej realizacji zamówienia. Jest to niedopuszczalne z punktu widzenia regulacji Prawa zamówień publicznych.
Z przepisu art. 36a ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 9b Pzp wynika zakaz powierzenia realizacji całości zamówienia podwykonawcy. Należy także mieć na uwadze, że przepis art. 7 ust. 3 Pzp stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy, a nie podwykonawcy. Tymczasem w niniejszej sprawie zawarcie umowy z wykonawcą ZSK powodowałoby, że dostawa i powiązane usługi w całości byłyby świadczone przez podwykonawcę. Zaniechanie odrzucenia oferty ZSK prowadzi do sytuacji, w której usankcjonowane byłoby działanie w celu obejścia prawa. Oferta ZSK jest czynnością prawną pozorną - pozorność oferty wynika z faktu złożenia jej przez inny podmiot niż ten, który w praktyce będzie realizować zadanie, a podmiot który będzie faktycznie realizować zamówienie nie będzie odpowiadać względem Zamawiającego za należytą realizację zamówienia.
Zdaniem Odwołującego, z wykładni literalnej przepisu art. 36a ust. 1 Pzp wynika, że w zamówieniach publicznych zakazane jest zlecenie całości zamówienia przez wykonawcę jego podwykonawcom - ustawodawca wprost wskazał, że dopuszczalne jest powierzenie wykonania podwykonawcom „części zamówienia". Taką też wykładnię przepisu art. 36a

ust. 1 Pzp potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i praktyka rynku zamówień publicznych (wyrok z dnia 27 lutego 2020 roku, KIO 299/20: uchwała z dnia 4 listopada 2016 r., KIO/KU 67/16: wyrok z dnia 18 maja 2018 roku, KIO 862/18).
Odwołujący podkreślił, że wykonawca ZSK nie realizuje celu, dla którego prawo do korzystania z usług podwykonawcy zostało przewidziane w przepisach Pzp, a jego działanie należy rozpatrywać właśnie w kontekście naruszenia przepisów ustawy i nadużycia prawa do powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcy. Celem instytucji i wprowadzenia prawa do podwykonawstwa w ramach zamówień publicznych jest, aby firmy mniejsze, tzw. MŚP (małe i średnie przedsiębiorstwa) mogły być uczestnikami rynku zamówień publicznych, nabywać doświadczenie, rozwijać się - aby w przyszłości móc samodzielnie składać oferty, po nabyciu odpowiednich zdolności. Taka sytuacja nie ma miejsca w tym przypadku.
Dopuszczenie do zawarcia umowy z ZSK, podczas gdy na podstawie złożonej oferty i wyjaśnień oraz braku samodzielnej zdolności ZSK do realizacji przedmiotu zamówienia, oczywistym jest, że umowę będzie realizować w całości i wyłącznie iBross, prowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca ZSK nie wykonałby zamówienia w minimalnym nawet zakresie, nie nabył minimalnej wiedzy i doświadczenia (oprócz doświadczenia w czysto administracyjnej obsłudze kontraktu) - a pomimo to w kolejnych postępowaniach mógłby się powoływać na realizację przedmiotowej umowy jako na własne doświadczenie.
Wyżej opisane sytuacje ukazują zatem niedopuszczalność takiego zastosowania przepisów o podwykonawstwie i konsekwencje, do jakich może doprowadzić nadinterpretacja i rozszerzenie tego uprawnienia ponad literalne brzmienie przepisów i dopuszczenie do powierzenia realizacji zamówienia w praktycznie pełnym zakresie prac merytorycznych podwykonawcy, przy braku jakichkolwiek zdolności i zasobów własnych wykonawcy, które uzasadniałyby jego udział w postępowaniu jako samodzielnego wykonawcy. Złożona oferta zmierza do realizacji celów przeciwnych niż wyznaczony przez ustanowione przepisy, a jej usankcjonowanie, w konsekwencji skutkować będzie dopuszczeniem fikcyjności w ramach zamówień publicznych i utrwaleniem tych negatywnych praktyk, których eliminacji służyły ostatnie zmiany w zakresie dopuszczenia podwykonawstwa i udostępnienia zasobów.

Wykonawca Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Zdaniem Przystępującego, przedstawione w odwołaniu zarzuty są chybione, a ich uzasadnienie nie znajduje oparcia w stanie prawnym i faktycznym przedmiotowej sprawy.

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w piśmie procesowym z dnia 20 stycznia 2020 r. Podniósł, że zaoferowana cena jest realną ceną rynkową i została rzetelnie skalkulowana na godziwej marży w wysokości 5% wraz z założoną rezerwą na zmianę kursu walut w wysokości 3,5%. Zaoferowana cena uwzględnia wszelkie aspekty związane z należytym wykonaniem zamówienia, a w szczególności koszt zarządzania projektem, wykonania zamówienia, testowania, szkolenia i odbiorów, wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania urnowy, obsługi gwarancyjnej oraz rękojmi. co jednoznacznie i precyzyjnie wykazano oraz wyliczono w przesłanym Zamawiającemu wyjaśnieniu z dnia 27 listopada 2020r. Przystępujący w pełni sprostał wymaganiom ustawowym wynikającym z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp. Przystępujący powołał się na treść wyjaśnień wraz z wyliczeniem szczegółowym ceny oferty oraz na pismo dostawcy iBross s.r.o. pn. „Wycena dla symulatora kontroli ruchu lotniczego, szczegółowa", będącej podwykonawcą Przystępującego, a zarazem współproducentem oferowanego symulatora.

Przystępujący wskazał, że z przedmiotowej wyceny podwykonawcy wynika, że producentem zaoferowanego symulatora lotniczego są firmy ze Słowacji i Rumunii, tj. krajów, w których ceny są niższe niż ceny w wielu krajach Unii Europejskiej. Ponadto, iBross s.r.o., zgodnie z oświadczeniem zawartym na str. 21 ww. Wyceny dla symulatora kontroli ruchu lotniczego (lit. l Rozdziału „Warunki handlowe") wskazał, że zaoferowane ceny zawierają m.in. 30% upust stosowany przez producenta dla uczelni wyższych. Zatem, miejsce produkcji zaoferowanego symulatora oraz udzielony Przystępującemu upust cenowy przez jego słowackiego podwykonawcę stanowi wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Przystępującego. o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, co zostało wykazane i dowiedzione w złożonych wyjaśnieniach.

Przystępujący podniósł dodatkowo, że w przedłożonym Zamawiającemu wykazie wykonanych w okresie ostatnich trzech lat dostaw, w Załączniku nr 4 do SIWZ, zawarł informacje o kosztach realizacji innych wdrożeń podobnych symulatorów, wykonanych przez iBross s.r.o., które potwierdzają, że zaoferowany przez iBross s. r. o. koszt wytworzenia symulatora lotniczego dla Przystępującego wynoszący 1 088 250 Euro, jest kosztem typowym dla tego producenta, uwzgledniającym indywidualne potrzeby Zamawiającego, zgodnie z OPZ — Załącznik nr 3 do SIWZ.

Przystępujący podkreślił, że dokonał wyceny oferty z najwyższą starannością, oferując Zamawiającemu wykonanie dostawy za realną rynkową cenę przy uwzględnieniu wyjaśnień Zamawiającego odnoszących się do treści SIWZ, zawartych w odpowiedziach na pytania nr 6 oraz nr 17 z dnia 02 września 2020 r.

Przystępujący podniósł, że treść oferty i zaoferowany symulator w pełni odpowiada wymaganiom Zamawiającego zawartym w Opisie Przedmiotu Zamówienia, także co do funkcjonalności TWR, o których mowa w wyjaśnieniach Zamawiającego do treści SIWZ, zawartych w odpowiedziach na pytania nr 6 oraz nr 17 z dnia 2 września 2020r.

Przystępujący wskazał, że Zamawiający w OPZ zamieścił tabelę tylko z jedną pozycją - jeden komplet „Szkoleniowego urządzenia symulacji ruchu lotniczego (zwanego dalej symulatorem)". W opisie tym zawarł wymagania dla symulatora. Paragraf określający przedmiot i zakres umowy (zamówienia publicznego), w szczególności 1 ust. 2 wzoru umowy jest potwierdzeniem treści Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiąc, że:
„W skład symulatora wchodzą moduły:
- moduł kontroli lotniska (TWR) o 2 stanowiskach kontroli lotniska,
- moduł kontroli zbliżania (APS/PAR) o 5 stanowiskach kontroli zbliżania dozorowanej,
- edytor ćwiczeń,
- edytor lotnisk.
- 9 stanowisk pseudopilotów (PP)."

Wyjaśnienia dotyczące do treści SIWZ, zawarte w odpowiedziach na pytania nr 6 oraz nr 17 z dnia 02 września 2020r., nie zmodyfikowały wymagań Zamawiającego odnoszących się do przedmiotowej dostawy symulatora, szczegółowo wyspecyfikowanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 3 do SIWZ). Stanowią one jedynie potwierdzenie dotychczasowych wymagań.

Przystępujący podniósł, że jego oferta została poddana dodatkowej weryfikacji przez Zamawiającego na skutek wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści jego oferty z dnia 18 listopada 2020r. W dniu 23 listopada 2020r. Przystępujący szczegółowo wyjaśnił treść oferty w zakresie cech, funkcjonalności i parametrów oferowanego

symulatora. Udzielone wyjaśnienia w sposób precyzyjny odnoszą się do wezwania Zamawiającego opisując oferowany przedmiot zamówienia i jednoznacznie potwierdzając, że treść oferty odpowiada w pełni treści specyfikacji z załącznikami i wyrażonym w nim wymaganiom.

Zamawiający dokonał oceny oferty Przystępującego na podstawie jej treści i złożonych wyjaśnień oraz dokumentów i oświadczeń enumeratywnie wymienionych w pkt 10) 10.15 w zw. z pkt 10) 10.2 oraz 10.3 SIWZ, jak również pkt 6) 6.1 oraz 6.4 SIWZ. Odwołujący błędnie podnosi, jakoby stanowisko handlowe podwykonawcy opisywało oferowany przez Przystępującego przedmiot zamówienia. Stanowisko to prezentuje przede wszystkim kalkulację części elementów składowych ceny podwykonawcy, przedstawioną wyłącznie dla potrzeby wyjaśnienia ceny oferty, a nie dla potrzeb wyjaśnień dotyczących oferowanego przedmiotu zamówienia. Opis oferowanego przedmiotu zamówienia zawarty jest w treści oferty ZSK w zakresie zgodnym z wymaganiami SIWZ oraz szczegółowo został przedstawiony w udzielonych w dniu 23.11.2020r. wyjaśnieniach w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18.11.2020r. Natomiast załączone do wyjaśnienia ceny stanowisko handlowe podwykonawcy nie stanowi opisu oferowanego urządzenia.

Przystępujący zauważył, że do wyjaśnień dotyczących ceny oferty została dołączona wewnętrzna korespondencja pomiędzy ZSK Sp. z o. o. a iBross s.r.o. Przedmiotowy dokument stanowi propozycję koncepcyjną oferowanego Systemu, mającą na celu udowodnienie zasięgu możliwości technologicznych i technicznych, a przy tym wskazując, że w palecie oferty podwykonawcy są rozwiązania w pełni odpowiadające zapisom zawartym w OPZ.

Przystępujący podkreślił, że przedstawione w dokumencie pn. „Wycena dla symulatora kontroli ruchu lotniczego, szczegółowa" schematy systemu mają charakter ogólny, prezentowany reklamowo i poglądowo dla zrozumienia zasadniczej figuracji każdego stanowiska (TWR. APPI SP), bez przedstawiania drugiego stanowiska TWR. Przywołany dokument stanowi jedynie wycenę, a nie szczegółowy opis symulatora.

Jedynie treść na str. 16 Wyceny w pełni pokrywają się z wymaganiami zawartymi w Opisie Zamówienia, określonymi przez Zamawiającego, stanowiąc dosłowne ich odzwierciedlenie. Akapit wcześniej Podwykonawca stwierdza zgodność z wymogami przetargowymi, a później potwierdza wybrane istotne cechy produktu, o które dopytywał się Zamawiający.

Przystępujący podkreślił, że dokument iBross s.r.o. pn. „Wycena dla symulatora kontroli ruchu lotniczego, szczegółowa" w żadnym przypadku nie stanowi oferty wykonawcy, ani nie stanowi jej integralnej części. Na ofertę Przystępującego składają się tylko i wyłącznie oświadczenia oraz dokumenty złożone Zamawiającemu w dniu 19 października 2020r. za pośrednictwem Platformy zakupowej - w sposób wskazany w pkt 7) 1 SIWZ.

Kalkulacja handlowa firmy iBross z dnia 25.11.2020r. załączona do wyjaśnienia ceny oferty Przystępującego jest potwierdzeniem przez tą firmę jedynie jej ceny i wcześniejszych negocjacji, jakie odbywały się przed złożeniem oferty oraz uzyskanego rabatu, a nie stanowi szczegółowego opisu technicznego ani funkcjonalnego symulatora.

W dokumencie tym firma iBross przedstawia Przystępującemu kolejny raz możliwości oferowanego symulatora, skupiając się przede wszystkim na wycenie swojej oferty handlowej oraz na ogólnym wykazaniu spełnienia funkcjonalnych wymagań OPZ. Wymieniono w nim także wybrane ostatnie instalacje, a następnie przedstawiono obrazy związane z symulatorem: przykładowe zrzuty ekranów z istniejących implementacji symulatora, zdjęcia ze zrealizowanych instalacji oraz schematy instalacji najbardziej zbliżone do wymagań Zamawiającego. Na schematach tych przedstawiono dwa moduły kontroli lotniska, tak aby zaprezentować różne możliwości realizacji, a każdy z tych modułów jest przedstawiony w innej technice wykonania (monitory/projektory). Ilość stanowisk kontroli lotniska odpowiada wymaganiom Zamawiającego, czyli po 2 na moduł.

Zdjęcia, rysunki, schematy w omawianym dokumencie. który co należy podkreślić stanowi jedynie ofertę handlową i dowodzi realności zaoferowanej ceny, a nie jest opisem oferowanego symulatora, zostały zamieszczone poglądowo i w celu wykazania potencjalnych funkcjonalnych cech symulatora, a nie w celu wykazania precyzyjnych ilości poszczególnych elementów, gdyż Zamawiający wymagał dostawy kompletnego symulatora o określonych funkcjonalnościach, a nie poszczególnych elementów.

Firma iBross potwierdziła cenę całkowitą dostawy kompletnego urządzenia zgodnego z wymaganiami opisanymi w dokumentacji postępowania przez Zamawiającego. Odnosi się przy tym do wartości przedstawionej Przystępującemu we wcześniejszej ofercie. Wcześniejsza oferta, którą tu przywołano oraz związane z nią pisma określają, że cena całkowita (końcowa) jest realna i obejmuje wszystkie potrzebne elementy.

Przystępujący podkreślił, że Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą szczegółowego opisu oferowanego urządzenia, a załączona do wyjaśnień kalkulacja podwykonawcy jest standardowym dokumentem handlowym reklamującym potencjalne możliwości produktu i faktycznie potwierdzającym jedynie zaoferowaną cenę. Dokument ten w żadnej mierze nie opisuje szczegółowo parametrów i funkcjonalności zaoferowanego przez Przystępującego symulatora, gdyż nie było konieczności ani potrzeby przedstawiania oferty obejmującej te aspekty. Dlatego też, handlowa oferta cenowa podwykonawcy, załączona do wyjaśnień ceny Przystępującego nie stanowi opisu oferowanego przedmiotu zamówienia, a jedynie potwierdza efekt negocjacji cenowych z podwykonawcą. Z dokumentu tego wynika jedynie, iż istotna składowa ceny oferty, a w konsekwencji sumaryczna cena oferty są realną wartością rynkową.

Przystępujący zauważył, że w treści wyjaśnień ceny oferty z dnia 27.11.2020r. wyraźnie napisał. iż: „Do niniejszego pisma dołączamy otrzymane z firmy iBross pismo z przedstawieniem ich oferty, zawierające także bardziej szczegółową kalkulację cenową_dotyczącą tego Zamówienia. Jednocześnie zaznaczamy, że powyższe dane (w tym nasze ceny zakupu) stanowią naszą tajemnicę handlową i prosimy o nieudostępnianie ich."

Przystępujący składając ofertę oświadczył, że zapoznał się z wymaganiami Zamawiającego, nie wnosząc do nich żadnych zastrzeżeń, a tym samym zobowiązał się do realizacji zadania zgodnie z postanowieniami umowy. Oświadczenia te są jednoznaczne i Zamawiający nie wymagał szczegółowych potwierdzeń, bowiem „Samo złożenie oferty stanowi wyraz akceptacji warunków przetargu ustalonych przez zamawiającego" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 373/16 z dnia 24 marca 2016 r.).

Przystępujący wskazał, iż w otrzymanej od podwykonawcy ofercie ostatecznej z dnia 18.10.2020r. zostało potwierdzone, że dostarczany symulator w całości odpowiada wymaganiom opisanych w dokumentacji postępowania przez Zamawiającego. Przystępujący załączył jako dowód - ofertę ostateczną firmy iBross z dnia 18.10.2020r. dla ZSK Sp. z o.o., wraz z tłumaczeniem.

Przystępujący wskazał również, iż w korespondencji prowadzonej z podwykonawcą w związku z wniesionym odwołaniem i wskazanymi w nim zarzutami, potwierdzono, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania SIWZ (oświadczenie firmy iBross z dnia 08.01.2021r. dla ZSK Sp. z o.o., wraz z tłumaczeniem, oświadczenie firmy iBross z dnia 18.01.2021r. dla ZSK Sp. z o.o.. wraz z tłumaczeniem).

Powyższe dowodzi, iż zarzut, jakoby oferowany przez Przystępującego przedmiot zamówienia nie odpowiadał treści SIWZ, należy uznać za bezpodstawny i nieuzasadniony.

Przystępujący zauważył ponadto, że zgodnie z art. 36a st. 1 Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Natomiast na podstawie art. 36a ust. 2 pkt 2 Pzp Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją w ramach zamówienia na dostawy.

Zamawiający w niniejszym podstępowaniu nie skorzystał z uprawnienia wynikającego z przywołanego przepisu i nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę określonej części lub zakresu zamówienia. Tym samym wykonawcy mieli swobodę w określeniu zakresu zadań powierzonych podwykonawcom. Przystępujący z tego skorzystał, opierając się na uprawnieniu wynikającym z ust. 1 art. 36a Pzp. Przystępujący wskazał, że ma świadomość, iż w świetle obowiązujących przepisów wykonawca nie może powierzyć wykonania całości zamówienia podwykonawcy, co potwierdzają dokumenty i oświadczenia zgromadzone w postępowaniu. Z treści oferty wynika, że Przystępujący skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i powierzył jedynie określoną część zamówienia podwykonawcy, a nie całości, jak błędnie twierdzi Odwołujący. Zgromadzone w postępowaniu oświadczenia i dokumenty jednoznacznie wskazują, iż wyszczególnione aspekty stanowiące część zakresu zamówienia, a związane z dostawą urządzenia, są powierzone podwykonawcy, a pozostały zakres realizowany jest przez Przystępującego.

Przystępujący podnosi, iż iBross s.r.o., będzie jedynie podwykonawcą ZSK realizującego przedmiotową dostawę i instalację symulatora kontroli ruchu lotniczego w zakresie wskazanym w treści pkt C. Załącznika nr 1 do SIWZ — integralnej części oferty pn. „Podwykonawstwo", to jest „Dostawa elementów symulatora, uruchomienie".

Firma iBross s.r.o. nie jest i nie będzie wykonawcą przedmiotu zamówienia, a jedynie podwykonawcą jego określonego zakresu na zlecenie ZSK. Pismo podwykonawcy załączone do wyjaśnień ceny oferty, na podstawie którego Odwołujący oparł całą swoją argumentację jest standardową ofertą handlową reklamującą możliwości dostawcy symulatora i stanowi element negocjacji pomiędzy stronami. Pismo to jednoznacznie określa, że firma iBross s.r.o. może wykonać część zakresu składającego się na przedmiot zamówienia, związaną głównie z dostawą urządzenia.

Przystępujący podkreślił, iż dokument ten nie jest ofertą Przystępującego i nie określa szczegółowo ani pełnego zakresu dostaw, czynności i prac składających się na przedmiot zamówienia, ani nie określa ich precyzyjnego podziału pomiędzy strony, ani nie obejmuje wszystkich kosztów związanych z jego realizacją, ani nie jest szczegółowym opisem oferowanego urządzenia. Przystępujący zwraca uwagę, że jest to wewnętrzny dokument z przeprowadzonych negocjacji pomiędzy ZSK, a jego dostawcą i zarazem podwykonawcą.

W wyłącznych kompetencjach Przystępującego jako wykonawcy przedmiotowego zamówienia publicznego będą leżały w szczególności poniższe czynności i świadczenia na rzecz Zamawiającego, tj.: przygotowanie oraz złożenie oferty, wpłata wadium, wpłata zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarcie umowy i odpowiedzialność za jej należytą realizację, uzgodnienia z Zamawiającym, odbiory, zarządzanie całością projektu, wykonanie części prac instalacyjnych, montażowych i konfiguracji systemu (system operacyjny komputerów itp.) w siedzibie Zamawiającego, adaptowanie dokumentacji powykonawczej do wymagań polskich przepisów oraz obsługę gwarancyjną, do czego Przystępujący ma pełne kwalifikacje potwierdzone wieloletnim doświadczeniem. Ustalono także i przedstawiono również zakres podziału zadań pomiędzy Przystępującym, a podwykonawcą iBross s.r.o. na etapie wykonawstwa w aspekcie dostarczenia przez ZSK jako wykonawcy zamówienia, części potrzebnych urządzeń IT, których cena w Polsce byłaby niższa od ceny zakupu íBross s.r.o. na Słowacji.

Przystępujący dodał, że w treści oferty znajduje się zobowiązanie podwykonawcy, czyli iBross s.r.o. z dnia 16.10.2020r. do udostępnienia jego zasobów Przystępującemu w tym postępowaniu, dla potrzeb wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w aspekcie niezbędnej wiedzy i doświadczenia, w którym w pkt 4 wyraźnie oświadczono: „4. Zakres naszego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: Dostawa i konfiguracja elementów potrzebnych do wykonania symulatora.", co stanowi kolejny dowód potwierdzający, że podwykonawca udostępniający zasoby wykona jedynie część zamówienia, a nie jego całość jak błędnie twierdzi Odwołujący.

Przystępujący załączył do ww. pisma: wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat dostaw - Załącznik nr 4 do SIWZ, stanowisko handlowe firmy iBros z dnia 25.11.2020r. do ZSK Sp. z o.o., które było załącznikiem do wyjaśnień ceny oferty firmy ZSK Sp. z o.o. z dnia 27 listopada 2020 r., ofertę ostateczną firmy iBross z dnia 18.10.2020r. dla ZSK Sp. z o.o.. wraz z tłumaczeniem, zobowiązanie podwykonawcy iBross s.r.o., z dnia 16.10.2020r. do udostępnienia zasobów, oświadczenie firmy iBross z dnia 08.012021 r. dla ZSK SP, z o.o., wraz z tłumaczeniem, oświadczenie firmy iBross z dnia 18.01.2021r. dla ZSK Sp. z o.o.. wraz z tłumaczeniem.

Zamawiający wniósł na rozprawie o oddalenie odwołania oraz zasądzenie kosztów na rzecz Zamawiającego. Wyjaśnił, że zamówienie stanowi *de facto* umowę o działo z elementami usługi. Podkreślił, że na 6 złożonych ofert tylko 1 oferta pochodzi od wytwórcy sprzętu - zarówno Przystępujący jak i Odwołujący są jedynie dostawcami.

Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu jest jeden symulator kontroli ruchu lotniczego złożony z określonych elementów. Kwestia, jakie elementy ma zawierać symulator była przedmiotem pytań wykonawców i wyjaśnień Zamawiającego, w szczególności pytanie i odpowiedź nr 6 z 02.09.2020r. oraz rysunki stanowiące załącznik nr. 2 do tego dokumentu, a także pytanie przedostatnie i odpowiedź z 2.10.2020r. Zgodnie z treścią OPZ, przedmiotem zamówienia są dwa stanowiska kontroli lotniska, tj. 2 wieże, które będą podzielone na dwie połowy kurtyną dźwiękochłonną, w których będą realizowane szkolenia na dwóch stanowiskach. Zamawiający wyjaśnił, że pismem z 18.11.2020r. zwrócił się o wyjaśnienie treści oferty Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. W odpowiedzi z dnia 23.11.2020r. Przystępujący potwierdził, że jego oferta spełnia wymagania SIWZ i udzielił wyjaśnień w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego. Spełnienie wymagań SIWZ potwierdza również oświadczenie firmy iBros z dnia 18.01.2021r. załączone do pisma Przystępującego z dnia 20.01.2021r.

W ocenie Zamawiającego, propozycja iBros załączona do wyjaśnień Przystępującego nie musi odpowiadać treści OPZ, gdyż firma ta może posługiwać się innymi pojęciami w swojej ofercie dla ZSK, która stanowi jedynie wewnętrzne pismo pomiędzy podwykonawcą,
a Przystępującym. W wyjaśnieniach Przystępującego w punkcie 4 drugiej tabeli ze względu na zawarty w opisie tej pozycji skrót „itp." mogą się mieścić koszty prac, które zrealizuje sam Przystępujący. W ocenie Zamawiającego, wszystkie prace, których nie ma w ofercie iBros dla ZSK wykona sam Przystępujący.W ocenie Zamawiającego, propozycja iBros załączona do wyjaśnień Przystępującego obejmuje wszystkie wymagane elementy do realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający podkreślił, że nie określił w SIWZ w sposób ścisły rozwiązania technicznego lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawcy mogli zaoferować własne rozwiązania i w związku z tym liczbę odpowiednich urządzeń. Zdaniem Zamawiającego, z wyjaśnień Przystępującego wynika, że firma iBros wskazała dwa możliwe rozwiązania na stronie 17 i 18 swojej propozycji, wobec czego na tym etapie nie można przesądzić które urządzenia i w jakiej ilości będą zastosowane.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony
i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp) podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 190 ust. 1 Pzp), która oznacza obowiązek stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, aż do zamknięcia rozprawy.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, przedmiot zamówienia obejmuje m.in. dostawę dwóch modułów kontroli lotniska TWR (symulatorów wieży 330- 360°) oraz łącznie 8 stanowisk kontrolera lotniska (po 4 stanowiska w każdym z dwóch symulatorów wieży). Zamawiający opisał wymagania w tym zakresie w Załączniku nr 3 do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.
Powyższe wymagania zostały jednoznacznie doprecyzowane i potwierdzone w odpowiedziach udzielonych przez Zamawiającego w dniu 2.09.2020 r. oraz załączonym schemacie rozkładu pomieszczeń. Zgodnie z odpowiedziami z dnia 2.09.2020 r. na pytania nr 6 oraz nr 17, wykonawcy mają wykonać i wyposażyć dwa moduły - symulatory wieży 330-360°. Każdy taki moduł TWR 330-360° zawiera łącznie wewnątrz 4 stanowiska pracy kontrolera, czyli po podzieleniu na segmenty 180° - po dwa stanowiska w każdym takim segmencie. Odpowiedzi te stanowią integralną część SIWZ.
W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło do Zamawiającego sześć ofert. Oferta złożona przez ZSK wskazuje, że wykonawca oferuje urządzenie - symulator kontroli ruchu lotniczego produkcji iBross-ATCO sim za cenę 6 847 360,80 zł, która jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia (9 245 027,00 zł) oszacowanej przez Zamawiającego i powiększonej o wartość podatku VAT oraz od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.
Spółka iBross s.r.o. z siedzibą w Koszycach udostępniła wykonawcy ZSK swoje zasoby w celu wykazania przez ZSK spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. W zobowiązaniu do udostępnienia zasobów z dnia 16.10.2020r. określono, że iBross wykona dostawę i konfigurację, uczestnicząc w wykonywaniu zamówienia przez cały okres realizacji projektu. W pkt C Załącznika nr 1 do SIWZ (w ofercie) wykonawca ZSK wskazał, że firma iBross z siedzibą w Koszycach wykona „Dostawę elementów symulatora, uruchomienie".
Zamawiający pismem z dnia 18 listopada 2020 r. wezwał wykonawcę ZSK na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia treści oferty. Wyjaśnienia zostały złożone przez wykonawcę ZSK w dniu 23 listopada 2020 r. Wykonawca potwierdził, że opis oferowanego przedmiotu zamówienia zawarty jest w treści oferty ZSK w zakresie zgodnym z wymaganiami SIWZ.
Zamawiający pismem z dnia 24 listopada 2020 r. wezwał wykonawcę ZSK na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, w tym m.in. do przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów oraz udokumentowania, że złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana.
Wykonawca ZSK w dniu 27 listopada 2020 r. złożył wyjaśnienia. Wykonawca potwierdził uwzględnienie w cenie oferty wszystkich kosztów realizacji zamówienia. Powołał się na ofertę producenta i przedstawił kalkulację kosztów podwykonawcy iBross obejmującą: hardware symulatora, oprogramowanie symulatora, pozostałe urządzenia IT i oprogramowanie, konsole i fotele oraz usługi. Do kwoty tej oferty Przystępujący doliczył marżę ZSK w wysokości 5%, która „zawiera koszt zarządzania projektem, wykonania odbiorów, wadium, ZNWU itp." Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach, że dołącza pismo firmy iBross „z przedstawieniem ich oferty, zawierające także bardziej szczegółową kalkulację cenową dotyczącą tego Zamówienia". Pismo iBross z 25 listopada 2020 r. stanowi ofertę tej firmy dla ZSK na dostawę symulatora z datą ważności do 1 marca 2021 r. co wynika z jej treści, zawierającą takie elementy jak: zgodność z wymogami przetargowymi (moduły symulatora, konfigurację, oprogramowanie, itp.), specyfikacja systemu, warunki handlowe oraz kalkulacja cenowa, zgodna z tabelą kosztów przedstawioną przez wykonawcę ZKS w złożonych wyjaśnieniach. Jak wynika z powyższej oferty firmy iBross obejmuje ona m.in. moduł kontroli lotniska (TWR) z 2 stanowiskami kontroli lotniska, a zatem, jak wskazał Odwołujący, w pkt IV kalkulacji firma iBross nie zaoferowała ilości urządzeń w pełni zgodnych z ilościami, które Zamawiający zamawia na podstawie punktu 1.1. OPZ. Jak wskazano w ww. ofercie w pkt „Warunki handlowe" - „Cena dotyczy tylko wskazanych ilości i żadne inne komponenty takie jak roboty budowlane, konsole itp. lub inne nie są uwzględnione dopóki nie zostaną dodatkowo określone i uzgodnione", zatem cena tej oferty nie obejmuje wszystkich wymaganych elementów przedmiotu zamówienia.
Zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami, wykonawca ZSK oparł wycenę swojej oferty wprost na kalkulacji kosztów wykonanej przez firmę iBross. W wyjaśnieniach zawarto kalkulację firmy iBross i ofertę przygotowaną przez tego podwykonawcę (pismo iBross po terminie składania ofert) z odwołaniem się do wcześniej wykonanej wyceny.
Zgodnie z wyjaśnieniami ZSK, nie ma wątpliwości, że kalkulacja ceny oferty ZSK sprowadza się do zwiększenia kosztów wynikających z oferty iBross o rezerwę kursową i 5% marżę ZSK.
Wykonawca ZSK nie przedstawił żadnych innych okoliczności i powodów, które umożliwiły zaoferowanie określonej w ofercie ceny i nie przedstawił jakichkolwiek dodatkowych dowodów na potwierdzenie wysokości skalkulowanych kosztów.
W piśmie procesowym z dnia 20 stycznia 2020 r. Przystępujący w istotnym stopniu podważył wiarygodność swoich wyjaśnień z dnia 27 listopada 2020 r. dotyczących kalkulacji ceny oferty, w szczególności podnosząc, że oferta (propozycja) firmy iBross załączona do wyjaśnień ZSK ma charakter jedynie ogólny, poglądowy, nie określa szczegółowo pełnego zakresu dostaw, czynności i prac składających się na przedmiot zamówienia, nie określa ich precyzyjnego podziału pomiędzy strony ani, co najistotniejsze - nie obejmuje wszystkich kosztów związanych z jego realizacją. Przystępujący oświadczył w ww. piśmie m.in., że:
- „załączona do wyjaśnień kalkulacja podwykonawcy jest standardowym dokumentem handlowym reklamującym potencjalne możliwości produktu i faktycznie potwierdzającym jedynie zaoferowaną cenę. Dokument ten w żadnej mierze nie opisuje szczegółowo parametrów i funkcjonalności zaoferowanego przez Przystępującego symulatora. gdyż nie było konieczności ani potrzeby przedstawiania oferty obejmującej te aspekty. Dlatego też, handlowa oferta cenowa

podwykonawcy, załączona do wyjaśnień ceny Przystępującego nie stanowi opisu oferowanego przedmiotu zamówienia, a jedynie potwierdza efekt negocjacji cenowych z podwykonawcą."

- „dokument ten nie jest ofertą Przystępującego i nie określa szczegółowo ani pełnego zakresu dostaw, czynności i prac składających się na przedmiot zamówienia ani nie określa ich precyzyjnego podziału pomiędzy strony, ani nie obejmuje wszystkich kosztów związanych z jego realizacją, ani nie jest szczegółowym opisem oferowanego urządzenia."

- „przedstawione w dokumencie pn. „Wycena dla symulatora kontroli ruchu lotniczego, szczegółowa" schematy systemu mają charakter ogólny, prezentowany reklamowo i poglądowo dla zrozumienia zasadniczej figuracji każdego stanowiska (TWR. APPI SP), bez przedstawiania drugiego stanowiska TWR. Przywołany dokument stanowi jedynie wycenę, a nie szczegółowy opis symulatora."

Z oferty iBross załączonej do wyjaśnień ZSK z dnia 27.11.2020 r. wynika jednoznacznie, że oferowane przez ZSK rozwiązanie zawiera tylko jeden moduł TWR (jeden symulator wieży 330-360°) z dwoma stanowiskami pracy kontrolera lotniska. Na stronie 16 tej oferty, po opisie ogólnej charakterystyki Symulatora, zawarto część dotyczącą oferty dedykowanej dla przedmiotowego postępowania zatytułowaną: „Zgodność z wymogami przetargowymi", gdzie w pkt 1 jednoznacznie wskazano, iż *„iBross dostarczy symulator z następującymi modularni: - moduł kontroli lotniska (TWR) z 2 stanowiskami kontroli lotniska".* Potwierdzają to również schematy zawarte na kolejnych stronach tej oferty, a także „Propozycja cenowa" zawarta w formie tabeli (z dnia 15.10.2020 r.), w której uwzględniono mniejszą niż wymagana liczbę modułów i stanowisk: w poz. i. „SIM hardware" wyceniono jeden komplet urządzeń dla TWR, w poz. iv. wskazano ilość „1" dla produktu „TWR console 340 t/g". Oferta ta jest spójna w zakresie oferowanej liczby elementów modułu TWR. „Propozycja cenowa" obejmuje łączną kwotę 1 088 250,00 Euro, tj. wartość, którą po przeliczeniu z zachowaniem 3,5% rezerwy na zmianę kursu Euro ZSK wskazał, jako koszt w swojej kalkulacji ceny oferty przedstawionej w wyjaśnieniach w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że dowody przedłożone przez Przystępującego wraz z pismem procesowym z dnia 20 stycznia 2021 r., tj. oferta ostateczna firmy iBross z dnia 18.10.2020r. dla ZSK Sp. z o.o. wraz z tłumaczeniem, oświadczenie firmy iBross z dnia 08.012021 r. dla ZSK SP, z o.o. wraz z tłumaczeniem, oświadczenie firmy iBross z dnia 18.01.2021r. dla ZSK Sp. z o.o. wraz z tłumaczeniem, podlegają uznaniu za spóźnione w kontekście zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień Przystępującego z dnia 27 listopada 2020 r. W zakresie tego zarzutu czynność Zamawiającego może podlegać ocenie przez Izbę wyłącznie w oparciu o dokumenty, które Przystępujący przedłożył Zamawiającemu na wezwanie z dnia 24 listopada 2020 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez wadliwą ocenę przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie mimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę, a wykonawca ten nie uwzględnił w cenie oferty wszystkich kosztów realizacji zamówienia, co wynika ze złożonych przez ZSK wyjaśnień.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, natomiast stosownie do ust. 3, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, wykonawca ZSK nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Izba stwierdziła, że wskazywany przez Przestępującego wykaz zrealizowanych projektów i ich wartości przez podwykonawcę nie stanowi dowodu na okoliczność, że zaoferowana przez ZSK cena w tym postępowaniu została skalkulowana rzetelnie i prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ.

W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący nie przedstawił przekonującego uzasadnienia co do realności zaoferowanej ceny jako wykonawca, który złożył ofertę i jest odpowiedzialny za prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia wobec Zamawiającego. Wykonawca ZSK oparł się w złożonych wyjaśnieniach w całości na propozycji cenowej iBros, która rzeczywiście, jak wynika z jej treści, nie obejmuje wszystkich urządzeń wymaganych dla oferowanego rozwiązania, którego co prawda Zamawiający nie narzucił w SIWZ, jednak wykonawca powinien był wycenić takie rozwiązanie w ofercie. Wobec powyższego niekompletność oferowanego rozwiązania wynikający z oferty iBross skutkuje w taki sposób, że propozycja firmy iBross nie może stanowić uzasadnienia dla wykazania rzetelności skalkulowania ceny oferty przez ZSK. Gdyby uznać, że propozycja ta ma znaczenie jedynie poglądowe, tak jak podnosił Przystępujący, to taka propozycja nie może w żadnym stopniu stanowić dowodu rzetelności kalkulacji ceny oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego w kontekście wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp, tj. w przypadku, gdy zachodzi domniemanie rażąco niskiej ceny oferty. Tymczasem cena zaoferowana przez podwykonawcę, obejmująca *de facto* cały techniczny zakres zamówienia (ale zawierająca braki w przedstawionej kalkulacji) została wprost przyjęta do wyceny oferty Przystępującego. Przystępujący nie wykazał bowiem ani w wyjaśnieniach, że będzie realizował niniejsze zamówienie w jakimkolwiek stopniu w zakresie technicznym i nie przedstawił kosztów, które planuje ponieść w powyższym zakresie. Przystępujący przewidział jedynie marżę na poziomie 5%, który obejmuje, zgodnie z wyjaśnieniami koszty zarządzania projektem, wykonania odbiorów, wadium, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, itp.

Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej okoliczności, należało uznać złożone przez Przystępującego wyjaśnienia za niepełne, pobieżne i niewiarygodne, a tym samym niepotwierdzające rzetelności kalkulacji ceny złożonej oferty, w tym w szczególności w zakresie uwzględnienia w cenie oferty pełnego zakresu kosztów realizacji zamówienia przez podwykonawcę oraz wszystkich kosztów, koniecznych do poniesienia na realizację przedmiotowego zamówienia przez wykonawcę. Przystępujący wskazywał na rozprawie, że w ramach realizacji zamówienia będzie on odpowiedzialny m.in. za uzgodnienia z Zamawiającym, odbiory, zarządzanie całością projektu, wykonanie części prac instalacyjnych, montażowych i konfiguracji systemu (system operacyjny komputerów itp.) w siedzibie Zamawiającego, adaptowanie dokumentacji powykonawczej do wymagań polskich przepisów oraz obsługę gwarancyjną, jednak w żadnym stopniu nie przedstawił wyceny czy też kalkulacji tych kosztów.

Izba wskazuje także na okoliczności, które sam Przystępujący oświadczył w piśmie z dnia 20 stycznia 2020 r., że „załączona do wyjaśnień kalkulacja podwykonawcy jest standardowym dokumentem handlowym reklamującym potencjalne możliwości produktu i faktycznie potwierdzającym jedynie zaoferowaną cenę. Dokument ten w żadnej mierze

nie opisuje szczegółowo parametrów i funkcjonalności zaoferowanego przez Przystępującego symulatora. gdyż nie było konieczności ani potrzeby przedstawiania oferty obejmującej te aspekty. Dlatego też, handlowa oferta cenowa podwykonawcy, załączona do wyjaśnień ceny Przystępującego nie stanowi opisu oferowanego przedmiotu zamówienia, a jedynie potwierdza efekt negocjacji cenowych z podwykonawcą." oraz, że „dokument ten [...] nie określa szczegółowo ani pełnego zakresu dostaw, czynności i prac składających się na przedmiot zamówienia, ani nie określa ich precyzyjnego podziału pomiędzy strony, ani nie obejmuje wszystkich kosztów związanych z jego realizacją, ani nie jest szczegółowym opisem oferowanego urządzenia.", a dodatkowo, że „przedstawione w dokumencie pn. „Wycena dla symulatora kontroli ruchu lotniczego, szczegółowa" schematy systemu mają charakter ogólny, prezentowany reklamowo i poglądowo dla zrozumienia zasadniczej figuracji każdego stanowiska (TWR. APPI SP), bez przedstawiania drugiego stanowiska TWR. Przywołany dokument stanowi jedynie wycenę, a nie szczegółowy opis symulatora." W tym kontekście podkreślić należy, że nie jest możliwa prawidłowa wycena i kalkulacja oferty wykonawcy na podstawie oferty i kalkulacji przedstawionej przez podwykonawcę, która „ma charakter jedynie poglądowy", a jednocześnie jest wskazana przez Przystępującego w wyjaśnieniach, jako podstawa do wyceny oferty wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 Pzp, na skutek zaniechania czynności odrzucenia oferty ZSK jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w świetle złożonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZSK, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie oferowanej liczby modułów kontroli lotniska (symulatorów wieży TWR) i stanowisk kontroli lotniska.

Izba zważyła, że wykonawca ZSK wielokrotnie potwierdził zarówno w ofercie, jak i w składanych Zamawiającemu wyjaśnieniach w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i art. 90 ust. 1 Pzp, że zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami SIWZ.W ocenie Izby, propozycja cenowa (oferta) podwykonawcy nie może stanowić wprost podstawy do oceny zgodności treści oferty wykonawcy ZSK z treścią SIWZ złożonej w postępowaniu, w której Przystępujący złożył wszystkie wymagane przez Zamawiającego oświadczenia potwierdzające taką zgodność. Oferty podwykonawcy iBross przedstawionej ZSK nie można utożsamiać z ofertą wykonawcy złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Faktem bezspornym jest również, że Zamawiający nie wymagał w SIWZ przedstawienia w ofercie przez wykonawców opisu konkretnego oferowanego rozwiązania technicznego, w tym konkretnych urządzeń. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, poprzez opisanie wymaganych funkcjonalności. Skoro zatem, zgodnie ze stanowiskiem Przystępującego, propozycja (oferta) firmy iBross, którą przedłożył Zamawiającemu Przystępujący wraz z wyjaśnieniami niskiej ceny oferty, ma charakter jedynie poglądowy i nie jest dokumentem wiążącym, na co wskazywał zarówno Przystępujący, jak i Zamawiający w swoim stanowisku na rozprawie, to należy uznać, że dokument ten z uwagi na swój wstępny i niejednoznaczny charakter nie przesądza o treści oferty Przystępującego i treści jego zobowiązania złożonego w ofercie odnośnie zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami SIWZ, co nie zmienia faktu, że dokument ten jednocześnie ma istotne znaczenie dla oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego co do rzetelności kalkulacji ceny oferty, co zostało przedstawione powyżej w ramach pierwszego zarzutu.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt. 9b oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 58 §1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty ZSK, jako niezgodnej z ustawą, z tego powodu, że przewiduje ona realizację zamówienia w całości przy udziale podwykonawcy oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, gdyż zmierza do ominięcia przepisów dotyczących odpowiedzialności podmiotu realizującego zamówienie.

Przepis art. 36a ust. 1 Pzp wskazuje, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Przepis ten nie określa, w jakiej maksymalnej części realizacja zamówienia może być powierzona podwykonawcy. Z powyższego przepisu wynika jednoznacznie, że wykonawca nie może powierzyć realizacji zamówienia w całości przez podwykonawcę.

Zauważyć należy jednocześnie, że ustawa Pzp dopuszcza udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy oraz wymaga realnego udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia. Oznacza to, że realny udział w realizacji zamówienia podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy jest możliwy w takim zakresie, w którym nastąpiło udostępnienie zasobów przez ten podmiot.

W niniejszej sprawie udział podwykonawcy w realizacji zamówienia obejmuje zakres udostępnionego przez firmę iBross potencjału technicznego i zawodowego, zgodnie ze złożonym wraz z ofertą zobowiązaniem. Zobowiązanie iBross z dnia 16.10.2020r. do udostępnienia zasobów Przystępującemu w tym postępowaniu, dla potrzeb wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w aspekcie zdolności technicznej i zawodowej w pkt 4 potwierdza, że udział iBross przy wykonywaniu zamówienia będzie obejmował zakres: „Dostawa i konfiguracja elementów potrzebnych do wykonania symulatora", a w pkt C Załącznika nr 1 do SIWZ wykonawca ZSK wskazał, że firma iBross wykona „Dostawę elementów symulatora, uruchomienie", co oznacza, że podwykonawca udostępniający zasoby wykona część zamówienia w takim zakresie, w jakim udostępnił swoje zasoby. Jak wyjaśnił Przystępujący, w ramach realizacji zamówienia wykonawca ZSK będzie odpowiedzialny m.in. za uzgodnienia z Zamawiającym, odbiory, zarządzanie całością projektu, wykonanie części prac instalacyjnych, montażowych i konfiguracji systemu (system operacyjny komputerów itp.) w siedzibie Zamawiającego, adaptowanie dokumentacji powykonawczej do wymagań polskich przepisów oraz obsługę gwarancyjną.

W ocenie Izby, z faktu, że wykonawca ZSK nie wypełnił pola w formularzu oferty odnośnie podania wartości brutto (PLN) lub procentowego udziału podwykonawstwa nie można wywodzić, iż całość przedmiotu zamówienia zostanie powierzona do realizacji podwykonawcy. Fakt ten należy oceniać natomiast pod kątem zgodności treści oferty z SIWZ, jednak zarzut taki nie został sformułowany w odwołaniu przez Odwołującego.

Przyjęcie przez ZSK założenia odnośnie wykonania dostawy i powiązanych usług przez podwykonawcę w przedmiotowym zamówieniu również nie prowadzi wprost do stwierdzenia, że oferta ZSK jest czynnością prawną pozorną. Nie ulega wątpliwości, że to wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu będzie odpowiadał względem Zamawiającego za należytą realizację zamówienia, zgodnie z zawartą umową.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że oferta wykonawcy ZSK zmierza do obejścia przepisów dotyczących odpowiedzialności względem Zamawiającego podmiotu realizującego faktycznie zamówienie.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak
w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: ……