

WYROK

Warszawa, dnia 16 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2024 r. przez odwołującego AEBI SCHMIDT POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, przy ul. Skrajnej 80A (25-650 Kielce) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 3 Regionalną Bazę Logistyczną w Krakowie, przy ul. Montelupich 3 (30-901 Kraków),

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy Overaasen AS Roald Amundsens veg 1 2816 Gjovik, Norwegia

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 tj. zarzutu zaniechania odrzucenia oferty OVERAASEN w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. z rozdziałem III ust. 2 pkt 4 lit. a) WET.

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego AEBI SCHMIDT POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach i:

3.1. zalicza na 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 743 zł 60 gr (słownie: siedemset czterdzieści trzy złote sześćdziesiąt groszy) tytułem kosztów dojazdu na rozprawę przez zamawiającego,

3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3 Regionalnej Bazy Logistycznej w Krakowie kwotę 743 zł 60 gr (słownie: siedemset czterdzieści trzy złote sześćdziesiąt groszy) tytułem kosztów dojazdu na rozprawę przez zamawiającego.

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:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - 3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, pn.: „Dostawa fabrycznie nowych holowanych oczyszczarek lotniskowych wraz z ciągnikiem siodłowym w latach 2024-2026”; nr postępowania: 26/2024/D, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwane: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/S 00053650-2024.

W dniu 22 kwietnia 2024 r. wykonawca AEBI SCHMIDT POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach (dalej zwany: „odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego polegającej na:

- 1) wyborze oferty wykonawcy: OVERAASEN AS Roland Amundsens veg 1, 2816 Gjovik, Norwegia (dalej zwany: „OVERAASEN”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty OVERAASEN z uwagi na okoliczność, że jej treść nie odpowiada warunkom zamówienia;
- 3) zaniechaniu wezwania OVERAASEN do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie zaoferowanej ceny, tj. w sytuacji, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i winna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

OVERAASEN w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. z rozdziałem II załącznika nr 4 do SWZ – Wymaganiami Eksploatacyjno-Technicznymi (WET), a niezgodność ta wyraża się w zaoferowaniu Zamawiającemu w ciągniku siodłowym oraz oczyszczarce lotniskowej silników spalinowych pochodzących od różnych producentów, w sytuacji, gdy Zamawiający wymagał wprost, aby zastosowane silniki spalinowe w ciągniku siodłowym oraz oczyszczarce lotniskowej były tego samego producenta (typoszeregu);

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. 65§1 i §2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 j.t. ze zm.), dalej jako „k.c.”, w zw. z art. 8 ust. 1 k.c. w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OVERAASEN w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. z rozdziałem III ust. 2 pkt 4 lit. a) WET, a niezgodność ta wyraża się w zaoferowaniu Zamawiającemu holowanej oczyszczarki lotniskowej wyposażonej w wentylator, którego wydajność przekracza dopuszczalne limity, tj. wynosi 666 m³/min., zamiast mieścić się we wskazanym przez Zamawiającego przedziale od 525 do 555m³/min.;

3) art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania OVERAASEN do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnej części składowej ceny (1 oczyszczarki wraz z ciągnikiem) w sytuacji, gdy zaoferowana przez tego wykonawcę cena pojedynczej holowanej oczyszczarki lotniskowej wraz z ciągnikiem siodłowym wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nadto powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności w związku z zaoferowaniem przedmiotu zamówienia niezgodnego z warunkami zamówienia.

W związku z powyższym, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- 2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności odrzucenie oferty OVERAASEN na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp;
- 3) wezwania OVERAASEN do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej Zamawiającemu ceny pojedynczej holowanej oczyszczarki lotniskowej wraz z ciągnikiem siodłowym.

Odwołujący wyjaśnił, iż posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem w wyniku działań i zaniechań zamawiającego oferta OVERAASEN została uznana za najkorzystniejszą w sytuacji, gdy zamawiający winien był odrzucić ofertę OVERAASEN jako niezgodną z warunkami zamówienia oraz zaniechał zbadania oferty OVERAASEN pod kątem rażąco niskiej ceny. Zaoferowana cena jest bowiem rażąco niska i zdaniem odwołującego OVERAASEN nie jest w stanie świadczyć dostawy w oparciu o zaoferowane ceny jednostkowe, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Z uwagi na to, że oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, za ofertą OVERAASEN, interes odwołującego (w wyniku uchybień zamawiającego) doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonych czynności zamawiającego jest pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, które odwołujący mógłby uzyskać, gdyby oferta OVERAASEN została odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę. Odwołujący wskazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta odpowiada wymogom SWZ i to właśnie oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu SWZ i przepisów prawa. Szkoda, jaką może ponieść odwołujący w wyniku zaskarżonych czynności Zamawiającego, odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki uzyskałby odwołujący, realizując zamówienie.

W uzasadnieniu dla zarzutu z pkt 1 odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisami rozdziału IV ust. 1 pkt 11 SWZ w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany był m. in. do złożenia przedmiotowego środka dowodowego w postaci Karty informacyjnej (technicznej) oferowanego rodzaju holowanych oczyszczarek lotniskowych wraz z ciągnikiem siodłowym (uzupełnioną wg wzoru określonego w załączniku nr 5 do SWZ). Zamawiający przy tym wyraźnie zaznaczył w ust. 4 Rozdziału IV, że nie przewiduje możliwości uzupełniania ww. przedmiotowego środka dowodowego.

Dalej odwołujący podniósł, iż OVERAASEN złożył Kartę informacyjną (techniczną), w której znalazły się między innymi następujące informacje: 1) w przypadku ciągnika siodłowego oferta OVERAASEN dotyczy następującego producenta/marki: VOLVO model: FMX D13 420 4x4; 2) w przypadku zaś holowanej oczyszczarki lotniskowej oferta OVERAASEN dotyczy następującego producenta/ marki: OVERAASEN i dotyczy następującego modelu: RS 400, plł EP. Odwołujący podkreślił, iż opis przedmiotu zamówienia oraz szczegółowe wymagania względem przedmiotu zamówienia określono w Wymaganiach Eksploatacyjno-Technicznych (dalej zwany: „WET”). Zamawiający w Rozdziale II. WET Ogólna charakterystyka wprost wskazał: „Oczyszczarka lotniskowa w postaci naczepy wraz z samochodowym ciągnikiem siodłowym doposażona w zawieszany pług odśnieżny mają stanowić zestaw, zapewniający odśnieżanie oraz usuwanie zanieczyszczeń stałych ze sztucznych nawierzchni lotniskowych. Konstrukcja oczyszczarki ma zapewniać

uzyskanie maksymalnej prędkości roboczej nie mniejszej niż 40 km/godz. Maszyna musi umożliwiać pracę w czasie 10-godzinnej zmiany bez konieczności wykonywania przeglądów (tankowania). Zastosowane silniki spalinowe w ciągniku siodłowym oraz oczyszczarce lotniskowej, muszą być tego samego producenta (typoszeregu).”

Odwołujący następnie uwypuklił, iż zamawiający wymagał więc od wykonawców, aby w swoich ofertach uwzględnili konieczność zaoferowania silników tego samego producenta (typoszeregu) dla ciągnika siodłowego i dla oczyszczarki lotniskowej. W ocenie odwołującego, tego wymogu oferta OVERAASEN nie spełnia, ponieważ zgodnie bowiem z informacjami OVERAASEN widniejącymi na stronie internetowej https://overaasen.no/521/rs_400, dla modelu RS 400 producent stosuje silniki MTU 6R1100 EU Stage V, który jest silnikiem produkowanym w ramach grupy Mercedes.

Zatem, zgodnie z powyższym, według twierdzeń odwołującego OVERAASEN wskazał silnik marki VOLVO dla ciągnika siodłowego, zaś dla oczyszczarki lotniskowej silnik będący pochodną producenta Mercedes. Zastosowane silniki spalinowe w ciągniku siodłowym oraz oczyszczarce lotniskowej, nie są zatem silnikami tego samego producenta (typoszeregu), a tym samym wykonawca nie dopełnił wymogu, o którym mowa w rozdziale II WET. Zachodzi zatem niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Odwołujący wskazał, iż chodzi przy tym o niezgodność oferty z merytorycznymi warunkami co do przedmiotu zamówienia postawionymi przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Oferta jest niezgodna z nimi w sposób zasadniczy i nieusuwalny, zaś zamawiający jednoznacznie potrafi stwierdzić, że złożona oferta nie jest zgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący podkreślił, iż zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, jeżeli jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, czego w niniejszym postępowaniu zaniechał. Odwołujący z ostrożności podniósł również, iż w jego ocenie, na obecnym etapie nie jest już możliwe doprowadzenie do zgodności oferty OVERAASEN z warunkami zamówienia. Po pierwsze, zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp: W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Odwołujący przywołuje zasadę prawa zamówień publicznych, zgodnie z którą zakazana jest zmiana treści oferty po jej otwarciu. Uruchomienie procedury z art. 223 ust. 1 Pzp jest możliwe, gdy zamawiający ma wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Tymczasem, jak odwołujący zauważał, treść oświadczenia zawarta w Karcie informacyjnej (technicznej), jakie w ramach swojego świadczenia OVERAASEN zaoferowało zamawiającemu, a więc nie rodzi ona wątpliwości, które mogłyby być przedmiotem wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. W zaistniałej sytuacji, zastosowanie tej procedury, świadczyłoby właśnie o negocjowaniu przez zamawiającego treści oferty z Wykonawcą, co jest wprost zakazane przez przepisy Pzp. Podobnie, zgodnie z art. 107 ust. 4 Pzp, zamawiający co prawda może wyjaśniać treść przedmiotowych środków dowodowych, ale tylko wtedy, gdy jest ona niejasna lub budzi wątpliwości, z czym nie mamy do czynienia w niniejszym stanie faktycznym, bowiem według odwołującego oświadczenie woli OVERAASEN co do modelu oczyszczarki jest jednoznaczne i pozwala na zidentyfikowanie oferowanej przez wykonawcę zabudowy. Wskazuje dalej, że zamawiający opisał warunki w sposób precyzyjny i niepozostawiający pola do interpretacji. Zgodnie zaś z Rozdziałem IV ust. 4 SWZ zamawiający wprost wskazał, że nie przewiduje możliwości uzupełnienia na podstawie art. 107 ust. 2 przedmiotowego środka dowodowego - Karty informacyjnej (technicznej) oferowanego rodzaju holowanych oczyszczarek lotniskowych wraz z ciągnikiem siodłowym (uzupełnionej wg wzoru określonego w załączniku nr 5 do SWZ), więc w tym zakresie wykonawca nie mógłby i tak dokonać zmiany swojego oświadczenia woli.

W dalszej kolejności odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej na poparcie swojej argumentacji.

Odwołujący podniósł również, że w swojej ofercie skalkulował silniki spalinowe w ciągniku siodłowym oraz oczyszczarce lotniskowej o tym samym typoszeregu, co zgodne jest z przywołanymi wymaganiami zamawiającego. Podkreślił następnie, iż każdorazowo zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie, dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, jest elementem treści merytorycznej oferty. Tak samo, postanowienia dokumentu WET bezsprzecznie wchodzą w zakres „warunków zamówienia”, bowiem składają się one na opis przedmiotu zamówienia, a jak wynika z art. 6 pkt 29 Pzp pod pojęciem „warunków zamówienia” należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym postanowienia WET, które kształtują opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu są elementem „warunków zamówienia”. W kontekście powyższego, skoro zamawiający nie odrzucił oferty OVERAASEN, pomimo tego, że z ogólnodostępnej karty katalogowej zaoferowanego przez wykonawcę modelu oczyszczarki wynika, że wyposażona jest ona w silnik MTU (grupa Mercedes, a nie VOLVO), odwołujący uznał, że postawione zarzuty potwierdziły się. Proces oceny i badania ofert

przebiegł nieprawidłowo i nie doszło do odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. Tym samym, proces wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 239 ust. 1 Pzp był nieprawidłowy, bowiem dokonano wyboru oferty, która winna zostać odrzucona. Ponadto, wybór oferty OVERAASEN w takich okolicznościach, jawi się dodatkowo jako naruszenie wyrażonej w art. 16 pkt 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Zamawiający nie po to bowiem formułuje warunki zamówienia i w sposób jednoznaczny precyzuje, jakie są jego potrzeby i czego dotyczyć ma oferta wykonawcy, żeby finalnie wymogów tych nie respektować i dokonywać wyboru oferty wykonawcy, którego oświadczenie woli wyrażone w ofercie nie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego. Warunki te były jednoznaczne, znane wszystkim wykonawcom, którzy zobligowani byli się do nich zastosować przy kalkulowaniu ceny ofertowej, zwłaszcza że ma to znaczenie z punktu widzenia porównywalności ofert złożonych w postępowaniu.

Uzasadniając swoje stanowisko w zakresie zarzutu nr 2, odwołujący wskazał na Rozdział III ust. 2. pkt 4 lit. a) WET, gdzie Zamawiający określił wymagania w odniesieniu do oczyszczarki lotniskowej - wentylatora i dyfuzorów wydmuchowych: *wydajność wentylatora: co najmniej 525 - 550 m³/min. Podkreślił, iż zaoferowany przez OVERAASEN typ oczyszczarki lotniskowej zapewnia wydajność wentylatora na poziomie 666 m³/min.* Odwołujący wyjaśnił przy tym, że sama wydajność wentylatora z oferty OVERAASEN wynika z informacji technicznych OVERAASEN widniejących na stronie internetowej https://overaasen.no/521/rs_400, dla modelu RS 400 i podkreślił, iż wskazana wartość 40 000 m³/h oznacza w przeliczeniu 666 m³/min.

W ocenie odwołującego szczegółowa analiza oferty OVERAASEN, połączona z prawidłową wykładnią postanowień WET, powinna prowadzić do wniosku, że oferta OVERAASEN jest niezgodna z warunkami zamówienia również w tym zakresie, bowiem w Rozdziale III ust. 2. pkt 4 lit. a) WET zamawiający wprowadził nie tylko minimalne parametry wydajności pracy wentylatora, ale też jego parametry maksymalne, które oferta OVERAASEN przekracza. Dokonując analizy oferty, zamawiający winien był dokonać wykładni oświadczenia woli postanowienia SWZ w odniesieniu do parametru wydajności wentylatora oczyszczarki lotniskowej zaoferowanego przez wykonawcę OVERAASEN, której to analizy zamawiający albo zaniechał albo którą przeprowadził w sposób nieprawidłowy. Odwołujący ponownie podkreślił, iż WET stanowi dokument tworzący opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu i jest częścią SWZ. Postanowienia SWZ stanowią oświadczenie woli zamawiającego, a zatem powinny one podlegać wykładni, przy zastosowaniu reguł wynikających z przepisu art. 65 k.c. W odpowiedzi na postanowienia zawarte w SWZ, wykonawcy podejmują decyzję o złożeniu oferty w postępowaniu bądź rezygnują z ubiegania się o realizację zamówienia. Prawidłowa wykładnia postanowień SWZ, jest więc niezbędna dla zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania, w tym w szczególności zachowania konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również dla wyboru wykonawcy w sposób zgodny z Pzp.

Odwołujący argumentuje, iż przedmiotowy zapis WET podany jest w języku, w postaci pisemnej, dlatego podstawową rolę, przy dokonywaniu wykładni takiego oświadczenia woli, muszą odegrać powszechne reguły językowe (dyrektywy językowe), które przy odkodowywaniu treści oświadczenia woli nakazują uwzględniać nie tylko sposób jego zredagowania, ale także znaczenie poszczególnych wyrazów, w kontekście ich legalnych definicji, przynależności odbiorców oświadczenia woli do tej samej grupy zawodowej (społecznej) i języka, jakim ta grupa się posługuje, czy w końcu znaczenia potocznego danego wyrazu. I tak, według oceny odwołującego skoro zamawiający zapisał: „wydajność wentylatora: co najmniej 525 - 550 m³/min”, to tym samym narzucił wykonawcom nie tylko minimalne parametry wydajności wentylatora (tu zwrot: „co najmniej”), ale także parametry maksymalne (tu znak graficzny: „-”), który należy odczytywać jak wyrażone słownie „do” lub „max.”, a do takiej konkluzji dochodzi, mając na uwadze:

- 1) kontekst – sposób zredagowania WET przez Zamawiającego;
- 2) specyfikę przedmiotu zamówienia – cel, jakiemu dany zapis służył i konsekwencje, jakie się wiążą ze stosowaniem wentylatorów o zbyt dużej wydajności;
- 3) zwyczaj „branżowe” – czyli to, jak zazwyczaj przez różnych zamawiających wydajność wentylatorów jest określana.

Odwołujący wskazywał również, że jeśli chodzi o kontekst pozostałych postanowień WET, w których zamawiający opisał przedmiot zamówienia, to co do zasady tam, gdzie Zamawiający określał minimalne przedziały i nie chciał określać przedziałów maksymalnych, to poprzestawał na wskazaniu wyłącznie parametru minimalnego, który był ograniczony do jednej liczby, nie było tam przedziałów liczbowych. Na przykład w WET rozdział III. ust. 2 pkt 5 lit. k) szerokość szczotki – min. 5 500 mm, nie określając jej szerokości maksymalnej. Z kolei tam, gdzie wykonawca miał „zmieścić” się w określonych parametrach, w wymogu WET pojawiały się już dwie wartości (minimalna i maksymalna): przykładem będzie: *średnica szczotki* w WET rozdział III. ust. 2 pkt 5 lit. j), jako przedział od 900 do 1 200 mm.

Odwołujący dalej argumentował iż dla każdego wykonawcy powinno być oczywiste to, że skoro w tym zapisie pojawiają się dwa parametry, to nie jest to działanie przypadkowe, tylko intencjonalne, najpewniej związane z minimalizacją ryzyka uszkodzenia nawierzchni. Jeżeli zapis ten budziłby wątpliwości po stronie wykonawców, to mieli oni prawo do skorzystania z procedury, o której mowa w art. 135 Pzp, czyli zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o

wyjaśnienie treści SWZ, o co żaden z wykonawców w toku niniejszego postępowania, w odniesieniu do potencjalnie spornego zapisu WET, nie wnioskował, co należy poczytywać jako brak wątpliwości co do tego, że zamawiający określił wydajność wentylatora w przedziale od 525 do 550m³/min. Podkreślił również iż standardowo parametry wydajności przez poszczególnych wykonawców podaje się w formie przedziału liczbowego po to, aby unikać sytuacji oferowania przez wykonawców wentylatorów o wydajności niewystarczającej lub zbyt mocnej z punktu widzenia okoliczności (i infrastruktury), w jakich pojazdy były użytkowane, co tym bardziej powinno utwierdzić wykonawcę OVERAASEN w tym, że również w niniejszym postępowaniu maksymalna wydajność wentylatora nie jest nieograniczona, a powinna zmieścić się we wskazanym przedziale: od 525 do 550m³/min. Na koniec odwołujący podsumował, iż skoro oferta OVERAASEN, w zakresie wydajności wentylatora wykracza poza zakres 550m³/min., to należy ją uznać za niezgodną z warunkami zamówienia, czego konsekwencją powinno być odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Uzasadniając zarzut trzeci odwołania, odwołujący wskazał, że zamawiający w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego swoje oferty złożyło dwóch wykonawców, oferując realizację zamówienia gwarantowanego (bez prawa opcji) na następujących warunkach:

- 1) OVERAASEN – 22 264,000,00 zł netto,
- 2) odwołujący – 27 526 750, 00 zł netto,

Przy czym na ofertę wykonawcy składa się 11 sztuk holowanych oczyszczarek wraz z ciągnikiem siodłowym o tych samych parametrach. Kolejnych 8 sztuk zamawiający może zamówić w ramach zamówienia opcjonalnego. Całkowita cena oferty wykonawcy jest więc iloczynem liczby sztuk pojazdów i zaoferowanej przez wykonawcę ceny 1 sztuki oczyszczarki lotniskowej z ciągnikiem siodłowym. Nie ulega więc wątpliwości, że cena jednej sztuki takiego zestawu (ciągnik + oczyszczarka) stanowi istotną część składową oferty wykonawcy.

Następnie odwołujący uwypuklił, iż biorąc pod uwagę wartości procentowe i różnicę co do średnich cen zaoferowanych przez wszystkich wykonawców, cena oferty OVERAASEN jest niższa o ok. 19% (18,91%) od szacunkowej wartości zamówienia oraz o ok. 11% (10,57%) niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert, co w przypadku tak specjalistycznych dostaw, według odwołującego stanowi znaczącą różnicę pomiędzy ofertami wykonawców i szacunkami zamawiającego, co już na wstępie powinno wzbudzić wątpliwości co do tego, czy nie mamy do czynienia z ceną rażąco niską i czy wykonawca OVERAASEN będzie w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Pomimo tego, że różnice w cenie oferty OVERAASEN do szacunkowej wartości zamówienia i średniej arytmetycznej ofert w postępowaniu są mniejsze niż 30%, to zamawiający mógł, a w niniejszym stanie faktycznym, powinien był wezwać wykonawcę do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny 1 sztuki oczyszczarki lotniskowej wraz z ciągnikiem siodłowym. W taką kompetencję wyposaża zamawiających przepis art. 224 ust. 1 Pzp., który ma dawać zamawiającemu możliwość eliminowania ofert, które nie pozwalają na upewnienie się, że zamówienie zostanie wykonane z uwzględnieniem wymagań co do jego jakości. Ma stanowić niejako ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców. Jednocześnie, ma chronić rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie oferowanych cen.

Dalej odwołujący podkreślił, iż impulsem dla zamawiającego do zastosowania przepisu art. 224 ust. 1 Pzp względem wykonawcy OVERAASEN powinny być okoliczności: 1) znaczące różnice procentowe pomiędzy samymi ofertami wykonawców – nietypowe, jak na taki przedmiot zamówienia, 2) dostrzeżone niezgodności treści oferty wykonawcy z warunkami zamówienia, które z jednej strony znalazły odzwierciedlenie w cenie oferty, a z drugiej strony wskazują na to, że zamówienie nie zostanie wykonane w sposób zgodny z warunkami zamówienia oraz 3) pogarszająca się kondycja finansowa podwykonawcy Integra Service Sp. o.o., która według twierdzeń jest powszechnie znana w branży, co może budzić wątpliwości czy wykonawca będzie w ogóle w stanie podolać rozłożonemu na okres trzech lat zamówieniu, a z drugiej strony jest to okoliczność, która mogła skłonić wykonawcę do tego, aby zaoferować dostawy poniżej jej realnych kosztów, tylko po to, aby pozyskać kontrakt.

Tak duże dysproporcje w cenie pomiędzy ofertami, ale też względem szacunkowej wartości zamówienia, wskazują na zaoferowanie ceny poniżej faktycznych kosztów dostawy specjalistycznych pojazdów. Następnie odwołujący wskazuje na kolejną okolicznością, na którą powinien zwrócić uwagę zamawiający i która powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do realności cen zaoferowanych przez OVERAASEN i możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego jest to, że wykonawca zaoferował tak niskie ceny, w sytuacji, kiedy zaoferowany przedmiot zamówienia jest niezgodny z warunkami zamówienia. Zastosowane silniki spalinowe w ciągniku siodłowym oraz oczyszczarce lotniskowej, nie są silnikami tego samego producenta (typoszeregu), co ma przełożenie na niższą cenę. Odwołujący podkreślał, iż według jego wiedzy silniki MTU są bowiem silnikami tańszymi od silników VOLVO o około 24%, dlatego zamawiający dokonuje wyboru oferty, której cena była najniższa, z przyjęciem jako podstawy wyceny przedmiotu zamówienia niezgodnego z warunkami określonymi przez zamawiającego. Uzyskanie przez OVERAASEN zaoferowanej

ceny, według twierdzeń odwołującego było zatem możliwe między innymi z uwagi na możliwość poniesienia niższych kosztów zaoferowanego przedmiotu dostawy, tj. z uwagi na zaferowanie holowanych oczyszczarek lotniskowych z tańszymi silnikami (pochodna producenta Mercedes) niż silniki producenta VOLVO, które OVERAASEN zaferowało w ciągnikach siodłowych.

Zamawiający nie może pozwolić sobie na wybór oferty wykonawcy, który nie będzie w stanie, w ramach zaoferowanego wynagrodzenia, realizować dostawy zgodnie z umową. W ocenie odwołującego, ceny jednostkowe zaferowane przez OVERAASEN budzą w tych okolicznościach poważne i uzasadnione wątpliwości, że wykonawca ten nie wzię pod uwagę wszystkich wymagań zamawiającego, co do sposobu realizacji zamówienia, a tym samym oferta ta może zawierać rażąco niską cenę (niższą niż oferta odwołującego). W konsekwencji powyższego, zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał czynności wyboru oferty OVERAASEN jako najkorzystniejszej w postępowaniu, ponieważ nie wezwał tego wykonawcy do wyjaśnienia ceny jego oferty, pomimo że wykonawca przedstawił nierynkowe i nierzeczywiste ceny za holowane oczyszczarki lotniskowe wraz z ciągnikiem siodłowym.

Odwołujący również argumentował, iż brak wezwania OVERAASEN do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powoduje, że zamawiający nie może mieć pewności, że wykonawca, którego wybrał w postępowaniu będzie w stanie pokryć koszty realizacji dostawy i tym samym zapewnić bezpieczne wykonanie przedmiotu zamówienia. Powołuje się, bazując na swoim wieloletnim doświadczeniu, opartym na bardzo dobrej znajomości przedmiotu zamówienia, jest przekonany, iż nie ma możliwości prawidłowego i rzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu za wynagrodzenie odpowiadające cenie oferty wykonawcy OVERAASEN.

Odwołujący na koniec po raz kolejny wskazał, na kondycję finansową zgłoszonego w ofercie OVERAASEN podwykonawcy – Integra Service Sp. o.o., gdzie pogarszająca się sytuacja finansowa tego podwykonawcy w kolejnych latach rodzi obawy co do tego, czy będzie w stanie podjąć realizację trzyletniego kontraktu o tak znacznej wartości.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego, odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 maja 2024 r.

Odnosząc się do zarzutów zamawiający wskazał, że w zakresie zarzutu pierwszego odwołujący powołuje się na informacje ze strony internetowej przystępującego, gdzie zamieszczono standardową ofertę firmy. Na podstawie informacji zawartych w Karcie informacyjnej oraz informacji przywołanych wyłącznie ze strony internetowej OVERAASEN odwołujący wywodzi, że dla wskazanego modelu holowanej oczyszczarki lotniskowej OVERAASEN stosuje silniki MTU 6R1 100 EU Stage V, które są produkowane w ramach grupy Mercedes, a więc producenta innego niż VOLVO, którego silniki są montowane do zaferowanego przez OVERAASEN ciągnika siodłowego. Zamawiający podkreślił, iż wnioski odwołującego w tym zakresie są zbyt daleko idące. Informacje ze strony internetowej przystępującego nie stanowią dowodu na brak możliwości adaptacji silnika spalinowego VOLVO w oczyszczarkach oferowanych przez OVERAASEN, ponieważ mógł on dostosować i skonfigurować swoją standardową ofertę tak, by dopasować ją do wymagań zamawiającego zawartych w dokumentacji postępowania.

Zamawiający dalej wskazywał, iż wbrew twierdzeniom odwołującego, OVERAASEN w swojej ofercie w zakresie holowanej oczyszczarki lotniskowej nie wskazał, że producentem silnika spalinowego do oczyszczarki będzie Mercedes, jak próbuje przedstawiać to odwołujący, a podał model oczyszczarki (nie silnika zamontowanego w tym urządzeniu), zgodnie z kartą informacyjną. Podkreślił dalej, iż w ramach postępowania zamawiający chce pozyskać holowane oczyszczarki lotniskowe wraz z ciągnikiem siodłowym, a wymagania Zamawiającego odbiegają od standardowych wymagań dla tego rodzaju sprzętu, zatem wykonawcy muszą zaadaptować swoją ofertę do tych oczekiwań. Biorąc pod uwagę powyższe, należy wskazać, że umieszczenie na stronie internetowej oferowanych produktów przez OVERAASEN dla klientów, którzy nie mają wyspecjalizowanych i spersonalizowanych potrzeb i są w stanie wybrać dla siebie produkt ze standardowej oferty OVERAASEN, jest bez wpływu na przebieg niniejszego postępowania. Zamawiający podkreślił również, iż nie ma również powodów i podstaw do występowania do OVERAASEN z wnioskiem o wyjaśnienie treści jego oferty, ponieważ okoliczności te na tym etapie postępowania nie budzą żadnych wątpliwości. Rozwiązania przyjęte przez zamawiającego w WET wymagają customizacji (dostosowania) ze strony każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę oświadczenie OVERAASEN złożone w druku oferty oświadczył on, że dostarczony przez niego asortyment będzie zgodny z wymaganiami określonymi w SWZ i jej załącznikach i mając na uwadze sformułowanie treści oferty, należy stwierdzić, że oferta OVERAASEN jest zgodna z wymaganiami zamawiającego. Podmioty uczestniczące w postępowaniu są profesjonalnymi podmiotami, które przystępując do postępowania są świadome wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia, zwłaszcza w przypadku spersonalizowanych zamówień zgodnych z wymaganiami określonymi w SWZ. Należy również podkreślić, iż zgodnie z załącznikiem numer 3 do SWZ - projektowane postanowienia umowne, zamawiający dopuścił możliwość organizowania tzw. porad technicznych, ze względu na specjalistyczny charakter przedmiotu umowy. Przedstawione w tym zakresie zarzuty odwołującego należy

uznać za bezpodstawne i wykreowane na potrzeby niniejszego postępowania i niepozwalające na przychylenie się do nich przez Zamawiającego.

W następnej kolejności odwołujący odniósł się do zarzutu drugiego i wskazał, iż w WET, zgodnie z Rozdziałem III punkt 2 (dotyczący holowanej oczyszczarki lotniskowej) podpunkt 4 lit. a) wskazano, że „Wentylator i dyfuzory wydmuchowe. Spełniające następujące parametry wydajności wentylatora: co najmniej 525 - 550 m³/min;”. Z kolei w Karcie informacyjnej (technicznej) w pozycji 2 (dotyczącej holowanej oczyszczarki lotniskowej) Wykonawca zobowiązany był do wskazania czy oferowany przez niego produkt „posiada” lub „nie posiada” Wentylator i dyfuzory wydmuchowe spełniające parametry opisane w wymaganiach WET. Wykonawcy nie wskazywali w treści oferty wydajności wentylatora w oferowanych produktach, a jedynie oświadczyli, że są one zgodne z wymaganiami zamawiającego. W tym zakresie również zamawiający podkreślał, iż informacje pozyskane przez odwołującego pochodzą ze strony internetowej OVERAASEN.

Zamawiający dodatkowo wskazywał, iż kwestia wydajności wentylatorów była przedmiotem wyjaśnień treści SWZ z dnia 20 lutego 2024 roku, gdzie zamawiający wskazał, że ocena wydajności wentylatora musi być wykonana na etapie odbioru oczyszczarek (nadzorowanie jakości i prób odbiorczych). Odwołujący w tym zakresie nie zwracał się z dodatkowymi pytaniami, nie wskazywał również na jakąkolwiek niejednoznaczność tych zapisów.

Na koniec zamawiający uwypuklił, iż w WET podał przedział dolnej granicy wydajności dmuchawy w zakresie 525-550 m³/min, nie zaś jak próbuje to przedstawić odwołujący - zakres wydajności pomiędzy 525 a 550 m³/min. Powyższa okoliczność dla zamawiającego oznacza, że każda wartość mieszcząca się w przedziale 525 a 550 m³/min będzie stanowiła dla zamawiającego dolną, akceptowalną w kontekście wymagań, granicę wydajności wentylatora. Oznacza to również, że każda wartość wyższa niż dolna granica wydajności dmuchawy określona przez zamawiającego poprzez przedział 525-550 m³/min będzie zgodna z wymaganiami postawionymi temu urządzeniu. W praktyce sprowadza się to do uznania, że dmuchawa o wydajności nie niższej niż 525 m³/min będzie spełniała wymagania zamawiającego. Odwołujący wskazuje, iż w ofercie OVERAASEN zaproponował dmuchawę o wydajności 666 m³/min, a źródłem pozyskanych informacji jest wyłącznie strona internetowa tego wykonawcy. OVERAASEN nie wskazał w ofercie konkretnego modelu wentylatora, do czego zresztą nie był zobowiązany przy tak skonstruowanej karcie informacyjnej.

W końcowej części uzasadnienia pisma zamawiający zawarł swoje stanowisko odnosząc się do zarzutu trzeciego. Wskazał, że nie miał on podstaw do wezwania OVERAASEN do wyjaśnień dotyczących ceny, bowiem jego oferta, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie budziła u zamawiającego uzasadnionych wątpliwości w tym zakresie. Przywołał on przepisy ustawy Pzp i podkreślił, iż ustawodawca wyraźnie rozróżnił sytuację, w której cena przekracza wskaźniki wprost wskazane w treści art. 224 ust. 2 ustawy Pzp (odniesienie do wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania lub do średniej arytmetycznej ofert) oraz taką, kiedy wskaźniki te nie zostały przekroczone (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp). O ile w pierwszym przypadku wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ma co do zasady charakter obligatoryjny, o tyle w drugim przypadku decyzja o skorzystaniu z takiego wezwania należy wyłącznie do zamawiającego. Podkreślił również zamawiający, iż przepisy ustawy Pzp posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do „wątpliwości zamawiającego”, czy wskazują, że „cena wydaje się rażąco niska”. Nie jest więc tak, że zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości u zamawiającego. Zamawiający podnosił dalej w uzasadnieniu, iż w okolicznościach sprawy to nie on ma wątpliwości co do ceny oferty OVERAASEN, a wątpliwości te posiada odwołujący, co z uwagi na realia rywalizacji rynkowej obydwu wykonawców może być uzasadnione. Jednocześnie wskazywał, że w sytuacji gdy odwołujący podnosi, iż cena oferty OVERAASEN winna wzbudzić wątpliwości zamawiającego, to odwołującego obciąża obowiązek wykazania i udowodnienia niezbędnych ku temu okoliczności. Uzasadnieniem dla powyższego jest podstawa prawna zarzutu zaniechania wezwania OVERAASEN o do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Dalej zamawiający wyartykułował, iż stosownie do treści art. 224 ust 1 ustawy Pzp ocenił, że oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu w zakresie możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami, nie zawierają rażąco niskich cen. W ramach badania ofert pod względem zastosowania dyspozycji art. 224 ust. 2 pkt 1), Zamawiający wziął pod uwagę poniższe wyliczenia:

1) wartość szacunkowa oraz średnia arytmetyczna:

- a) szacunkowa wartość zamówienia ustalona przed wszczęciem postępowania powiększona o podatek VAT (zamówienia gwarantowane oraz zamówienie opcjonalne) wynosi 58.331.990,20 zł
- b) średnia arytmetyczna złożonych ofert uwzględniająca maksymalny zakres zamówienia (zamówienia gwarantowane oraz zamówienie opcjonalne) wynosi 52.908.424,17 zł brutto;

c) szacunkowa wartość zamówienia gwarantowanego wynosi 33.771.152,22 zł brutto;

d) średnia arytmetyczna złożonych ofert dla zamówienia gwarantowanego wynosi 30.621.311,25 zł brutto.

2) Cena ofert w zakresie zamówienia gwarantowanego (podstawowego):

a) OVERAASEN: 22.264.000,00 zł netto, po doliczeniu podatku VAT:

27.384.720,00 zł brutto;

b) odwołujący : 33.857.902,50 zł brutto;

Cena oferty OVERAASEN w zakresie zamówienia gwarantowanego jest o 18,91% niższa od wartości szacunkowej zamówienia gwarantowanego oraz o 10,57% niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Cena oferty odwołującego w zakresie zamówienia gwarantowanego jest o 0,26% wyższa od wartości szacunkowej zamówienia gwarantowanego oraz o 10,57% wyższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert.

3) Cena oferty w zakresie zamówienia gwarantowanego i zamówienia opcjonalnego:

a) OVERAASEN: 38.456.000,00 zł netto, po doliczeniu podatku VAT:

47.300.880,00 zł brutto;

b) odwołujący: 58.515.968,34 zł brutto.

Cena oferty OVERAASEN w zakresie zamówienia gwarantowanego oraz zamówienia opcjonalnego jest o 18,91% niższa od wartości szacunkowej zamówienia gwarantowanego oraz o 10,60% niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Cena oferty odwołującego w zakresie zamówienia gwarantowanego oraz zamówienia opcjonalnego jest o 0,26% wyższa od wartości szacunkowej zamówienia gwarantowanego oraz o 10,60% wyższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Z uwagi na powyższe okoliczności w przedmiotowej sprawie nie znajduje zastosowania norma wyrażona w art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp. Zamawiający nie znalazł również podstaw do odrzucenia oferty OVERESSEN w oparciu o przesłanki wyrażone w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ w ocenie zamawiającego treść oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny. W ocenie zamawiającego brak jest również przesłanek do kwestionowania oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp. Zamawiający prowadzi niniejsze postępowanie zapewniając zachowanie uczciwej konkurencji, przede wszystkim poprzez przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, w tym wymagań, w sposób który nie ograniczał udziału w postępowaniu. Wymagania postępowania nie zmierzały do uprzywilejowania lub pogorszenia sytuacji konkretnych wykonawców.

Zamawiający w odniesieniu do okoliczności przywołanych przez odwołującego w zakresie pogarszająca się kondycji finansowej podwykonawcy Integra Service Sp. z o.o., podkreślił, że zamawiający niewymagał przedstawienia środków dowodowych potwierdzających kondycję finansową czy ekonomiczną wykonawców oraz podwykonawców. Zgodnie więc z zasadą równego traktowania wykonawców, zamawiający dokonuje oceny ofert według dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś na podstawie innych informacji.

W dniu 10 maja 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe razem z załącznikami, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawcę OVERESSEN AS Roald Amundsens veg 1 2816 Gjøvik Norwegia (zwanego dalej jako „przystępujący”), wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z: dokumentacji postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami, pisma procesowego przystępującego oraz dowody z dokumentów złożonych przez odwołującego na rozprawie.

Izba w związku z wycofaniem zarzutów nr 2 odwołania umorzyła na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp postępowanie

odwoławcze w tym zakresie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, pn.: „Dostawa fabrycznie nowych holowanych oczyszczarek lotniskowych wraz z ciągnikiem siodłowym w latach 2024-2026” ; nr postępowania: 26/2024/D.

Zamawiający w Rozdziale III pkt. 5 SWZ wskazał, że opis przedmiotu zamówienia oraz szczegółowe wymagania względem przedmiotu zamówienia określono w załączniku numer 4 do SWZ — WET . Zgodnie z pkt II WET „Oczyszczarka lotniskowa w postaci naczepy wraz z samochodowym ciągnikiem siodłowym wyposażona w zawieszany pług odśnieżny mają stanowić zestaw, zapewniający odśnieżanie oraz usuwanie zanieczyszczeń stałych ze sztucznych nawierzchni lotniskowych. Konstrukcja oczyszczarki ma zapewniać uzyskanie maksymalnej prędkości roboczej nie mniej szej niż 40 km/godz. Maszyna musi umożliwiać pracę w czasie 10-godzinnej zmiany bez konieczności wykonywania przeglądów (tankowania). Zastosowane silniki spalinowe w ciągniku siodłowym oraz oczyszczarce lotniskowej, muszą być tego samego producenta (typoszeregu).”

Odzwierciedleniem powyższego były zapisy poczynione w karcie informacyjnej (technicznej) oferowanego rodzaju holowanych oczyszczarek lotniskowych wraz z ciągnikiem siodłowym – stanowiące załącznik nr 5 do SWZ. Dokument ten wymagany był wraz z ofertą.

W pkt IV ppkt 1 i 2 SWZ zamawiający podał:

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty, z następującymi cenami za zamówienie gwarantowane: OVERAASEN – 22 264,000,00 zł netto, odwołujący – 27 526 750, 00 zł netto.

W dniu 11 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował, że za najkorzystniejszą w postępowaniu uznał ofertę złożoną przez OVERAASEN.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty na ww. podstawie musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie niezgodność oferty z warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia, którym zamawiający daje wyraz w dokumentacji postępowania. Podkreślić należy, że warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 29 Pzp, zgodnie z którą przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu nie zaistniała podstawa powodująca, że oferta przystępującego podlegać winna odrzuceniu na podstawie ww. przepisu. W ocenie składu orzekającego odwołujący nie udowodnił, ani nie wykazał, aby złożona przez przystępującego oferta była niezgodna z warunkami zamówienia.

W karcie informacyjnej (technicznej) przedłożonej wraz z ofertą przez przystępującego w pozycji 1 - dotyczącej ciągnika siodłowego wskazano producenta/markę i model: VOLVO FMX DI 3 420 4x4, zaś w pozycji 1 - dotyczącej oczyszczarki lotniskowej wskazano producenta/markę i model: OVERAASEN RS 400, pług EP 9. W zestawieniu tych informacji i danych technicznych znajdujących się na stronie internetowej przystępującego odwołujący wywiódł, że dla wskazanego modelu holowanej oczyszczarki lotniskowej przystępujący stosuje silniki MTU 6R1 100 EU Stage V, które są produkowane w ramach grupy Mercedes, a więc producenta innego niż VOLVO, którego silniki są montowane do zaoferowanego przez przystępującego ciągnika siodłowego.

Izba pragnie zauważyć iż, w tym aspekcie podziela twierdzenia zamawiającego iż to, że przystępujący podał oczyszczarkę lotniskowa gdzie wskazała markę i model OVERASSEN RS, PŁUG EP, nie można utożsamiać tego jednak z faktem, że będzie zamontowany tam silnik producenta z grupy Mercedes, ponieważ takie informacje odwołujący wywodzi ze strony internetowej przystępującego. Tym samym nie zostanie spełniony warunek wymagany przez zamawiającego, że zastosowane silniki spalinowe w ciągniku siodłowym oraz oczyszczarce lotniskowej muszą być tego samego producenta (typoszeregu). Jest to wniosek odwołującego zbyt daleko idący, a dowody w tym zakresie przedstawione przez odwołującego na rozprawie nie potwierdzają jego argumentacji. Przystępujący w swojej ofercie podał model oczyszczarki, a nie to jaki będzie tam zamontowany silnik. Wypełnił on wymagania eksploatacyjna techniczne zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający nie wymagała podania modelu silnika, a jedynie tego, aby silniki w ciągniku i oczyszczarce były tego samego producenta (typoszeregu). Punktem wyjścia dla zamawiającego

przy badaniu ofert jest są wymagania przez niego określone w dokumentacji postępowania i złożona oferta przez wykonawcę. Odwołujący na rozprawie wskazał, że zrobił rozeznanie rynku, czy jest możliwa zamiana silnika w oferowanym urządzeniu przez przystępującego – stwierdził że nie znalazł takich urządzeń, ale jak sam przyznał prawdopodobnie jest to możliwe. Odwołujący nie przedstawił dowodu na brak możliwości technicznej adaptacji silnika spalinowego marki VOLVO w oczyszczarkach odwołującego, a sam potwierdził, iż jest to możliwe. Izba podziela pogląd odwołującego - w zakresie narad technicznych które zasadność podnosił zamawiający na poparcie, iż zanim przedmiot umowy zostanie odebrany przez zamawiającego musi zostać dokładnie sprawdzony czy jest on zgodny ze wszystkimi warunkami określonymi na etapie postępowania - iż nie ma to żadnego znaczenia na etapie wyboru oferty i określenia czy przedmiot zamówienia jest zgodny z warunkami zamówienia czy nie.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Skoro zarzuty odwołania odnośnie niezgodności oferty przystępującego z warunkami zamówienia w ocenie Izby nie potwierdziły się, to nie można uznać, że zamawiający obowiązany był odrzucić ofertę przystępującego zgodnie z przywołanym wyżej przepisem.

Izba pragnie również podkreślić, iż przenosząc powyższe na rozważania na kanwę niniejszej sprawy odwoławczej, zważywszy na fakt wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszego postępowaniu oraz zasadę rozkładu ciężaru dowodu właściwą dla postępowania odwoławczego, przez co to odwołujący był zobowiązany wykazać w sposób niebudzący wątpliwości (jednoznaczny), jakie elementy oferty były niezgodne z warunkami zamówienia wraz z określeniem na czym te niezgodności polegały.

Stanowisko odwołującego nie znajduje potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy, odwołujący nie przedstawił także żadnego dowodu, na podstawie którego tak wywodził. Ciężar dowodu odnośnie tego zarzutu spoczywał na odwołującym, jako na stronie wywodzącej skutki prawne z powoływanych faktów. W ocenie składu orzekającego odwołujący temu ciężarowi nie sprostał, a jego argumentacja sprowadzała się do gołosłownych twierdzeń, które nie znalazły potwierdzenia w treści dokumentacji postępowania.

Odnosząc się następnie do zarzutu zaniechania wezwania przez zamawiającego przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 pzp ze, które konieczne było ze względu na to, iż zaoferowana cena jednej oczyszczarki lotniskowej wraz z ciągnikiem wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i zgodnie ze stanowiskiem odwołującego powinna wzbudzić wątpliwości u zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przywołanego przepisu przez zamawiającego.

Izba wskazuje, iż obowiązek zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, materializuje się jedynie w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Na podstawie analizy dokumentacji postępowania i zaoferowanych ceny w postępowaniu, jasno wynika, iż zamawiający w niniejszym postępowaniu nie miał obowiązku zwrócenia się do przystępującego o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

To zatem odwołujący powinien wykazać, że pomimo braku ziszczenia się ustawowych regulacji uzasadniających wszczęcie procedury wyjaśniającej, taka procedura powinna być jednak uruchomiona. Uzasadnieniem w takim przypadku nie może być jednak tylko i wyłącznie przywołanie ceny przystępującego do ceny zaoferowanej przez odwołującego.

Zdaniem Izby argumentacja odwołującego jest nietrafiona. Izba podkreśla, iż co do tego zarzutu ciężar dowodu również spoczywał na odwołującym jako na stronie wywodzącej skutki prawne ze stwierdzonych faktów. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby przekonać Izbę o zasadności postawionego zarzutu. Przedstawienie przez odwołującego konfiguracji cen silników Mercedes Benz i VOLVO na okoliczność różnic cenowych w zależności od producenta i oferta cenowa VOLVO Polska i Mercedes Polska na okoliczność różnic cenowych w ciągnikach siodłowych, które miałyby udowodnić, że cena zaoferowana przez przystępującego wydaje się być ceną rażąco niską jest chybione. Zgodnie z tym co również podnosili przystępujący i zamawiający na cenę tak skonstruowanych ofert ma wpływ wielu czynników i nie sposób uznać tak przygotowaną ofertę cenową za wiarygodny dowód, że cena ciągnika zaoferowanego przez przystępującego skoro jest niższa od ceny wskazanej w przedmiotowej ofercie musi wydawać się ceną rażąco niską. Odwołujący w odwołaniu jak również na rozprawie podnosił, iż ceny zaoferowane przez przystępującego są nierynkowe i oderwane od rzeczywistości, jednakże jak już Izba powyżej wskazała jedynym argumentem w takim przypadku nie może być jednak tylko i wyłącznie przywołanie ceny przystępującego do ceny zaoferowanej przez odwołującego, a innych wiarygodnych dowodów odwołujący nie zaprezentował.

Z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych wynika, że za ofertę z rażąco niską ceną należy

uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne (por. m.in. wyrok Izby z dnia 15 grudnia 2023 r., sygn. akt KIO 3536/23, KIO 3541/23). Jest to zatem cena za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwala na wygenerowanie przez niego zysku, przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszego postępowania zdaniem Izby takie okoliczności nie zachodzą.

Cena oferty przystępującego w zakresie zamówienia gwarantowanego oraz zamówienia opcjonalnego jest 0 18,91 % niższa od wartości szacunkowej zamówienia gwarantowanego oraz o 10,60% niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Cena oferty odwołującego w zakresie zamówienia gwarantowanego oraz zamówienia opcjonalnego jest o 0,26% wyższa od wartości szacunkowej zamówienia gwarantowanego oraz o 10,60% wyższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Izba przy zestawieniu cen złożonych w postępowaniu nie dopatrzyła się, aby można było uznać, że ofertę przystępującego jest z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Co istotne, o tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, tj. każdorazowe odniesienie danej ceny do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia.

Na koniec Izba wskazuje na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 86/22, w którym Sąd w szczególności podniósł: „(...) zasadą jest, że ciężar dowodu w zakresie podstaw odwołania spoczywa na odwołującym. Co prawda w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest odpowiednika art. 6 k.c., który wprowadza ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu cywilnym, jednak zasada wyrażona w tym przepisie ma na tyle uniwersalny charakter, że nie tylko może, ale i powinna znaleźć zastosowanie również w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Procesowym odpowiednikiem tego przepisu jest art. 232 k.c., który nakłada na strony obowiązki procesowe stanowiące wyraz reguły rozkładu ciężaru dowodu mające zapewnić jej realizację. W tym zakresie w ustawie Prawo zamówień publicznych znalazł się art. 534, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (ust. 1), izba może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę (ust. 2). Przepis ten w oczywisty sposób stanowi odpowiednik art. 232 k.p.c. (...) to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To odwołujący bowiem, a nie zamawiający, a tym bardziej przystępujący, wywodził z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie odwołujący.” Wobec niewykazania przez odwołującego twierdzeń zarzutów odwołania, należało je uznać za niezasadne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: