

WYROK
z dnia 18 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2016 roku przez wykonawcę: **Celtech Sp. z o.o., ul. Rubież 46 C3/28, 61-612 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum firm: B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KAFAR B. S., P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R&D Consulting P. S., M. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Car-Pol M. R., Saks-Pol Sp. J., ul. 05-220 Tenisowa 8, Zielonka** do zgłaszających przystąpienie postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 150/16 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum firm: B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KAFAR B. S., P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R&D Consulting P. S., M. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Car-Pol M. R., Saks-Pol Sp.J.,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum firm: B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KAFAR B. S., P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą**

1

R&D Consulting P. S., M. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Car-Pol M. R., Saks-Pol Sp. J., ul. Tenisowa 8, 05-220 Zielonka, i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Celtech Sp. z o.o., ul. Rubież 46 C3/28, 61-612 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum firm: B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KAFAR B. S., P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R&D Consulting P. S., M. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Car-Pol M. R., Saks-Pol Sp. J., ul. Tenisowa 8, 05-220 Zielonka** na rzecz wykonawcy: **Celtech Sp. z o.o., ul. Rubież 46 C3/28, 61-612 Poznań** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na „realizację pracy rozwojowej - od etapu Projektowanie i Rozwój oraz dostawę sprzętu pn.

2

Kontenerowa piekarnia połowa kr. RYDZ”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 lutego 2015 r. pod nr 2015/S 023-037958. Treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) została przesłana wykonawcom wraz z zaproszeniem do złożenia oferty pismem z dnia 21 września 2015 r.

W dniu 25 stycznia 2016 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Konsorcjum firm: B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KAFAR B. S., P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R&D Consulting P. S., M. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Car-Pol M. R., Saks-Pol Sp. J. (zwane dalej „Konsorcjum KAFAR”).

Wykonawca: Celtech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum KAFAR, jako najkorzystniejszej oraz wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Konsorcjum KAFAR.

Odwolujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp”:

- a) art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Konsorcjum KAFAR jako najkorzystniejszej,
- b) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum KAFAR, pomimo że wykonawca nie złożył wyjaśnień, w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp, względnie dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta Konsorcjum KAFAR zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- c) art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum KAFAR jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum KAFAR jako najkorzystniejszej,
- b) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, w tym odrzucenie oferty Konsorcjum KAFAR,
- c) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

Odwolujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia - złożył ofertę i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. W wyniku odrzucenia oferty Konsorcjum KAFAR, oferta Odwołującego podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum KAFAR jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

3

Zastosowanie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jest czynnością Zamawiającego, od której, w przypadku podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną, niewątpliwie odstąpić nie może. W niniejszym postępowaniu Zamawiający aż trzykrotnie, tj. pismem z dnia 21.10.2015 r. pismem z dnia 19.11.2015 r i pismem z dnia 16.12.2015 r. wezwał Konsorcjum KAFAR na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w postępowaniu. W świetle okoliczności faktycznych sprawy powyższe wezwanie było w pełni uzasadnione, w szczególności ze względu na dysproporcję pomiędzy ceną zaoferowaną przez wykonawcę Konsorcjum KAFAR a średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Konsorcjum KAFAR nie zakwestionowało wezwania, potwierdzając tym samym, że ze względu na wskazaną powyżej okoliczność wystosowanie wezwania przez Zamawiającego było prawidłowe i w pełni

uzasadnione.

Wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia domniemanie, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska, co potwierdza jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Wykonawca, składając żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia, obowiązany jest to domniemanie obalić, a jeżeli tego nie uczyni, jego oferta podlega odrzuceniu, co wynika jasno z art. 90 ust. 3 Pzp. Na opisane powyżej skutki wezwania do wyjaśnień ceny Izba zwróciła uwagę w szeregu swoich orzeczeń, m.in. w wyroku z dnia 28 października 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2242/10, wyroku z dnia 11 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 624/11, czy też wyroku z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO1363/12.

W odpowiedzi na poszczególne wezwania Zamawiającego, Konsorcjum KAFAR złożyło odpowiednio pisma: z dnia 05.11.2015 r., z dnia 08.12.2015 r. oraz z dnia 08.01.2016 r., stanowiące wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty.

Odwołujący podniósł, iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją opisaną w art. 90 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym, 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.

Odwołujący zauważył, że „czynność zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz czynność złożenia wyjaśnień wraz z dowodami ma charakter czynności jednokrotnej, analogicznie jak możliwość zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie może bowiem w sposób nieskończony prowadzić niejako negocjacji, poprzez wielokrotne wzywanie do wyjaśnień. Zamawiający wzywa, a wykonawca wyjaśnia i dowodzi. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca ma

4

obowiązek przekonać zamawiającego. Tak więc cały arsenał argumentów i dowodów winien być złożony w sposób wystarczający i ostateczny. W przeciwnym razie, zamawiający odrzuca ofertę” (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.06.2015 r. sygn. akt KIO1103/15).

W niniejszym postępowaniu, Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Konsorcjum KAFAR już po analizie pierwszych wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę pismem z dnia 05.11.2015 r. Odwołujący podkreślił, że wezwanie skierowane pismem z dnia 21.10.2015 r. nie było wezwaniem lakonicznym i ogólnikowym. Wręcz przeciwnie, w wezwaniu Zamawiający wyraźnie wskazał, w odniesieniu do jakich elementów ceny oferty mają odnosić się kalkulacje kosztów realizacji umowy, z podziałem na poszczególne etapy umowy. Zamawiający wskazał również na sposób sporządzenia kalkulacji przez wykonawcę oraz poinformował, jakie czynniki będzie brał pod uwagę przy ocenie złożonych wyjaśnień.

Pomimo tak jednoznacznie sformułowanego wezwania, jak również wobec faktu wydłużenia terminu na złożenie wyjaśnień w odpowiedzi na prośbę wykonawcy, Konsorcjum KAFAR złożyło wyjaśnienia, które zostały negatywnie ocenione przez Zamawiającego, co wynika jednoznacznie z treści „Protokołu z badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w oparciu o przepisy Pzp” z dnia 20.01.2016 r. Odwołujący podniósł, iż już w tym momencie Zamawiający, mając na uwadze przepisy art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, zobowiązany był do odrzucenia oferty Konsorcjum KAFAR na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp. Wszelkie dalsze czynności wyjaśniające, prowadzone pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum KAFAR, były zdaniem Odwołującego niedopuszczalne, a zatem stanowiły niedozwolone obejście przepisów ustawy.

Odnosząc się do dalszych wezwań Zamawiającego oraz wyjaśnień udzielanych przez Konsorcjum KAFAR, Odwołujący podniósł, że kolejne wyjaśnienia także nie obaliły domniemania złożenia oferty z rażąco niską ceną.

W drugim wezwaniu - pismo z dnia 19.11.2015 r. Zamawiający po raz kolejny precyzyjnie sformułował żądanie złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wskazując jakie informacje i dowody wykonawca ma przedstawić w celu wykazania, iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Konsorcjum KAFAR nie sprostało żądaniom Zamawiającego i złożyło wyjaśnienia, które ponownie zostały negatywnie ocenione przez Zamawiającego, co potwierdza treść ww. Protokołu.

W takiej sytuacji możliwość prowadzenia przez Zamawiającego dalszej analizy

„rażąco niskiej ceny” nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy.

Jednak, Zamawiający po raz kolejny, pismem z dnia 16.12.2015 r. skierował, także precyzyjne w swej treści, żądanie złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wskazując jakie informacje Konsorcjum KAFAR powinno

5

przedstawić w celu wykazania, iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, jednocześnie ukierunkowując ponownie wykonawcę, jakie konkretnie dowody ma dostarczyć. Zamawiający także po raz kolejny przychylił się do wniosku wykonawcy i wydłużył termin na złożenie wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego, w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z rażącym nadużyciem procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp, która jest zdecydowanie czynnością jednokrotną. Gdyby przepisy ustawy Pzp pozwalały na wielokrotne wzywanie danego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Zamawiający mógłby nigdy nie rozstrzygnąć prowadzonego postępowania przetargowego. Prowadzenie przez Zamawiającego z Konsorcjum KAFAR wyjaśnień „do skutku” stanowiło w istocie niedopuszczalne negocjacje z wykonawcą w toku badania i oceny złożonych ofert, które świadczą o braku transparentności postępowania przetargowego i niezachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp).

W związku z powyższym, wobec braku wykazania przez Konsorcjum KAFAR (w odpowiedzi na zarówno pierwsze, jak i drugie wezwanie), że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przepisów art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Ponadto, jak wynika z ww. Protokołu, Zamawiający, rozstrzygając kwestię zaoferowania przez Konsorcjum KAFAR rażąco niskiej ceny, oparł się na opinii biegłych powołanych w sprawie. Sporządzona przez biegłych opinia z dnia 15.01.2016 r. jednoznacznie wskazuje, iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia zarówno z zaoferowaniem przez Konsorcjum KAFAR rażąco niskiej ceny, jak i z niezgodnością tej oferty z postanowieniami SIWZ.

Odnosząc się do opinii biegłych, Odwołujący wskazał, że w początkowych twierdzeniach biegli sformułowali lakoniczną tezę o niezaniżeniu przez Konsorcjum KAFAR ceny oferty poniżej kosztów wytworzenia wyrobu. O postawieniu takiej tezy zaważyło wyłącznie jedno stwierdzenie, zawarte na str. 2 opinii, iż „z uwagi na przedstawienie w sposób rzetelny wyjaśnień dotyczących większości innych cenotwórczych składników oferty biegli nie stwierdzili możliwości realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia”. Ocena ta potwierdza wcześniejsze oceny komisji przetargowej co do braku wykazania przez Konsorcjum KAFAR, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Biegli analizujący złożone wyjaśnienia nie uznali bowiem za rzetelne wyjaśnienia dotyczące wszystkich składników cenotwórczych. Nie ulega zaś wątpliwości, iż każdy składnik cenotwórczy ma znacznie i wpływ na cenę oferty, a w konsekwencji na możliwość realizacji zamówienia w sposób należyty, zgodny z wymaganiami SIWZ. Ocena biegłych nie wskazuje w ogóle, jakie inne cenotwórcze składniki oferty były wyjaśnione rzetelnie, a jakie

6

nierzetelnie. Dlatego też ww. opinia powinna być zinterpretowana na niekorzyść Konsorcjum KAFAR, w szczególności wobec faktu, iż wskazuje ona na uzasadnione i realne zagrożenia co do możliwości wykonania tego typu zamówienia przez Konsorcjum KAFAR, zgodnie z warunkami zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum KAFAR jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że po dokonaniu analizy treści oferty wstępnej oraz oferty ostatecznej Konsorcjum KAFAR, wezwań kierowanych do Konsorcjum KAFAR w trybie art. 90 ust. 1, opinii biegłych z 15.01.2016 r., w konfrontacji z postanowieniami SIWZ niniejszego postępowania, w ocenie Odwołującego, oferta złożona przez Konsorcjum KAFAR nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ.

Podstawą merytoryczną realizacji pracy rozwojowej, wyznaczającą parametry funkcjonalno-techniczne kontenerowej piekarni polowej, są Założenia Taktyczno-Techniczne

(ZTT), zgodnie z treścią SIWZ cz. III.1.1.a.). Zamawiający w sposób jednoznaczny zastrzegł, że parametry zawarte w ZTT nie podlegają negocjacjom, tym samym należy przyjąć, że stanowią podstawę do opracowania oferty, celem zagwarantowania Zamawiającemu otrzymania ofert na taki sam przedmiot zamówienia od wszystkich wykonawców oraz zapewnienia możliwości ich porównania jedynie pod względem ceny (dodatkowe kryterium „Gwarancja” posiada wagę jedynie 5%).

Konsorcjum KAFAR wraz z ofertą wstępną złożyło:

- a) Załącznik Nr 1 - oświadczenie co do sposobu realizacji zamówienia ze szczególnym opisem realizacji zadań Etap I i Etap II,
- b) Załącznik Nr 2 - techniczny projekt rozmieszczenia kontenerowej piekarni polowej w wariantach pięciokontenerowej, czterokontenerowej i trzykontenerowej.

Z przedstawionych materiałów wynika, że zaoferowane przez Konsorcjum KAFAR rozwiązanie nie spełnia warunków ZTT, a tym samym oferta nie odpowiada treści SIWZ. W konsekwencji, oferta Konsorcjum KAFAR jest nieporównywalna z pozostałymi ofertami, gdyż dotyczy innego przedmiotu zamówienia niż wymagany w postanowieniach ZTT.

Zdaniem Odwołującego, choćby z tego powodu Konsorcjum KAFAR zastrzegło wszystkie wyjaśnienia dotyczące „rażąco niskiej ceny”, aby uniemożliwić konkurencyjnym wykonawcom jeszcze bardziej dogłębną analizę spełniania poszczególnych wymagań Zamawiającego przez rozwiązanie proponowane przez tego wykonawcę.

Odwołujący wskazał następujące niezgodności treści oferty Konsorcjum KAFAR z wymaganiami określonymi w treści SIWZ - Załącznik Nr 1 ZTT na Kontenerową piekarnię połową kr. RYDZ:

- 1) Baza zabudowy - zastosowane kontenery - pkt. 5.2.2. ZTT (zakres umowy zadanie I.2. -

7

wykonanie projektu technicznego kontenera rozkładanego) określa konieczność zastosowania kontenerów rozkładanych, tymczasem rozwiązanie zaprezentowane w ofercie Konsorcjum KAFAR prezentuje kontenery hakowe, nierozkładane, zestawione bezpośrednio „jeden przy drugim”, co stanowi istotne odstępstwo od wymagań określonych w SIWZ.

2) Ciągi technologiczne - pkt. 4.3. ZTT określa ciąg technologiczny, zgodnie z którym powinna być zbudowana piekarnia. Rozwiązanie zaoferowane przez Konsorcjum KAFAR nie uwzględnia takich ciągów, tym samym uniemożliwia zrealizowanie procesu technologicznego w pełnym zakresie.

3) Zakres powierzchni - pkt. 4.7-4.10 ZTT określa konieczność uwzględnienia powierzchni magazynowych w piekarni. Rozwiązanie zaoferowane przez Konsorcjum KAFAR takich powierzchni nie przewiduje.

4) Ergonomia pracy - pkt. 5.2.4. oraz pkt. 5.12. ZTT wskazuje na właściwą ergonomię pracy. Rozwiązanie zaoferowane przez Konsorcjum KAFAR nie spełnia wymogów ergonomii i bezpieczeństwa pracy, co uniemożliwia osiągnięcie zakładanych wydajności.

5) Wymagania niezawodnościowe - pkt. 5.11. ZTT wskazuje m.in. na wymogi konstrukcyjne dla wyposażenia piekarni. Zastosowanie przez Konsorcjum KAFAR np. pieca piekarniczego firmy TAGLIAVINI ROTOR RTC 810 nie gwarantuje spełnienia tak wygórowanych warunków. Włoski producent TAGLIAVINI S.p.A. nigdy nie realizował bowiem projektów piekarni polowych dla armii. Ponadto, w opiniach funkcjonujących na rynku piekarniczym, firma TAGLIAVINI S.p.A. nie gwarantuje żywotności swoich urządzeń, co w sposób oczywisty i bezpośredni przekłada się na ich cenę. Konsorcjum KAFAR było więc w stanie zaoferować Zamawiającemu produkt tańszy od rozwiązań stosowanych przez konkurencyjnych wykonawców, z tego względu, iż nie spełnia on wymagań Zamawiającego określonych w ZTT.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający pomimo wskazania w dokumentacji postępowania wyraźnych braków i odstępstw oferowanego przez Konsorcjum KAFAR rozwiązania od wymagań SIWZ, nie odrzucił oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wbrew opinii biegłych, że wyjaśnienia złożone w toku postępowania przez Konsorcjum KAFAR nie rozwiały wątpliwości co do realnej możliwości wykonania piekarni przez tego wykonawcę zgodnie z wymaganiami ZTT.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum KAFAR, jako najkorzystniejszej.

W przypadku potwierdzenia się zarzutu złożenia przez Konsorcjum KAFAR oferty z rażąco niską ceną lub/i zarzutu niezgodności tej oferty z treścią SIWZ, czynność Zamawiającego polegająca na wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej, zostanie uznana za

w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, jako działanie wprost naruszające zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie – pismem z dnia 15 lutego 2016 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu. Zamawiający podtrzymał powyższe stanowisko na rozprawie. Stwierdził, że na etapie realizacji zamówienia ostatecznie wyrób musi spełniać wymagania ZTT i Zamawiający dysponuje odpowiednimi narzędziami gwarantującymi powyższe. Wyjaśnił, że przedmiot oferty Przystępującego jest mu znany - wiedzę tę uzyskał z wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Wiedza ta pozwala uznać, że oferta Przystępującego spełnia oczekiwania Zamawiającego. Zamawiający potwierdził możliwość zmiany wymagań ZTT na etapie realizacji zamówienia, co wynika z decyzji 72/MON. Każdorazowo wymaga to jednak zgody Zamawiającego i nie może dotyczyć parametrów krytycznych, określonych w wymaganiach operacyjnych dla danego elementu przedmiotu zamówienia.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Konsorcjum KAFAR, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania (pismem z dnia 15 lutego 2016 r.). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że na wezwania Zamawiającego złożył szczegółowe wyjaśnienia wraz z dowodami w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, na ponad 200 stronach, które potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Już pierwsze wyjaśnienia z dnia 4 listopada 2015 r. powinny rozwiązać wszelkie wątpliwości Zamawiającego w powyższym zakresie. Mając na uwadze dobrą współpracę z Zamawiającym, Przystępujący odpowiadał na kolejne uzupełniające wezwania Zamawiającego, uszczegóławiając składane wyjaśnienia. Potwierdził to Zamawiający w Protokole z badania i oceny ofert z 20 stycznia 2016 r., zaś opinia biegłych z 15 stycznia 2016 r. w podsumowaniu stwierdza, że cena oferty nie została zaniżona poniżej kosztów wytworzenia wyrobu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, ustawa Pzp nie zakazuje wielokrotnego wzywania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Potwierdza to również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak również art. 55 Dyrektywy Klasycznej 2004/18/WE (i odpowiednio art. 69 nowej Dyrektywy 2014/24/UE). Przystępujący podkreślił, że ustawa Pzp nie wprowadza domniemania, że wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oznacza, że cena ofertowa podlegająca wyjaśnieniu jest rażąco niska. Zdaniem Przystępującego, działanie Zamawiającego polegające na wieloetapowym wyjaśnianiu wysokości zaoferowanej przez Konsorcjum KAFAR ceny pozostaje w zgodzie z zadaniami prawa zamówień publicznych i ustawą Pzp, a złożone wyjaśnienia dowodzą, że proponowana cena jest ceną wiarygodną, zgodną z realiami rynkowymi, adekwatną do przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności treści oferty (oferty wstępnej) z treścią SIWZ, Przystępujący wyjaśnił, że są to zarzuty spóźnione. Zarzuty te zostały oparte na dokumentach złożonych w ofercie wstępnej, które nie były bezwzględnie wymagane przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał jedynie oświadczenia wykonawcy, że zamówienie będzie zrealizowane według procedury zaproponowanej przez Zamawiającego w Załączniku nr 2 do SIWZ, a więc do Zakresu umowy na realizację pracy rozwojowej. Oferta końcowa składała się jedynie z Formularza ofertowego. Zgodnie zaś z art. 96 ust. 3 Pzp, oferty wstępne są udostępniane od dnia zaproszenia do składania ofert ostatecznych (tj. od 21.09.2015 r.). Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, Przystępujący wyjaśnił, że z rysunków technicznych załączonych do oferty wstępnej wynika, że kontenerowa piekarnia polowa będzie zamontowana w rozkładanym nadwoziu kontenerowym wykonanym na bazie kontenera 20 stopowego ISO serii 1C zgodnie z Załoženiami Techniczno-Taktycznymi (pkt 5-19 ZTT). Rozwiązania zaproponowane przez Konsorcjum KAFAR przewidują ciągi technologiczne, co wynika z rysunków załączonych do oferty wstępnej. Przystępujący zamierza zastosować urządzenia piekarnicze przystosowane do zestawienia ciągów technologicznych bez dodatkowych, zbędnych taśmociągów i umożliwiających automatyzację linii produkcyjnej bez dodatkowych nakładów. Konsorcjum uwzględniło także

wystarczające powierzchnie magazynowe surowców i magazyn na wyroby gotowe. Wszystkie obliczenia zostały wykonane zgodnie z technologią produkcji oraz przepisami BHP. Ponadto, przewidziano możliwość powiększenia powierzchni kontenera produkcyjnego o około 12m², gdyby istniała taka potrzeba. Tak samo można zwiększyć powierzchnię kontenera magazynowego oraz dodatkowo powiększyć powierzchnię, poprzez zastosowanie namiotu. Zaoferowane rozwiązanie spełnia wymogi ergonomii i bezpieczeństwa pracy określone w SIWZ, a urządzenia planowane do zastosowania spełniają wszelkie wymagania niezawodnościowe wymagane w SIWZ. Dodatkowo, Przystępujący podkreślił, że „docelowe rozwiązania techniczne Piekarni wraz z przewidywanym stopniem spełnienia wymagań ZTT będzie miało miejsce dopiero na etapie realizacji Etapu I zamówienia [...]. Zgodnie z pkt 5 Zakresu umowy, Zamawiający dopuszcza również weryfikację ZTT, co Zamawiający potwierdził także w trakcie negocjacji z Konsorcjum po etapie złożenia ofert wstępnych (protokół z negocjacji z dnia 3 września 2015 r.)”.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje. Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

10

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia - złożył ofertę i ubiega się o udzielenie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W wyniku odrzucenia oferty Konsorcjum KAFAR, oferta Odwołującego podlegałaby wyborowi, jako najkorzystniejsza.

Przystępujący - Konsorcjum KAFAR – skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając przesłanki art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. Wobec wniesienia przez Przystępującego sprzeciwu od uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu, odwołanie podlegało rozpoznaniu na rozprawie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny w niniejszej sprawie.

Z dokumentacji postępowania (rozdz. III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia) wynika, że przedmiotem zamówienia jest realizacja pracy rozwojowej – od etapu Projektowanie i Rozwój oraz dostawa sprzętu pn. Kontenerowa piekarnia połowa kr. RYDZ, w ramach trzech etapów i w ramach jednej umowy. Etap I – obejmuje wykonanie pracy rozwojowej pn. Kontenerowa piekarnia połowa kr. RYDZ, w szczególności poprzez opracowanie i wykonanie prototypu piekarni [moduł z pięcioma kontenerami, wydajność wypieku piekarni minimum 8 000 kg pieczywa na dobę (w czasie 18 h pracy piekarni)], jego weryfikację w badaniach oraz opracowanie Dokumentacji Technicznej Wyrobu. Etap II – obejmuje wytworzenie w oparciu o Dokumentację Techniczną Wyrobu opracowaną w Etapie I, pierwszego egzemplarza produkcyjnego piekarni [moduł z pięcioma kontenerami, wydajność wypieku piekarni minimum 8 000 kg pieczywa na dobę (w czasie 18 h pracy piekarni)], przeprowadzenie jego badań oraz opracowanie Dokumentacji Technicznej do Produkcji Seryjnej (DTPS). Etap III – obejmuje wyprodukowanie na podstawie DTPS i dostarczenie Zamawiającemu w oznaczonych ilościach i latach 17 egz. Piekarni, wykonanych w trzech konfiguracjach o podanej wydajności wypieku pieczywa przez jeden egzemplarz piekarni.

Przy projektowaniu piekarni, Zamawiający udostępnił wykonawcy realizującemu zamówienie, wyniki zrealizowanej już części pracy rozwojowej, tj. etapu Określenie Założeń do Projektowania w postaci Oceny Projektu Konceptyjnego, Projektu Konceptyjnego, Analiz Techniczno-Ekonomicznych. Prototyp piekarni powinien spełniać wymagania określone w Założeniach Taktyczno-Technicznych, zwanych dalej „ZTT”, opracowanych w Inspektoracie Uzbrojenia. Piekarnia powinna być wykonana w rozwiązaniu „modułowym” umożliwiającym kompletowanie modułów w trzech różnych konfiguracjach o wymaganych

11

wydajnościach wypieku pieczywa. Urządzenia linii produkcyjnej piekarni i sprzęt zabezpieczający jej pracę powinny być zabudowane w zaprojektowanych pod potrzeby piekarni rozkładanych (w jak najkrótszym czasie) nadwoziach kontenerowych, opartych o kontenery serii 1 C wg ISO o długości 20 stóp. Piekarnia powinna składać się z maksymalnie 5 kontenerów (1 kontener przygotowania produkcji, 3 kontenery produkcyjne z piecami piekarskimi i 1 kontener magazynowy). Piekarnia powinna być przystosowana do pracy w „warunkach polowych”, o wysokiej autonomiczności (posiadającym własne źródła zasilania w energię elektryczną zbiorniki na paliwa i ścieki) i mobilności (czas rozwijania i przygotowania do pracy oraz czas zwijania i przygotowania do marszu od 2 do 5 godz. w zależności od wersji/modułu, możliwości transportu drogą lądową morską i powietrzną). Piekarnia powinna zapewnić całoroczny i całodobowy wypiek pieczywa w „warunkach polowych” w różnych strefach klimatycznych. Wykonawca będzie zobowiązany do zapewnienia utrzymania dostaw, minimum 4 egz. piekarni w ciągu jednego roku kalendarzowego oraz zapewnienia zdolności do utrzymania, modernizacji lub adaptacji dostaw. Termin realizacji zamówienia został oznaczony do 31 października 2022 r.

Postępowanie jest prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem. W rozdz. VII SIWZ zawarto Opis sposobu przygotowania ofert, w tym oferty wstępnej i oferty ostatecznej. W ramach oferty wstępnej (niezawierającej ceny), Zamawiający wymagał wykorzystania formularza oferty wstępnej stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ. Załącznikiem do oferty wstępnej powinno być oświadczenie przedstawiające sposób realizacji zamówienia ze szczegółowym opisem sposobu realizacji zadań Etapu I i II, o których mowa w Zakresie umowy na realizację pracy rozwojowej – od etapu Projektowanie i Rozwój oraz dostawy sprzętu pn. „kontenerowa piekarnia polowa kr. RYDZ, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ. Zamawiający umożliwił wykonawcom składanie ofert wstępnych na własnych formularzach, których treść musi odpowiadać treści formularzy przekazanych przez Zamawiającego w załączeniu do zaproszenia do składania ofert wstępnych. Zamawiający wskazał w SIWZ, że formularz oferty ostatecznej (cenowej) zostanie przesłany do wykonawców wraz z zaproszeniem do składania ofert ostatecznych.

W rozdz. VIII SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny oferty, w pkt 2 Zamawiający wskazał, że „Cena oferty musi zawierać w sobie całkowitą kalkulację, tj. wszystkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia (opracowanie i wykonanie prototypu, wykonanie pierwszego egzemplarza produkcyjnego, przeprowadzenie i udokumentowanie ich badań, przeprowadzenie audytu zewnętrznego, opracowanie dokumentacji technicznej piekarni, dostawy piekarni, szkolenia, serwis gwarancyjny itp.) oraz uwzględnić wszystkie czynności związane z prawidłową i terminową realizacją przedmiotu zamówienia.”

12

Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 65 615 447,15 zł (netto). Przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia równą 80 707 000,00 zł (brutto).

Do upływu terminu składania ofert wstępnych, tj. do 17 lipca 2015 r. złożono 6 ofert wstępnych, z których Zamawiający odrzucił jedną ofertę. Zaproszenie do negocjacji zostało przekazane do 5 wykonawców w dniu 19 sierpnia 2015 r. Zaproszenie do składania ofert oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia została przekazana do 5 wykonawców w dniu 21 września 2015 r.

Konsorcjum KAFAR złożyło ofertę wstępną, załączając do niej m.in. „oświadczenie sposobu realizacji zamówienia ze szczególnym opisem sposobu realizacji zadań Etap I i Etap II – zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ” oraz „techniczny projekt rozmieszczenia kontenerowej piekarni polowej w wariantach pięciokontenerowej, czterokontenerowej i trzykontenerowej” wraz z płytą CD z rzutami 3D.

W terminie składania ofert (8 października 2015 r.) zostały złożone oferty przez pięciu wykonawców, zawierające następujące ceny: oferta Konsorcjum KAFAR – 58 642 500,00 zł, oferta Odwołującego – 73 017 720,00 zł, pozostałe oferty – 77 624 560,00 zł, 107 754 258,12 zł oraz 114 900 683,00 zł.

Jak wynika z Protokołu badania i oceny ofert z dnia 20 stycznia 2016 r., Zamawiający ustalił, że cena oferty Konsorcjum KAFAR jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, pismem z dnia 21 października 2015 r. wezwał wykonawcę, do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących elementów

oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w terminie do dnia 2 listopada 2015 r. Termin ten został przedłużony na wniosek wykonawcy do dnia 5 listopada 2015 r. Zamawiający sformułował wezwanie w sposób bardzo szczegółowy, żądając wyjaśnienia wszystkich elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty i przedstawienia szczegółowych kalkulacji kosztów realizacji poszczególnych etapów umowy, w tym m.in. cen jednostkowych kontenerowych piekarni polowych w produkcji seryjnej wykonanych w poszczególnych konfiguracjach (trzy, cztery, piec kontenerów) w rozbiciu na koszty wykonania i zabudowy każdego z kontenerów. Wymagano także, aby przedstawione kalkulacje wskazywały wszystkie koszty konieczne do poniesienia przez wykonawcę w celu realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, w tym: koszty nakładów materiałowych i rzeczowych (ze wskazaniem producentów, typów i kosztów montowanego sprzętu piekarniczego), koszty pracy, zakładany zysk, inne koszty (w tym m.in. koszty ubezpieczenia, szkoleń, gwarancji, dostaw itp.). Zamawiający wymagał przedstawienia kalkulacji ceny każdego z kontenerów piekarni w sposób matematyczny, zgodnie z art. 28 ustawy z dnia 29 września 1004 r. o rachunkowości (Dz. U z 2013 r. poz. 330 z późn. zm.).

13

Równolegle, Zamawiający, na wniosek komisji przetargowej, wystąpił do Gestora SpW o wyznaczenie biegłych w celu weryfikacji wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i wydania niezależnej opinii w tym zakresie.

Wykonawca udzielił wyjaśnień pismem z dnia 5 listopada 2015 r. Zamawiający stwierdził, że złożone wyjaśnienia były niekompletne, gdyż nie zawierały wymaganych cen jednostkowych kontenerowej piekarni polowej w rozbiciu na koszty wykonania i zabudowy każdego z kontenerów. Brak było również zestawień zawierających konfigurację sprzętu planowanego do zamontowania w poszczególnych kontenerach ze wskazaniem producentów, typów oraz cen sprzętu piekarniczego. Ponadto, wykonawca na str. 4-13 wyjaśnień ujął całościowo w kalkulacjach zadań koszty podwykonawców, tj. bez podziału na koszty materiałowe, koszty pracy, koszty badań, koszty szkolenia itp., co uniemożliwiło pełną ocenę kosztów realizacji tych zadań.

W związku z powyższym Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia i uszczegółowienia wyjaśnień oraz wykazania, że złożona oferta dotyczy piekarni spełniającej wymagania ZTT (pismo z dnia 19 listopada 2015 r.), w terminie do 4 grudnia 2015 r., który to termin został następnie przedłużony na wniosek wykonawcy do 8 grudnia 2015 r.

Wykonawca złożył wyjaśnienia pismem z dnia 8 i 11 grudnia 2015 r. Zamawiający uznał, że wyjaśnienia nie wykazały braku rażąco niskiej ceny z uwagi na dalszy brak przedstawienia kalkulacji cen jednostkowych wytworzenia kontenerowych piekarni polowych w rozbiciu na koszty wykonania i zabudowy każdego z kontenerów (dla Etapu III). Zamawiający stwierdził również brak przedstawienia dowodów potwierdzających, że rabat na zakup pieców w wysokości 50% ceny będzie utrzymany do 2022 r., tj. do zakończenia realizacji zamówienia.

Ponownie, pismem z dnia 22 grudnia 2015 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia wyjaśnień w terminie do 31 grudnia 2015 r., który to termin został ponownie przedłużony na wniosek wykonawcy do 8 stycznia 2016 r. Wykonawca złożył wyjaśnienia pismem z dnia 8 stycznia 2016 r. Zamawiający nie dokonał w Protokole badania i oceny ofert tych wyjaśnień. Podsumowując całość przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, Zamawiający oparł się na opinii sporządzonej przez biegłych (pismo z dnia 15 stycznia 2016 r.), w której stwierdzono, że „Wykonawca nie zaniżył ceny swojej oferty poniżej kosztów wytworzenia wyrobu”. Jak wynika z uzasadnienia powyższej opinii, biegli stwierdzili m.in., że wyjaśnienia nie w pełni odpowiadają na skierowane zapytania, wyjaśnienia udzielane były często lakonicznie i tylko częściowo odpowiadały na zadawane pytania, niektóre twierdzenia nie zostały poparte dowodami, wykonawca często wdawał się w polemikę z Zamawiającym, co uniemożliwiło merytoryczną ocenę niektórych wyjaśnień. „Z uwagi jednak na przedstawienie w sposób rzetelny wyjaśnień dotyczących większości innych cenotwórczych

14

składników oferty biegli nie stwierdzili możliwości realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.” Jednocześnie biegli wskazali na szereg wątpliwości i zagrożeń dotyczących realnych możliwości wykonania piekarni przez Konsorcjum KAFAR, zgodnie z założeniami

ZTT.

Konsorcjum KAFAR zastrzegło treść wyjaśnieniach składanych na wezwanie Zamawiającego w całości, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje te nie były udostępnione innym wykonawcom w toku prowadzonego postępowania.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum KAFAR, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, 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: 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 późn. zm.) oraz pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Przepis art. 90 ust. 2 Pzp stanowi, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Zgodnie zaś z art. 90 ust. 3 Pzp, 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.

Przepisy ustawy Pzp nie regulują wprost kwestii ile razy zamawiający może zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Ustawa, co do zasady, nie zawiera też zakazu kilkakrotnego wezwania. W ocenie Izby, powyższa kwestia musi być rozstrzygana każdorazowo z uwzględnieniem zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Izba wskazuje w tym kontekście, że powtórzenie wezwania do udzielenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Przyjąć zatem należy,

15

że uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu, co w praktyce zdarza się bardzo często. Nie można jednak wykluczyć też sytuacji, gdy bardziej szczegółowe wyjaśnienia w określonym zakresie mogą okazać się konieczne także w przypadku wezwania szczegółowego. Konieczność taka musi wynikać jednak z okoliczności obiektywnych, przy jednoczesnym spełnieniu przez wykonawcę obowiązku rzetelnego wyjaśnienia w zakresie wymaganym w pierwszym wezwaniu. Ponawianie wezwań nie może następować w sytuacji, gdy wyjaśnienia są niekompletne, lakoniczne, nie zawierają odpowiedzi na wszystkie pytania zamawiającego. Kolejne wezwania nie mogą bowiem stanowić de facto przywrócenia terminu do złożenia wyjaśnień, które należało złożyć już na pierwsze wezwanie. Takie działanie narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w prowadzonym postępowaniu.

W okolicznościach określonych w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp zastosowanie procedury wyjaśnień jest obowiązkiem zamawiającego. Wszczęcie procedury wyjaśniającej powinno prowadzić w konsekwencji do rzetelnej oceny złożonych wyjaśnień, co oznacza m.in., że zamawiający nie może przy ostatecznej ocenie wyjaśnień pomijać faktu, że wykonawca nie udzielił wyjaśnień w pełnym wymaganym przez zamawiającego zakresie lub że wyjaśnienia złożył po terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Działanie takie świadczy wprost o niezachowaniu przez zamawiającego w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. o naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp.

W niniejszym postępowaniu wezwanie Konsorcjum KAFAR do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp było w pełni uzasadnione, ze względu na różnicę (ponad 30%) pomiędzy ceną zaoferowaną przez ww. wykonawcę a średnią arytmetyczną cen wszystkich

ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający trzykrotnie wzywał Konsorcjum KAFAR na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Kolejne wezwania w pewnym zakresie stanowiły powtórzenie wezwania wystosowanego pierwotnie w związku z nieudzieleniem przez wykonawcę wymaganych informacji, co Zamawiający jednoznacznie wskazywał w treści wezwań.

Konsorcjum KAFAR nie zakwestionowało wezwania z dnia 21 października 2015 r. w trybie środków ochrony prawnej, przyjmując, że wezwanie było prawidłowe i w pełni uzasadnione. Wykonawca nie kwestionował także kolejnych wezwań.

W odpowiedzi na kolejne wezwania Zamawiającego, Konsorcjum KAFAR złożyło odpowiednio pisma: z dnia 05.11.2015 r., z dnia 08.12.2015 r. i 11.12.2015 r. oraz z dnia 08.01.2016 r., stanowiące wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, załączając dowody (oferty, zapytania ofertowe, specyfikacje

16

techniczne urządzeń, itp.), które nie wyjaśniały jednak wszystkich elementów oferty, o których wyjaśnienie zwracał się Zamawiający. Potwierdza to w sposób jednoznaczny treść Protokołu z badania i oceny ofert z dnia 20 stycznia 2016 r. oraz treść uzasadnienia opinii biegłych. Jak wynika bowiem z treści Protokołu „Po analizie otrzymanych wyjaśnień komisja stwierdziła, że Wykonawca w dalszym ciągu nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny...”. Obszerność wyjaśnień (ponad 200 stron), podnoszona przez Przystępującego, wynikała w znacznym zakresie z dołączonych do wyjaśnień specyfikacji technicznych urządzeń, podczas gdy merytoryczne wyjaśnienia należy raczej uznać za lakoniczne.

Podkreślić należy przy tym, że wszystkie wezwania miały charakter bardzo szczegółowy, z wyraźnym wskazaniem w odniesieniu do jakich elementów ceny oferty mają odnosić się kalkulacje kosztów realizacji umowy, z podziałem na poszczególne etapy umowy. Zamawiający wskazywał również na sposób sporządzenia kalkulacji przez wykonawcę oraz informował, jakie czynniki będzie brał pod uwagę przy ocenie złożonych wyjaśnień. Zamawiający za każdym razem na wniosek wykonawcy przedłużał termin na udzielenie wyjaśnień, w celu umożliwienia mu rzetelnego i wyczerpującego przygotowania odpowiednich materiałów.

Zauważyć należy również, że Zamawiający nie dokonał oceny ostatnich wyjaśnień z dnia 8 stycznia 2016 r. Jak wynika z Protokołu badania i oceny ofert z 20 stycznia 2016 r. (str. 11) Zamawiający, rozstrzygając ostatecznie kwestię zaoferowania przez Konsorcjum KAFAR rażąco niskiej ceny, oparł się na opinii biegłych, w szczególności na wniosku, który nie znajduje oparcia w treści opinii, a wręcz jest sprzeczny z oceną wyjaśnień zawartą w uzasadnieniu opinii, że „Wykonawca nie zaniżył ceny swojej oferty poniżej kosztów wytworzenia wyrobu”. Wbrew temu wnioskowi, ww. opinia jednoznacznie wskazuje na braki w złożonych wyjaśnieniach, dotyczące części elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Biegli nie uzasadnili w jakikolwiek sposób, że braki te dotyczą elementów nieistotnych z punktu widzenia wysokości zaoferowanej ceny. Twierdzenie „z uwagi na przedstawienie w sposób rzetelny wyjaśnień dotyczących większości innych cenotwórczych składników oferty biegli nie stwierdzili możliwości realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia” nie zostało oparte na racjonalnych i obiektywnych podstawach, skoro wykonawca nie wyjaśnił wszystkich elementów, o wyjaśnienie których trzykrotnie zwrócił się Zamawiający. W ocenie Izby, ww. opinia biegłych nie może stanowić zatem podstawy do przyjęcia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum KAFAR jako wyczerpujących, uzasadniających przekonanie, że cena oferty Konsorcjum KAFAR nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Powyższy sposób badania i oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum KAFAR w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie znajduje uzasadnienia w świetle art. 90 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 oraz w szczególności art. 7 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu mamy do

17

czynienia z przekroczeniem procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp, niezależnie od tego, że nie budzi wątpliwości Izby, iż czynność wezwania do wyjaśnienia, zgodnie z tym przepisem, nie musi być zawsze czynnością jednokrotną. Zamawiający nie może jednak w sposób nieuzasadniony prowadzić negocjacji z wykonawcą, przez wielokrotne wzywanie do wyjaśnień, w szczególności, gdy wykonawca składa wyjaśnienia niepełne i niekompletne.

W niniejszym postępowaniu, Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Konsorcjum KAFAR po analizie wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę pismem z dnia 5 listopada 2015 r., a nawet, w przypadku jakichkolwiek wątpliwości – z pewnością po złożeniu kolejnych niepełnych wyjaśnień z 8 grudnia 2015 r. Zamawiający, mając na uwadze przepisy art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, zobowiązany był do odrzucenia oferty Konsorcjum KAFAR na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp.

W związku z powyższym, wobec braku wykazania przez Konsorcjum KAFAR, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia w niniejszym postępowaniu przepisów art. 7 ust. 1 i art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum KAFAR jako nieodpowiadającej treści SIWZ

Zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie Odwołujący oparł zarzuty niezgodności treści oferty Konsorcjum KAFAR z treścią SIWZ na dowodach zawartych w ramach oferty wstępnej, tj. w szczególności na treści Załącznika Nr 1 - oświadczenie sposobu realizacji zamówienia ze szczególnym opisem realizacji zadań Etap I i Etap II oraz Załącznika Nr 2 - techniczny projekt rozmieszczenia kontenerowej piekarni polowej w wariantach pięciokontenerowej, czterokontenerowej i trzykontenerowej. Odwołujący z treści ww. załączników do oferty wstępnej wywodził zarzuty dotyczące:

- bazy zabudowy – wykonawca wbrew postanowieniom pkt. 5.2.2. ZTT (zakres umowy zadanie I.2. - wykonanie projektu technicznego kontenera rozkładanego) zastosował kontenery hakowe zamiast rozkładanych.
- braku uwzględnienia w ofercie ciągów technologicznych, zgodnie z pkt. 4.3. ZTT
- braku uwzględnienia powierzchni magazynowych, zgodnie z pkt. 4.7-4.10 ZTT,
- braku spełnienia wymagań dotyczących ergonomii i bezpieczeństwa pracy - pkt. 5.2.4. oraz pkt. 5.12. ZTT, co uniemożliwia osiągnięcie zakładanych wydajności.

Zarzuty te są spóźnione wobec faktu, że termin na wniesienie odwołania w tym zakresie należy liczyć od dnia 21 września 2015 r., tj. od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert ostatecznych. Zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp, oferty wstępne są udostępniane od dnia zaproszenia do składania ofert ostatecznych.

Zarzut dotyczący braku spełnienia wymagań niezawodnościowych, zawartych w pkt. 5.11. ZTT, przez zastosowanie przez Konsorcjum KAFAR pieca piekarniczego firmy

TAGLIAVINI ROTOR RTC 810, choć podniesiony w terminie, gdyż okoliczności faktyczne stanowiące postawę zarzutu wynikły z treści wezwań Zamawiającego kierowanych do Konsorcjum KAFAR w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, to nie został przez Odwołującego udowodniony. Fakt, że producent TAGLIAVINI S.p.A. nigdy nie realizował projektów piekarni polowych dla armii nie jest wystarczającym dowodem na brak możliwości spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w tym postępowaniu. Opinie funkcjonujące na rynku piekarniczym na temat firmy TAGLIAVINI S.p.A. wśród producentów konkurencyjnych nie stanowią dowodu na niespełnienie wymagań określonych w ZTT. W tym zakresie Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum KAFAR jako najkorzystniejszej.

Wobec potwierdzenia się zarzutu złożenia przez Konsorcjum KAFAR oferty z rażąco niską ceną czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej stanowi w konsekwencji naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 Pzp. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców została naruszona przez Zamawiającego w szczególności, poprzez wielokrotne nieuzasadnione wzywanie wykonawcy Konsorcjum KAFAR do uzupełnienia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Dokonanie wyboru tej oferty, jako najkorzystniejszej, pomimo negatywnej oceny złożonych wyjaśnień, tj. pomimo stwierdzenia, że wykonawca nie wyjaśnił wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w toku czynności badania i oceny ofert.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak na wstępie, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, w zw. z § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

.....