Sygn. akt: KIO 2115/24

WYROK

Warszawa, dnia 9 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala
Małgorzata Jodłowska
Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **Hensoldt Sensors GmbH, Willy-Messerschmitt-Strasse 3, 82024 Taufkirchen, Niemcy,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Agencję Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: **Indra Sistemas S.A., Avenida de Bruselas 35, 28108 Alcobendas, Madryt, Hiszpania,**

orzeka:

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1,

2.**uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu nr 3 oraz nr 4 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

3.**oddala odwołanie** w pozostałym zakresie**,**

4.kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 5/6 i zamawiającego w części 1/6, i:

4.1. 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,

4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3 100 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sto 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 2115/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Agencja Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa 15 systemów radarowej kontroli rejonu lotniska”, numer referencyjny: AU/149/IX- 99/ZO/PO/DOS/Z/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26.07.2023 r., nr 2023/S 142-453107.

W dniu 17.06.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Spinel sp. z o.o., ul. Podwale 75, 50-449 Wrocław (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1)art. 74 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 w. zw. z art. 18 ust. 3, art. 505 ust. 1 i art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez bezzasadne nieudostępnienie oferty Indra Odwołującemu zgodnie z Wyrokiem KIO przed upływem terminu na złożenie niniejszego odwołania, co skutkowało naruszeniem zasady jawności postępowania i uniemożliwiło Odwołującemu dokonanie weryfikacji oferty Indra oraz efektywne skorzystanie z przysługujących Odwołującemu środków ochrony prawnej w związku z wyborem oferty konkurenta jako najkorzystniejszej,

2)art. 18 ust. 3 w zw. art. 18 z ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk”) w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Indra w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk, podczas gdy Indra nie wykazała przesłanek koniecznych do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa – co skutkowało ich nieudostępnieniem Odwołującemu z naruszeniem zasady jawności postępowania, uniemożliwiając tym samym Odwołującemu dokonania weryfikacji w zakresie poprawności oferty złożonej przez Indra,

3)art. 239 ust. 1 (w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp) oraz w zw. z art. 16 i art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie przedwczesnego i wadliwego wyboru oferty Indra, tj. w dniu 5 czerwca br., kiedy to Zamawiający

powołując się na brak prawomocności Wyroku KIO odmówił Odwołującemu dostępu do kluczowej części oferty Indra, której odtajnienie nakazano Wyrokiem KIO - podczas gdy prawidłowo działający Zamawiający powinien wstrzymać się z decyzją o wyborze najkorzystniejszej oferty do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Indry, co jednak nie nastąpiło,

4)art. 16 w zw. z art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także niezgodnie z zasadami przejrzystości, proporcjonalności i jawności, w zakresie w jakim Zamawiający podejmował kolejne czynności w sposób uniemożliwiający Odwołującemu weryfikację decyzji Zamawiającego w zakresie oceny złożonych ofert,

ponadto – lecz jedynie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów z pkt 1) - 3) powyżej lub uznania, że zarzuty dotyczące oceny oferty Indra nie są przedwczesne i pomimo

naruszenia przez Zamawiającego zasady jawności postępowania mogą być sformułowane już na obecnym etapie – zarzucam Zamawiającemu również naruszenie:

5)art. 226 ust. 1 pkt 5, pkt 8 oraz pkt 10 w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Indra jako:

a)niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy nie spełnia ona wymagań OPZw zakresie parametrów radaru PSR 3D oraz zawiera oświadczenie o waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy sprzeczne z postanowieniami Wzoru Umowy,

b)zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, której nie sposób uzasadnić racjonalnymi okolicznościami, a tym samym uznać za cenę rynkową,

c)zawierającej błąd w obliczeniu ceny w zakresie, w jakim Indra doliczyła podatek VAT jedynie do części oferowanej ceny, podczas gdy całość oferowanej przez oferowanej ceny powinna być powiększona o wartość podatku VAT,

ponadto – lecz jedynie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów z pkt 5) powyżej lub uznania, że zarzuty dotyczące nieodrzucenia oferty Indra są zarzucam Zamawiającemu również naruszenie:

6)art. 223 ust. 1 w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Indra do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie zaoferowanego radaru PSR 3D i jego zgodności z wymogami określonymi w Rozdziale 6 Opisu Przedmiotu Zamówienia.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„1.2. Odwołujący niezwłocznie po otwarciu ofert zwrócił się o udostępnienie oferty Indra. Ostatecznie jednak Zamawiający nie przekazał całej treści tej oferty wskazując, że jej część zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. (…)

1.3. Wobec tego Odwołujący wniósł odwołanie na odmowę udostępnienia pełnego zakresu

oferty Indra domagając się ujawnienia następujących jej załączników

1) Tom 1 – Załączniki do Oferty Handlowej, w zakresie obejmującym:

- Zał. nr 3.1. Wykaz kompletacji oraz wartość sprzętu LINIA BAZOWA
- Zał. nr 3.1. Wykaz kompletacji oraz wartość sprzętu OPCJA
- Zał. nr 3.2. Wykaz kompletacji oraz wartość pakietu 1do1
- Zał. nr 3.3. Wykaz kompletacji oraz wartość pakietu 1do5
- Zał. nr 3.4. Wykaz kompletacji oraz wartość DT
- Zał. nr 3.5. Wykaz kompletacji oraz wartość szkolenia
- Zał. nr 7.1 do FO – Wykaz parametrów toru radiowego MSSR
- Zał. nr 7.1. do FO – Wykaz parametrów toru radiowego PSR

2) Tom 2 – Główny opis systemu (w całości)

1.4. Zamawiający uwzględnił złożone odwołanie, jednak sprzeciw wobec tej czynności złożyła Indra, która zawnioskowała do Zamawiającego o zwrot części oferty, tj. w zakresie Tomu 2 jako rzekomo złożonego nadmiarowo.

1.5. Wyrokiem z dnia 28 maja 2024 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1562/24, Izba uwzględniła w całości odwołanie i nakazała Zamawiającemu odtajnienie załączników Tomu 1. Jednocześnie KIO – pomimo uwzględnienia odwołania w całości – nie nakazała Zamawiającemu udostępnienia Tomu 2 przyjmując (błędnie – o czym będzie mowa w dalszej części odwołania), że dokumenty tam zawarte nie były wymagane przez SWZ, a zatem ich nieodtajnienie nie będzie miało wpływu na wynik Postępowania. (…)

1.6. Dzień po ogłoszeniu Wyroku KIO Odwołujący zwrócił się o przekazanie pozostałej części oferty zgodnie z rozstrzygnięciem Izby. W odpowiedzi Zamawiający zastrzegł, że udostępnienie tych dokumentów nastąpi dopiero po uprawomocnieniu Wyroku KIO, co wówczas jeszcze nie nastąpiło (pisemne uzasadnienie Wyroku KIO zostało stronom doręczone dopiero w dniu 10 czerwca br.). Dzień później zaś ogłosił wybór oferty Indra jako najkorzystniejszej.

1.7. Ostatecznie Zamawiający udostępnił Odwołującemu jedynie pozostałą część dokumentacji Postępowania w dniu 12 czerwca br., w tym jawną część wymienionej między Zamawiającym i Indra korespondencji w zakresie wyjaśnień

dotyczących ceny, lecz bez ww. dokumentów, których odtajnienie nakazano w Wyroku KIO. Dopiero wówczas Odwołujący powziął wiedzę, że Indra została wezwana w trybie art. 224 ust. 1 PZP do udzielenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i udzieliła wyjaśnień, co do których także złożyła zastrzeżenie objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa (w ocenie Odwołującego nieskutecznie). Natomiast do chwili składania niniejszego odwołania Odwołujący konsekwentnie nie uzyskał wglądu w pozostałą część oferty konkurenta.

1.8. Tym samym na dzień upływu terminu złożenia odwołania wobec wyboru oferty Indra, w wyniku odmowy Zamawiającego, Odwołujący nie dysponował następującymi dokumentami składającymi się na ofertę Indry: wskazane powyżej załączniki zawarte w Tomie I (które powinny być jawne zgodnie z Wyrokiem KIO), dokumenty zawarte w Tomie II oraz Wyjaśnienia RNC.

2. Zaniechanie udostępnienia oferty Indra zgodnie z Wyrokiem KIO i przedwczesne ogłoszenie wyboru oferty najkorzystniejszej

(…) 2.2. W omawianym przypadku, pomimo uzyskania przez Odwołującego korzystnego rozstrzygnięcia co do odtajnienia oferty konkurenta, dostęp do niej konsekwentnie nie został mu zapewniony. W rezultacie Odwołujący niezasadnie został pozbawiony możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej.

2.3. Przywołana przez Zamawiającego nieprawomocność Wyroku KIO nie stanowi dostatecznego uzasadnienia dla odmowy udostępnienia oferty i jednoczesnego pozbawienia prawa do złożenia skutecznego odwołania, zwłaszcza, że złożenie ewentualnej skargi do sądu okręgowego nie wstrzymuje dalszych czynności w postępowaniu – co widać na przykładzie działania Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu, który nie czekając na uprawomocnienie się Wyroku KIO dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

2.4. Przepisy PZP nie przesądzają, czy zamawiający ma obowiązek wstrzymać sięz wykonaniem wyroku Izby do czasu jego uprawomocnienia. Wskazówką interpretacyjną jest natomiast art. 577 PZP, który przewiduje zakaz zawarcia umowy o zamówienie publiczne jedynie do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze – a contrario złożenie skargi na orzeczenie KIO nie przedłuża okresu standstill i pozwala zamawiającemu na zawarcie umowy, nawet jeżeli wyrok KIO (umożliwiający udzielenie zamówienia) został następnie zaskarżony do sądu okręgowego.

2.5. Oczywiście na uwagę zasługuje argument wskazujący na potencjalne ryzyka po stronie zamawiającego, spowodowane pochopnym udostępnieniem oferty w wykonaniu wyroku KIO, który następnie został skutecznie zaskarżony przez zainteresowanego wykonawcę. Uzyskanie wyroku sądu okręgowego, który podważy wyrok KIO i stwierdzi, że dane informacje ostatecznie jednak podlegają ochronie, może ułatwić wykonawcy dochodzenie roszczeń związanych z nieuprawnionym ujawnieniem tajemnicy jego przedsiębiorstwa.

2.6. Jednakże powyższe spostrzeżenie w żaden sposób nie może uzasadniać takiego sposobu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które będzie miało na celu efektywne pozbawienie wykonawcy prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej – szczególnie w tak ważkiej kwestii, jak wybór oferty najkorzystniejszej.

2.7. Jeżeli zatem Zamawiający – w trosce zarówno o interes Indra, jak i swój własny (z uwagi na potencjalne roszczenia wykonawcy) – zdecydował o wstrzymaniu wykonania Wyroku KIO do czasu jego prawomocności, to powinien był odpowiednio odroczyć ogłoszenie wyboru oferty najkorzystniejszej.

2.8. Ciężko bowiem nie dostrzec osobliwej koincydencji czasowej, która obejmuje odmowę udostępnienia oferty Indra Odwołującemu wbrew Wyrokowi KIO, a dzień później – ogłoszenie wyboru tej oferty. Uzasadnieniem dla takiego pośpiechu z pewnością nie jest potrzeba pilnego udzielenia zamówienia w ramach Postępowania, które toczy się już od lipca 2023 r., a jednocześnie stanowi kontynuację wcześniej unieważnionego przetargu, wszczętego w marcu 2022 r. Nie zachodzą jakiekolwiek okoliczności, które uzasadniałyby tak nagłe ogłoszenie wyboru oferty najkorzystniejszej z jednoczesnym ograniczeniem dostępu do jej treści Odwołującemu i pozostałym wykonawcom.

2.9. Pisemne uzasadnienie Wyroku KIO zostało doręczone stronom 10 czerwca br. Zatem po upływie kolejnych dwóch tygodni Zamawiającemu byłoby wiadome, czy Indra zdecydowała się wnieść skargę, czy też wyrok stał się prawomocny i w konsekwencji oferta może zostać ujawniona. W takim przypadku ogłoszenie wyboru oferty najkorzystniejszej zostałoby przesunięte o co najwyżej trzy tygodnie względem obecnej daty dokonania tej czynności – w perspektywie czasu trwania Postępowania (a tym bardziej całego projektu „Drawa") takie opóźnienie miałoby charakter pomijalny i w żaden sposób nie naraziłoby interesu Zamawiającego, czy też nie zagroziło zaspokojeniu jego uzasadnionych potrzeb.

2.10. Należy podkreślić, że Odwołujący powinien mieć możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o wszystkie niezastrzeżone, jak i nieskutecznie zastrzeżone (o czym przesądził Wyrok KIO) informacje, zawarte w załącznikach do protokołu postępowania, aby prawidłowo skorzystać ze swojego prawa do wniesienia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponieważ odtajnienie oferty jest ostatnim etapem badania zasadności objęcia tej oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, nie ma wątpliwości, że czynność ta musi zostać

podjęta przed wyborem oferty najkorzystniejszej, ponieważ mieści się ona w czynności badania i oceny ofert. (…)

2.13. Podsumowując, już powyższe – wraz z omówionymi niżej zarzutami dotyczącymi nieodtajnienia Wyjaśnień RNC – stanowi dostateczne uzasadnienie dla nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz udostępnienia oferty Indra (zgodnie z Wyrokiem KIO) oraz Wyjaśnień RNC z zastrzeżeniem, że ponowny wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu będzie mógł zostać ogłoszony po przekazaniu Odwołującemu tej części oferty oraz wyjaśnień.

2.14. W przeciwnym wypadku w sposób rażący zostanie naruszona nie tylko zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale i zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji i wynikającej z dyrektywy odwoławczej zasady zapewnienia wykonawcy szybkich i skutecznych środków odwoławczych. (…)

3. Błędne nieodtajnienie Wyjaśnień RNC oraz zaniechanie odrzucenia oferty Indry ze względu na rażąco niską cenę oraz błąd w jej obliczeniu

3.1. Odwołujący domaga się również odtajnienia Wyjaśnień RNC. W treści pisma z dnia 5 kwietnia br. Indra nie przedstawiła jakichkolwiek rzeczowych argumentów pozwalających uznać, że informacje zawarte w niejawnej części wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu przepisów UZNK.

3.2. Przeciwnie, w trzystronicowym uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy zawarto nader ogólnikowe twierdzenia, które nie pozwalają uznać, aby wykonawca w sposób dostateczny wykazał zasadność objęcia ochroną informacji zawartych w niejawnej części wyjaśnień. Dlatego wszystkie te argumenty, które Izba wzięła pod uwagę wydając Wyrok KIO, jeszcze dobitniej znajdują zastosowanie w odniesieniu do konieczności odtajnienia Wyjaśnień RNC.

3.3. Odwołujący nie może całkowicie wykluczyć, że w wyjaśnieniach zawarto szczególnie wrażliwe informacje, które istotnie spełniają niektóre przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK, w szczególności mogą mieć dla Indry wartość gospodarczą. Jednak treść zastrzeżenia uniemożliwia dokonanie prawidłowej oceny w pełnym zakresie wymaganym przez art. 11 ust. 2 UZNK – tj. zarówno w odniesieniu do przesłanki materialnej (wykazanie wartości gospodarczej), jak i formalnej (wykazanie podjęcia skutecznych działań ochronnych). W istocie Indra bezrefleksyjnie zastrzegła cały zbiór informacji, zarówno tych, które ewidentnie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, jak

3.4. Nawet gdyby w Wyjaśnieniach RNC były zawarte informacje rzeczywiście podlegające ochronie, to powyższe nie uzasadnia zbiorczego utajnienia całego dokumentu, lecz jedynie jego wybranych fragmentów lub załączników2. Z całą pewnością są tam zawarte informacje, które takiego szczególnego charakteru nie posiadają, natomiast mogą potwierdzać nieprawidłowość złożonej oferty tak w zakresie rażąco niskiej ceny jak i np. w zakresie ustalenia, w jakim zakresie po stronie zamawiającego powstanie obowiązek podatkowy zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (dalej jako „uVAT").

3.5. Zagadnienie to ma szczególne znaczenie, bowiem miało przełożenie na sposób oceny ofert w kryterium cenowym – Zamawiający w celu porównania cen obu ofert zgodnie z art. 225 ust. 1 PZP dokonał odpowiedniego zwiększenia ceny zaoferowanej przez Indra z 912.825.985 zł do 1.072.202.057 zł, jednak nie jest możliwe ustalenie, czy doliczenie podatku VAT w odpowiedniej wysokości nastąpiło w prawidłowy sposób i w odniesieniu do jakieś części ceny. Co więcej, zachodzą istotne wątpliwości, czy w świetle obowiązujących przepisów uVAT oferta Indra nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, bowiem zważywszy na wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia zasadne było przyjęcie, że cała zaoferowana cena za realizację zamówienia powinna być powiększona przez Indra o podatek VAT w odpowiedniej wysokości – tak jak to uczynił Odwołujący. Dlatego też, chociaż Odwołujący nie posiada pełnego wglądu w treść oferty Indra oraz korespondencji Zamawiającego z Indrą w zakresie zaoferowanej ceny (w tym do niezasadnie utajnionych Wyjaśnień RNC), to działając z ostrożności procesowej należało postawić w niniejszym odwołaniu stosowny zarzut w tym zakresie tj. zaniechania odrzucenia oferty Indra pomimo, iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny, który nie ulega poprawieniu.

3.6. Zdaniem Odwołującego zachodzą także istotne wątpliwości, czy cena zaoferowana przez Indra nie jest ceną rażąco niską, jak i czy została skalkulowana w prawidłowy sposób. Pomijając już znaczącą różnicę pomiędzy ceną całkowitą oferty Indra, a ceną zaoferowaną przez Odwołującego (48% różnicy), czy szacunkową wartością zamówienia brutto (54% różnicy) zastrzeżenie budzi przyjęcie przez Indra tożsamych wycen prac w zakresie różnych lokalizacji. Mianowicie w Formularzu ofertowym Indra przyjęła identyczny koszt Wykonania infrastruktury ściśle powiązanej w wysokości 7.934.391 zł brutto dla wszystkich lokalizacji objętych zamówieniem podstawowym oraz 8.922.737 zł brutto dla wszystkich lokalizacji objętych prawem opcji. Tymczasem zakres wymaganych prac (obejmujących w istocie prace budowlane) dla każdej z tych prac istotnie się różni, a zatem przyjęcie jednej uniwersalnej wyceny nie jest możliwe, jak i potwierdza nierzetelność w przygotowaniu wyceny. Odwołujący ma zastrzeżenia także co do sposobu wyceny zamówienia podstawowego i zamówienia w zakresie prawa opcji – rozbieżności w cenach za te zakresy pozwalają uznać, że i w tym przypadku nie skalkulowano poszczególnych cen na rynkowym poziomie, lecz że dokonano zaniżenia cen.

3.7. Podobnie zachodzą wątpliwości, czy porównanie ofert w zakresie kryterium oceny ofert, zostało dokonane prawidłowo (jak wynika z punktacji przyznanej ofertom – Zamawiający na zasadzie art. 225 ust. 1 PZP doliczył do części oferty kwotę podatku, który miałby obowiązek rozliczyć). Odwołujący na etapie przygotowania oferty podjął się dokonania wszechstronnej analizy prawnopodatkowej, na podstawie której uznał, że w realiach tego zamówienia konieczne jest uwzględnienie podatku VAT do całej zaoferowanej ceny. Natomiast rozwiązanie przyjęte przez Indra może w istocie być uznane za błąd w obliczeniu ceny i skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP.
3.8. Jednak nie mając dostępu do Wyjaśnień RNC Odwołujący nie jest w stanie w pełni rozwinąć zarzutów co do oceny oferty Indra pod kątem zaoferowanej ceny, w tym w zakresie uwzględnienia podatku VAT. Dlatego też w niniejszym odwołaniu Odwołujący podniósł wprawdzie zarzut zaniechania odrzucenia oferty Indra z uwagi na to, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zastrzegając jednocześnie, że czyni to jedynie z ostrożności procesowej. Prawidłowym bowiem postępowaniem byłoby unieważnienie wyboru oferty Indra i ujawnienie tych wyjaśnień, tak aby w przypadku ponownego wyboru tej oferty Odwołujący miał skutecznie zapewnione prawo do zakwestionowania jej oceny w zakresie zaoferowanej ceny.

4. Niezgodność oferty Indra z warunkami zamówienia

4.1. [Uwagi wstępne] Odwołujący zgłasza zarzuty dotyczące niezgodności oferty Indra z warunkami zamówienia jedynie z ostrożności i na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę wcześniej przedstawionych zarzutów związanych z nieujawnieniem całości tej oferty. Uniemożliwienie wglądu zarówno w treści Tomu 1, jak i Tomu 2 oferty Indra znacznie bowiem ograniczyło możliwości Odwołującego w wykazaniu, że jest ona nieprawidłowa i powinna zostać odrzucona.
4.2. [Niezgodność oferty Indra z OPZ] Zgodnie z pkt 6.1.1.4 OPZ „Elementy składowe RKRL powinny pochodzić z produkcji bieżącej". Wymóg ten w sposób jednoznaczny wskazuje, że wykonawca powinien zaoferować już istniejące rozwiązanie, które znajduje się „w produkcji". Dlatego samo zapewnienie w ofercie o zamiarze dostarczenia urządzeń odpowiadających warunkom zamówienia – szczególnie zważywszy na krótki termin realizacji dostaw (pierwsze już w przyszłym roku) – nie mogło być uznane za wystarczające, jeżeli wykonawca w rzeczywistości nie produkuje takich urządzeń.
4.3. Tak właśnie jest w przypadku Indra – producent ten nie ma w swojej ofercie rozwiązań, które spełniałyby wszystkie wymagania OPZ w zakresie radaru PSR 3D, w tym wymagania wynikające z pkt 6.1.1.6, pkt 6.1.2.2, pkt 6.1.2.5, pkt 6.1.1.6, pkt 6.1.1.12, pkt 6.1.2.3 i pkt 6.1.2.5 OPZ oraz pracujący w paśmie częstotliwości „S". Zamawiający wymagał dostawy radaru typu PSR 3D. Dodatkowo wymaganie w pkt. 6.1.1.7 określa sposób pomiaru dokładności radaru 3D. Jednocześnie zakres funkcjonalności radaru 3D nie jest w żaden sposób ograniczony. Ponadto zakres ten został określony w pkt. 6.1.2.5.
4.4. Na podstawie posiadanej wiedzy o rozwiązaniach oferowanych przez Indra należy stwierdzić, że jedynym urządzeniem, które w możliwie dużym – ale nie pełnym – stopniu spełnia wymagania OPZ w zakresie radaru PSR 3D, w tym pracującego w paśmie częstotliwości „S" jest radar oznaczony nazwą „ASR12". Z informacji publicznie dostępnych na stronie internetowej Indra wynika, że radar ASR12 cechuje się następującym zasięgiem odwzorowanym na poniższym diagramie. (…)
4.5. Jednakże takie parametry oferowanego urządzenia są niewystarczające z perspektywy wymagań OPZ w zakresie zasięgu radaru. Na poniższym diagramie na czerwono zilustrowano zasięg radaru oferowanego przez Indra, a na zielono – wymagania wynikające z OPZ. Ilustruje on możliwe pokrycie radaru oferowanego przez Indra w stosunku do wymagań przetargowych.
4.7. Mając na uwadze wspomniany wymóg zaoferowania urządzeń znajdujących się w produkcji bieżącej (pkt 6.1.1.4 OPZ) oraz urządzenia obecnie znajdujące się w portfolio Indra, należy uznać, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia. Nie dysponuje on bowiem urządzeniem, które byłoby w produkcji bieżącej i jednocześnie spełniało bardzo szczegółowo opisane wymagania techniczne Zamawiającego.
4.8. Ewentualne wyjaśnienia Indra o zamiarze dostosowania do obecnych rozwiązań do wymagań SWZ należałoby zaś odrzucić jako całkowicie niewiarygodne, jak i w istocie potwierdzające niezgodność oferty z warunkami zamówienia (tj. wymogiem zaoferowania urządzenia będącego w ciągłej produkcji). Ponadto takie tłumaczenie byłoby skrajnie niewiarygodne zważywszy na krótki termin realizacji pierwszych dostaw, który w istocie uniemożliwia zaadoptowanie radaru ASR12 do opisanych wyżej wymagań SWZ.
4.9. [Inne niezgodności oferty Indra z OPZ] Odwołujący dysponuje również wiedzą o innych potencjalnych niezgodnościach oferty Indra z wymogami SWZ, których obecnie nie podnosi z uwagi niezasadne nieujawnienie mu Tomu 1 i Tomu 2 oferty Indra.
4.10. W tym miejscu należy wskazać na dalece osobliwe działanie Indra, która – po uwzględnieniu przez Zamawiającego odwołania w sprawie KIO 1562/24 – złożyła wniosek o zwrot części oferty, tj. w zakresie Tomu 2 zawierającego główny opis oferowanego systemu.

4.11. Odwołujący wyraża stanowcze przekonanie, że Zamawiający ostatecznie nie uwzględni tego wniosku i nie zwróci oferty zgodnie z żądaniem wykonawcy. Przepisy PZP nie przewidują bowiem możliwości „zwrotu" części oferty, nawet jeżeli miała ona charakter nadmiarowy lub z innych przyczyn okazała się zbędna. Art. 77 ust. 1 PZP przewiduje jedynie zwrot planów, projektów, rysunków, modeli, próbek, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów i to dopiero po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie ma podstawy prawnej do uwzględnienia tego wniosku.
4.12. Co więcej, jest bezsporne, że ocena oferty wykonawcy podlega ocenie przez pryzmat wszystkich złożonych przez niego dokumentów i oświadczeń, jak i wiedzy zamawiającego powziętej z innych źródeł. Złożenie rzekomo „nadmiarowych" dokumentów może pozostać bez wpływu na ocenę oferty wykonawcy, ale też może dowieść jej niezgodności z warunkami zamówienia. Dlatego w omawianym przypadku Zamawiający miał obowiązek dokonać wszechstronnej oceny oferty, w tym z uwzględnieniem treści Tomu 2.
4.13. Działanie Indra polegające na kompulsywnym zawnioskowaniu o zwrot Tomu 2 w sytuacji, gdy Zamawiający zdecydował się odtajnić jego treść, może tłumaczyć obawy wykonawcy, że Odwołujący zapozna się z opisem oferowanego systemu i wykaże dalsze nieprawidłowości oferty Indra. (…)
4.15. Jednocześnie zarówno sentencja Wyroku, jak i jego uzasadnienie, nie nakazuje Zamawiającemu zachowania tego dokumentu w poufności (a tym bardziej: jego zwrotu wykonawcy). Zatem Zamawiający nie będąc w tym zakresie związany wytycznymi Izby może samodzielnie odtajnić ten dokument, co też powinien zrobić zważywszy na to, że opisane w Wyroku względy uzasadniające odtajnienie Tomu 1 znajdują bezpośrednie przełożenie na zasadność odtajnienia Tomu 2.
4.16. [Niezgodność oferty Indra w zakresie zasad zmiany wynagrodzenia] Zamawiający w pkt 12 ppkt 9) Formularza ofertowego oczekiwał, aby do oferty dołączyć „wykaz cen materiałów lub kosztów przyjętych przez Wykonawcę do sporządzenia oferty (wskazując nazwę materiału lub kosztu, cenę materiału lub kosztu oraz podstawę wyliczenia ceny lub kosztu)". Jednocześnie w SWZ nie przesądzono, w jaki sposób należy przygotować ten wykaz. Równocześnie Zamawiający dopuścił w § 2 ust. 3 pkt 2 Wzoru Umowy waloryzację wynagrodzenia w oparciu o „Zharmonizowany wskaźnik cen konsumpcyjnych (HICP)" (dalej jako „Wskaźnik HICP").
4.17. W Załączniku nr 9 – „Wykaz cen materiałów lub kosztów przyjętych przez Wykonawcę do sporządzenia oferty" Indra nie przedstawiła szczegółowego wykazu tych wartości. O ile brak takiego wykazu (wobec braku wytycznych Zamawiającego) w ocenie Odwołującego nie był błędem, do istotne wątpliwości budzi zawarte tam zastrzeżenie, że „w przyszłości do określenia wzrostu kosztów materiałów należy stosować najnowszy „Odren de indices de precios de los materiales especifios de suminstros de fabricacion de armamento y equipameinto", opublikowany przez hiszpańskie Ministerstwo Finansów i Funkcji Publicznych".
4.18. Takie oświadczenie Indra należy odczytywać jako jednoznaczne zastrzeżenie, że wynagrodzenie ma podlegać zmianie w oparciu o wskaźnik publikowany arbitralnie przyjęty przez wykonawcę, a nie Wskaźnik HICP określony w umowie. Jest to ewidentna niezgodność z warunkami zamówienia. Każdy wykonawca jest zainteresowany w przyjęciu możliwie korzystnego w jego ocenie wskaźnika waloryzacyjnego, jednak na potrzeby przygotowania oferty należałoby przyjąć, że zastosowanie będzie miał Wskaźnik HICP, a nie inny, nieprzewidziany w treści SWZ.
4.19. Zamawiający całkowicie zignorował tę kwestię, w tym nie wezwał wykonawcy do jej wyjaśnienia w trybie art. 223 ust. 1 PZP. Tymczasem w ocenie Odwołującego zawarcie ofercie Indra takiego zastrzeżenia może być jedną z przyczyn zaoferowania dalece niższej ceny niż gdyby zastosowanie miał znaleźć Wskaźnik HICP.
4.20. W tych okolicznościach oświadczenie Indra o zastosowaniu innego wskaźnika w celu waloryzacji wynagrodzenia należy odczytywać jako złożenie oświadczenia o zamiarze realizacji zamówienia na warunkach innych niż określone w SWZ (…)
4.21. (…) należy uznać, że dopisanie przyjęcie w ofercie Indra innego wskaźnika waloryzacyjnego, niż wynika to z warunków zamówienia, stanowi taką niedozwoloną modyfikację warunków zamówienia i w konsekwencji należy uznać, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jednak w takim przypadku ofertę należy uznać za niezgodną z wymogami zamawiającego i podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP."

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
2)udostępnienia oferty Indra zgodnie z Wyrokiem KIO oraz wyjaśnień rażąco niskiej cenyz zastrzeżeniem, że ponowny wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu będzie mógł zostać ogłoszony po przekazaniu Odwołującemu tej części oferty oraz wyjaśnień,

ponadto – lecz jedynie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę żądań z 2) powyżej lub uznania, że zarzuty dotyczące oceny oferty Indra nie są przedwczesne – wnoszę również o nakazanie Zamawiającemu:

3)odrzucenia oferty Indra jako niezgodnej z warunkami zamówienia, zawierającej rażąco niską cenę względnie

zawierającej również błąd w obliczeniu ceny lub względnie – wezwania Indra do udzielenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty, w tym w szczególności w zakresie zaoferowanego radaru PSR 3D i jego zgodności z wymogami określonymi w Rozdziale 6 OPZ.

Pismem z dnia 21.06.2024 r. wykonawca Indra Sistemas S.A., Avenida de Bruselas 35, 28108 Alcobendas, Madryt, Hiszpania (dalej: „Przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 02.07.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że „*pismem z dnia 25 czerwca 2024 r. (…) poinformował Odwołującego, iż z uwagi na upływ terminu na złożenie skargi może zapoznać się z dokumentami dołączonymi do oferty, które podlegały odtajnieniu. Odwołujący zapoznał się z tymi dokumentami*". Ponadto Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

W związku z faktem udostępnienia Odwołującemu w dniu 26.06.2024 r. dokumentów, których odtajnienie Izba nakazała wyrokiem KIO 1562/24, co potwierdził również Odwołujący na posiedzeniu, zaniechanie objęte zarzutem nr 1 przestało istnieć. Tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i stwierdzić, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy nie. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia nie istnieje. Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Dlatego Izba na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego nieudostępnienia Odwołującemu dokumentów odtajnionych wyrokiem KIO 1562/24.

Pismem z dnia 04.07.2024 r. Przystępujący przedstawił swoją argumentację w sprawie.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 15 systemów radarowej kontroli lotniska, w tym 8 systemów w ramach zamówienia podstawowego i 7 systemów w ramach opcji.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.123.000.000,00 zł brutto (równą wartości szacunkowej powiększonej o VAT). Przystępujący złożył ofertę z ceną 912.825.985,00 zł brutto, a Odwołujący – z ceną 1.766.660.070,00 zł brutto.

Przystępujący zastrzegł w złożonej ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

- TOM 1, a w nim załączniki:
  - Zał. nr 3.1. Wykaz kompletacji oraz wartość sprzętu LINIA BAZOWA,
  - Zał. nr 3.1. Wykaz kompletacji oraz wartość sprzętu OPCJA,
  - Zał. nr 3.2. Wykaz kompletacji oraz wartość pakietu 1 do 1,
  - Zał. nr 3.3. Wykaz kompletacji oraz wartość pakietu 1 do 5,
  - Zał. nr 3.4. Wykaz kompletacji oraz wartość DT,
  - Zał. nr 3.5. Wykaz kompletacji oraz wartość szkolenia ,
  - Zał. nr 7.1 do FO - Wykaz parametrów toru radiowego MSSR,
  - Zał. nr 7.1. do FO - Wykaz parametrów toru radiowego PSR,
- Tom 2 - Główny opis systemu (w całości).

Pismem z dnia 14.03.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty, dotyczących w szczególności okoliczności wymienionych w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 05.04.2024 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień grupując je w trzech tomach, przy czym Tom 1 wraz z załącznikami zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 02.05.2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie kwestionując zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego w stosunku do dokumentów dołączonych w Tomie 1 i Tomie 2 do oferty. Wyrokiem z dnia 28.05.2024 r. o sygn. KIO 1562/24 Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu: „odtajnienie dokumentów załączonych do oferty Indra Sistemas S.A., tj. załączników nr 3.1 Wykaz kompletacji oraz wartość sprzętu LINIA BAZOWA, 3.1 Wykaz kompletacji oraz wartość sprzętu OPCJA, 3.2 Wykaz kompletacji oraz wartość pakietu 1 do 1, 3.3 Wykaz kompletacji oraz wartość pakietu 1 do 5, 3.4 Wykaz kompletacji oraz wartość DT, 3.5 Wykaz kompletacji oraz wartość szkolenia, 7.1 do FO Wykaz parametrów toru radiowego MSSR, 7.1 do FO Wykaz parametrów toru radiowego PSR".

Pismem z dnia 29.05.2024 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przekazanie ww. dokumentów, jednak Zamawiający wskazał, że przekaże je dopiero po uprawomocnieniu się ww. wyroku Izby.

Ww. wyrok wraz z uzasadnieniem został Stronom i Przystępującemu doręczony w dniu 10.06.2024 r.

Pismem z dnia 05.06.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty

Przystępującego.

W dniu 12.06.2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu część dokumentacji postępowania, w tym wyjaśnienia Przystępującego dotyczące rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie przekazał jednak wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawartych w Tomie 1 i w dalszym ciągu nie przekazał dokumentów podlegających odtajnieniu zgodnie z wyrokiem KIO 1562/24.

Pismem z dnia 25.06.2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że w związku z upływem w dniu 24.06.2024 r. terminu na wniesienie skargi na wyrok KIO 1562/24 umożliwi mu wgląd do dokumentów, których odtajnienie Izba nakazała w ww. wyroku. Zgodnie z oświadczeniami Stron na posiedzeniu, Odwołujący w dniu 26.06.2024 r. zapoznał się z tymi dokumentami.

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.

Zarzut dotyczący przedwczesnego wyboru oferty Przystępującego i naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (zarzut nr 3 i 4 w odwołaniu).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ten dokonał wyboru oferty Przystępującego przedwcześnie, tj. przed udostępnieniem Odwołującemu dokumentów, których odtajnienie Izba nakazała wyrokiem KIO 1562/24 z dnia 28.05.2024 r. Zamawiający bowiem z jednej strony odmówił Odwołującemu udostępnienia ww. dokumentów przed uprawomocnieniem się ww. wyroku Izby (co nastąpiło w dniu 24.06.2024 r.), ale z drugiej strony - poinformował o wyborze oferty Przystępującego już w dniu 05.06.2024 r. Oznacza to, że termin na wniesienie odwołania na wybór oferty Przystępującego upływał w dniu 17.06.2024 r. (art. 509 ust. 2 ustawy Pzp), ale w terminie tym – mimo zapadłego wyroku Izby - Odwołujący nie mógł zapoznać się z dokumentami dołączonymi do oferty Przystępującego i zastrzeżonymi przez niego uprzednio jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż Zamawiający mu ich nie udostępnił. Ustosunkowując się do argumentacji Odwołującego Zamawiający podkreślał przede wszystkim, że jego działanie nie naruszało żadnego przepisu ustawy Pzp.

W tym miejscu należy zatem przytoczyć właściwe przepisy:

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp:

Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 7 – 10 ustawy Pzp odwołanie zawiera:

7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy;
8) zwięzłe przedstawienie zarzutów;
9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania;
10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

W przytoczonym wyżej art. 16 i art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp wskazano podstawowe zasady udzielania zamówień, które wyznaczają kierunek zachowania zamawiającego przy wszelkich podejmowanych przez niego czynnościach. Zasady te powinny być uwzględniane zarówno przy dokonywaniu przez zamawiającego czynności

opartych na konkretnych przepisach ustawy Pzp, jak i w okolicznościach, których ustawodawca nie przewidział w przepisach tejże ustawy, ale w których zamawiający rozważa lub zmuszony jest rozważyć podjęcie jakichś działań. M.in. po to bowiem ustalone zostały ww. podstawowe zasady, aby zwłaszcza w sytuacjach nieuregulowanych wprost w ustawie Pzp, nie dochodziło do złamania lub wypaczenia tego, co stanowi filar udzielania zamówień publicznych, czyli: uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości, proporcjonalności i jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że zamawiający, który łamie ww. zasady, nie może usprawiedliwiać się brakiem konkretnego przepisu regulującego daną sytuację. Brak konkretnego przepisu nie daje bowiem zamawiającemu nieograniczonej swobody zachowania, ale każdorazowo nakłada na niego obowiązek sięgnięcia do podstawowych zasad udzielania zamówień, o których mowa w Dziale I Rozdziale 2 ustawy Pzp i znalezienia rozwiązania, które będzie pozostawać w zgodzie z tymi zasadami.

Niezależnie od powyższego należy także zwrócić uwagę na wymogi dotyczące wniesienia odwołania wynikające z art. 516 ust. 1 pkt 7 – 10 ustawy Pzp. Aby wykonawca mógł złożyć odwołanie, musi wskazać w nim m.in. czynności lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca niezgodność z przepisami ustawy Pzp, zwięzłe przedstawienie zarzutów, żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania wraz z dowodami na ich poparcie. Oczywistym jest, że aby wykonawca mógł wnieść odwołanie odpowiadające ww. wymogom, musi mieć dostęp do informacji, które pozwolą mu sformułować m.in. zarzuty oraz okoliczności faktyczne będące ich podstawą. Informacje te natomiast co do zasady muszą być wywiedzione ze stosownych dokumentów. W przypadku zamiaru zakwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawca musi mieć więc zazwyczaj dostęp do tej oferty, aby być w stanie skonstruować zarzuty, ich uzasadnienie i związane z tym żądania. Brak takiego dostępu powoduje, że możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej staje się iluzoryczna, gdyż w praktyce wykonawca nie może wnieść odwołania w sposób spełniający wymogi z art. 516 ust. 1 pkt 7-10 ustawy Pzp i dający mu jakiekolwiek szanse na uzyskanie korzystnego dla niego rozstrzygnięcia Izby.

Również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w swoim orzecznictwie dotyczącym korzystania ze środków ochrony prawnej w różnorakich stanach faktycznych, wielokrotnie podkreślał znaczenie tzw. zasady skuteczności. Jej przestrzeganie ma na celu to, by w praktyce korzystanie z uprawnień wynikających z prawa unijnego nie stało się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione. Przykładowo w orzeczeniu z dnia 28.01.2010 r. w sprawie C-456/08 dotyczącej przede wszystkim sposobu określenia terminu na wniesienie odwołania, Trybunał wskazał m.in., że:

- „*krajowe terminy zawite, wraz ze sposobami ich stosowania* [podkreślenie własne KIO] *nie powinny same z siebie móc praktycznie uniemożliwić lub nadmiernie utrudniać zainteresowanemu skorzystania z praw przysługujących mu w danym przypadku na mocy prawa wspólnotowego (…)*" (pkt 53 orzeczenia),
- „*Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału stosowanie terminu zawitego w oparciu o prawo krajowe nie może prowadzić do pozbawienia w konkretnym przypadku skuteczności prawa zaskarżenia decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego* (…)" (pkt 56 orzeczenia).

Zapewnienie zatem wykonawcy możliwości realnego skorzystania z prawa wniesienia odwołania jest obowiązkiem zamawiającego wynikającym zarówno z przytoczonych wyżej przepisów ustawy Pzp przewidujących podstawowe zasady udzielania zamówień, jak i wynikającym z orzecznictwa TSUE.

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny niniejszej sprawy, należy podkreślić, że o ile zrozumiałe jest nieudostępnienie przez Zamawiającego dokumentów stanowiących część oferty Przystępującego, których odtajnienie Izba nakazała w wyroku KIO 1562/24, do czasu uprawomocnienia się tego wyroku, gdyż na skutek ewentualnego wniesienia skargi np. przez Przystępującego stanowisko Izby mogłoby jeszcze podlegać weryfikacji przez Sąd, o tyle niedopuszczalne było dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej przed udostępnieniem Odwołującemu ww. dokumentów. Zamawiający bowiem najpierw odmówił Odwołującemu dostępu do tych dokumentów powołując się właśnie na konieczność uprawomocnienia się ww. wyroku (co nastąpiło w dniu 24.06.2024 r.), a następnie nie respektując samemu tej okoliczności już w dniu 05.06.2024 r. dokonał wyboru oferty Przystępującego. Tym samym Zamawiający nie tylko postąpił niekonsekwentnie, bo wymagając od Odwołującego wstrzymania się z planowanymi działaniami do czasu uprawomocnienia się wyroku Izby, sam swoich działań w tym okresie nie wstrzymał, ale przede wszystkim uniemożliwił Odwołującemu skuteczne skorzystanie z prawa wniesienia odwołania. Do czasu zapoznania się z dokumentami, których odtajnienie Izba nakazała w wyroku KIO 1562/24, Odwołujący w terminie biegnącym od dnia 05.06.2024r. nie miał bowiem realnej możliwości wniesienia odwołania na wybór oferty Przystępującego. W efekcie dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty przed udostępnieniem Odwołującemu ww. dokumentów, Zamawiający złamał zasady, o których mowa w art. 16 i art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp.

Nie można przy tym zgodzić się z argumentacją Zamawiającego powołującego się na pilność udzielenia zamówienia. Pomijając już to, że pilności tej nie potwierdzają okoliczności sprawy, np. brak skorzystania przez Zamawiającego z możliwości skrócenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przede wszystkim należy podkreślić, że nawet ewentualna pilność udzielenia zamówienia nie zwalnia Zamawiającego (poza

przypadkami wprost przewidzianymi w ustawie Pzp) z obowiązku przestrzegania podstawowych zasad udzielania zamówień. Powyższe wynika także z ww. orzeczenia TSUE, w którym w pkt 62 Trybunał stwierdził: *„Postulat szybkości postępowania nie pozwala państwom członkowskim na odbieganie od zasady skuteczności, zgodnie z którą sposoby stosowania terminów zawitych w prawie krajowym nie mogą uniemożliwiać lub nadmiernie utrudniać wykonywania praw, jakie przysługują zainteresowanym na podstawie prawa wspólnotowego i która leży u podstaw postulatu skutecznej drogi zaskarżenia wyrażonego w art. 1 ust. 1 tej dyrektywy*" [dyrektywy 89/665/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane – dopisek własny KIO] Mimo zatem ewentualnej pilności udzielenia przedmiotowego zamówienia Zamawiający nie był uprawniony do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w terminie, który uniemożliwił Odwołującemu skuteczne wniesienie odwołania na wybór tej oferty.

Należy także zauważyć, że problem zaistniały w niniejszej sprawie był też przedmiotem orzecznictwa Izby i m.in. w wyroku z dnia 09.10.2023 r. o sygn. akt KIO 2803/23 Izba stwierdziła: *„Nie ulega więc wątpliwości, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, przeszkoda w niezwłocznym udostępnieniu wnioskowanych przez Odwołującego dokumentów została wywołana nie przyczyną obiektywną, niezależną od zamawiającego, taką która wystąpiła pomimo zachowania przez zamawiającego należytej staranności, a wyłącznie sposobem procedowania Zamawiającego naruszającym jednocześnie zasadę przejrzystości. Zamawiający dokonując bowiem czynności odtajnienia w dniu 8 września 2023 r. miał pełną świadomość, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz wykaz osób będą możliwe do udostępnienia zainteresowanym wykonawcom dopiero po 10 dniach od zawiadomienia Przystępującego o czynności odtajnienia, co też zostało wyrażone przez Zamawiającego w piśmie o odtajnieniu. Pomimo tego, Zamawiający zdecydował się dokonać czynności wyboru najkorzystniejszej oferty już 12 września 2023 r. godząc się niejako z naruszeniem zasady przejrzystości postępowania, jawności, w tym zasad dotyczących udostępniania załączników do protokołu. Jakkolwiek zachowanie Zamawiającego polegające na umożliwieniu wykonawcy skutecznego zakwestionowania czynności odtajnienia w ustawowym terminie należy uznać za działanie prawidłowe to dalszy sposób procedowania nie może jednocześnie wpływać na ograniczenie innemu wykonawcy dostępu do informacji, które wykonawca ma prawo zweryfikować i wobec których również może podnieść w odpowiednim czasie konkretne zarzuty w środku ochrony prawnej. W postępowaniu doszło do zaburzenia równego traktowania wykonawców. Niewątpliwie Zamawiający powinien wstrzymać się z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty do upływu terminu na wniesienie odwołania na czynność odtajnienia, zachowując kolejność czynności w postępowaniu w myśl zasady przejrzystości. Zamawiający podejmując czynności w postępowaniu powinien bowiem mieć na względzie treść art. 18 ust. 2 ustawy pzp, aby nie doprowadzić własnym procedowaniem do istotnego i realnego ograniczenia wykonawcom dostępu do jawnych dokumentów, gdyż takie ograniczenie może wyłącznie wynikać z przepisu rangi ustawowej. W ocenie Izby irrelewantna jest okoliczność, że Odwołujący otrzymał wnioskowane dokumenty na 3 dni przed upływem terminu na wniesienie odwołania, a także kwestie oceny czy termin 3 dni był wystarczający na skuteczne podniesienie zarzutów, gdyż do naruszenia zasady jawności może dojść również w przypadku czasowego ograniczenia dostępu do załączników do protokołu – Zamawiający pozostawał bowiem w nieuzasadnionej obiektywnymi względami zwłoce w udostępnieniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny i wykazu osób Przystępującego. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z niewłaściwych działań Zamawiającego. Co więcej, o braku innych przeszkód po stronie Zamawiającego świadczy okoliczność, że wszystkie pozostałe dokumenty Zamawiający udostępnił Odwołującemu w kolejnym dniu licząc od dnia wpływu wniosku Odwołującego i taki właśnie sposób udostępnienia dokumentów mieści się w pojęciu niezwłoczności.* (…) *Zaakceptowanie stanowiska Zamawiającego mogłoby zdaniem Izby doprowadzić do sytuacji jeszcze bardziej kuriozalnych, kiedy zamawiający w analogicznych okolicznościach udostępniałby wnioskowane dokumenty na dzień przed upływem terminu na wniesienie odwołania, co uniemożliwiłoby postawienie jakichkolwiek zarzutów. Nie zasługuje na aprobatę, aby w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający swoim działaniem, polegającym na podejmowaniu w sposób nieprzejrzysty kolejnych czynności w postepowaniu, wpływał na uprawnienie wykonawców do dostępu do jawnych informacji, a w konsekwencji na prawo do weryfikacji czynności i ich skutecznego zakwestionowania w odpowiednim terminie w drodze środków ochrony prawnej*."

Izba w obecnym składzie w pełni podziela argumentację przedstawioną w ww. wyroku. Jednocześnie na marginesie zauważa, że w wyroku tym za kuriozalną uznano potencjalną sytuację, w której dokumenty podlegające odtajnieniu zostałyby udostępnione przez zamawiającego na dzień przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Tymczasem w niniejszej sprawie Zamawiający udostępnił takie dokumenty wręcz po upływie terminu na wniesienie odwołania, bowiem termin ten upływał 17.06.2024 r., a Zamawiający udostępnił dokumenty w dniu 25.06.2024 r. Powyższe tym bardziej dowodzi niedopuszczalności działania Zamawiającego.

Reasumując, dokonując wyboru oferty Przystępującego w dniu 05.06.2024 r., tj. przed udostępnieniem Odwołującemu dokumentów stanowiących część oferty Przystępującego, których odtajnienie Izba nakazała wyrokiem KIO 1562/24, Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu realne skorzystanie z prawa wniesienia odwołania i w

konsekwencji naruszył podstawowe zasady udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 i art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp. Dlatego odwołanie w tym zakresie zostało uwzględnione.

Zarzut nieudostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego (zarzut nr 2 w odwołaniu).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezasadnego zastrzeżenia przez Przystępującego złożonych przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny i w efekcie – niezasadnego zaniechania udostępnienia tych wyjaśnień przez Zamawiającego, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania (przy czym przesądzające znaczenie dla określenia zakresu zarzutu mają okoliczności faktyczne). Oznacza to, że po pierwsze, Izba rozpoznaje zarzut tylko w zakresie tych podstaw faktycznych i prawnych, które zostały wskazane w odwołaniu, po drugie – nie rozpoznaje zarzutów, które zostały przez Odwołującego podniesione w toku postępowania odwoławczego już po wniesieniu odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Odwołujący ograniczył się:

- w pkt 3.1. odwołania do wskazania, że „*Indra nie przedstawiła jakichkolwiek rzeczowych argumentów pozwalających uznać, że informacje zawarte w niejawnej części wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu przepisów UZNK*",
- w pkt 3.2. odwołania do wskazania, że „*w trzystronicowym uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy zawarto nader ogólnikowe twierdzenia, które nie pozwalają uznać, aby wykonawca w sposób dostateczny wykazał zasadność objęcia ochroną informacji zawartych w niejawnej części wyjaśnień. Dlatego wszystkie te argumenty, które Izba wzięła pod uwagę wydając Wyrok KIO, jeszcze dobitniej znajdują zastosowanie w odniesieniu do konieczności odtajnienia Wyjaśnień RNC*",
- w pkt 3.3. i 3.4. do wskazania, że w wyjaśnieniach mogą znajdować się wrażliwe informacje mające wartość gospodarczą, jednak „*Indra bezrefleksyjnie zastrzegła cały zbiór informacji*", co „*nie uzasadnia zbiorczego utajnienia całego dokumentu, lecz jedynie jego wybranych fragmentów lub załączników*".

Odnosząc się zatem do treści pkt 3.1. – 3.4. odwołania, w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że niezasadne jest odwoływanie się przez Odwołującego do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ocenianego przez Izbę w wyroku KIO 1562/24, ponieważ tamto uzasadnienie dotyczyło oferty Przystępującego, tj. dokumentów zawartych w Tomie 1 i Tomie 2. Tymczasem zarzut nr 2 w niniejszym odwołaniu dotyczy uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego w dniu 05.04.2024 r. (Tom 1). Są to odrębne uzasadnienia, z których jedno – dotyczące oferty zostało już przez Izbę ocenione w wyroku KIO 1562/24, natomiast drugie – dotyczące rażąco niskiej ceny jest przedmiotem zarzutu nr 2 w obecnym postępowaniu odwoławczym.

Przechodząc zatem do dalszej argumentacji podniesionej w zarzucie nr 2 należy stwierdzić, że Odwołujący podniósł jedynie, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera rzeczowych argumentów, zawiera ogólnikowe stwierdzenia i dotyczy całego dokumentu (wyjaśnień rażąco niskiej ceny) zamiast wybranych informacji. Odwołujący nie wskazał, które przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk nie zostały przez Przystępującego wykazane, które choćby przykładowe fragmenty uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są ogólnikowe, które choćby przykładowe fragmenty są niespójne lub niewystarczające i dlaczego, jakich informacji lub dowodów koniecznych do wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym uzasadnieniu brakuje. Innymi słowy: Odwołujący nie przedstawił analizy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego w celu wykazania, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostały nią objęte niezasadnie i powinny zostać odtajnione. Nie jest natomiast rolą Izby poszukiwanie za Odwołującego konkretnych argumentów potwierdzających słuszność ogólnikowo sformułowanych przez niego zarzutów. Tak zdawkowe uzasadnienie zarzutu nie pozwala też Izbie na ocenę, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa rzeczywiście jest niewystarczające. W świetle zatem treści odwołania Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk. Dlatego odwołanie w tym zakresie zostało oddalone.

Zarzut zaniechania badania i odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie parametrów radaru PSR 3D (zarzut nr 5a i nr 6 w odwołaniu).

Odwołujący formułując zarzuty dotyczące niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w zakresie parametrów radaru oparł się na właściwościach urządzenia ASR12 opisanych na stronie internetowej. Już sam ten fakt wskazuje, że zarzut został oparty na pewnych domniemaniach Odwołującego, ponieważ oczywistym jest, że sprzęt będący przedmiotem zamówienia jest produkowany na zamówienie zgodnie z wymaganiami konkretnego

zamawiającego, a nie jest opisywany w zakresie szczegółowych parametrów na stronach internetowych.

Przede wszystkim jednak należy zwrócić uwagę, że Przystępujący nie oferuje w niniejszym postępowaniu radaru ASR12, tylko radar PSR-MD12, o czym świadczy treść pkt 2.1.1. Tomu 3 wyjaśnień rażąco niskiej ceny (Tom 3 nie został przez Przystępującego zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa): „*Szczególnie istotne są dane dotyczące 19 radarów opracowywanych obecnie dla Deutsche Flugsicherung GmbH (DFS), ponieważ jest to identyczny model (PSR-MD12 P/N 0061110000046), który będzie dostarczany w aktualnej ofercie, który pozwala na wykorzystanie efektu skali w dostawach i produkcji, co skutkuje oszczędnościami kosztów*". Skoro zatem zarzut Odwołującego dotyczy innego modelu radaru niż oferowany przez Przystępującego, to argumentacja podniesiona w odwołaniu jest bezprzedmiotowa. Dodatkowo przytoczony fragment wyjaśnień rażąco niskiej ceny przeczy podniesionej w odwołaniu tezie, jakoby oferowany radar nie pochodził z bieżącej produkcji. Przystępujący zwrócił też uwagę, że argumentacja Odwołującego została oparta na informacjach pochodzących z broszury wydanej w 2009 r., której treść dołączona do odwołania nie została przetłumaczona na język polski, ale pomijając już nawet te okoliczności, raz jeszcze należy wskazać, że przede wszystkim fakt, iż Odwołujący kwestionuje właściwości innego modelu radaru niż oferowany przez Przystępującego, przesądza o tym, że zarzut dotyczący niezgodności oferty z warunkami zamówienia nie może być uznany za zasadny. Powyższe przesądza również o tym, że niecelowe jest wzywanie Przystępującego do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień odnoszących się do parametrów kwestionowanych w odwołaniu. Dlatego też Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

Niezależnie od powyższego, ponieważ pośród argumentów dotyczących radaru Odwołujący poruszył też kwestię braku nakazania w sentencji wyroku KIO 1562/24 odtajnienia treści Tomu 2 dołączonego do oferty, Izba zauważa, że wobec braku zaskarżenia tego wyroku do Sądu, obecnie kwestionowanie jego treści jest spóźnione i bezprzedmiotowe.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie oświadczenia o waloryzacji wynagrodzenia (zarzut nr 5a w odwołaniu).

Odnosząc się do kolejnego zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia z powodu złożonego przez niego w załączniku nr 9 do Formularza oferty oświadczenia o treści: „*w przyszłości do określenia wzrostu kosztów materiałów należy stosować najnowszy „Odren de indices de precios de los materiales especifios de suminstros de fabricacion de armamento y equipameinto", opublikowany przez hiszpańskie Ministerstwo Finansów i Funkcji Publicznych*", przede wszystkim należy zauważyć, że Zamawiający nie sprecyzował oczekiwanej treści załącznika nr 9. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na tytuł tego załącznika, tj. „Wykaz cen materiałów lub kosztów przyjętych przez wykonawcę do sporządzenia oferty" oraz dołączone przez Przystępującego rozporządzenie HFP/1358/2023 wydane przez hiszpańskie Ministerstwo Finansów i Administracji Publicznej, które wskazuje wysokość kosztów materiałów dla zamówień na dostawy do produkcji uzbrojenia i sprzętu. Ww. dokumenty zostały złożone na potwierdzenie poniesienia przez Przystępującego określonych kosztów, co może być wykorzystane w trakcie realizacji umowy do ustalenia zasadności i wysokości waloryzacji wynagrodzenia. Natomiast ww. oświadczenie nie zawiera treści, które miałyby modyfikować ustalone przez Zamawiającego w projekcie umowy zasady dokonywania tej waloryzacji, w szczególności z oświadczenia nie wynika, aby Przystępujący oczekiwał pominięcia „zharmonizowanego wskaźnika cen konsumpcyjnych (HICP)" przewidzianego w projekcie umowy. Innymi słowy: kwestionowane oświadczenie wraz z ww. rozporządzeniem może stać się ewentualnie podstawą wykazania przez Przystępującego wzrostu ponoszonych przez niego kosztów, natomiast w razie potwierdzenia tego wzrostu waloryzacja będzie dokonywana zgodnie z zasadami określonymi przez Zamawiającego w projekcie umowy. Dlatego Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę (zarzut nr 5b w odwołaniu).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego należy zauważyć, że w uzasadnieniu odwołania Odwołujący poświęcił tej kwestii wyłącznie punkt 3.6., w którym wskazał na „*istotne wątpliwości, czy cena zaoferowana przez Indra nie jest ceną rażąco niską, jak i czy została skalkulowana w prawidłowy sposób*". W dalszej kolejności porównał cenę oferty Przystępującego do wartości szacunkowej zamówienia i ceny swojej oferty, po czym wskazał na niezasadność przyjęcia przez Przystępującego tożsamych wycen prac w zakresie różnych lokalizacji, tj. „*7.934.391 zł brutto dla wszystkich lokalizacji objętych zamówieniem podstawowym oraz 8.922.737 zł brutto dla wszystkich lokalizacji objętych prawem opcji*", podczas gdy „*przyjęcie jednej uniwersalnej wyceny nie jest możliwe, jak i potwierdza nierzetelność w przygotowaniu wyceny*" . Ponadto Odwołujący wskazał, że „*ma zastrzeżenia także co do sposobu wyceny zamówienia podstawowego i zamówienia w zakresie prawa opcji – rozbieżności w cenach za te zakresy pozwalają uznać, że i w tym przypadku nie skalkulowano poszczególnych cen na rynkowym poziomie, lecz że dokonano zaniżenia cen*".

Po pierwsze zatem, należy zauważyć, że Odwołujący oparł ww. zarzut na swoich wątpliwościach. Wprawdzie z art. 537 ustawy Pzp wynika, iż ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa wykonawcy, który złożył tę ofertę, ale wielokrotnie Izba wskazywała w swoim orzecznictwie, że nie oznacza to, że odwołujący są całkowicie

zwolnieni z należytego uzasadnienia zarzutów w tym zakresie. Odwołujący natomiast ograniczył się do wyrażenia wątpliwości i lakonicznej informacji, że Przystępujący przyjął identyczne koszty dla różnych lokalizacji w zamówieniu podstawowym i w zamówieniu objętym opcją, mimo że zakres wymaganych prac istotnie się różni. Odwołujący nie wskazał jednak, czym się te zakresy różnią i jaki powinno to mieć wpływ na ich wycenę.

Po drugie, pomijając nawet zdawkowe uzasadnienie zarzutu, należy zwrócić uwagę, że podane w odwołaniu ceny dla wszystkich lokalizacji w zamówieniu podstawowym i w zamówieniu objętym opcją nie są tożsame, zatem zarzut identycznych kosztów w tych częściach zamówienia nie może być uznany za zasadny, skoro sam Odwołujący wskazuje dla nich inne koszty. Przystępujący dołączył też do swojego pisma procesowego oświadczenie spółki Strzelczyk sp. z o.o. w sprawie wykonania ww. infrastruktury, ale pomijając nawet ten dokument, w samym odwołaniu widoczna jest sprzeczność między postawionym zarzutem a podanymi kwotami.

Po trzecie, nie można zgodzić się z Odwołującym, że cena oferty Przystępującego jest niższa o 54% od wartości szacunkowej zamówienia. Wartość ta powiększona o VAT wynosiła 1.123.000.000,00 zł, zaś cena oferty Przystępującego - 912.825.985,00 zł brutto, co oznacza, że różnica wynosiła ok. 19%.

Po czwarte, w zdaniu dotyczącym zastrzeżeń co do sposobu wyceny zamówienia podstawowego i zamówienia w zakresie prawa opcji Odwołujący ponownie poprzestał na ogólnikach, nie wskazując, dlaczego uważa, że ceny nie zostały skalkulowane na rynkowym poziomie, jakie wg niego wartości są w ogóle rynkowe i z czego to wywodzi, jakie okoliczności wskazują na zaniżenie cen Przystępującego.

Po piąte, Izba ponownie przywołuje art. 555 ustawy Pzp i sposób jego rozumienia wskazany w uzasadnieniu wyroku dla zarzutu nr 2 i w związku z tym zauważa, że Odwołujący dopiero na rozprawie podniósł nowy zarzut dotyczący nieprawidłowej wyceny szkoleń. Zarzut ten nie był zawarty w odwołaniu, zatem nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

W świetle powyższych ustaleń, w ocenie Izby Zamawiający nie naruszył art. 226ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny z powodu doliczenia podatku VAT do części ceny oferty Przystępującego (zarzut nr 5c w odwołaniu).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego doliczenia podatku VAT do ceny oferty Przystępującego, kolejny raz należy zwrócić uwagę na brak szczegółowego uzasadnienia w odwołaniu. Odwołujący wprost wskazuje w pkt 3.5. odwołania, że *„nie jest możliwe ustalenie, czy doliczenie podatku VAT w odpowiedniej wysokości nastąpiło w prawidłowy sposób i w odniesieniu do jakieś części ceny. Co więcej, zachodzą istotne wątpliwości, czy w świetle obowiązujących przepisów u VAT oferta Indra nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, bowiem zważywszy na wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia zasadne było przyjęcie, że cała zaoferowana cena za realizację zamówienia powinna być powiększona przez Indra o podatek VAT w odpowiedniej wysokości – tak jak to uczynił Odwołujący*". Odwołujący opiera więc zarzut na swoich wątpliwościach, nie wskazując jednocześnie konkretnych argumentów, które miałyby ten zarzut potwierdzić. Następnie w pkt 3.7. odwołania pisze, że *„na etapie przygotowania oferty podjął się dokonania wszechstronnej analizy prawnopodatkowej, na podstawie której uznał, że w realiach tego zamówienia konieczne jest uwzględnienie podatku VAT do całej zaoferowanej ceny. Natomiast rozwiązanie przyjęte przez Indra może w istocie być uznane za błąd w obliczeniu ceny i skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP*". Odwołujący nie pisze jednak, co dokładnie analizował, na jakich okolicznościach faktycznych i prawnych oparł tę analizę i przede wszystkim – jakie są wyniki tej analizy i w jaki sposób dowodzą one, że oferta Przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na powoływane przez Zamawiającego i Przystępującego orzecznictwo Izby, zgodnie z którym dane wymagane w art. 225 ust. 1 ustawy Pzp mają charakter wyłącznie informacyjny i nie wiążą zamawiającego, zatem nie stanowią podstawy odrzucenia oferty (por. wyrok KIO 2299/12 z dnia 31.08.2021 r.).

W tym stanie rzeczy, zwłaszcza zaś w świetle braku konkretnej argumentacji w odwołaniu, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i do uznania zarzutu za zasadny.

W związku z powyższym Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 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).

Niezależnie od tego, w ilu punktach Odwołujący przedstawił w odwołaniu swoje zarzuty, Izba pogrupowała je tematycznie, tj. wg okoliczności faktycznych stanowiących podstawę danego zarzutu. W ten sposób (pomijając zarzut nr

1, w zakresie którego postępowanie odwoławcze zostało umorzone) dla celów wydania postanowienia o kosztach postępowania odwoławczego, Izba wyodrębniła w odwołaniu następujące zarzuty:

1)zarzut dotyczący przedwczesnego wyboru oferty Przystępującego z uwagi na brak udostępnienia Odwołującemu dokumentów, których odtajnienie Izba nakazała wyrokiem KIO 1562/24, co stanowiło także naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (zarzut nr 3 i 4 w odwołaniu),

2)zarzut nieudostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego, mimo niezasadnego ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa (zarzut nr 2 w odwołaniu),

3)zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie parametrów radaru PSR 3D lub ew. zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie (zarzut nr 5a i nr 6 w odwołaniu),

4)zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie oświadczenia o waloryzacji wynagrodzenia (zarzut nr 5a w odwołaniu),

5)zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę (zarzut nr 5b w odwołaniu),

6)zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny w zakresie doliczenia podatku VAT do części ceny oferty Przystępującego (zarzut nr 5c w odwołaniu).

Spośród zarzutów opisanych powyżej w punktach 1 – 6 Izba uwzględniła jeden zarzut (dotyczący przedwczesnego wyboru oferty Przystępującego) i oddaliła pozostałe pięć zarzutów. Oznacza to, że Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w zakresie jednego zarzutu uwzględnionego, zaś Odwołujący - w zakresie pięciu zarzutów oddalonych. Na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis od odwołania w wysokości 15.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego – 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 3.100 zł (1/6 z 18.600 zł), a Odwołujący – w wysokości 15.500 zł (5/6 z 18.600 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 18.600 zł (wpis + wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 15.500 zł stosownie do faktu oddalenia przez Izbę pięciu zarzutów. Zamawiający nie poniósł dotychczas żadnych kosztów, a powinien ponieść je w wysokości 3.100 zł stosownie do faktu uwzględnienia przez Izbę jednego zarzutu. Dlatego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3.100 zł, co pozwoli każdej ze Stron ponieść koszty adekwatne do wyniku postępowania odwoławczego (18.600-15.500 = 3.100).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca ...……..

…….

…….