Sygn. akt: KIO 4519/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **„POMPAX" sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7A, Kłoda, 46-130 Rydzyna** oraz **PRZEDSIĘBIORSTWO „AGAT" S.A., ul. Paderewskiego 95-040 Koluszki,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Narodowe Centrum Badań Jądrowych,ul. Andrzeja Sołtana 7, 05-400 Otwock,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, tj. wykonawcy **Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A., ul. Wolności 318 41-800 Zabrze,**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu nr 2 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A. do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie różnic w kalkulacji kosztów prefabrykacji pomp przedstawionych w Formularzu 2.2. i w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 4 listopada 2024 r. oraz w zakresie kalkulacji kosztów dotyczących sprzęgła i płyty fundamentowej, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. **oddala odwołanie** w pozostałym zakresie,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 1/3 oraz odwołującego w części 2/3, i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,
2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 4519/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Narodowe Centrum Badań Jądrowych, ul. Andrzeja Sołtana 7, 05-400 Otwock, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja układu pomp chłodzenia basenu Reaktora Maria", numer: EZP.270.41.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09.09.2024 r., nr 175/2024 540085-2024.

W dniu 02.12.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: „POMPAX" sp. z o.o.,ul. Przemysłowa 7A, Kłoda, 46-130 Rydzyna oraz PRZEDSIĘBIORSTWO „AGAT" S.A., ul. Paderewskiego 1, 95-040 Koluszki, (dalej: „Odwołujący"), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez niezasadne jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Powen Wafapomp, gdy tymczasem zaoferowana cena oferty oraz istotna część składowa ceny określona i wyceniona w etapie III formularza cenowego z dnia 21 października 2024 r. zawierają cenę rażąco niską w stosunku do wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego w protokole postępowania oraz ofert innych wykonawców złożonych w postępowaniu, co potwierdzają niespójne i zawierające nierzeczywistą, nieznajdującą potwierdzenia w załączonych dowodach kalkulację cenową wyjaśnienia Powen Wafapomp zawarte w złożonym dokumencie z dnia 04.11.2024 r., skutkiem czego wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie oferowanej ceny oraz możliwości wykonania zamówienia w oferowanej cenie, co miało istotny wpływ na wybór jego oferty,
2) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Powen Wafapomp do

złożenia dodatkowych wyjaśnień, w sytuacji gdy złożone wyjaśnienia w piśmie z dnia 04.11.2024 r. pozostawały w sprzeczności z dokumentacją zamówienia i nie udzielały jednoznacznych odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania określone w wezwaniu z dnia 28.10.2024 r.,

3)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 uznk w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Powen Wafapomp, pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk z uwagi na zastosowanie w wycenie oferty tzw. inżynierii cenowej,

4)art. 224 ust. 6 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Powen Wafapomp, pomimo że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają ceny zamówienia podanej w formularzu cenowym z dnia 21.10.2024 r. oraz ceny istotnej części składowej określonej w etapie III, z uwagi na niespójności i rozbieżności w kalkulacji cenowej m.in. w zakresie wyceny zawartej w formularzu cenowym z dnia 21.10.2024 r., w tym wyceny etapu IIE w stosunku do kalkulacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 04.11.2024 r. oraz dokumentacji zamówienia, a w konsekwencji:

5)art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„(…) wartość zamówienia została wskazana na kwotę 5 595 065, 00 zł netto. W formularzu cenowym z dnia 21 października Wykonawca Powen - Wafapomp wycenił wartość zamówienia na kwotę 1 682 645,00 zł/netto tj. 2 069 653,35 zł/brutto. W związku z niską ceną zaproponowaną przez Powen Wafapomp, Zamawiający dnia 28 października 2024r. wezwał Wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przedstawionej oferty. Zamawiający jednocześnie wskazał, iż wyjaśnień należy udzielić w nieprzekraczalnym terminie do dnia 31 października 2024r. Wykonawca udzielił wyjaśnień pismem z dnia 4 listopada 2024r. W następstwie złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień Zamawiający uznał, iż kwestia rażąco niskiej ceny została wyjaśniona w sposób dostateczny, w związku z czym dokonał wyboru oferty Powen Wafapomp, jako oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu.

Zarzut nr 1 oraz nr 2

W związku z powziętymi wątpliwościami w zakresie cen przedstawionych przez Wykonawcę w zakresie rażąco niskiej ceny, Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 28 października 2024 r. o udzielenie wyjaśnień, w celu ustalenia czy zaoferowana cena i istotne części składowe nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, aby wyjaśnienia zawierały szczegółowe wyceny wszystkich etapów, gdyż wycena Etapu I jest niewspółmiernie wysoka względem całego zamówienia, zaś wycena Etapu III i Etapu IV budzi spore wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca wskazał, iż każdy z etapów zawiera takie same ceny jak te wskazane w formularzu cenowym, jednak złożone wyjaśnienia należy uznać za ogólne i nieprzekonywujące, zaś z załączonych dowodów na poparcie twierdzeń Wykonawcy wynikają rozbieżności. W szczególności za niejasne i budzące wątpliwości należy uznać wyjaśnienia dotyczące etapu III. Poniżej przedstawiony został opis sposobu kalkulacji Wykonawcy etapu III, polegającego na jego celowym niedoszacowaniu oraz nieuwzględnieniu części kosztów wynikających z dokumentacji zamówienia w celu wykazania jak najniższej wyceny etapu III. (…)

W ramach złożonych wyjaśnień dotyczących etapu III, Wykonawca wskazał opis materiałów oraz usług, które składają się na cały etap III. Pierwsza pozycja wyjaśnień zawarta w pkt. a) opisu etapu III, dotyczy „Prefabrykacji pomp wg Wykonawczego Projektu Technicznego zaakceptowanego przez I Prezesa PAA". Poprzez zwrot „prefabrykacja" należy rozumieć "produkowanie kompletnego agregatu pompowego zdatnego do użytku zgodnego z przeznaczeniem. Zgodnie z dokumentem „Opis Przedmiotu zamówienia" z dnia 29.07.2024r. wynika, iż w zakres zamówienia wchodzą m.in. 4 pompy główne oraz 2 pomy powyłączeniowe. Zgodnie natomiast z formularzem 2.2 „Wykaz Ofertowanych Urządzeń Oraz Parametrów Technicznych" złożonym przez Powen Wafapomp, cena jednostkowa netto jednej pomy głównej wynosi 137 000,00 zł netto/szt., zaś cena jednostkowa pompy powyłączeniowej wynosi 67 000,00 zł netto/szt. Łączna kwota 6 agregatów pompowych wynosi tj. 4x 137 000,00 + 2x 67 000,00 = 682 000 00 zł. W ten sposób została wyliczona rzeczywista, znajdująca potwierdzenie w dokumentacji zamówienia łączna cena prefabrykacji pomp wg. wskazanego pkt. 1 opisu etapu III,

W opisie tym w rubryce „zakupy zewnętrzne" nie została wskazana cena produktu z uwagi na fakt, iż Powen Wafapomp jest producentem agregatów pompowych i nie ma potrzeby ich nabywania od podmiotów zewnętrznych.

W skład wskazanej ceny tj. 682 000,00 zł (cena prefabrykacji pomp), wchodzą również pozycje z opisu etapu III, jako części składowe pompy, które są nabywane od innych podmiotów w ramach „zakupów zewnętrznych" tj. napędy Innomotics, uszczelnienia mechaniczne pompy John Crane, materiały odlewnicze, co wynika z wymienienia tych elementów w pkt. a) opisu etapu III oraz wskazanych poniżej załączników nr 8 i 9. Budowa agregatu pompowego została

przedstawiona w „załączniku nr. 8 agregat pompowy” oraz w „załączniku nr. 9 agregat pompowy", według którego agregat pompowy złożony jest z tj. pompy, silnika, sprzęgła oraz płyty fundamentowej. Całość w/w materiałów składa się na kompletne urządzenie tj. agregat pompowy, które można włączyć do pracy. Tego rodzaju działania Wykonawcy mają na celu niedoszacowanie kosztów produkcji agregatu pompowego, aby cena tego etapu pozostawała jak najniższa, tym samym uzyskując możliwość złożenia bardziej „konkurencyjnej” oferty.
Pozostałe punkty opisu etapu III dotyczą „zakupów zewnętrznych", z uwagi na fakt, iż Powen Wafapomp jako producent agregatów pompowych i dokonuje zakupu niektórych elementów u poddostawców, niezbędnych do wytworzenia agregatu pompowego tj.
1. Technicad-Akpia (kwota zakupu wskazana w opisie 167 680,00 zł),
2. Technicad Uzupełnienie (kwota zakupu wskazana w opisie 48 960,00 zł),
3. Armatura AMG (kwota zakupu wskazana w opisie 225 280,00 zł),
4. Armatura AMG (kwota zakupu wskazana w opisie 66 120,00),
Łączna kwota zakupów zewnętrznych materiałów wskazanych w pkt. 1-4 powyżej wynosi 508 040 zł. Wskazać należy, iż są to zakupy wymienione przez Wykonawcę w opisie etapu III.
Jeśli więc zsumujemy kwotę 682 000,00 zł (wartość pomp wynikająca z dokumentacji) wraz z materiałami z pkt. 1-4 powyżej określonymi jako „zakupy zewnętrzne”, to wartość etapu III powinna wynosić: 1 190 040,00 zł netto. Jest to kwota rzeczywista, która wynika z faktycznej kalkulacji wskazanej przez Wykonawcę i jest oparta na dokumentacji przez niego załączonej. W formularzu cenowym oraz w wyjaśnieniach etapu III, Wykonawca wskazuje wartość etapu III na kwotę 841 322,50 zł netto. Wykonawca zatem zaniżył wartość etapu III o kwotę 348 717,50zł (tj. faktyczna wartość etapu III zgodna z kalkulacją Odwołującego sporządzona w oparciu o dokumentację zamówienia 1 190 040,00 zł minus wskazana wartość 841 322,50 zł). Przedstawiona kalkulacja uwidacznia niezgodność wyceny etapu III przedstawionej przez Wykonawcę w wyjaśnieniach z cenami wynikającymi z formularza 2.2. oferowanych urządzeń oraz zakresem prac określonym w opisie przedmiotu zamówienia.
Co istotne, w celu zamierzonego niedoszacowania kalkulacji cenowej zawartej w opisie etapu III Wykonawca nie uwzględnił w opisie etapu III materiałów wynikających z załącznika „gabaryt podgląd” będącym rysunkiem podglądowym agregatu pompowego. Nie uwzględnił takich materiałów jak „sprzęgła” (na rysunku wskazane jest sprzęgło John Crane TSKS) oraz „płyty fundamentowej” na której usadowiony jest agregat pompowy wraz z silnikiem. Zamówienie składa się łącznie z 6 sztuk. agregatów pompowych, w związku z czym brak uwzględnienia wymienionych elementów pompy w kalkulacji w znaczący sposób zaniża wycenę etapu III przedstawioną przez Wykonawcę. Nie jest możliwa produkcja sprawnego, działającego agregatu pompowego bez wskazanych części. Pominięcie istotnych elementów budowy agregatu pompowego w kalkulacji cenowej oraz zaoferowanie Zamawiającemu niekompletnego urządzenia należy rozumieć jako zamierzone działanie Wykonawcy, polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego. Tego rodzaju działanie świadczy, iż przedstawiona przez Wykonawcę cena została zaniżona w sposób celowy, aby zaoferować bardziej konkurencyjną tj. niższą cenę i zwiększyć tym samym szanse na wybór własnej oferty.
(…)
Charakter przedmiotowego zamówienia polega na podziale sposobu wykonania zamówienia na 5 etapów. Każdy z etapów został wyceniony przez Wykonawców w formularzu cenowym tj. etap 1 wyceniony został na kwotę 504 793,50 zł, etap 2 wyceniony został na kwotę 84 132, 25 zł, etap 3 wyceniony został na kwotę 841 322.50 zł, etap 4 wyceniony został na kwotę 168 264,50 zł, etap 5 wyceniony został na kwotę 84 132,25 zł. Jak wynika z przedstawionej wyceny poszczególnych etapów, etap III zawiera najwyższą cenę ze wszystkich etapów, zaś oceniając jego istotność dla zamówienia, uznając za miernik wartość pieniężną etapu, w tym fakt iż jego wycena przedstawia najwyższy koszt spośród wszystkich etapów, stwierdzić należy, iż etap III stanowi istotną cześć zamówienia. Wykonawca w formularzu ofertowym wskazał łączną wartość zamówienia na kwotę 1 682 645,00 zł. Wartość etapu III wynosi 841 322,50 zł, co sprawia że sama realizacja etapu III wymagać będzie przeznaczenia połowy środków zamówienia.
Należy również podkreślić istotność tego etapu ze względu na jego znaczenie dla całości zamówienia. Jak wynika z Opisu przedmiotu zamówienia z dnia 29 lipca 2024r. przedmiotem zamówienia jest Modernizacja układu pomp basenu Reaktora MARIA, odpowiedzialnych za cyrkulację wody w obiegu chłodzenia basenu reaktora. Zakres modernizacji układu pomp chłodzenia obejmuje wymianę czterech agregatów pomp głównych oraz dwóch agregatów pomp powyłączeniowych wraz z przyległą armaturą (zasuwy, zawory, kształtki, itp.) i opomiarowanie instalowanych urządzeń. Zadanie z etapu III stanowi główny przedmiot zamówienia, gdyż dotyczy jego istoty tj. modernizacji pomp.
Ponadto oceniając istotność etapu III jako część składową łącznej ceny oferty Wykonawcy należy wykazać, że jej zaniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty. Jak zostało wykazane powyżej Wykonawca zaniżył wartość etapu III o kwotę 348 717,50zł. Wartość zaniżenia stanowi niemal 25% łącznej wartość zamówienia wskazanej przez Wykonawcę. Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, iż etap III jest istotną częścią składową zamówienia.

Rzeczywista kalkulacja wartości zamówienia, uwzględniająca zmiany w zakresie zaniżonych przez Wykonawcę cen oraz brak uwzględnienia cen urządzeń w złożonej w Postępowaniu kalkulacji cenowej przedstawia się następująco tj. etap I cena 504 000,00 zł, etap 84 132,25 zł, etap III cena 1 190 040 00 zł, etap IV cena 168 264,50 zł, etap V cena 84 132,25 zł. Łączna suma wartości zamówienia wg. przedstawionej kalkulacji wynosi 2 030 569,00 zł. netto, co stanowi kwotę większą o 347 924,00 zł. od kwoty wskazanej przez Wykonawcę na wykonanie zamówienia. Oznacza to, że co najmniej o tę wartość została niedoszacowana przedstawiona przez Wykonawcę wartość zamówienia. Twierdzenie Wykonawcy, iż za przedstawią przez siebie cenę będzie mógł wykonać zamówienie nie znajduje uzasadnienia w dokumentacji zamówienia. Ceny zarówno łącznej wartości zamówienia jak i cena etapu III są niewiarygodne, nierealistyczne, odbiegające wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z należytą starannością oraz cen pozostałych ofert złożonych w Postępowaniu. Ceny te nie pokrywają kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, w związku z czym są niedoszacowane. (…)

Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę, co zostało powyżej wykazane są niespójne zaś przedstawiona kalkulacja cenowa jest sprzeczna z dokumentacją Postępowania oraz nie znajduje potwierdzenia w załączonych dowodach. Sposób wykonania kalkulacji cenowej wskazuje na zastosowanie przez Wykonawcę tzw. inżynierii cenowej, poprzez modyfikację struktury kosztowej oraz elementów zamówienia w celu zaoferowania jak najniższej, niedoszacowanej ceny. W oparciu o treść załączonych wyjaśnień Zamawiający nie mógł znajdować się w uzasadnionym przeświadczeniu, iż Wykonawca wykona przedmiot zamówienia za cenę przedstawioną w formularzu cenowym. Treść złożonych tylko w sposób ogólny odnosi się do treści wezwania. Wykonawca celowo nie uwzględnia w kalkulacji cenowej etapu III kosztów materiałów takich jak sprzęgła oraz płyty fundamentowej na której usadowiona jest pompa wraz z silnikiem, w celu wykazania jak najniższej ceny. Podniesione działania Wykonawcy, które wynikają z treści wyjaśnień wskazują, iż w dalszym ciągu występuje w sprawie wiele wątpliwości odnośnie realnej możliwość wykonania przez Wykonawcę zamówienia za wskazaną cenę. W związku z czym Zamawiający powinien dążyć do uzyskania pełnych wyjaśnień, które wykluczą wszelkie powstałe wątpliwości, czego jednak zaniechał. (…)

Zarzut nr. 3

(…) W ocenie Odwołującego opisane powyżej czynności podjęte przez Wykonawcę Powen Wafapomp zostały podjęte w celu uzyskania zamówienia kosztem Odwołującego, a ich celem było utrudnienie Odwołującemu dostępu do uzyskania zamówienia. Z tego powodu należy uznać je zatem za stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że oferta złożona przez Powen Wafapomp powinna, w świetle art. 15 ust. 1 Uznk w związku z art. 226 ust. 1 pkt. 7 Pzp, zostać odrzucona. (…) Rozbieżność cenowa w tym zakresie występuje pomiędzy formularzem 2.2. oferty (który zawiera wykaz urządzeń wraz z cenami m.in. pomp), a kalkulacją cenową zawartą w etapie III złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca nie uwzględnił w opisie etapu III materiałów wynikających z załącznika „Gabaryt" będącym rysunkiem podglądowym agregatu pompowego, których cena realnie wpłynęłaby na wycenę etapu III, w tym całej oferty oraz nie doszacował kosztu prefabrykacji pomp określonych w pkt. a) etapu III złożonych wyjaśnień. Mając na uwadze powyższe odrzucenie oferty Powen Wafapomp na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 7 Pzp jest uzasadnione i konieczne. (…)"

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2)uznania, że oferta wykonawcy Powen Wafapomp została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a w każdym wypadku:

3)odrzucenia oferty wykonawcy Powen Wafapomp,

4)dokonania ponownego badania i oceny ofert, z pominięciem oferty wykonawcy Powen Wafapomp oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w odwołaniu.

Pismem z dnia 05.12.2024 r. wykonawca Grupa Powen-Wafapomp S.A.,ul. Wolności 318, 41-800 Zabrze (dalej: „Przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 17.12.2024 r. Przystępujący przedstawił swoją argumentację, wnosząc o oddalenie odwołania. W dniu 18.12.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której również wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest Modernizacja układu pomp chłodzenia basenu Reaktora MARIA. Przedmiot zamówienia został podzielone na etapy:

1) Etap pierwszy - przeprowadzenie wizji lokalnej i inwentaryzacji istniejącego układu pomp basenowych, opracowanie Wykonawczego Projektu Technicznego instalacji nowych urządzeń, opracowanie harmonogramu,

2) Etap drugi - uzyskanie zgody Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na przeprowadzenie modernizacji wg Wykonawczego Projektu Technicznego,

3) Etap trzeci - prefabrykacja pomp wg Wykonawczego Projektu Technicznego zaakceptowanego przez Prezesa PAA oraz przeprowadzenie testów akceptacyjnych FAT w siedzibie wykonawcy, mających na celu sprawdzenie zgodności agregatów pompowych i komponentów układu z zamówieniem i wcześniej zaakceptowanym przez Prezesa PAA Wykonawczym Projektem Technicznym,

4) Etap czwarty:

a)demontaż starych pomp, armatury i komponentów wchodzących w zakres modernizacji oraz ich transport do miejsca wskazanego przez zamawiającego,

b)dostawa nowych urządzeń, przystosowanie postumentów i instalacja oraz pełna integracja nowych agregatów pompowych, kształtek i armatury w pompowni obiegów pierwotnych zlokalizowanej w budynku R2-C w obiekcie Reaktora MARIA, zgodnie z zaakceptowanym przez Prezesa PAA Wykonawczym Projektem Technicznym, z uwzględnieniem rezerw sprzętowych,

c)integracja instalacji sterowania i zasilania pomp z istniejącymi w obiekcie systemami oraz integracja AKPiA agregatów pompowych oraz zasuw z istniejącymi systemami obiektu zawartymi w zaakceptowanym przez Prezesa PAA Wykonawczym Projekcie technicznym,

d)przeprowadzenie testów po instalacyjnych SAT, po stronie wykonawcy przy współudziale zamawiającego,

e)przeprowadzenie testów potwierdzających zakładaną funkcjonalność układu pomp, po stronie zamawiającego przy współudziale wykonawcy,

f)wykonanie Powykonawczego Projektu Technicznego odzwierciedlającego faktyczny stan zainstalowanego układu pomp chłodzenia basenu Reaktora MARIA,

g)szkolenie personelu zamawiającego w zakresie obsługi, konserwacji i konfiguracji, przekazanych urządzeń układu agregatów pompowych dla minimum 10 osób.

5) Etap piąty - uzyskanie zgody Prezesa PAA na ponowne uruchomienie reaktora MARIA z zainstalowanym i uruchomionym układem pomp chłodzenia basenu Reaktora MARIA.

W pkt 16.7. SWZ Zamawiający wymagał złożenia przedmiotowego środka dowodowego w postaci Formularza 2.2. - Wykaz oferowanych urządzeń oraz parametrów technicznych.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 5.595.065,00 zł netto. Przystępujący złożył ofertę z ceną 1.682.645,00 zł netto, 2.069.653,35 zł brutto, w tym:

- etap I – 504.793,50 zł,
- etap II – 84.132,25 zł,
- etap III – 841.322,50 zł,
- etap IV – 168.264,50 zł,
- etap V – 84.132,25 zł.

Pozostali dwaj wykonawcy złożyli oferty z cenami całkowitymi: 4.056.601,50 zł brutto i 6.018.636,00 zł brutto.

Pismem z dnia 28.10.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał: *„Zamawiający zwraca się o szczegółowe wyjaśnienie wyceny wszystkich Etapów, gdyż wycena Etapu I jest nie współmiernie wysoka względem całego zamówienia, zaś wycena Etapu III i Etapu IV budzi spore wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy zaoferowana cena i istotne części składowe nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Proszę o wyjaśnienie, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania SWZ, w tym zawarte w TOMIE III SWZ oraz warunkach umowy, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu”.*

W dniu 04.11.2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami.

Pismem z dnia 21.11.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W niniejszej sprawie należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na podział zamówienia na etapy, do których zostały przyporządkowane odpowiednie zadania. W uproszczeniu Etap I obejmował zaprojektowanie urządzeń, Etap II – uzyskanie zgody PAA na modernizację urządzeń wg przedstawionego projektu, Etap III – prefabrykację, czyli wytworzenie pomp wg projektu zaakceptowanego przez PAA, Etap IV – demontaż starych pomp oraz instalację i integrację nowych, Etap V – uzyskanie zgody PAA na uruchomienie reaktora z nowymi pompami. Zamawiający opisał więc przedmiot zamówienia w podziale na ww. etapy i przypisał im określone zadania, co oznacza, że realizacja zamówienia powinna przebiegać zgodnie z tym opisem. Również w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny wszystkich etapów z uwagi na zauważoną wysoką cenę Etapu I oraz niskie ceny Etapu III i Etapu IV, Zamawiający posługiwał się nazwami (numerami) tych etapów, co potwierdza, że zakładał, że opisany podział na etapy i przypisane im zadania jest wykonawcom znany i przez nich uwzględniany.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia, których treść, jak słusznie zauważył Odwołujący, nie jest spójna z treścią złożonego wraz z ofertą Formularza 2.2. W Formularzu tym Przystępujący podał cenę 137.000,00 zł netto za każdą z czterech pomp głównych, cenę 67.000,00 zł netto za każdą z dwóch pomp powyłączeniowych oraz cenę 88.000,00 zł netto za armaturę i kształtki. W zakresie samych pomp oznacza to łączną cenę 682.000,00 zł netto (137.000,00 x 4 + 67.000,00 x 2 = 682.000,00). Natomiast w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Przystępujący wycenił Etap III obejmujący głównie prefabrykację, czyli produkcję pomp, na 841.322,50 zł netto.

W tym miejscu należy zauważyć, że Przystępujący jest producentem pomp, niemniej jednak część urządzeń do ich produkcji musi nabywać z zewnątrz, co powinno być skalkulowane w cenie oferty.

Sposób przedstawienia danych w tabeli wskazuje na to, że Przystępujący nie ujął w niej kosztów zakupu pomp, właśnie ze względu na to, że jest ich producentem (wskazał zatem tylko koszty robocizny), natomiast ujął koszty zakupów zewnętrznych, w tym koszty Technicad-Akpia, Technicad Uzupełnienie, Armaturę AMG i Armaturę AMG, których łączna wartość wynosi 508.040,00 zł netto. Taki sposób przedstawienia kosztów nie oznacza jednak, że koszty wytworzenia pomp nie występują. Sumując zatem ich wartość podaną w Formularzu 2.2. – 682.000,00 zł netto z wartością zakupów zewnętrznych podanych w ww. tabeli i wskazanych w odwołaniu – 508.040,00 zł netto, otrzymujemy koszt prefabrykacji pomp w wysokości 1.190.040,00 zł, zamiast kosztu w wysokości 841.322,50 zł wyliczonego w ww. tabeli. Powyższe wskazuje na różnicę w wyliczeniu kosztów prefabrykacji pomp wskazanych w Formularzu 2.2. i w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 04.11.2024 r.

Dodatkowo słusznie Odwołujący zwrócił uwagę na koszty sprzęgła i płyty fundamentowej, które nie zostały przedstawione w ww. wyjaśnieniach, a są niezbędne do wykonania zamówienia i zostały przewidziane przez Przystępującego na rysunkach w załączniku nr 8 i 9 do wyjaśnień.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że zasadne jest, aby Zamawiający wezwał Przystępującego ponownie do złożenia wyjaśnień w zakresie różnic w kalkulacji kosztów prefabrykacji pomp przedstawionych w Formularzu 2.2. i w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 4 listopada 2024 r. oraz w zakresie kalkulacji kosztów dotyczących sprzęgła i płyty fundamentowej.

W tym miejscu należy wyjaśnić, że zgodnie z dominującym orzecznictwem, czynnikiem decydującym o tym, czy dopuszczalne jest powtórne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jest treść udzielonych przez niego pierwotnie wyjaśnień. Zamawiający mają bowiem prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 16 ustawy Pzp, który przewiduje podstawowe zasady udzielania

zamówień, w tym zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W świetle tych zasad zamawiający może ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, ale jedynie wtedy, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych, popartych dowodami wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który wprawdzie w terminie udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka a nie inna cena oferty.

Wyjaśnienia Przystępującego z dnia 04.11.2024 r. nie są ogólnikowe i lakoniczne, zawierają kalkulację ceny każdego z etapów potwierdzoną szeregiem dowodów, dlatego też Izba uznała, że nie ma podstaw, aby w oparciu o te wyjaśnienia od razu odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Niemniej jednak podniesione w odwołaniu kwestie, w tym przede wszystkim wskazana wyżej różnica w wyliczeniu kosztów prefabrykacji pomp, powoduje że wyjaśnienia z dnia 04.11.2024 r. nie są wystarczające do stwierdzenia, że cena oferty Przystępującego została skalkulowana prawidłowo. Dlatego, jak już wyżej wskazano, zasadne jest wezwanie Przystępującego do złożenia, na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, dodatkowych wyjaśnień.

Odnosząc się natomiast do przedstawionej przez Przystępującego w piśmie procesowym z dnia 17.12.2024 r. argumentacji, która w dużej części dotyczy zarzutów postawionych w odwołaniu, tj. do kwestii wyliczenia kosztów prefabrykacji pomp w Formularzu 2.2. i w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz kosztów sprzęgła i płyty fundamentowej, należy zauważyć, że argumentacja ta wykracza poza to, co zostało zawarte w wyjaśnieniach z dnia 04.11.2024 r. Przede wszystkim Przystępujący wskazał, że koszty pomp zostały częściowo ujęte w kosztach innych etapów niż Etap III (np. w Etapie I dotyczącym głównie projektowania) i rozpisał te koszty w tabeli na str. 7-9 ww. pisma. Tym samym w piśmie procesowym z dnia 17.12.2024 r. Przystępujący nie ograniczył swojej argumentacji do wykazywania, że wyjaśnienia z dnia 04.11.2024 r. były wystarczające, ale w istocie rozszerzył te pierwotne wyjaśnienia o informacje i wyliczenia, których wcześniej Zamawiający nie znał. Należy jednak podkreślić, że nowe wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę powinny być ocenione przez Zamawiającego i to Zamawiający po dokonaniu tej oceny powinien ponownie podjąć decyzję o zasadności albo niezasadności odrzucenia oferty Przystępującego. Izba nie może zastępować Zamawiającego w dokonywaniu tej czynności i z pominięciem jego roli samodzielnie ocenić wyjaśnień i wyliczeń, które w ogóle nie były dotąd w taki sposób i w takim zakresie przedstawiane Zamawiającemu.

Reasumując, Izba stwierdziła, że wobec treści pierwotnych wyjaśnień i podniesionych w odwołaniu kwestii wymagających dodatkowego wyjaśnienia, zasadne jest, aby Zamawiający ponownie wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym w sentencji wyroku, a następnie dokonał oceny tych wyjaśnień i powtórzył czynność badania i oceny ofert. Dlatego zarzut nr 2 dotyczący art. 224 ust. 1 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp został uwzględniony, natomiast zarzuty dotyczące art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp zostały oddalone.

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, należy zauważyć, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie natomiast z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej „uznk", czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ponadto zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W niniejszej sprawie Odwołujący podniósł przede wszystkim zarzut, że Przystępujący zaniżył cenę swojej oferty w zakresie Etapu III oraz że dopuścił się „inżynierii cenowej". Po pierwsze, Odwołujący nie wskazał w odwołaniu, na czym miałaby polegać „inżynieria cenowa" zastosowana przez Przystępującego. Za „inżynierię cenową" uznaje się bowiem manipulowanie składnikami ceny w celu np. zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia w świetle kryteriów oceny ofert bądź zwiększenia części wynagrodzenia uzyskiwanego od zamawiającego na początku realizacji zamówienia (w przypadku wynagrodzenia wypłacanego w częściach), co zazwyczaj ma związek z określonymi postanowieniami SWZ lub projektu umowy, które są przez wykonawcę wykorzystywane do dokonania takiej manipulacji. Samo zaniżenie ceny oferty (choć w określonych okolicznościach może oczywiście stanowić czyn nieuczciwej konkurencji) nie ma natomiast charakteru takiej manipulacji, która uchodzi za „inżynierię cenową". Gdyby tak było, każde stwierdzenie ceny rażąco niskiej wynikające choćby ze zwykłego przeoczenia przez wykonawcę konieczności uwzględnienia jakichś kosztów musiałoby być uznawane za „inżynierię cenową", co oczywiście nie oddawałoby istoty tego pojęcia.

Po drugie, w niniejszej sprawie na obecnym etapie w oparciu jedynie o wyjaśnienia z dnia 04.11.2024 r. nie

sposób przesądzić, czy w ogóle doszło do błędnej kalkulacji i zaniżenia przez Przystępującego ceny za Etap III. Jak wskazano już wyżej, konieczne jest wezwanie Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w celu rozwiania wątpliwości w zakresie podniesionym w odwołaniu.

Po trzecie, Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący dopuścił się działań zagrażających lub naruszających interes innego przedsiębiorcy lub klienta i utrudnił innym przedsiębiorcom dostęp do rynku w celu ich eliminacji. Samo lakoniczne stwierdzenie, że opisane w odwołaniu działania „*zostały podjęte w celu uzyskania zamówienia kosztem Odwołującego, a ich celem było utrudnienie Odwołującemu dostępu do uzyskania zamówienia*" nie stanowią wykazania ww. przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, w tym przede wszystkim zamiaru wyeliminowania Odwołującego z rynku.

W świetle powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że nie zachodzi podstawa do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba stwierdziła, że bez względu na ilość punktów, w których w petitum odwołania Odwołujący ujął postawione zarzuty, w istocie odwołanie zawiera trzy zarzuty dotyczące: zaniechania wezwania do ponownych wyjaśnień (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp), zaniechania odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny (art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp) oraz zaniechania odrzucenia oferty z powodu czynu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp).

Spośród zatem ww. trzech zarzutów wskazanych w odwołaniu Izba uwzględniła jeden zarzut (dotyczący zaniechania wezwania do ponownych wyjaśnień) oraz dwa zarzuty oddaliła (dotyczące odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji). Oznacza to, że Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w części 1/3, a Odwołujący – w części 2/3.

Na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis od odwołania w wysokości 15.000 zł i wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600 zł, co razem daje kwotę 18.600 zł (Zamawiający nie złożył rachunków ani spisu kosztów). Tym samym Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 6.200 zł (1/3 z 18.600 zł), a Odwołujący - w wysokości 12.400 zł (2/3 z 18.600 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 18.600 zł (wpis od odwołania + wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 12.400 zł. Zamawiający nie poniósł dotychczas żadnych kosztów, a powinien ponieść je w wysokości 6.200 zł.

Wobec powyższego zasadny jest zwrot kosztów od Zamawiającego na rzecz Odwołującego w wysokości 6.200 zł, co skutkować będzie poniesieniem kosztów przez każdą ze Stron w wysokości adekwatnej do wyniku postępowania odwoławczego (18.600 – 6.200 = 12.400).

Przewodnicząca ...……..