Sygn. akt KIO 302/20

WYROK

z dnia 28 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2020 r. przez wykonawcę: Fire-Max Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Rosenbauer Polska Sp. z o.o., Rosenbauer Karlsruhe GmbH & Co. KG z siedzibą lidera w Łomiankach, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża wykonawcę: Fire-Max Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Fire-Max Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 302/20

UZASADNIENIE

Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu (dalej „zamawiający") prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa samochodów z drabiną mechaniczną w ramach projektu „Zwiększenie skuteczności prowadzenia długotrwałych akcji ratowniczych" z podziałem na trzy części: A, B i C; znak sprawy zamawiającego WT.2370.8.2019 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 października 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 198-480703.

W dniu 13 lutego 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: FireMax Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący" lub „FireMax").

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z przepisem art. 179 ust. 1 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wzniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Rosenbauer Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach oraz Rosenbauer Karlsruhe GmbH & Co. KG z siedzibą w Karlsruhe (dalej jako „Konsorcjum") z postępowania z uwagi na umyślne (zamierzone działanie) wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji kluczowych do oceny czy oferowany przedmiot spełnia wymagania zamawiającego, czym naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, ewentualnie zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum z postępowania z uwagi na nieumyślne (lekkomyślność) przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, czym naruszył art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp, w związku z niewykazaniem braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp;

ewentualnie

2. zaniechaniu wezwania Konsorcjum do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, przy uwzględnieniu sytuacji, w której Konsorcjum zaoferowało znacząco niższe ceny na swoje produkty niż w szeregu innych dostaw, co winno skutkować powstaniem u zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny, czym naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz z innych wskazywanych dowodów na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem;

3. unieważnienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu i unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej;

4. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, wykluczenie Konsorcjum z postępowania, a w konsekwencji nakazanie uznania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

ewentualnie

5. n
akazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, dokonania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

6. z
asądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed KIO, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący wskazał, że w związku z realizacją wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z 20 stycznia 2020 r. (sygn. akt KIO 2591/19), zamawiający zobowiązany był wezwać Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu JEDZ, w części dotyczącej udziału w przygotowaniu postępowania. W pierwotnie złożonym dokumencie JEDZ, żaden z członków Konsorcjum bowiem nie wskazał, że uczestniczył w dialogu technicznym poprzedzającym postępowanie. Oczywistym jest, co zostało ustalone również podczas rozprawy przed KIO (czego wynikiem jest ww. wyrok), że jeden z członków Konsorcjum brał udział w dialogu technicznym, a przez to brał udział w przygotowaniu postępowania. Niemniej jednak, wobec obowiązku wezwania do uzupełnienia w tym zakresie, Konsorcjum przedłożyło nowe dokumenty JEDZ.

W tym miejscu odwołujący wskazał, że Konsorcjum nie spełniło wymagań dotyczących wykazania braku podstaw do wykluczenia, a w związku z tym winno podlegać wykluczeniu z uwagi na art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. W ocenie odwołującego cytowany przepis ustawy Pzp zawiera domniemanie prawne, że każdy udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powoduje zakłócenie konkurencji w danym postępowaniu - co miało miejsce w niniejszym postępowaniu, bowiem członek Konsorcjum brał czynny udział w dialogu technicznym poprzedzającym postępowanie. Wyłączenie tego domniemania może nastąpić wyłącznie poprzez przedstawienie przez wykonawcę sposobu wyeliminowania zakłócenia konkurencji.

Dalej argumentował, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp nie jest możliwe bez uprzedniego umożliwienia wykonawcy przestawienia dowodów na to, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji (zgodnie z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp) oraz zastosowania instytucji self cleaning (na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp). Co wymaga również podkreślenia, ciężar dowodu w niniejszej sprawie leżał po stronie Konsorcjum składającego w postępowaniu ofertę, a które to brało udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia.

W pierwszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę na to, że w zakresie dokumentu JEDZ składanego przez członka Konsorcjum, Rosenbauer Karlsruhe GmbH & Co. KG, wykonawca ten (członek Konsorcjum) zaznaczył opcję „NIE" przy punkcie JEDZ o treści „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał (-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był (-o) w inny sposób zaangażowany (-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. Jeśli tak, to proszę podać szczegółowe informacje na ten temat". Powyższe jednoznacznie wskazuje na chęć wprowadzenia zamawiającego w błąd. Członek Konsorcjum, Rosenbauer Karlsruhe GmbH & Co. KG, jest powiązane z Rosenbauer Polska Sp. z o.o. W związku z tym, z całą pewnością, wykonawca Rosenbauer Karlsruhe GmbH & Co. KG, winien zaznaczyć opcję „TAK" w przytaczanym powyżej punkcie JEDZ.

Skoro bowiem Rosenbauer Polska Sp. z o.o. brał udział w dialogu technicznym, to powiązany z nim Rosenbauer Karlsruhe GmbH & Co. KG, spełnia przesłankę wskazaną w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. W związku z tym, mimo wyroku KIO nakazującego

uzupełnienie JEDZ w tym zakresie i wskazującego, że Rosenbauer Polska Sp. z o.o. brał udział w dialogu technicznym (brał udział w przygotowaniu zamówienia), członek

Konsorcjum nadal twierdzi, że nie powinien wyjaśnić wpływu udziału podmiotu powiązanego w dialogu technicznym na konkurencyjność zamówienia. Podkreśla się to również w doktrynie, wskazując np. że „niewykluczone, że ostrożniejsi wykonawcy będą starali się brać

udział w dialogach technicznych <<pośrednio>>, na przykład angażując do tego inną spółkę z tej samej grupy kapitałowej. W takim wypadku należy jednak mieć na uwadze, że (...) to do wykonawcy nadal będzie miał zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Co istotne, w przeciwieństwie do dotychczasowych uregulowań, nowe przepisy nie uzależniają wykluczenia od tego, czy taka osoba brała udział w przygotowywaniu oferty. Dlatego ewentualne wzięcie udziału w dialogu technicznym „przez pośrednika" nadal będzie wymagało od wykonawcy zachowania ostrożności" (B. Widia, Udział w dialogu technicznym a wykluczenie z powodu udziału w przygotowaniu postępowania po nowelizacji, Zamawiający nr 20/2016). Dlatego też, już w tym punkcie zamawiający powinien powziąć wątpliwość i wykluczyć Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, a co najmniej na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Działania wykonywane przez (członka) Konsorcjum stanowią bowiem umyśle (już po wyroku KIO w przedmiotowym postępowaniu) wprowadzanie zamawiającego w błąd co do braku występowania podstaw do wykluczenia.

Ponadto, zdaniem odwołującego, wyjaśnienia złożone w JEDZ członka Konsorcjum Rosenbauer Polska Sp. z o.o. nie spełniają wymogów wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp oraz wprowadzają w błąd zamawiającego, a także są wewnętrznie sprzeczne. Wskazać w tym miejscu należy, że Konsorcjum w piśmie przewodnim z 3 lutego 2020 r. nie wskazało na żaden dowód, który by uprawdopodabniał, że nie trzeba wykluczać Konsorcjum z postępowania. Przypomnieć bowiem należy, że stworzone zostało domniemanie prawne, że Konsorcjum winno podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Przepis ten wprowadza również możliwość obalenia tego domniemania wskazując, że „chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu". Konsorcjum w żadnym miejscu tego nie wskazało. Z treści pisma przewodniego i uzupełnionego JEDZ wynika jednoznacznie, że członek Konsorcjum Rosenbauer Polska Sp. z o.o. nie uważa, że doszło do jakiegokolwiek naruszenia konkurencji - na tym się skupiając.

Odwołujący podkreślił, że sam przepis art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp stwarza domniemanie prawne, że doszło do takiego naruszenia konkurencji. Obowiązkiem Konsorcjum było wykazanie, że da się inaczej zapobiec naruszeniu konkurencji niż poprzez wykluczenie Konsorcjum z postępowania. Trudno bowiem inaczej interpretować sytuację, w której do dialogu technicznego zostało zaproszonych dwóch wykonawców i tych samych dwóch wykonawców składa ofertę w postępowaniu. Dlatego też, Konsorcjum w dalszym ciągu wprowadza zamawiającego w błąd, nie przyznając się do tego, że udział w dialogu technicznym członka Konsorcjum naruszył konkurencję.

Na marginesie rozważań odwołujący zauważył, że złożone JEDZe przez członków Konsorcjum dotyczą innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zgodnie z informacją przedstawioną w JEDZ, dotyczą one postępowania, do którego opublikowano ogłoszenie o numerze 2017/S 103-205160. Co istotne, przedmiotem tamtego postępowania było zupełnie co innego (dostawa przyczep do przewozu kontenerów), aniżeli przedmiotowego postępowania. Jest to kolejny element wskazujący na, co najmniej, lekkomyślność Konsorcjum mające na celu wprowadzenie w błąd zamawiającego.

Uzasadniając z kolei zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią protokołu ZP-PN, będącego częścią dokumentacji postępowania, zamawiający określił szacunkową wartość zamówienia na kwotę 50 950 000,00 zł. Szacunkowa wartość zamówienia, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, jest wartością netto. Dodając zatem należny podatek VAT do tej wartości, otrzymujemy kwotę 62 668 500,00 zł. Zgodnie natomiast z opisanym przez zamawiającego podziałem kwot na części (zgodnie z wyliczeniem zamawiającego wskazanym w punkcie 11 ppkt 3 protokołu ZP-PN) można przyjąć następujące wartości dla poszczególnych części: Część A - 17 150 000,00 zł. netto, tj. 21 094 500,00 zł. brutto; Część B - 31 200 000,00 zł. netto, tj. 38 376 000,00 zł. brutto; Część C - 2 600 000,00 zł. netto, tj. 3 198 000,00 zł. brutto. Porównując te wartości do zaoferowanych przez Konsorcjum cen, możemy otrzymać następujące wyniki: dla części A: szacunkowa wartość zamówienia + VAT - 21 094 500,00 zł., cena Konsorcjum - 16 789 500,00 zł., różnica w cenie - minus 20,5%; dla części B: szacunkowa wartość zamówienia + VAT - 38 376 000,00 zł., cena Konsorcjum - 29 372 400,00 zł., różnica w cenie - minus 23,5%; dla części C: szacunkowa wartość zamówienia + VAT - 3 198 000,00 zł., cena Konsorcjum - 2 447 700,00 zł., różnica w cenie - minus 23,5%. Już zatem sama ta różnica winna wzbudzić podejrzenie zamawiającego co do realności zaoferowanych cen, co powinno skutkować wezwaniem do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że „celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp jest ustalenie przez zamawiającego faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia" (wyrok KIO z dnia 14 maja 2019 r., sygn. akt KIO 776/19). Dodatkowo wskazać należy, że „za cenę rażąco niską uznać należy cenę, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno- organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających" (wyrok KIO z dnia 11 marca 2019 r., sygn. akt KIO 319/19).

W celu wykazania, że zaoferowane w postępowaniu ceny nie są cenami rynkowymi dla Konsorcjum, wskazywał na następujące zamówienia, które Konsorcjum realizowało i w których zaoferowało ceny za dostarczenie zbliżonych drabin (mając na uwadze fakt, że Konsorcjum nie dostarczało jeszcze drabin właściwych dla części B i C zamówienia, porównaniu będą podlegać drabiny właściwe dla części A zamówienia. I tak dla zamawiającego: Lotniska Balice Kraków w roku 2020 zaoferowało cenę 3 086 206,00 zł. netto za sztukę tj. 3 796 033,00 zł. brutto; przy zakupie 8 drabin - 30 386 264,00 zł.;

porównując do ceny złożonej w postępowaniu - minus 45%. W zamówieniu dla Centralnej Szkoły PSP w Częstochowie w 2020 r.: 2 260 570,00 zł netto za sztukę, tj. 2 780 501,00 zł. brutto; przy zakupie 8 drabin - 22 244 008,00 zł.; porównując do ceny złożonej w postępowaniu - minus 25%. Realizując zamówienie Mestna Obcina Kranj (Słowenia) w roku 2019 zaoferowało cenę ok. 3 171 921,00 zł. netto za sztukę tj. 3 901 463,00 zł. brutto; przy zakupie 8 drabin - 31 211 704,00 zł.; porównując do ceny złożonej w postępowaniu - minus 47%. Jak wynika z powyższego, Konsorcjum oferuje zdecydowanie inne ceny w swojej działalności gospodarczej, a tylko w przypadku tego konkretnego zamówienia publicznego zdecydowało się na zaoferowanie drabin o cenie zdecydowanie niższej niż do tej pory.

Nawet przyjmując najniższą ofertę spośród dotychczas składanych przez Konsorcjum w innych postępowaniach, w sposób niebudzący wątpliwości widać bardzo dużą różnicę w cenie zaoferowanej w niniejszym postępowaniu. Taka konstatacja winna skutkować obowiązkiem wezwania Konsorcjum do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie dokonał tej czynności, czym uchybił zobowiązaniu wynikającemu z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z aktualnym orzecznictwem: „przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi o obowiązku zamawiającego wezwania do wyjaśnień w sytuacji, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia" (wyrok KIO z 7 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 911/19). Regulacja zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do Konsorcjum z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. W świetle powyższego, zamawiający miał obowiązek wystąpić do Konsorcjum z żądaniem złożenia wyjaśnień w sprawie podejrzenia rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy zostanie stwierdzona rozbieżność pomiędzy ceną ofertową w ofercie Konsorcjum a wyceną przedmiotu zamówienia dokonywaną przez zamawiającego z należytą starannością, w konkretnych warunkach gospodarczych i konkretnych okolicznościach sprawy czy też ceną tradycyjnie przyjmowaną przez Konsorcjum w tożsamych przedmiotowo zamówieniach. W świetle brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie ulega wątpliwości, że zamawiający mógł i powinien powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez Konsorcjum za zaoferowaną cenę.

Odwołujący podniósł, że celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii

Europejskiej podnosi się, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyrok TSUE z 22 czerwca 1989 r., sygn. akt 103/88; wyrok z 27 listopada 2001 r., sygn. akt C-285/99; wyrok z 15 maja 2008 r., sygn. akt C-147/06; wyrok z 29 marca 2012 r., sygn. akt C-599/10). Zasadność zastosowania procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w tej sprawie, wobec oferty Konsorcjum, wydaje się być oczywista. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, in principio, zawiera generalne klauzule, zawierające przy tym pewien element subiektywnej oceny zamawiającego, która to subiektywność z natury rzeczy może mieć miejsce, zwłaszcza gdy zamawiający na tym etapie dysponuje jedynie informacją o wysokości ceny (a nie o elementach, które są podstawą jej wyliczania, czy przyczynach pozwalających na zaoferowanie ceny w takiej, a nie innej wysokości). Przepis w dalszej części podaje przykład, który powinien być traktowany, jako sytuacja wypełniająca wskazane na wstępie klauzule generalne. Nie oznacza to, że tylko zaistnienie różnicy 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, może jedynie uprawniać do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. Przepis stanowi bowiem na wstępie, że zwrócenie się o wyjaśnienia i dowody powinno mieć miejsce, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. „Wydaje się" czy „budzi wątpliwości zamawiającego" są pojęciami nieostrymi i należy uznać, że celowo zostały te pojęcia wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającemu szerokie możliwości działania, z których niestety nie skorzystał w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem odwołującego, zamawiający winien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powrócić do etapu badania i oceny ofert, a następnie wezwać Konsorcjum do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający, w dniu 14 lutego 2020 r., poinformował wykonawcę który złożył ofertę w postępowaniu, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego przystąpili, w dniu 17 lutego 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Rosenbauer Polska

Sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach, Rosenbauer Karlsruhe GmbH & Co. KG z siedzibą

w Karlsruhe, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 26 lutego 2020 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej w postępowaniu przez przystępującego, treścią wyroku wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą 20 stycznia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2591/19, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, pismem procesowym przystępującego złożonym na posiedzeniu, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba w tym zakresie nie stwierdziła, co wykazywał zamawiający w swoim piśmie procesowym, iż zachodzi przesłanka opisana w art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, skutkująca koniecznością odrzucenia odwołania. Wprawdzie podniesiony w odwołaniu zarzut, polegający na zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum z postępowania z uwagi na umyślne (zamierzone działanie) wprowadzanie zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji kluczowych do oceny, czy oferowany przedmiot spełnia wymagania zamawiającego, czym naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, ewentualnie zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania z uwagi na nieumyślne (lekkomyślność) przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, czym naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, był podnoszony również w odwołaniu z 20 grudnia 2019 r., jako zarzut numer pięć, jednak dostrzeżenia wymaga, że uzasadnienie tego zarzutu dotyczyło okoliczności, że Konsorcjum próbowało przedstawić pewne informacje wyłącznie w celu stworzenia u zamawiającego poczucia, że oferuje przedmiot zamówienia spełniający wymagania zamawiającego. Obecnie, odwołujący uzasadnia ten zarzut, podnosząc inne okoliczności faktyczne. Skład orzekający zwraca uwagę, że chociaż przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji legalnej zarzutu odwołania, to Krajowa Izba Odwoławcza wypracowała jednak w orzeczeniach własną definicję tego terminu, zgodnie z którą zarzut odwołania to „zespół okoliczności faktycznych i prawnych, tj. czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne". Tym samym treść zarzutu stanowi zarówno podstawa prawna, jak też faktyczna.

W okolicznościach niniejszej sprawy, chociaż odwołujący sformułował zarzut podając tą samą podstawę prawną, inne są okoliczności faktyczne, opisane przez odwołującego.

Z kolei podnoszony, jako ewentualny, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, polegający na zaniechaniu wezwania Konsorcjum do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny faktycznie w takim samym zakresie stanowił zarzut numer sześć w poprzednim postępowaniu odwoławczym. Został on wówczas sformułowany z ostrożności procesowej i w związku z uwzględnieniem odwołania w zakresie zarzutu numer trzy nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu. Z treści uzasadnienia wyroku KIO z 20 stycznia 2020 r. (sygn. akt KIO 2591/19) wynika, że: „Przedmiotowy zarzut został przez odwołującego sformułowany z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby żaden z pięciu zarzutów opisanych powyżej nie został przez Izbę uznany za zasadny. W tej sytuacji, w związku z uwzględnieniem odwołania w zakresie zarzutu nr 3, tak sformułowany zarzut nr 6 nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu." Powyższe świadczy o tym, że pomimo, że z sentencji wynika, że uwzględniony został przez Izbę jeden z zarzutów, pozostałe zaś podlegały oddaleniu, to zarzut powyższy, z uwagi na jego sformułowanie jako zarzut ewentualny - nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę. Stwierdzić również należy, że pomimo powtórzenia przez zamawiającego czynności w postępowaniu, zgodnie z sentencją cytowanego powyżej wyroku, w tym ponownym badaniem i oceną ofert - zamawiający nie wezwał przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Izba nie znalazła również podstaw do wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości UE, o co wnioskował przystępujący. W ocenie Izby nie zachodziła bowiem uzasadniona wątpliwość co do wykładni, wskazanych w piśmie procesowym, przepisów prawa unijnego.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością

poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie. Jego oferta, w procesie badania i oceny ofert została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert a, zdaniem odwołującego, wyłącznie w wyniku dokonania opisywanych w treści odwołania naruszeń przez zamawiającego, nie została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. W związku z powyższym odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta odwołującego zostanie sklasyfikowana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, a tym samym odwołujący ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej w postępowaniu przez przystępującego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego na rozprawie, składane na okoliczność wykazania, że przystępujący w swojej praktyce rynkowej stosuje ceny wyższe, niż zaproponował w tym postępowaniu zamawiającemu:

1. Porównanie ceny drabiny pożarniczej klasy 30 metrów dla lotniska Kraków-Balice z oferowaną w postępowaniu, wraz z informacją z otwarcia ofert;

2. Porównanie ceny drabiny pożarniczej klasy 30 metrów dla szkoły PSP w Częstochowie z oferowaną w postępowaniu, wraz z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty;

3. Porównanie ceny drabiny pożarniczej klasy 30 metrów dla komendy miejskiej PSP w Łodzi z oferowaną w postępowaniu;

4. Porównanie ceny drabiny pożarniczej klasy 30 metrów dla Słowenii Gmina Kranj z oferowaną w postępowaniu, wraz z decyzją o udzieleniu zamówienia;

5. Porównanie ceny drabiny pożarniczej klasy 30 metrów dla Gerasdorf Austria z oferowaną w postępowaniu, z protokołem z otwarcia ofert;

6. Porównanie ceny drabiny pożarniczej klasy 30 metrów dla Westendorf z oferowaną w postępowaniu, z protokołem z otwarcia ofert;

7. Porównanie ceny drabiny pożarniczej klasy 30 metrów dla miasta Frankfurt - Niemcy z oferowaną w postępowaniu, wraz z ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia.

Izba pominęła dowód, wnioskowany przez odwołującego, w postaci wydruku ze strony internetowej firmy Rosenbauer, przedstawiony na okoliczność wskazania istnienia powiązań kapitałowych pomiędzy członkami Konsorcjum, gdyż został on złożony wyłącznie w języku angielskim, bez tłumaczenia na język polski. Zgodnie z §19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z 22 marca 2010 r. (tj. z 7 maja 2018 r., Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody złożone przez przystępującego na rozprawie w postaci:

1. Opinii prawnej w przedmiocie sposobu uzupełniania dokumentu JEDZ w zakresie doradztwa instytucji zamawiającej, sporządzonej na zlecenie Rosenbauer Polska Sp. z o.o.;

2. Tabelarycznego zestawienia kontraktów, zawartych przez firmę IVECO MAGIRUS, której odwołujący jest przedstawicielem, wraz z załączonymi wydrukami Ogłoszeń dla wszystkich postępowań, w których udzielono zamówień na tożsamy przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na charakter zarzutów zawartych w odwołaniu Izba pominęła, wnioskowane przez odwołującego dowody (oznaczone jako Tajemnica przedsiębiorstwa), na okoliczność, że cena w ofercie Konsorcjum nie jest rażąco niska, że przystępujący może w niektórych elementach obniżyć oferowane ceny oraz celem wykazania, że przystępujący osiągnie zysk z realizacji tego zamówienia, w postaci szczegółowego obliczenia ceny: (i) dla zadania B i C; (ii) dla zadania A oraz w postaci analogicznej kalkulacji sporządzonej w zamówieniu dla PSP w Częstochowie, uznając je za nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy. Odwołujący kwestionował poziom ceny, zaoferowanej przez przystępującego w ofercie, porównując ją do innych cen ofertowych, w innych postępowaniach. Nie wskazywał natomiast w którym

miejscu, z jakich powodów czy w jakich elementach, kalkulacja ceny Konsorcjum jest nieprawidłowa.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że zamawiający prowadzi postępowanie, w imieniu i na swoją rzecz, oraz w imieniu i na rzecz pozostałych Komend Wojewódzkich Państwowej Straży Pożarnej w Lublinie, Krakowie, Warszawie, Kielcach, Wrocławiu, Gorzowie, Łodzi Opolu, Rzeszowie, Białymstoku, Katowicach, Olsztynie i Szczecinie. Zgodnie z pkt 3 SIWZ zamówienie podzielono na 3 części tj. część A obejmującą dostawę 7 sztuk samochodów z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 30 metrów; część B - dostawę 12 sztuk samochodów z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 40 m; część C - dostawę 1 sztuki samochodu z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 37 m.

Przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający przeprowadził dialog techniczny. Jak ustaliła Izba, w ramach prowadzonej procedury, zamieścił na stronie BIP informację o zaproszeniu do dialogu technicznego, przeprowadzeniu dialogu technicznego, o podmiotach, które uczestniczyły w dialogu technicznym, wraz z regulaminem przeprowadzenia dialogu technicznego w KW PSP w Toruniu oraz zawiadomienie o dopuszczeniu do dialogu technicznego i informację o jego zakończeniu. Zamawiający opublikował też informacje o przedmiocie dialogu technicznego, wskazując podmioty już zaproszone do dialogu. Z dokumentów zamieszczonych przez zamawiającego wynika, że w dialogu udział wzięli: FireMax Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Rosenbauer Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach. Zamawiający wypełnił także obowiązek polegający na zamieszczeniu informacji o dialogu technicznym w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ oraz protokole postępowania (art. 96 ust 2a ustawy Pzp).

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający, działając zgodnie z art. 24aa ustawy Pzp, przewidział w SIWZ, że w prowadzonym postępowaniu najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada czy wykonawca, którego oferta była najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w SIWZ.

Z kolei z pkt II.1.5) Ogłoszenia o zamówieniu, opublikowanego 14 października 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 198-480703 (dalej „Ogłoszenie") wynika, że zamawiający ustalił szacunkową całkowitą wartość zamówienia na kwotę 41 422 764,00 zł. W dalszej części zamawiający określił również wartości poszczególnych części i tak: 13 943 089,00 zł. dla części A; 25 365 853,00 zł. dla części B; 2 113 821,00 zł. dla części C - pkt II.2.6) Ogłoszenia, opisujące poszczególne części. Na okoliczność szacowania wartości zamówienia zamawiający sporządził także trzy notatki służbowe (z 13 sierpnia 2019 r.), określające wartości szacunkowe zamówienia, oddzielnie dla wszystkich części. Z treści tych notatek wynika, że wpisane w Ogłoszeniu kwoty wynikają z przeprowadzenia wcześniejszej procedury oszacowania wartości zamówienia.

Ponadto, jak wynika z akt postępowania, 10 grudnia 2019 r. zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum Rosenbauer Polska Sp. z o.o. oraz Rosenbauer Karlsruhe GmbH & Co. na kwoty brutto: w części A - 16 789 500,00 zł., w części B - 29 372 400,00 zł., w części C - 2.447.700,00 zł., co łącznie daje kwotę brutto 48 609 600,00 zł. W postępowaniu wpłynęła ponadto oferta odwołującego, który zaproponował następujące ceny za realizację zamówienia brutto: w części A - 18 929 946,00 zł., w części B - 36 836 532,00 zł., w części C - 3 069 711,00 zł., co daje łącznie kwotę 58 836 189,00 zł.

Odwołujący 20 grudnia 2019 r. wniósł do KIO odwołanie (sygn. akt KIO 2591/19). Powyższe Izba rozstrzygnęła wyrokiem z 20 stycznia 2020 r. i orzekła o uwzględnieniu zarzutu oznaczonego numerem 3 i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części A, B i C, wezwanie Konsorcjum na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu JEDZ oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. W pozostałym zakresie odwołanie oddalono.

Zamawiający wykonał czynności zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej. Pismem z 29 stycznia 2020 r. wezwał Konsorcjum do uzupełnienia JEDZ. W odpowiedzi na wezwanie, Konsorcjum uzupełniło żądane dokumenty, składając dodatkowe wyjaśnienia w zakresie udziału Rosenbauer Polska Sp. z o.o. w dialogu technicznym. Zamawiający, w tym samym dniu, ponownie dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum a informację o wyborze opublikował na stronie internetowej oraz przesłał wykonawcom za pomocą Platformy Zakupowej. Na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej odwołujący

po raz drugi złożył odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający stwierdza, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że w niniejszym postępowaniu odwołujący formułował już wcześniej zarzuty dotyczące dokumentów JEDZ złożonych przez Konsorcjum, przy czym zarzuty dotyczyły zaniechania wezwania do uzupełnienia JEDZ w sytuacji, co jak wskazywał odwołujący, jeden z członków konsorcjum brał udział w przygotowaniu postępowania. Takie wnioski płyną z analizy opisu zarzutów, sformułowanych przez odwołującego w postępowaniu odwoławczym, któremu nadano sygn. akt KIO 2591/20. Jak czytamy w uzasadnieniu orzeczenia, w zakresie zarzutu opisanego jako nr 3: „Odwołujący wskazał, że zamawiający, przed wszczęciem postępowania, prowadził dialog techniczny.

W dialogu tym uczestniczyły 2 podmioty - Odwołujący oraz członek Konsorcjum (Rosenbauer Polska Sp. z o.o.). Jednocześnie, wskazany wyżej członek Konsorcjum nie podał w dokumencie JEDZ informacji o tym, ze brał udział w przygotowaniu postępowania - dialogu technicznym. W związku z tym Zamawiający winien wezwać Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu JEDZ poprzez zawarcie w nim informacji, że członek Konsorcjum - Rosenbauer Polska Sp. z o.o., brał udział w przygotowaniu postępowania, tj. w dialogu technicznym.

W innym bowiem przypadku, złożony przez Konsorcjum dokument zawiera treści nieprawdziwe, niezgodne ze stanem faktycznym. Zdaniem Odwołującego Zamawiający mógł też wezwać Konsorcjum do wyjaśnień w tym zakresie, z jakiego powodu nie została zaznaczona informacja o wzięciu udziału w przygotowaniu postępowania, a dopiero w następnym kroku wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia. Żadnej z tych czynności Zamawiający nie dokonał, czym uchybił art. 26 ust. 3 ustawy Pzp lub art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.” Nie budzi zatem wątpliwości, w ocenie Izby, że odwołujący zarzucał przystępującemu, że członek Konsorcjum - Rosenbauer Polska Sp. z o.o., który brał udział w przygotowaniu postępowania, tj. w dialogu technicznym, nie zamieścił stosownej informacji o tym w JEDZ. Podobne zastrzeżenia nie były natomiast podnoszone wobec treści JEDZ złożonego przez drugiego członka Konsorcjum - Rosenbauer Karlsruhe GmbH & Co. KG.

Dalej należy zauważyć, że Izba wydała w tym przedmiocie orzeczenie (wyrok z 20 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2591/19), nakazując wezwanie do uzupełnienia JEDZ. Konsorcjum uzupełniło JEDZ odrębnie dla każdego podmiotu, przy czym informacje znajdujące się w dokumencie JEDZ dla Rosenbauer Karlsruhe GmbH & Co. KG zostały powtórzone w dokumencie JEDZ uzupełnionym po wyroku Izby, a zatem wykonawca ten nie zmieniał w tym zakresie informacji tam zawartych. Należy stwierdzić, że odwołujący powziął informację o tym, jakiej treści oświadczenie złożył drugi z członków Konsorcjum już w dacie wcześniejszej tj. w chwili dokonania przez zamawiającego wyboru 10 grudnia 2019 r. i wówczas miał możliwość kwestionowania tego dokumentu. Analiza treści złożonego poprzednio odwołania, jak też uzasadnienia wyroku KIO w sprawie o sygn. akt KIO 2591/19 wskazują, że odwołujący podnosił wyłącznie okoliczność, że Rosenbauer Polska Sp. z o.o. nie podał w JEDZ informacji odnośnie udziału w dialogu technicznym. Już tylko z tego powodu postawiony przez odwołującego zarzut należy uznać za spóźniony. Zarzut w tym przedmiocie stanowi próbę obejścia art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, określającego termin na wniesienie odwołania.

Niezależnie od powyższego, nie było sporne w niniejszej sprawie, że jeden z wykonawców, którzy obecnie ubiegają się wspólnie o udzielenie zamówienia tj. Rosenbauer Polska Sp. z o.o. brał udział w dialogu technicznym. Drugi z nich - Rosenbauer Karlsruhe GmbH & Co. KG nie uczestniczył w tym dialogu. Odwołujący wskazywał na treść rubryki w JEDZ: „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał (-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był (-o) w inny sposób zaangażowany (-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. Jeśli tak, to

proszę podać szczegółowe informacje na ten temat” twierdząc, że członek Konsorcjum - Rosenbauer Karlsruhe GmbH & Co. KG, jako powiązany z Rosenbauer Polska Sp. z o.o., winien w tej rubryce wpisać odpowiedź twierdzącą. Jak już wcześniej Izba zauważyła takiego zarzutu odwołujący nie formułował na etapie składania poprzedniego odwołania. Niezależnie od powyższej okoliczności zauważyć należy, że sam fakt istnienia „jakichś” powiązań pomiędzy podmiotami, których to istnienia odwołujący nie wykazał za pomocą żadnych dowodów, nie przesądza jeszcze, że drugi z podmiotów w jakimkolwiek zakresie uczestniczył, a zatem wykonywał czynności w dialogu technicznym, a w rezultacie w przygotowaniu postępowania.

Zauważyć należy, że w przypadku gdy o zamówienie ubiega się kilku wykonawców wspólnie, obowiązkiem każdego z nich jest złożyć JEDZ. Oznacza to również, że w odniesieniu do każdego z wykonawców odrębnie badane są także przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Podzielić należy stanowisko zamawiającego i przystępującego, że skoro Rosenbauer Karlsruhe GmbH & Co. KG nie uczestniczył w żadnym zakresie w dialogu technicznym, brak było podstaw do zaznaczenia opcji „tak” w odpowiednim punkcie JEDZ.

Odwołujący sformułował również w tym zakresie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp twierdząc, że celem Konsorcjum było wprowadzenie zamawiającego w błąd co do udziału drugiego z podmiotów w przygotowaniu postępowania. Z takim twierdzeniem nie sposób zgodzić się już tylko z tego powodu, że informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, to wszelkie informacje nieprawdziwe, czyli niemające odzwierciedlenia w rzeczywistości. W kwestii rozumienia, co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, odwołać się należy do wytycznych dotyczących rozumienia tej kategorii, zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (OSNC 2003/3 poz. 42). W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 15 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 380/18) w którym skład orzekający stwierdził, że zamawiający, oceniając czy informacje podane przez wykonawcę wprowadzają go w błąd, powinien się ograniczyć wyłącznie do jednoznacznego ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa. Aby uznać informację za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił. W kontekście powyższego uznać należy, że skoro nie budziło wątpliwości który z podmiotów brał udział w dialogu technicznym, a który podmiot w tym dialogu nie uczestniczył, nie doszło przede wszystkim do złożenia oświadczenia, które nie byłoby zgodne z rzeczywistością. Uznać tym samym należy, że nie zaistniała przesłanka do wykluczenia Konsorcjum ani w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 ani też w trybie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Izba nie podziela również stanowiska odwołującego, że zaszły przesłanki wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności, skład orzekający nie podziela, formułowanego w treści odwołania, poglądu odwołującego, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp wprowadza domniemanie, że każdy udział w przygotowaniu postępowania powoduje zakłócenie konkurencji. Nie ulega wątpliwości, że badanie przesłanki wykluczenia na podstawie wzmiankowanego przepisu musi uwzględniać okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Nie jest wystarczające stwierdzenie, że w danej sprawie zaszła okoliczność, którą w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się jako typowy przykład zakłócenia konkurencji. Analiza przepisów art. 24 ust. 1 pkt 19 i art. 24 ust. 10 ustawy Pzp zmierza do wniosku, że na gruncie pierwszej z wymienionych regulacji obowiązkiem zamawiającego jest przeanalizowanie, czy w postępowaniu w ogóle doszło do zakłócenia konkurencji przez udział w nim danego wykonawcy. Dopiero, w razie pozytywnych wyników tej analizy, zamawiający ma obowiązek rozważenia możliwości wyeliminowania tego stanu, ale ma to uczynić za pomocą środków innych niż wykluczenie takiego wykonawcy (adresatem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp jest bowiem zamawiający).

Co więcej, nawet w przypadku, w którym zamawiający nie dostrzeże takiej możliwości, a więc dojdzie do wniosku, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie ww. przepisu, zobligowany jest jeszcze, zgodnie z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp - umożliwić wykonawcy, którego zamierza wykluczyć, udowodnienie, że jego udział w postępowaniu nie

zakłóci konkurencji. Dopiero po wyczerpaniu tej procedury zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę, przy czym okoliczności, na których oparł taką decyzję powinny zostać, zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, wskazane w uzasadnieniu tej decyzji.

Co wymaga podkreślenia, oceny w zakresie czy doszło do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, każdorazowo należy dokonywać z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. W szczególności, w ocenie Izby, należy zbadać czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia i czy możliwe jest wyeliminowanie tej przewagi bez konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości (dalej „ETS"), w wyroku z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom SA v. Państwo Belgijskie, zwrócił uwagę na brak automatyzmu przy wykluczeniu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu danego postępowania. ETS stwierdził, że udział danego wykonawcy w niektórych pracach przygotowawczych może prowadzić do zakłócenia konkurencji pomiędzy oferentami. Uznał jednak również, że istnieją przypadki, w których wykluczenie z procedury przetargowej osób wykonujących niektóre prace przygotowawcze jest nieuzasadnione, bowiem ich uczestnictwo w procedurze nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla konkurencji między oferentami. Tym samym, zamawiający jest obowiązany wykluczyć wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania tylko i wyłącznie wtedy, gdy jego udział w tym postępowaniu utrudnił konkurencję, tj. jego pozycja była korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących oraz, że spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Nie sposób oczywiście zaprzeczyć, że wykonawca, który w jakikolwiek sposób uczestniczy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, nabywa informacje o przedmiocie zamówienia, które na pewnym etapie nie są znane jeszcze innym potencjalnym uczestnikom postępowania. Nie oznacza to jednak, że powstałego na tym tle zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować poprzez podjęcie w postępowaniu odpowiednich czynności. Mając na uwadze sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp i wynikające z niego dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje, zastosowanie tego przepisu wymaga zachowania przez zamawiającego szczególnej ostrożności i nie może budzić wątpliwości. Wykluczenie wykonawcy, biorącego udział w przygotowaniu postępowania traktować należy jako rozwiązanie ostateczne, które może mieć miejsce jedynie, kiedy spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób. Za taką właśnie interpretacją tego przepisu, zdaniem składu orzekającego, przemawia art. 57 ust. 4 lit. f i art. 41 i art. 41 dyrektywy 2014/24/UE.

Biorąc powyższe pod uwagę, nie jest tak jak twierdzi odwołujący, że sam udział w dialogu powoduje już, że doszło do zakłócenia konkurencji w danym postępowaniu. Zresztą sam ustawodawca, który wprowadził do ustawy przepisy przewidujące przeprowadzenie dialogu (zgodnie z brzmieniem art. 31a ustawy Pzp zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, może poinformować wykonawców o planach i oczekiwaniach dotyczących zamówienia, w szczególności może przeprowadzić dialog techniczny, zwracając się do ekspertów, organów władzy publicznej lub wykonawców o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy), chociaż nie uregulował szczegółowo jak owa procedura ma przebiegać, we wprowadzonym do ustawy Pzp art. 31d wskazał, że jeżeli istnieje możliwość, że o udzielenie zamówienia będzie ubiegał się podmiot, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania, to zamawiający zapewnia, że udział tego podmiotu w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom informacje, które uzyskał i przekazał podczas przygotowania postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Analiza dokumentacji postępowania, w tym dokumentacji z przeprowadzonego dialogu technicznego potwierdzają, że procedura ta przebiegła zgodnie z cytowanymi przepisami ustawy Pzp. Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wszystkich czynności, w szczególności udostępnił wykonawcom protokoły z dialogu, zbiorczą informację z tego dialogu. Wykonawcy byli więc informowani o przebiegu tej procedury na każdym etapie, a informacje powyższe zamieszczano na stronie internetowej zamawiającego.

Skład orzekający nie dopatrzył się też w samym OPZ postanowień, które mogłyby zakłócać konkurencję w tym postępowaniu. Z akt sprawy wynika również, że żaden z wykonawców nie kwestionował, aby sposób opisania przedmiotu zamówienia utrudniał uczciwą konkurencję, żaden z wykonawców nie zwracał uwagi na jakiekolwiek

postanowienia, które preferowałyby określony krąg wykonawców. W postępowaniu nie zostało złożone odwołanie od postanowień SIWZ, ani nawet żaden wniosek o wyjaśnienie jej treści sugerujący, że zawarto w niej zbyt restrykcyjne wymagania względem przedmiotu zamówienia, uniemożliwiające, bądź utrudniające przygotowanie oferty, czy dotrzymanie przewidzianych wzorem umowy terminów realizacji zamówienia. Co więcej, zgodzić się należy z przystępującym, że taką przewagę konkurencyjną w postępowaniu uzyskał raczej odwołujący, który również w dialogu uczestniczył. Dowodem na to jest fakt przyznania odwołującemu w kryteriach, gdzie oceniane były parametry techniczne, większej ilości punktów.

Za nietrafione należy uznać także argumenty, że złożone przez drugiego członka Konsorcjum wyjaśnienia w treści JEDZ nie są wystarczające do uznania, że w udział tego podmiotu w dialogu nie spowodował zakłócenia konkurencji. Należy zauważyć, że zgodnie z przywoływanym już wcześniej wyrokiem KIO, zamawiający pismem z 29 stycznia 2020 r. wezwał Konsorcjum do uzupełnienia JEDZ. W odpowiedzi na wezwanie, Konsorcjum uzupełniło żądane dokumenty, składając dodatkowe, obszerne wyjaśnienia w zakresie udziału Rosenbauer Polska Sp. z o.o. w dialogu technicznym. Jak wyjaśnił zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i co powtórzył na rozprawie, dokonał oceny, czy udział przystępującego w dialogu technicznym nie zakłócił konkurencji na tyle, aby powodowało to konieczność wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Przedstawione wyjaśnienia zamawiający uznał za wystarczające i nie budzące jego wątpliwości. Do podobnych wniosków doszedł także skład orzekający w niniejszej sprawie, analizując całokształt materiału dowodowego. Nie sposób stwierdzić, że udział Rosenbauer Polska Sp. z o.o. w dialogu technicznym spowodował zakłócenie konkurencji w postępowaniu czy też naruszył zasadę niedyskryminacji i przejrzystości.

Izba nie stwierdziła także, aby w postępowaniu został naruszony przez zamawiającego przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Obowiązek wezwania do wyjaśnień, zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp zachodzi, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp 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. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w niniejszej sprawie nie zachodzi sytuacja, w której wezwanie do wyjaśnień, zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, byłoby obligatoryjne, tj. ceny ofert złożonych przez przystępujących nie są niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Jak ustaliła Izba, zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę netto 41 422 764,00 zł., co wynika z informacji zamieszczonej przez zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu. Odwołujący podał w odwołaniu w tym zakresie dane wynikające z protokołu postępowania, w którym zamawiający wpisał wartość szacunkową zamówienia, doliczając do niej podatek VAT. Z tych powodów dalsza analiza prowadzona przez odwołującego co do tego, że cena oferty jest rażąco niska, gdyż odbiega od wartości szacunkowej o ponad 20% - jest niezgodna z rzeczywistością. Faktycznie, biorąc pod uwagę informacje zawarte i w Ogłoszeniu i notatkach służbowych, sporządzonych przez zamawiającego na okoliczność szacowania wartości zamówienia - różnice w cenie przystępującego w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia, w zależności od części na którą składa ofertę, wahają się od 2,10% do 5,86%. Co również istotne, różnice w cenie oferty obu wykonawców - także nie są znaczące.

Nie ulega wątpliwości, że powyższe nie przesądza jeszcze, że zamawiający nie ma prawa wezwać wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Aby jednak takie wezwanie było uzasadnione, cena oferty lub koszt lub ich istotne części składowe, muszą wydawać się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Podkreślić należy jednak, że adresatem tego przepisu jest zamawiający, gdyż przepis stanowi, że wezwanie takie jest zasadne, jeśli to zamawiający takich wątpliwości nabierze. Powstaje

zatem pytanie, czy w niniejszej sprawie zachodzą takie okoliczności, które uzasadniałyby wątpliwości zamawiającego co do ceny oferty przystępującego i w konsekwencji wezwanie do wyjaśnień, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Na powyższe pytanie należy odpowiedzieć przecząco. Wprawdzie na rozprawie odwołujący przedstawił szereg dowodów, mających wskazywać, że cena zaproponowana przez Konsorcjum w tym postępowaniu w sposób znaczący odbiega od cen proponowanych przez tego wykonawcę w innych postępowaniach. Podkreślał, że dane przez niego przedstawione dotyczą zamówień tożsamych lub podobnych do przedmiotowego. Zauważyć jednak należy przede wszystkim, że swoje dane odwołujący przedstawiał w sposób niestaranny, zarówno zamawiający jak przystępujący zwrócili uwagę na inną ilość zamawianych drabin w części pierwszej, jak też różnice w wyliczeniach, które przedstawiane były w tabeli w treści odwołania, a następnie prezentowane w złożonych na rozprawie dowodach, odnoszące się do konkretnych zamówień, realizowanych na rzecz innych zamawiających.

Izba uznała, że chociaż rozbieżności cenowe w ofertach składanych przez przystępującego występują, to wynika to z faktu, że każde z zamówień różni się co do szczegółów i to takich elementów, które mają wpływ na sposób kalkulacji ceny. Kilka z tych różnic wskazano jako przykładowe na rozprawie tj. typy podwozi, ilości pojazdów, użyte materiały. W końcu dostrzec należy, że wpływ na cenę kalkulowaną przez danego wykonawcę w konkretnym postępowaniu mają jeszcze inne elementy, które występują w danym zamówieniu, niezależne od samego opisu przedmiotu zamówienia, takie jak termin dostawy (krótki może powodować, że wykonawca dolicza sobie pewne kwoty z tytułu ewentualnego ryzyka niedotrzymania tego terminu) czy warunki danej umowy (np. ustalenie wysokich kar umownych).

Ponadto, analiza informacji odnośnie cen proponowanych w innych postępowaniach, w kontekście cen zaproponowanych przez samego odwołującego, prowadzi do wniosku, że i w jego ofertach występują różnice cenowe. Jak podkreślał przystępujący jest to zjawisko naturalne z tej przyczyny, że szereg elementów ma wpływ na kalkulację ceny w danym postępowaniu. Wynika to także z dowodu przedłożonego przez przystępującego na rozprawie w postaci zestawienia kontraktów firmy IVECO Magirus. Rozbieżności cenowe w przypadku tożsamych zamówień, w zależności od konkretnego postępowania wskazują, że takie różnice w cenach są czymś powszechnym na rynku.

W związku z powyższymi ustaleniami, Izba nie stwierdziła zaistnienia okoliczności, które dawałyby podstawę do powzięcia wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez przystępującego. Tym samym Izba stwierdziła, że nie zachodzi konieczność wezwania go do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: .....