Sygn. akt: KIO 2813/15

WYROK
z dnia 15 stycznia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2016 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2015 roku przez wykonawcę MWM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Gliwicach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Czarnobór

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie.
   Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
   Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy MWM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Gliwicach.
   Nakazuje Zamawiającemu ocenę ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy MWM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Gliwicach.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Czarnobór i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MWM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2 zasądza od Zamawiającego Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Czarnobór na rzecz wykonawcy MWM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Gliwicach kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 2813/15

UZASADNIENIE

Zamawiający **-** Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Czarnobór - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „System automatycznego wykrywania dymów”.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 337832/2015 z dnia 10 grudnia 2015 roku.

28 grudnia 2015 roku działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 179

ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego: odrzuceniu oferty Odwołującego, dokonania wyboru oferty Taxus IT Sp. z o.o. ul Płomyka 56A 02-491 Warszawa jako oferty najkorzystniejszej, zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez wadliwe uznanie, − że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienie (dalej: SIWZ),
- art. 98 ust 1 pkt 4 ustawy przez wadliwe uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę,
- art. 87 ust 1 ustawy przez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie − treści oferty, którą Zamawiający zamierzał odrzucić na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy,
- art. 7 ust. 1 ustawy przez zakreślenie rażąco krótkich terminów udzielenia odpowiedzi − na wezwania Zamawiającego, czym Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania oferentów.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenie oferty Odwołującego, unieważnieni czynności w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i w jej trakcie ponownego przeprowadzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Z ostrożności procesowej, gdyby Izba uznała, że wyjaśnienia złożone na wezwanie o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny nie dowodzą, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

zobowiązać Zamawiającego do powtórzenia tej czynności z określeniem terminu na złożenie wyjaśnieni nie krótszego niż 3 dni od daty wezwanie, co umożliwi Odwołującemu na przygotowanie pełniejszej odpowiedzi.

Odwołujący wskazał, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego w postępowaniu, ponieważ oferta Odwołującego powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.
W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, a co za tym idzie ma on interes prawny we wniesieniu odwołania. Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, że z uwag na wyznaczony przez Zamawiającego termin wykonania zamówienia na dzień 28 grudnia 2015 roku, który nie może zostać dotrzymany przez żadnego z oferentów, interes prawny Odwołującego polega również na doprowadzeniu do oceny postępowania Zamawiającego przez Izbę i rozstrzygnięciu sprawy na korzyść Odwołującego, co będzie istotne w przypadku ponownego ogłoszeniu postępowania z inną datą wykonania zamówienia. W takim postępowaniu Odwołujący będzie mógł wziąć ponownie udział i będzie miał szansę uzyskania zmówienia.

Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął drogą elektroniczną w dniu 23 grudnia 2015 r. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 182 ust 1 pkt 2 ustawy został dochowany. Odwołujący wezwanie do wyjaśnienia treści oferty i dowodów na okoliczność tego, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny otrzymał drogą elektroniczną w dniu 22 grudnia 2015 roku. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie odwołania, w zakresie zarzutów dotyczących wyznaczenia rażąco krótkich terminów na odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, również został dochowany.
Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:
Zamawiający w dniu 23 grudnia 2015 poinformował o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o wyborze oferty Taxus IT Sp. z o.o. i odrzuceniu oferty Odwołującego. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Zamawiający podał: 1) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy uznając że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, 2) art. 98 ust 1 pkt 4 ustawy uznając, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę.
Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia w trybie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Zamawiający wskazał, że w uzupełnieniu oferty Odwołujący złożył poświadczenie Nadleśnictwa

Potrzebowice, które w ocenie Zamawiającego nie potwierdza właściwego działania systemu oraz że złożone wyjaśnienie nie spełniają wymogów SIWZ. Dla uzasadnienie odrzucenia w trybie art. 98 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie podał uzasadnienie faktycznego.

I.
W zakresie odrzucenie na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy
Zamawiający nie zwracał się do Odwołujacego o wyjaśnienie treści oferty. W dniu 22 grudnia 2015 Zamawiający zwrócił się w trybie art. 26 ust 3 ustawy o dołączenie do oferty, w celu potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, potwierdzenia od poprzedniego zamawiającego - Nadleśnictwa Potrzebowice - że wykonany przez Odwołującego system został wykonany zgodnie z zamówieniem i działa należycie.
Zamawiający określił termin na odpowiedź rażąco krótki, gdyż wysyłając wezwanie drogą elektroniczną w dniu 22 grudnia 2015 o godzinie 15:35 zakreślił termin odpowiedzi na dzień następny na godzinę 11.00. Odwołujący miał szansę odebrać wiadomość z pismami tylko dzięki zbiegowi okoliczności, że o godzinie 15:35 w biurze pozostawała pracownica sekretariatu, która przebywała tam po godzinach pracy, Ponieważ pracownicy merytorycznie zaangażowani w opracowanie oferty pracują w dniach od 7 do 15. Zamawiający pozostawił Odwołującemu na odpowiedź tylko 4 godziny, łącznie z wystąpieniem do Nadleśnictwa Potrzebowice o przygotowania dokumentu o treści wymaganej przez Zamawiającego, przygotowanie przez to Nadleśnictwo odpowiedniego dokumentu oraz przesłanie go do Zamawiającego.
Należy zaznaczyć, ze w tym samym czasie Odwołujący musiał przygotowywać dla Zamawiającego również odpowiedź na wezwanie dotyczące wyjaśnienia ceny zwartej w ofercie.
W dniu 23 grudnia 2015 roku - z zachowaniem wyznaczonego terminu - Odwołujący dostarczył pismo Nadleśnictwa Potrzebowice, które stwierdza między innymi: „System został wykonany zgodnie z zamówieniem, działa należycie i jest wykorzystywany przez Nadleśnictwo". W dalszym ciągu pisma Nadleśnictwo Potrzebowice opisało pewne cechy dostarczonego mu w roku 2012 systemu. Z treści pisma zawiadamiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego wnioskował, że Zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony przyjął, że opis pewnych cech oprogramowania dostarczonego Nadleśnictwu Potrzebowice, zawarty w piśmie potwierdzającym należyte wykonanie poprzedniego zamówienia, stanowi część treści oferty złożonej przez Odwołującego w obecnym postępowaniu, i że system oferowany Zamawiającemu jest identyczny z systemem dostarczonym Nadleśnictwu

Potrzebowice.
Zamawiający swoje wymagania odnośnie systemu opisał w pkt 3 SIWZ. Dodatkowo, dla potwierdzenia zgodności z SIWZ oferowanych rozwiązań, wymagał dostarczenia dokumentacji technicznej urządzeń oraz oprogramowania - opis działania systemu, instrukcje, broszury producenta, karty katalogowe, certyfikaty itp. Odwołujący w swojej ofercie zawarł stosowną dokumentację techniczną w postaci dokumentów pn:
1) „Szczegółowy opis funkcjonowania systemu", 2) „Instrukcja użytkowania oprogramowania klienckiego".
Zamawiający informując o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy nie powołał się na niezgodność wynikającą z treści wyżej wymienionych dokumentów, stanowiących treść oferty Odwołującego, lecz na pismo Nadleśnictwa Potrzebowice, które nie jest treścią oferty Odwołującego, a dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wskazał także konkretnych cech wymaganego system, których w jego ocenie nie spełnia system, będący przedmiotem oferty Odwołującego, z tego powodu pozbawił Odwołującego możliwości odniesienia się do tych zarzutów w treści odwołania.
Odwołujący podniósł, że system wykonany w Nadleśnictwie Potrzebowice w roku 2012 nie jest systemem identycznym z tym, który stanowi przedmiot oferty dla Zamawiającego w roku 2015.
Odwołujący wskazał, że podtrzymuje swoje oświadczenie złożone w treści oferty, że system

oferowany w postępowaniu spełnia wymagania opisane w SIWZ.

II.
W zakresie odrzucenia na podstawie art. 98 ust 1 pkt 4 ustawy
W dniu 22 grudnia 2015 Zamawiający zwrócił się w trybie art. 90 ustawy o złożenie wyjaśnień, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny zawartej w ofercie, wskazujących na to, że cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający ponownie określił Odwołującemu rażąco krótki termin na odpowiedź, wynoszący w praktyce 4 godziny, gdyż przesłał wezwanie drogą mailową w dniu 22 grudnia 2015 o godzinie 15:35, żądając złożenia wyjaśnień na dzień 23 grudnia na godzinę 11:00. Odwołujący argumentował, że określenie tak krótkiego czasu na odpowiedź, spowodowało że działał w skrajnie niekorzystnych warunkach, a sytuacja ta wywołała u pracowników Odwołującego odpowiedzialnych za przygotowanie oferty wysoki poziom stresu. Odwołujący nie miał też możliwości skorzystania z fachowej pomocy prawnej z zakresu ustawy.

Przygotował jednak odpowiedź, którą dostarczył w wymaganym przez Zamawiającego terminie.
Zgodnie z dyspozycjami opisanymi w art. 90 ust 1 pkt 1 ustawy w odpowiedzi Odwołujący wskazał na:

- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy w postaci oferowania oprogramowania, którego Odwołujący jest autorem, a które zostało już wdrożone na ternie kraju w 10 lokalizacjach, w związku z czym koszty jego wytworzenia zostały już zrekompensowane i obecnie Odwołujący może je sprzedawać w cenach znacznie niższe niż podmiot konkurencyjny, który nie posiada aż tylu wdrożeń,
- pomoc publiczną, udzieloną przedsiębiorcy w postaci dotacji unijnej w ramach programu Innowacyjna Gospodarka, w ramach którego Odwołujący realizował projekt ”Opracowanie innowacyjnego systemu zaawansowanej analizy obrazu mającego zastosowanie w systemach nadzoru przeciwpożarowego obszarów leśnych poprzez realizację prac przemysłowych i rozwojowych” - umowa U DA-PO IG.01.04.00-24-025/10- 00-wartość dofinansowania ponad 700000 zł. W ramach realizacji projektu sfinansowano koszty wytworzenia systemu będącego przedmiotem oferty.

Odwołujący podał także składnik cenotwórczy w postaci przewidywanego marży(zysku) z realizacji kontraktu na poziomie 8,5%. W opinii Odwołującego podane wyjaśnienia dowodziły, że cena zawarta w jego ofercie nie może być traktowana jako rażąco niska oraz udowodnił, że za zaoferowaną cena jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie W przedmiotowym postępowaniu wartość oprogramowania systemu detekcji dymu stanowi podstawowy składnik cenotwórczy. Dodatkowo należało dostarczyć komputer PC z monitorem oraz wdrożyć oprogramowanie i przeszkolić obsługę.
Odwołujący wskazał ponadto, że jego zdaniem Zamawiający dokonał szacowania wartości przedmiotu zamówienia w sposób niewłaściwy, który nie mógł doprowadzić go do prawidłowej wartości. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie specyficznego systemu zaawansowanej analizy wideo, mającego wykrywać dym pochodzący z pożarów obszarów leśnych. Obecnie w kraju działają tylko 2 firmy produkujące takie rozwiązania, zgodne z wymaganiami przedmiotowej SIWZ. Są to firmy Taxus IT Sp. z o.o. z oprogramowaniem „Smoke Detecion" i Odwołujący z oprogramowaniem „Forester", Obie te firmy złożyły oferty w przedmiotowym postępowaniu, jednak Zamawiający szacując wartość przedmiotu zamówienia zwrócił się z zapytaniem o cenę tylko do firmy Taxus IT (co Odwołujący wnioskuje z faktu, że Zamawiający do niego się nie zwracał) Oczywiste jest więc,

że oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia tylko na ofercie jednej z dwóch firm mogących dostarczyć wymagane oprogramowanie, nie może być prawidłowe i być podstawą do oceny, czy oferta drugiego oferenta nie jest rażąco niska. Gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy rozpoznał wartość przedmiotu zamówienia musiała by być ona zbliżona do średniej arytmetycznej złożonych ofert i nie mogłoby stanowić podstawy oceny, że oferta Odwołującego jest rażąco niska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 grudnia 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdziły Strony na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego: fakturę VAT nr 24/2013 oraz kserokopię fragmentu książki „Ochrona lasów przed pożarami" Karol Wiler i Paweł Wcisło (3 karty- strona tytułowa, strona 213 i strona 214).

Zamawiający złożył na posiedzeniu z udziałem Stron pismo z dnia 11 stycznia 2016 roku *Odpowiedź na odwołanie,* Izba dopuściła dowody zawnioskowane w piśmie.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:
I.
W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3* – przez wadliwe uznanie, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ – Izba uznała zarzut za zasadny.

Zamawiający pismem z dnia 22 grudnia 2015 roku wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia oferty, przez dołączenie do niej – w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu: Potwierdzenia z Nadleśnictwa Potrzebowice, że zrealizowana dostawa i instalacja nowych urządzeń nadzoru wizyjnego obszarów leśnych Nadleśnictwa Potrzebowice z automatycznym wykrywaniem dymów w PAD Potrzebowice i obserwacją terenu każdą kamerą o promieniu 20 km została wykonana zgodnie z zamówieniem oraz działa należycie i jest wykorzystywana przez Nadleśnictwo.
W odpowiedzi Odwołujący w dniu 23 grudnia 2015 roku pismo z Nadleśnictwa Potrzebowice z dnia 23 grudnia 2015 roku, z którego to treści wynika, że „system został wykonany zgodnie z zamówieniem, działa należycie i jest wykorzystywany przez Nadleśnictwo". W dalszej części pisma ww. Nadleśnictwa wynika, „że alarmy/zdarzenia pochodzące z detektorów systemu są przed wegetacją roślinności przesyłane z nasiloną częstotliwością (informacja o zdarzeniu co 3-5 minut) , jest to spowodowane tym, że wykrywane są jasne przestrzenie między drzewami. Zainstalowany u nas System Detekcji Dymu wykrywa tylko jasny dym,

ciemnego nie rejestruje. ,aplikacja po otrzymaniu informacji o zdarzeniu/alarmie działa poprawnie.”

Zamawiający pismem z dnia 23 grudnia 2015 roku – Powiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i terminie podpisania umowy – poinformował, że odrzucił ofertę Odwołującego natomiast w uzasadnieniu swoje decyzji wskazał: „W uzupełnieniu Wykonawca złożył poświadczenie Nadleśnictwa Potrzebowice, które w ocenie zamawiającego nie potwierdza właściwego działania systemu. Złożone wyjaśnienie nie spełniają wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Powyższe jest przesłanką odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 – jej treść nie odpowiada treści SIWZ.”

Izba wskzauje, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie zmówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 103/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 listopada 2014 roku sygn. akt KIO 2387/14). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie odnosił się w żaden sposób do niezgodności merytorycznej złożonej oferty z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.
Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy –

zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymaganiom. Zamawiający podstawę odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ wywiódł z dokumentu Nadleśnictwa Potrzebowice, który to dokument uzupełniony został w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, czyli uzupełniony w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wskazał postanowień oferty w zakresie oferowanego przez Odwołującego systemu, które byłyby niegodne ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, a Zamawiający „pomieszał” instytucje ustawowe i dokonał odrzucenia oferty przyjmując za podstawę informację pochodzącą z pisma, którego celem złożenia była weryfikacja podmiotu składającego ofertę co do jego doświadczenia i posiadanej wiedzy – warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym przedstawiona przez Odwołującego kserokopia fragmentu książki „Ochrona lasów przed pożarami” Karol Wiler i Paweł Wcisło nie ma znaczenia dowodowego, bowiem odrzucenie oferty nastąpiło w oparciu o informacje niestanowiące treści oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia.
Reasumując, działanie Zamawiającego było nieprawidłowe. Zamawiający nie wykazał podstaw odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, nie odniósł się w żaden sposób do treści oferty, w której Odwołujący oferował przedmiot zamówienia, nie wskazał Zamawiający żadnej niezgodności pomiędzy tym co oferowane było przez Odwołującego w treści oferty w zakresie oferowanego przedmiotu a tym czego

wymagał Zamawiający w SIWZ. Zamawiający w sposób nieprawidłowy wywiódł z pisma, które służyło potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, którego to spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego Zamawiający nie kwestionował, że oferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań Zamawiającego. dlatego też Izba uznała zarzut za zasadny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy - *W toku badania i oceny ofert zamawiający może* żądać *od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1 a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści* przez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty, którą Zamawiający zamierzał odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Izba uznała za zasadny.

11

W art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, iż ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste ,,narzędzie'' Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należytą ocenę sytuacji (oferty). Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty; Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne.
W rozpoznawanej sprawie Zamawiający błędnie dokonując oceny oferty Odwołującego, tzn. stwierdzając niezgodność treści tej ofert z SWIZ w oparciu o dokument stanowiący podstawę wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, czyli dokument, który nie stanowi o zgodności treści oferty w zakresie przedmiotu zamówienia z wymaganiami SWIZ nie wezwał Odwołującego do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień odnośnie treści oferty, choć to niezgodność treści oferty z SWIZ stanowiła podstawę działania Zamawiającego. Jednakże gdyby Zamawiający skorzystał z procedury z art. 87 ust. 1 ustawy to uzyskałby na etapie badania ofert informację odnośnie wątpliwości co do zgodności treści oferty z SWIZ jak również tego, że to nie dokument składany na okoliczność wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu stanowi podstawę oceny co do zgodności treści oferty z SWIZ. Tym samym Izba uznała, że w realiach rozpoznawanej sprawy zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

12

II.
W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia* – przez wadliwe uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę – Izba uznała zarzut za zasadny.

Zamawiający pismem z dnia 22 grudnia 2015 roku wskazał, że cena ofertowa Odwołującego wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, w tym stanie sprawy, na podstawi art. 90 ustawy Zamawiający zwrócił się o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających

wpływ na wysokość ceny, wskazujących na to, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi Odwołujący w dniu 23 grudnia 2015 roku złożył wyjaśnienia wskazując, że cena została skalkulowana rzetelnie, na podstawie dokumentacji przetargowej dostarczonej przez Zamawiającego a podstawą jej określenia była wartość materiałów, urządzeń i licencji oprogramowania niezbędnych do realizacji zamówienia określona na podstawie dokumentacji przetargowej, jednostkowych cen zakupu oraz kalkulacji własnych oraz wartość nakładów robocizny niezbędnych do realizacji zadania, określona na podstawie dokumentacji przetargowej i kosztów skalkulowanych u Odwołującego w przedsiębiorstwie oraz koszty ogólne i zysk. Odwołujący wskazał również, że cena ofertowa mogła być niższa od szacunków Zamawiającego, ponieważ odwołujący oferuje własne oprogramowanie detekcji dymu Forester, które to oprogramowanie zostało już wdrożone w 10 nadleśnictwach w kraju, więc koszty jego wytworzenia zwróciły się już uprzednio i Odwołujący może oferować oprogramowanie w dużo niższych cenach niż inne podmioty na rynku, które posiadają mniejszą liczbę wdrożeń. Dodatkowo podał, że znaczna część kosztów wytworzenia oprogramowania została sfinansowana ze środków UE w ramach programu Innowacyjna Gospodarka, w ramach Odwołujący pozyskał wsparcie finansowe w kwocie ponad 700 000 zł. Odwołujący wskazał również, że cenę w przedmiotowym zamówieniu skalkulował z założeniem marży na poziomie 8,5%.

Zamawiający pismem z dnia 23 grudnia 2015 roku – Powiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i terminie podpisania umowy – poinformował, że odrzucił ofertę Odwołującego natomiast w uzasadnieniu swoje decyzji wskazał: „Zamawiający odrzuca

ofertę na podstawie art. 98 ust. 1 pkt 4 oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia."

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że prawidłowa podstawa prawna tzn. wskazanie numeru artykułu stanowiła, którym w treści pisma z dnia 23 grudnia 2015 roku posłużył się Zamawiający a następnie Odwołujący w treści odwołania to art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy (Zamawiający *odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia).*

W art. 90 ustawy czytamy:
1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej *arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*
1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.
3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a Pzp dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:*

1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

W tym miejscu należy wskazać, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwienie Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko podanie i powołanie określonych informacji. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia.
Izba wskazuje, że wyjaśnienia jakich dokonał Odwołujący w rozpoznawanej sprawie są jasne, spójne. Odwołujący enumeratywnie wskazał jakie elementy mają wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny (18 991,20 zł brutto). Zamawiający natomiast w uzasadnieniu decyzji odrzucenia oferty odwołującego z postępoania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poza wskazaniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

zamówienia nie podał żadnej wyjaśnienia dlaczego uznał w taki sposób. Podkreślenia wymaga fakt, że cena rażąco niska w złożonej ofercie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Fakt, że Zamawiający oszacował wartość przedmiotowego zamówienia na kwotę 35 000,00 zł netto (zgodnie z protokołem ZP) oraz bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia tj. 43 050, zł brutto nie przesądza tego, że zaoferowana przez Odwołującego kwota realizacji zamówienia jest rażąco niska. Odwołujący w treści odwołania wskazał, że obecnie w kraju jest tylko dwóch wykonawców tego typu systemów oraz wyjaśnił, że Zamawiający szacując kwotę zamówienia nie zwracał się do niego z pytaniem o cenę realizacji zamówienia. Zamawiający wyjaśnił natomiast, że szacunkowa wartość pochodziła z projektu obejmującego realizację całości zadania, którego to zamówienie jest częścią jednocześnie Zamawiający nie kwestionował tego, że przy dokonywaniu oszacowania wartości zamówienie nie były brane pod uwagę ceny jakie oferuje Odwołujący. Znamiennym dla rozpoznania tej sprawy jest stanowisko Odwołującego, który na rozprawie wskazał, że cena za jaką oferuje realizację zamówienia zgodna jest z cenami za jaką oferuje realizuję usługi na okoliczność czego przedstawił fakturę VAT z 2013 roku, z której wynika 1 sztuka systemu kosztowała 19 065 zł brutto. W ocenie Izby wskazane w wyjaśnieniach informacje odnoszące się do oferowania przez Odwołującego własnego oprogramowania, którego koszty zwróciły się już Odwołującemu z uwagi na dokonane wdrożenia nie mogą zostać pominięte. Koszt realizacji zamówienia określany jest przez wykonawcę w danych warunkach, w danym

czasie z uwzględnieniem sprzyjających mu warunków. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający, odrzucając ofertę z uwagi na złożenie oferty z rażąco niską ceną bez podania faktycznych przesłanek, zdaje się pomijać wyjaśnienia poczynione przez Odwołującego a dotyczące również wykorzystania przez Odwołującego środków UE w ramach programu Innowacyjna Gospodarka, z których pokryto znaczną część kosztów wytworzenia oprogramowania. Załączona do pisma Zamawiającego informacja z Nadleśnictwa Knyszyn wskazuje na koszt wykonania systemu Smoke Detetion – automatyczny system wykrywania dymów za kwotę 20 000,00 zł netto z uwzględnionym 50% rabatem z racji promocji systemu – w ocenie Izby informacja ta potwierdza, że wykonywane były również systemy przez innego wykonawcę niż Odwołujący w zbliżonych kwotach do oferowanej przez Odwołującego. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Odwołującego, że istotne jest to za jaką kwotę nastąpiła realizacja zamówienia. Powołany przez Zamawiającego przykład obrazuje, że istnieją różnorodne, obiektywne przyczyny różnego określenia przez wykonawców kosztów realizacji zamówienie.

Reasumując, działanie Zamawiającego było nieprawidłowe. Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny złożonych wyjaśnień przez Odwołującego i niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego z postępoania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, dlatego też Izba uznała zarzut za zasadny.

III.
W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy- *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* - przez zakreślenie rażąco krótkich terminów udzielenie odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, czym Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców – Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba wskazuje, że zarzut ten jest ściśle powiązany z powyższymi zarzutami. Zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi Zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 3 ustawy) oraz wzywając do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (art. 90 ust. 1 ustawy) musi zakreślić wykonawcy termin na przesłanie tych wyjaśnień. Termin jaki zakreśla Zamawiający musi być realny tj. taki, który pozwala na przygotowanie w sposób rzetelny wymaganych przez Zamawiającego wyjaśnień. Zamawiający wezwał wykonawcę Odwołującego do złożenia wyjaśnień w dniu 22 grudnia 2015 roku o godzinie 15:35 co wynika z dokumentacji jaką przedstawił Zamawiający jednocześnie wskazując termin na złożenie wymaganych dokumentów tj. wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny jak również dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienie do dnia 23 grudnia 2015 roku do godziny 11:00. Określony przez Zamawiającego czasu był zbyt krótki aby można było go uznać za realny. Zamawiający, jak wskazał na rozprawie skrócił czas na złożenie ww. dokumentów z uwagi na to, że był to okres przedświąteczny (wezwanie z 22 grudnia - odpowiedź do 23 grudnia) oraz wskazał, że 24 grudnia była u Zamawiającego dniem wolnym od pracy natomiast środki finansowe na zakup tego systemu pochodzą z Funduszu Leśnego, którego dysponentem są Lasy Państwowe. W ocenie Izby nie sposób uznać działania Zamawiającego za prawidłowe, bowiem nie sposób znaleźć usprawiedliwienie takiego skracania terminów a wyjaśnienie jakich poczynił Zamawiający również nie stanowią podstawy do ograniczenia wykonawcy

możliwości złożenia wyjaśnień. Zaznaczyć należy, że w tym przypadku wykonawca na złożenie wyjaśnień nie miał nawet dwudziestu godzin licząc od popołudnia do rana. W związku z tym, że Odwołujący podołał nałożonemu na niego obowiązkowi Izba pomimo uwzględnienia zarzutu nie nakazywała dokonania żadnych czynności, bowiem dokument został uzupełniony w sposób prawidłowy a Zamawiający oceniając potwierdzenie spełnienia warunku uznał dokument za poprawny bowiem nie wykluczył Odwołującego z postępoania,

natomiast w zakresie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę Izba rozpoznając zarzut uznała wyjaśnienia za wystarczające.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba nie uwzględniła wniosku kosztowego Odwołującego z uwagi na to, że przedstawił on fakturę za zakup paliwa jednocześnie nie przedstawiając dokumentu, z którego wynikałoby jaką przebył odległość oraz jakim samochodem ze wskazaniem wyliczenia kwoty należnej za przejazd.

Przewodniczący: ……