

WYROK

z dnia 30 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant:

Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 maja 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2018 r. przez odwołującego: BRJ Solutions s.r.o Rybna 716/24 Stare Mesto, 110 00 Praha 1, Republika Czeska w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Lotnicze Pogotowie Ratunkowe ul. Księżykowa 5; 01-934 Warszawa

przy udziale: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia 1. A. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą PROATV A. Z. ul. Lipowa nr 8; 05-520 Bielawa; 2. Zezyk Aviaton s.r.o. z siedzibą w Czeski Cieszyn, Republika Czeska; ul. Havlickowa 190/12; 737-01 Czeski Cieszyn po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża BRJ Solutions s.r.o Rybna 716/24 Stare Mesto, 110 00 Praha 1, Republika Czeska i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez BRJ Solutions s.r.o Rybna 716/24 Stare Mesto, 110 00 Praha 1, Republika Czeska tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Przedmiotem postępowania, którego dotyczy wniesione odwołanie jest „Dostawa w opcji na wymianę wyremontowanej przekładni głównej PN: 4649020011 przystosowanej do zabudowy w śmigłowcach typu EC-135P2+”.

Zamawiający prowadzi postępowanie pod wewnętrznym numerem: ZP/5/II/2018.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2018/S 019-038946 z dnia 27 stycznia 2018 roku.

Odwołujący, jako jeden z dwóch wykonawców, którzy złożyli w przedmiotowym postępowaniu oferty, zaskarżył następujące czynności zamawiającego:

1) wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia wskazując na naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy oraz odrzucenie jego oferty wskazując na naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy to jest oferty której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz oferty która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Na tej podstawie Odwołujący kwestionuje wybór najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego to jest oferty przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego i nie wybranie oferty

odwołującego, która jest korzystniejszą ofertą od oferty wybranej przez zamawiającego.

W podniesionych w odwołaniu zarzutach odwołujący stwierdza, że zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji. Precyzując zarzuty do kolejno przywołanych przepisów ustawy odwołujący podniósł

naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy poprzez jego zastosowanie, w sytuacji gdy przesłanki z tego przepisu nie zaistniały, odwołujący przedstawił prawdziwe informacje Zamawiającemu, a tym samym brak było podstaw do jego wykluczenia,

2) art. 89 ust 1 pkt 3 i 5 ustawy poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki do jego zastosowania, gdyż firma Odwołującego, której oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza pomimo najniższej ceny w żaden sposób nie stanowiła czynu nieuczciwej konkurencji,

3) art. 7 ust. 1 ustawy poprzez brak przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia, w wyniku wskazanych wyżej naruszeń, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i ostatecznie wybranie wykonawcy, którego oferta nie zawierała najniższej ceny i wg kryteriów oceny ofert nie była najkorzystniejsza.

Na podstawie tak sformułowanych zarzutów Odwołujący wnosi o:

- unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty.

- unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po jego stronie,

- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Przedmiotem spornego zamówienia jest dostawa wyremontowanej przekładni głównej PN: 4649020011 w ilości do 4 sztuk w opcji na wymianę za niesprawną przekładnię główną PN: 4649010011 lub 4649020011.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyły dwie firmy, tj. Odwołujący oraz przystępujący w sprawie po stronie Zamawiającego.

W dniu 03.04.2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień cen komponentów tj. Input Pinion PN: 4649302069/070 i Intermediate Shaft PN: 4649203008/09 (poz. 2a i 2b formularza cenowego 1 oraz poz. 2g i 2h formularza cenowego 2). Zamawiający zwrócił się o ww. wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W kolejnych pismach z dnia 6,17 i 19.04.2018 r. Odwołujący wyjaśnił, że ceny ww. komponentów są jedynie wartościami dopłat, które będą dokonywane przez Zamawiającego w przypadku ich wymiany. Odwołujący w ofercie cenowej przedstawił wyższą cenę za remont podstawowy w stosunku do cen innych oferentów, zakładając konieczność wymiany tych komponentów" przy starszym typie przekładni oraz prawdopodobieństwo wymiany przy nowszym. Taka kalkulacja ceny ofertowej wynikała z formularzy cenowych 1 i 2 załączonych do SIWZ i pozwoliła na to, że ceny ww. części składały się z dopłat wskazanych w pozycjach 2a i 2b formularza 1 oraz 2g i 2h formularza 2 oraz części ceny zawartej w cenie remontu podstawowego, która z kolei została skalkulowana wyżej niż ceny rynkowe.

Dowód: pisma Odwołującego z dnia 6.04.2018, 17.04.2018 i 19.04.2018 r. w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP/5/I/2018.

W piśmie z 17.04.2018 r. Odwołujący podkreślił, że powoływanie się Zamawiającego na dane udostępnione Zamawiającemu przez firmę ZF Luftfahrttechnik GmbH (dalej ZF) nie powinno być stosowane gdyż dotyczy cen rynkowych, czy inaczej cen katalogowych, których różnice w zależności od dostawcy są rzędu 30% i dotyczą zakupu pojedynczych komponentów. Nie są to ceny, które można uzyskać przy dokonywaniu remontu całej przekładni. Konstrukcja natomiast postępowania przetargowego nie pozwala na niezależne nabycie ww. części po wskazanej cenie, możliwe jest jedynie powiększenie ceny wymiany remontowanej przekładni w przypadku wystąpienia konkretnej usterki.

Co istotne, zaoferowana całościowa cena za wymianę wyremontowanej przekładni nie odbiegała w znaczącym stopniu od wartości szacunkowej zamawiającego (była niższa zaledwie o 8,6%). Nie odbiegała też od oferty konkurencji gdyż była niższa o 1,8%. Była ofertą konkurencyjną. Zaoferowane wynagrodzenie przez Odwołującego nie odbiegało w żadnym razie o ponad 30% od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego oraz średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu ofert, co ewentualnie mogłoby dopiero budzić wątpliwości Zamawiającego. Na potwierdzenie zasadności kalkulacji oferty przez Odwołującego, przedstawił on ofertę cenową dostawcy Odwołującego oraz pismo tego dostawcy z 4.04.2018 r. z wyjaśnieniem cen w zakresie wymiany przekładni głównej przy zwrocie P/N 4649-010-010 i przy zwrocie P/N 4649-020-010, zastrzegając jednocześnie, że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dowód: pismo Flybrokers sp. z o.o. z dnia 4.04.2018 r. oraz oferta cenowa firmy Flybrokers sp. z o.o.

Wobec powyższego Zamawiający nie znajdując podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, zastosował jako podstawę dla wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 uPZP. Pomimo, iż faktycznie przesłanki będące podstawą odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy, o których mowa w ww. przepisach nie wystąpiły w stosunku do Odwołującego. Ponadto zgodnie ze stanowiskiem KIO jedynie stwierdzenie, iż przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zaoferował cenę rażąco niską mogłoby stać się podstawą do wykazania związku przyczynowego pomiędzy zaoferowaną ceną, a skutkiem w postaci czynu nieuczciwej konkurencji polegającym na wyeliminowaniu konkurencji poprzez zaniżenie ceny oferty, w zakresie dotyczącym serwisu. (KIO 2144/17 - wyrok KIO z dnia 27-10-2017).

Zamawiający w dniu 7.05.2018 r. poinformował Odwołującego w formie elektronicznej o wykluczeniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 uPZP i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 uPZP. Zamawiający nie stwierdził by Odwołujący zaoferował cenę rażąco niską.

W uzasadnieniu Zamawiający podał, że poniesienie kosztu wymiany części Input Pinion PN: 4649302069/070 oraz Intermediate Shaft PN: 4649203008/09 jest pewne. Przy czym Odwołujący nie kwestionował wymiany ww. części, Odwołujący wskazał, iż część ceny ww. komponentów zawarta jest również w cenie remontu podstawowego. Odwołujący podobnie jak Zamawiający ocenił, że w przypadku formularza 1 wymiana części wystąpi, natomiast w przypadku formularza 2 jest prawdopodobna. Samej kalkulacji ceny przez Odwołującego, Zamawiający nie kwestionował w żadnym punkcie.

Zamawiający porównał ceny ww. części do cen tych części drugiego oferenta, tj. wykonawcy Z. Aviation s.r.o. Przy czym nie wskazał, że oferta drugiego wykonawcy została skalkulowana

w inny sposób niż oferta Odwołującego.

Zamawiający podniósł, że z informacji uzyskanych od ZF-producenta części wynika, że zaofertowane ceny części zostały w rażąco niskim stopniu zaniżone. Jednakże Zamawiający nie wziął pod uwagę wyjaśnień Odwołującego, że cena tych części zawarta jest również w cenie remontu podstawowego. Nie jest więc prawdą, iż jest to cena zaniżona. Zresztą przy badaniu ceny, pod uwagę należy brać całość ceny, a nie opierać się na niektórych jednostkowych kosztach. W tym kierunku kształtuje się też orzecznictwo KIO w wyroku KIO 2467/17 z dnia 7.12.2017 r., w wyroku KIO 2155/17 z dnia 2.11.2017 r. Zdaniem KIO nie jest dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania kilku elementów cenotwórczych składającego się na tę cenę, jeśli nie zostało wykazane, że wartość tych elementów jest tak duża, iż ich zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty. To, że zamawiający (jeśli powołuje wątpliwość) ma prawo wyjaśniać istotne elementy składowe ceny, nie oznacza, że ceny jednostkowe są podstawą odrzucenia całej oferty, jako rażąco niskiej, jeśli ich wysokość nie wpływa na całościową cenę oferty, w kontekście rażąco niskiej ceny. Przesłanka rażąco niskiej ceny musi zostać wypełniona w stosunku do ostatecznej, całościowej ceny oferty.

W przedmiotowej sprawie ceny części Input Pinion PN: 4649302069/070 oraz Intermediate Shaft PN: 4649203008/09 nie wpływają na całościową cenę oferty w kontekście rażąco niskiej ceny.

Twierdzenie Zamawiającego, że skoro Odwołujący „BRJ” kontaktował się z przedstawicielem ZF w celu uzyskania cen komponentów określonych przez Zamawiającego, przez co nie znalazła potwierdzenia informacja zawarta przez BRJ w wyjaśnieniach z dnia 17 kwietnia 2018 r., o tym że oferta przygotowana dla Zamawiającego oparta jest na ofercie firmy Flybrokers sp. z o.o., jest całkowicie nielogiczne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym. Odwołujący kontaktował się z wieloma dostawcami przedmiotowych części w celu pozyskania informacji na temat cen części i wyboru cen najkorzystniejszych dla niego, a tym samym skonstruowania swojej oferty jako konkurencyjnej w przedmiotowym przetargu.

Zamawiający wskazał również, że ZF jest jedynym podmiotem w Europie oferującym remont przekładni głównej PN: 464902U 011. Ocena Zamawiającego, że firma ZF jest też głównym i

bezpośrednim dostawcą wyremontowanych przekładni głównych PN: 4649020 011 w opcji na wymianę nie została poparta żadnymi dowodami. Co więcej, sam Zamawiający w następnym zdaniu potwierdził, że są również inni dostawcy w tym zakresie, np. Airbus Helicopters

Deutschland - producent śmigłowców). W uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy z postępowania, Zamawiający napisał, że producent ZF nie przysyłał swojej oferty cenowej żadnym innym podmiotom poza oferentami w niniejszym postępowaniu przetargowym, po czym w kolejnym zdaniu Zamawiający napisał, że oferowanie tych części przez innych

dostawców np. Airbus Helicopters Deutschland jest możliwe pod warunkiem wcześniejszego pozyskania tych części od firmy ZF. Zatem są inni dostawcy poza Odwołującym i Z. Aviation,

k którzy mogli się zwracać do ZF o przesłanie oferty w zakresie części Input Pinion PN: 4649302069/070 oraz Intermediate Shaft PN: 4649203008/09.

Dowód: pismo Zamawiającego z 7.05.2018 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego i wykluczeniu Odwołującego z postępowania w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP/5/I/2018.

Odwołujący ani w ofercie, ani JEDZ, ani w pismach wyjaśniających nie podał Zamawiającemu nieprawdziwych informacji. Odwołujący tak skalkulował ofertę by przedstawić cenę konkurencyjną, a równocześnie wypełnić wymogi określone w załączniku nr 2 do S1WZ w formularzach cenowych. Opis przedmiotu zamówienia oraz formularze cenowe pozwoliły Odwołującemu na taką kalkulację. Informacje przedstawione przez Odwołującego w zakresie cen części Input Pinion PN: 4649302069/070 oraz Intermediate Shaft PN: 4649203008/09 są prawdziwe. Ceny tych części są zawarte również w cenie remontu podstawowego. Odwołujący nie zaniżał tych cen ale w odmienny sposób od drugiego oferenta skalkulował swoją ofertę, co pozwoliłoby mu uzyskać zamówienie, gdyby nie bezzasadne wykluczenie z przetargu i odrzucenie oferty.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazuje, że ceny części Input Pinion PN: 4649302069/070 oraz Intermediate Shaft PN: 4649203008/09 przedstawione w formularzach cen 1 i 2, w punktach 2a i b formularza 1 i 2g i h formularza 2 nie są cenami katalogowymi ani nawet cenami rynkowymi. Są to kwoty dopłat przy wymianie tych części. Ich cena została już częściowo zawarta w cenie remontu podstawowego. Przy podniesieniu ceny o kolejnych kilka procent Odwołujący mógłby wpisać kwotę "0" jako "dopłatę" do wymiany części Input Pinion

PN: 4649302069/070 oraz Intermediate Shaft PN: 4649203008/09 co byłoby niczym innym jak informacją, że konieczność wymiany tego komponentu nie będzie wiązała się z dodatkowymi kosztami dla Zamawiającego, a nie zaniżaniem wartości tych komponentów.

Zamawiający nie może zakupić pojedynczych elementów z przedstawionej oferty, więc ceny nie mogą być traktowane jak ceny rynkowe i porównywane z nimi. Przedmiotem oferty jest wymiana całej przekładni a przedstawione pozostałe wartości są jedynie kwotami dopłat przy wymianie poszczególnych komponentów - nie cenami tych komponentów.

Odnosnie firmy Flybrokers Sp. z o.o. Odwołujący podkreśla, że jest to firma obecna na rynku lotniczym od wielu lat, zajmująca się pośrednictwem w wykonywaniu remontów statków powietrznych oraz remontami i naprawami agregatów lotniczych. Jej klientami są PLL Lot, Lufthansa, Finnair, Air Europa, Travel Service i wiele innych dużych towarzystw lotniczych. Zgodnie z informacjami uzyskanymi od Flybrokers sp. z o.o., pośredniczą rocznie w obsłudze ponad 120 statków powietrznych, blisko 1000 remontów agregatów lotniczych, współpracują z wieloma certyfikowanymi organizacjami remontowymi na terenie całej Europy i USA. Odwołujący w przeszłości korzystał z usług tej firmy i nigdy nie miał jakichkolwiek zastrzeżeń do ich rzetelności oraz profesjonalizmu. O możliwościach oraz konkurencyjności tej firmy może świadczyć fakt, że klientami ich są tak duże podmioty jak PLL Lot czy Lufthansa.

Dowód: , w zakładce Services (Usługi) firma wymienia takie usługi: naprawy i obsługi techniczne samolotów, naprawy, modyfikacje silników lotniczych, malowanie samolotów, części zamienne do samolotów, szkolenie pilotów i personelu pokładowego, leasing samolotów obsługi naziemne samolotów i tankowanie samolotów.

Wobec powyższego Wykonawca BRJ Solutions s.r.o. nie podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę w opcji na wymianę wyremontowanej przekładni głównej PN: 4649020011 przystosowanej do zabudowy w śmigłowcach typu EC-135P2+ ". Oferta tej firmy nie powinna zostać uznana za odrzuconą.

Zgodnie z orzecznictwem KIO (KIO 1232/17 - wyrok KIO z dnia 10-07-2017), wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 t.j.) może mieć miejsce, gdy wykonawca nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, w oparciu o które zamawiający dokonuje czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W w. przepis ma na celu ochronę uczciwej konkurencji podczas ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz sprzyja wykonawcom zachowującym należytą staranność w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący przedstawił wszelkie informacje dotyczące jego oferty jak również samą ofertę zgodnie z rzeczywistością.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych odnosi się do wprowadzenia zamawiającego w błąd informacjami zastrzegając, że informacje te muszą być informacjami mogącymi mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia. (KIO 1124/17 - wyrok KIO z dnia 27-06-2017)

Wszystkie informacje przedstawione przez Odwołującego są prawdziwe, te podane w JEDZ, ofercie, czy wyjaśnieniach przedstawionych Zamawiającemu w trakcie postępowania.

W wyroku z 12.05.2017 r., KIO wskazał, że posiłkowo można wskazać, że w okolicznościach sporu rzeczywistą podstawą czynności wykluczenia odwołującego są normy zawarte w art.

24ust. 5 pkt 2 i 4 uPZP. Uznanie, że zamawiający nie miał podstaw do zastosowania ich w odniesieniu do odwołującego, spowoduje, że i podstawa do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy nie znajdzie zastosowania (KIO 782/17 - wyrok KIO z dnia 12-05-2017). Odwołujący wskazuje również, że w postępowaniu prowadzonym w 2016 r. przez Lotnicze Pogotowie Ratunkowe na „dostawę części z wyposażenia płatowcowego oraz wyposażenia podwozia samolotów typu Piaggio P.180 Avanti/ Avanti II - 3 zadanie" (nr postępowania ZP/1/III/2016), ten sam Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Z. Aviation s.r.o. za spełniającą wymagania i nie miał zastrzeżeń, czy wątpliwości do przedstawionej kalkulacji cenowej. Wówczas Z. Aviation s.r.o. oferował INSTL FLAP ACTUATOR O/B &c I/B WING FLAP w cenie 1 EUR (formularz cenowy strona 17z 17, pozycja 89). BRJ Solutions s.r.o. natomiast w tym samym postępowaniu oferował ten sam agregat w cenie 162.000 EUR (oferta BRJ s.r.o. str. 29 z 44, poz. 89).

Dowód: formularz cenowy z postępowania z 2016 r. nr ZP/1/VI/2016 Z. Aviation s.r.o.,
formularz cenowy z postępowania z 2016 r. nr ZP/1/VI/2Q16 BRJ Solutions s.r.o.

- dokumentacja z postępowania przetargowego nr ZP/1/VI/2016 w posiadaniu
Zamawiającego.

Działania Zamawiającego w niniejszym postępowaniu w zakresie wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty są niezgodne z przepisami prawa, jak również niekonsekwentne jeśli chodzi o postępowania ogłaszane przez tego Zamawiającego i jak się wydaje mające na celu wybór konkretnego wykonawcy z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji.

Każdy wykonawca jest uprawniony do swobodnego kształtowania poziomu swego zysku. A zatem, nie może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji nierównomierne skalkulowanie zysku pomiędzy jednym rodzajem usług a drugim (KIO 2588/17 - wyrok KIO z dnia 22-12-2017).

KIO stoi na stanowisku, że przy badaniu rażąco niskiej ceny a więc ceny nierealistycznej, istotne jest aby badanie cen jednostkowych dotyczyło wartości, które stanowią samodzielną podstawę rozliczania wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych elementów, składających się na zamówienie (KIO 2473/17 - wyrok KIO z dnia 07-12-2017). Wartość komponentów tj. Input Pinion PN: 4649302069/070 i Intermediate Shaft PN: 4649203008/0 w niniejszym postępowaniu nie stanowi samodzielnej podstawy rozliczania wynagrodzenia. Test elementem ceny remontu przekładni.

Zamawiający stawiając zarzut czynu nieuczciwej konkurencji powinien udowodnić, że czyn został dokonany celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku, czego w niniejszym postępowaniu nie uczynił.

Zamawiający dokonał wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego naruszając wskazane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 uPZP. W związku z tym naruszył też zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Spełnienie wymogów określonych w SIWZ przez Zamawiających oraz w ustawie prawo zamówień publicznych musi wynikać z treści oferty, a nie być jedynie wynikiem przekonania samego zamawiającego, opartego o posiadaną przez niego wiedzę techniczną i nieznaną odwołującego odzwierciedlenia w treści złożonej przez wykonawcę oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 8 stycznia 2013 r. KIO 2812/12).

Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości w wyroku z dnia 18 listopada 2010 r. C-226/09 „Zasady równego traktowania i przejrzystości postępowania w sprawie udzielenia zamówienia dla organów zamawiających obowiązek posługiwania się tą samą interpretacją kryteriów udzielenia zamówienia w trakcie całego postępowania. Jeżeli chodzi o same kryteria udzielenia, to tym bardziej nie mogą one ulec jakiegokolwiek zmianie w trakcie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia.”

W wyroku z dnia z dnia 10.05.2013 r. (KIO 964/13) Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych jednoznacznie przesądziła, „odstąpienie na etapie badania spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu od dokonanego uprzednio opisu sposobu ich oceny należy zawsze uznać za bezpośrednie naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 p.z.p., niezależnie od tego, czy zmierza do zaostrzenia czy złagodzenia warunków udziału. Obowiązek równego traktowania wykonawców oraz zapewnienia uczciwej konkurencji oznaczają, że nie można zmieniać wcześniej ustalonych reguł, które były dla wszystkich takie same, aby dopasować je do konkretnego wykonawcy, którego zamawiający uważa za zdolnego do realizacji zamówienia na podstawie innych przesłanek.”

Odwołujący wskazuje, że oferta firmy BRJ Solutions s.r.o. spełniała wymogi określone w przedmiotowym postępowaniu w SIWZ, ceny jednostkowe oraz kalkulacja ceny całościowej odpowiadały formularzom 1 i 2 załącznika nr 2 do SIWZ, wobec czego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 uPZP nie mogła podlegać odrzuceniu. Złożenie oferty przez Odwołującego nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji i Zamawiający tego nie wykazał. Zamawiający nie wykazał również by na jakimkolwiek etapie postępowania Odwołujący przekazał mu informacje nieprawdziwe, zatem nie było podstaw do wykluczenia tego wykonawcy.

Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 uPZP, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego będzie ofertą

najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

Odwolanie zostaje wniesione w dniu 16.05.2018 r., czyli w terminie przewidzianym w art. 182 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 16.05.2018 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Do odwołania załączono:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 15.000 zł,
- 2) odpis pełnomocnictwa do reprezentacji przed Krajową Izbą Odwoławczą wraz z opłatą skarbową,
- 3) dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu,
- 4) wydruk odpisu z rejestru Odwołującego z tłumaczeniem,
- 5) dowody powołane w odwołaniu, tj. pismo Odwołującego z 6,17 i 19.04.2018 r., oferta i pismo Fly brokers sp. z o.o., informacja o odrzuceniu z dnia 7.05.2018 r. oraz informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10.05.2018 r., formularze cenowe z postępowania z 2016 r. nr ZP/1/VU/2016 Z. Aviation s.r.o. BRJ Solutions s.r.o.,
- 6) faktura VAT nr 118/05/2018.

Pismem z dnia 28 maja 2018 roku zamawiający złożył na rozprawę odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał czynność odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania to jest odwołującego, stwierdzając w złożonym piśmie jak poniżej.

Po dokonaniu oceny ofert Zamawiający działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 Pzp odrzucił ofertę Wykonawcy jako ofertę której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

oraz ofertę, która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

W trakcie badania i oceny oferty wykonawcy Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że wycenione części typu Input Pinion, Intermediate "Shaft formularza cenowego wyceniono na kwoty rażąco niższe niż ceny rynkowe ustalone przed postępowaniem przez Zamawiającego na podstawie analizy rynku. Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wezwał w dniu 3 kwietnia 2018 r. do złożenia wyjaśnień cen wskazanych komponentów. Odwołujący przekazał w dniu 6 kwietnia 2018 r. wyjaśnienia, w których stwierdził m. in, że:

- a) „ceny podane przez niego w pozycjach 2a i 2b oraz w pozycja 2g i 2h formularza cenowego są jedynie wartościami dopłat, które będą dokonywane przez Zamawiającego tylko w przypadku konieczności wymiany elementów wskazanych w tych pozycjach”;
- b) „cena oferty brutto zawiera koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia nr ZP/5/V2018, w tym przewidziany zysk. Elementy oferty, a tym samym ofertę wyceniono w

sposób nie odbiegający znacząco od ofert innych wykonawców w postępowaniu na wymianę wyremontowanej przekładni głównej, jak również od wartości szacunkowej Zamawiającego.' Wyżej przytoczone wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w dalszym ciągu budziły poważne wątpliwości co do ich prawdziwości, z uwagi na to, że:

Odnosnie pkt a)

Dla przypadku opisanego w formularzu cenowym 2A tj. dotyczącego dostawy na wymianę przekładni głównej PN: 46 49 020 011 za zwróconą przekładnię główną PN: 46 49 010 011, koszt wymiany za części Input Pinion PN: 4649302069/070, Shaft PN: 4649203008/09 Zamawiający określił prawdopodobieństwo na poziomie 100 %, co jest jednoznaczne z koniecznością ich poniesienia. Wymiana tych części jest bardzo prawdopodobna (prawdopodobieństwo określone przez Zamawiającego 50%), w przypadku zamówienia dostawy przekładni głównej PN 46 49 020 011 na warunkach opisanych w formularzu cenowym 2B. W tym przypadku wymiana części opisanych w poz. 2g i 2h formularza cenowego nr 2B, będzie uzależniona od oceny stanu technicznego tych części.

W związku z tym Zamawiający powziął poważne wątpliwości co do prawdziwości wyjaśnień złożonych przez Odwołującego tym bardziej, że wszystkie pozostałe składniki oferty w obu formularzach cenowych, nie odbiegają znacząco swoimi wartościami od wartości poszczególnych składników obowiązujących na rynku.

Ze względu na wynikające z wyjaśnień Odwołującego dalsze poważne wątpliwości co do cen ww. komponentów oraz jednoznacznych zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający wezwał w dniu 13 kwietnia 2018 r. do doprecyzowania treści wyjaśnień z dnia 6 kwietnia 2018 r. oraz ponownie poinformował, że w przypadku dostawy przekładni głównej PN 4649 020 01 1 opisanej w formularzu cenowym 2A, części w pozycjach 2a i 2b, nie stanowią dopłaty dokonywanej tylko w przypadku konieczności ich wymiany - a są kosztami, które Zamawiający a wcześniej również Wykonawca na pewno poniosą, co zostało potwierdzone w kolumnie E formularza cenowego (Prawdopodobieństwo Wymiany Części). Wymiana tych części nie jest przesądzona w przypadku zamówienia dostawy przekładni głównej PN 4649 020 011 na warunkach opisanych w formularzu cenowym nr 2B. W tym przypadku wymiana części opisanych w poz. 2g i 2h formularza cenowego 2B, będzie uzależniona od oceny stanu technicznego tych części pochodzących z niesprawnej przekładni głównej PN 4649 010 011, przekazywanej przez Zamawiającego Wykonawcy w ramach rozliczenia zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w dniu 17 kwietnia 2018 r. Odwołujący przestał wyjaśniać, w których stwierdził, że ceny zakupu za przedmiotowe części na których przy weryfikacji oferty bazował Zamawiający, są cenami katalogowymi, a nie są cenami, które można uzyskać przy dokonywaniu remontu całej przekładni głównej. Takie wyjaśnienie złożone miało w ocenie Zamawiającego wyraźnie sugerować, że poziom cen jednostkowych dla ww. części wskazanych w ofercie, rzekomo jest prawidłowy i odnosi się do rzeczywistego poziomu cen w przypadku złożenia zamówienia na dostawę przekładni głównej 4649 020 011 w opcji na wymianę za niesprawną przekładnię główną 4649 010 011. Odwołujący na potwierdzenie poprawności zaferowanych w swojej ofercie cen, przekazał cenniki oraz pisma otrzymane od firmy FLY BROKERS.

Z informacji uzyskanych w korespondencji mailowej z dnia 20 kwietnia 2018 r. przez Zamawiającego od firmy ZF Luftfahrttechnik GmbH (dalej ZF) — producenta oraz jedyne warsztatu obsługowego w Europie mogącego wykonywać remonty przekładni głównych PN 4649 020 01 1, wynika jednoznacznie, że zaferowane ceny części typu Input Pinion PN: 4649302069/070, Intermediate Shaft PN: 4649203008/09 zostały w rażącym stopniu zaniżone i nie jest możliwe ich pozyskanie po cenach wskazanych przez BRJ w ofercie. Firma ZF potwierdziła również, że w przypadku zamówienia dostawy przekładni głównej PN 4649 020 01 1, użycie ww. części jest pewne i konieczne a nie jak próbował dowodzić Odwołujący, będzie miało miejsce jedynie w przypadku zakwalifikowania tych części do wymiany.

Z informacji uzyskanych od ZF Zamawiający ustalił również, że BRJ kontaktował się z jej przedstawicielem bezpośrednio w celu uzyskania cen komponentów określonych przez Zamawiającego, przez co nie znalazła potwierdzenia informacja zawarta przez BRJ w wyjaśnieniach z dnia 17 kwietnia 2018 r., o tym że oferta przygotowana dla Zamawiającego oparta jest na ofercie firmy FLY BROKERS.

Firma ZF potwierdziła także, że jest jedynym podmiotem w Europie oferującym remont przekładni głównej PN: 4649 020 011. Firma ZF jest w ocenie Zamawiającego także głównym i bezpośrednim dostawcą wyremontowanych przekładni głównych PN: 4649 020 011 oferowanych w opcji na wymianę, co wyklucza możliwość pozyskania przez BRJ alternatywnej oferty, równoważnej do oferty firmy ZF. Przedstawienie podobnej oferty przez innych dostawców (np. Airbus Helicopters Deutschland (AHD) —producent śmigłowców) typu EC135 eksploatowanych przez Zamawiającego, jest teoretycznie możliwe pod warunkiem wcześniejszego pozyskania przez tych dostawców od firmy ZF.

Dowód; korespondencja mailowa z Odwołującym i producentem części do przekładni głównej (załącznik nr 3).

Należy podkreślić, że Zamawiający określił w SIWZ procentowe ryzyko (prawdopodobieństwo) zakupu poszczególnych części aby, zachowując zasady uczciwej konkurencji, móc porównać ze sobą poszczególne oferty.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 1993 nr 47 poz. 211) „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców”. Odwołujący, w ocenie Zamawiającego zaniżając ceny ww. komponentów, wpłynął w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji, na wynik postępowania. Stworzony przez Zamawiającego w oparciu o analizę wcześniejszych

dostaw tego typu formularz cenowy mógł spowodować, że wykonawca, który manipulując cenami sztucznie je zaniżył uzyskałby zamówienie. W niniejszym postępowaniu ceny poszczególnych komponentów mają bardzo istotny wpływ na całość kosztów, jakie ponosić będzie Zamawiający, ponieważ do porównania ofert zastosowano odpowiednie mnożniki wynikające z prawdopodobieństwa konieczności ich wykorzystania. Zaniżając w znaczącym stopniu ceny jedynie dwóch komponentów BRJ spowodował, że pomimo wyższych cen w prawie wszystkich pozostałych pozycjach (wyjątkiem jest jedna pozycja 2m formularza cenowego 2B) jego oferta uzyskała najwięcej punktów.

Pismem z dnia 16.05.2018 r. Odwołujący złożył odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na:

- wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty,

i -dokonaniu wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przystępujących w sprawie.

W odwołaniu Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie nw. Przepisów Pzp;

Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie, w sytuacji gdy przesłanki z tego przepisu nie zaistniały,

Art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki do jego zastosowania,

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak przeprowadzenia postępowania przez Zamawiającego w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Z treści odwołania wynika, że Odwołujący prezentuje następujące stanowisko:

Ceny podane przez Odwołującego w formularzu ofertowym 1 (poz. 2a i 2b) i formularzu ofertowym 2 (poz. 2g i 2h) są „kwotami dopłat przy wymianie tych części. Ich cena została wliczona w cenę remontu podstawowego” a ceny wskazane przez producenta części tj. ZF Luftfahrttechnik GmbH (dalej „ZF”) nie mogą stanowić punktu odniesienia do badania rażąco niskich cen tych części.

Oświadczenie złożone przez Flybrokers sp. z o. o. jest wystarczającym dowodem potwierdzającym rynkowość poszczególnych cen jednostkowych a na rynku istnieją inne podmioty niż ZF, które mogą oferować dostawę części będących przedmiotem zamówienia; W ocenie Zamawiającego zarzut naruszenia ww. przepisów jest bezpodstawny i z tego względu Zamawiający w całości podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący w odwołaniu twierdzi, że (str. 3 akapit 3) ceny części komponentów Input Pinion

PN ;46493020669/070 i Intermediate Shaft PN;4649203008/09 wymienionych w poz. 2a i 2b

formularza cenowego I oraz w poz. 2g i 2h formularza cenowego II są jedynie wartościami dopłat, które będą dokonywane przez Zamawiającego w przypadku ich wymiany. W tym miejscu należy stwierdzić, że w SIWZ nie ma mowy o żadnych dopłatach, podobnie nie ma mowy o remoncie podstawowym a przedmiotem zamówienia jest dostawa przekładni a nie jej remont. Odwołujący bezpodstawnie wliczył część ceny komponentów w remont podstawowy, który nie jest przedmiotem zamówienia.

Odwołujący na str. 6 akapit 8 twierdzi jakoby Zamawiający w prowadzonym w 2016 r. postępowaniu na dostawę części z wyposażenia płatowcowego oraz wyposażenia podwozia samolotów typu Piaggio P. 180 Avanti/Avanti II — zadanie 3 uznał ofertę przystępującego za spełniającą wymogi SIWZ, która to oferta była skonstruowana w podobny sposób jak oferta Odwołującego. Powyższe stwierdzenie jest oczywiście nieprawdziwe, ponieważ z uwagi na fakt że cena tej oferty przekraczała kwotę jaką Zamawiający zamierzył przeznaczyć na jego realizację, Z tego też względu oferta ww. wykonawcy nie była w ogóle oceniana. Stanowisko Zamawiającego w przedmiotowej sprawie znajduje potwierdzenie w licznych orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

I tak na przykład w wyroku sygn. akt KIO 1844/14 KIO stwierdziła m.in. że "Przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego". Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła również wyraziła w innych orzeczeniach np. wyroki o sygn.

akt KIO 2734/14, sygn. akt KIO 1556/15, sygn. akt KIO 1864/15 czy Sygn. akt KIO 2046/14 oraz sygn. akt KIO 1844/14), KIO 547/16, KIO 550/16 oraz KIO 552/16).

Powyższe fakty potwierdzają, że spełnione zostały przesłanki do uznania, że złożenie oferty przez Odwołującego, przy tak skonstruowanej cenie, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę wnoszę jak na wstępie.

Załączniki odpis KRS; Pełnomocnictwo wraz opłatą skarbową,

Wydruk korespondencji mailowej z Odwołującym i producentem.

Pismem z dnia 30 maja 2018 na rozprawę przystępujący popierając stanowisko zamawiającego przedstawił następującą argumentację i dowody w sprawie.

Podtrzymuję wniosek o oddalenie odwołania wniesionego przez Odwołującego.

§Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wykluczając Odwołującego z postępowania i odrzucając jego ofertę.

II. Zarzuty Odwołującego opierają się na następujących założeniach:

Ceny podane w formularzu ofertowym 1 (poz. 2a i 2b) i formularzu ofertowym 2 (poz. 2g i 2h) są „kwotami dopłat przy wymianie tych części. Ich cena została wliczona w cenę remontu podstawowego”,

2. Ceny wskazane przez producenta części tj. ZF Luftfahrttechnik GmbH (dalej „ZF”) nie mogą stanowić punktu odniesienia do badania rażąco niskich cen tych części;

3. Oświadczenie Flybrokers sp. z o.o. jest wystarczającym dowodem potwierdzającym rynkowość poszczególnych cen jednostkowych;

4. Na rynku istnieją inne podmioty niż ZF, które mogą oferować dostawę części będących przedmiotem zamówienia;

5. Odwołujący w sposób odmienny od Przystępującego skalkulował cenę oferty;

6. Cena oferty Odwołującego nie jest rażąco niska.

Argumentacja przedstawiona przez Odwołującego potwierdza, iż Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie naruszył przepisów ustawy. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów należy wskazać na następujące okoliczności:

Odwołujący zarówno w wyjaśnieniach z dnia 6 kwietnia i 17 kwietnia jak i w samym odwołaniu nie twierdzi, że możliwym jest pokrycie kosztów zakupu części za cenę jednostkową podaną w ofercie ale podnosi, że koszt ten został ujęty w „cenie remontu”, którą Zamawiający uiszcza niezależnie od tego, jaki będzie zakres tego przedmiotu zamówienia. Argumentacja ta nie zasługuje na uwzględnienie:

Zamawiający nie dopuścił możliwości ujemowania w cenie dostawy przekładni głównej (koszty podstawowe) - pkt 1 obu formularzy cenowych - kosztów za części, które nie zostaną wymienione w trakcie realizacji zamówienia. Zgodnie z § 8 SIWZ „dostawy częściowe będą realizowane sukcesywnie w zależności od potrzeb Zamawiającego”. Stosownie zaś do treści §16 ust. 6 SIWZ „Wykonawca sporządzając ofertę powinien określić ceny w sposób rzetelny tj. w taki, żeby wybór jego oferty gwarantował Zamawiającemu realizację zamówienia każdej z pozycji”. Zamawiający w projekcie umowy w § 1 ust. 2 zastrzegł sobie „prawo do realizacji Umowy w niepełnym zakresie”, zaś w § 2 ust. 2 projektu umowy przewidział, iż „rozliczenie za przekładnię dostarczoną nastąpi za faktycznie dostarczone przekładanie według cen podanych w Ofercie Wykonawcy”. Sposób rozliczenia określonych prac wykonawcy Zamawiający uregulował w § 5 i § 6 projektu umowy. Z regulacji tych wynika, iż Zamawiający przewidział rozliczenie kosztorysowe powykonawcze w oparciu o raport przygotowywany przez Wykonawcę zawierający szczegółowy opis stanu technicznego, zakresu stwierdzonych uszkodzeń, w tym wykaz części zamiennych zakwalifikowanych do wymiany. „Wykonawca dołączy do raportu potwierdzenie ostatecznego kosztu dostawy przekładni dostarczonej, będącego skompensowanym rozliczeniem cen za:

dostawę przekładni w zależności od tego, jaki typ przekładni na wymianę został przekazany Wykonawcy; dodatkowe koszty związane z wyrównywaniem statusu modernizacyjnego pomiędzy przekładnią na wymianę i przekładnią dostarczaną; koszt wymiany dodatkowych części zamiennych zakwalifikowanych do wymiany po zakończeniu weryfikacji przekładni na wymianę” (§ 5 ust. 2 lit. a-c projektu umowy). Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, iż „katalog

dotychczasowych części, o których mowa w §5 ust. 2 lit. c mogących podlegać dodatkowemu rozliczeniu w ramach Umowy, został zawarty w Ofercie Wykonawcy" (§ 5 ust. 3 Projektu umowy). Zamawiający w § 6 ust. 3 projektu umowy zastrzegł sobie możliwość weryfikacji przygotowanego przez Wykonawcę raportu i dodatkowych kosztów. Innymi słowy Zamawiający przewidział w SIWZ taki sposób wynagradzania, który miał mu zagwarantować, że nie będzie płacić za prace i części, które nie muszą i nie będą wymienione. Zamawiający sporządzając formularze ofertowe określił stopień prawdopodobieństwa wymiany kwestionowanych elementów w pierwszym przypadku określił stopień prawdopodobieństwa na 100%, zaś w drugim na 50%. Wskazanie przez Zamawiającego stopnia prawdopodobieństwa miało na celu skalkulowanie przez wykonawców ryzyka ich wymiany na takim samym poziomie i umożliwienie Zamawiającemu porównania ofert. Należy zwrócić także uwagę, iż na te okoliczności Zamawiający wskazywał Odwołującemu w piśmie z dnia 13 kwietnia 2018 r. oczekując wyjaśnień, na jakiej podstawie Odwołujący przyjął, że „cena za części (z pozycji 2a i 2b - formularz cenowy nr 1 oraz za części z pozycji 2g i 2h formularz cenowy nr 2) jest ujęta w cenie remontu przekładni głównej”. Odwołujący nie przedstawił w wyjaśnieniach żadnej argumentacji uzasadniającej podział kosztów zakupu części do dwóch pozycji kosztorysowych. Odwołujący w odwołaniu stwierdza wręcz: „Przy podniesieniu ceny o kilka procent Odwołujący mógłby wpisać „0” jako „dopłatę” do wymiany części Input Pinion PN:4649302069/70 oraz Intermediate Shaft PN:4649203008/09 co byłoby niczym innym jak informacją, że konieczność wymiany tego komponentu nie będzie wiązała się z dodatkowymi kosztami dla Zamawiającego, a nie zaniżaniem wartości tych komponentów”. Jednakże Zamawiający żądał wskazanie w formularzu ofertowym cen poszczególnych części a nie „dopłat”. Formularz ofertowy jest w tym zakresie jednoznaczny. Kolumna w której należało wpisać wartość za wymianę komponentu została opisana jako „cena jednostkowa

brutto”.

Ujęcie przez Odwołującego kosztu zakupu części w cenie dostawy przekładni głównej (koszty podstawowe) nie było prawidłowe z punktu widzenia treści SIWZ i wymogów Zamawiającego. Odwołujący zatem podając cenę części poniżej kosztów jego zakupu dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji i manipulacji cenami w celu uzyskania zamówienia publicznego, co sam w odwołaniu potwierdził: że „...w odmienny sposób od drugiego oferenta skalkulował swoją ofertę, co pozwoliłoby mu uzyskać zamówienie...” Odwołujący zarówno w treści wyjaśnień jak i samym odwołaniu nie podważa tezy, że za ceny podane w formularzu ofertowym nie można zakupić wymaganych przez Zamawiającego części. Nie polemizuje z okolicznością faktyczną przemawiającą za zasadnością odrzucenia jego oferty, a jedynie wskazuje na odmienny sposób kalkulacji ceny.

Argumentacja Odwołującego (pomimo ciężącego na nim ciężaru dowodu i dwukrotnego wezwania przez Zamawiającego) pozostała gołosłowna. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że cena za dostawę przekładni głównej (koszty podstawowe) obejmuje również koszty kwestionowanych części (nie przedstawił żadnej kalkulacji potwierdzającej te okoliczności, nie mówiąc już o jakichkolwiek dowodach tą kalkulację uwiarygadniających). W związku z powyższym należy uznać ją za bezzasadną i opracowaną wyłącznie na potrzeby odwołania.

Nie zasługuje na uwzględnienie także argumentacja Odwołującego dot. cen oferowanych przez ZF. Z SIWZ w sposób jednoznaczny wynika, iż wyłącznym producentem zamawianych części jest ZF. Wynika to choćby z § 7 ust. 5 projektu umowy zgodnie z którym „Zamawiający nie zgadza się na zastosowanie w kompletacji przekładni dostarczonej jakichkolwiek części typu PMA (Parts Manufacturer Approval) z wyjątkiem części wymienionych w zatwierdzonym i obowiązującym katalogu części (IPC), będącym częścią projektu typu przekładni typu FS 108 PN:4649020011”. Potwierdzają to także wymagania dotyczące zapewnienia jakości i gwarancji przedmiotu zamówienia określone w §9 i §10 ust. 1 i 16 projektu umowy. Powoływanie się przez Odwołującego na stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 13 kwietnia dotyczące cen części zaoferowanych przez ZF i producenta śmigłowca (Airbus Helicopters) nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Okoliczność przywoływana przez Zamawiającego potwierdza jedynie, że wprowadzenie dodatkowego pośrednika do łańcucha dostaw powoduje powiększenie ceny (o dodatkową marżę) a nie jej zmniejszenie. Odwołujący pomimo dwukrotnego wezwania nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że producent części ZF oferuje Flybrokers sp. z o.o. cenę znacznie niższą niż pozostałym podmiotom na rynku. Co więcej w dokumentacji postępowania znajduje się korespondencja pomiędzy Zamawiającym a ZF dotycząca nie tylko cen i zniżek ale także podmiotów, które zwracały się do ZF z prośbą o ofertę dot. przedmiotowego zamówienia. Z korespondencji tej wynika, że ZF złożył taką samą ofertę jedynie Odwołującemu i Uczestnikowi postępowania. Skoro zatem ZF jest de facto monopolistą w zakresie dostaw ww. części to porównywanie cen zaoferowanych przez Odwołującego i cen dostępnych u ZF jest jak najbardziej prawidłowe.

Skoro ze SIWZ wynikał obowiązek dostarczenia części wyprodukowanych przez ZF to wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień dot. kosztów zakupu tych części powinien

przedstawić taki ciąg dostaw, który by potwierdzał że na żadnym etapie, żaden z podmiotów nie dokonuje odsprzedaży poniżej ceny zakupu. Nie można uznać za wystarczające (zwłaszcza przy tak specjalistycznym sprzęcie) wykazanie, że jedynie finalny Wykonawcy

uzyskuje zysk bowiem taniej kupuje od dostawcy. Wskazywanie przez Odwołującego na

bogate doświadczenie Flybrokers sp. z o.o. nie potwierdza, że podmiot ten uzyskał szczególne ceny od ZF lub po tych cenach mógł zaoferować części ZF.

Odwołujący podnosi także, iż „konstrukcja postępowania przetargowego nie pozwala na niezależne nabycie ww. części po wskazanej cenie, możliwe jest jedynie powiększenie ceny wymiany remontowej przekładni w przypadku wystąpienia konkretnej usterki”. Jak to zostało wyżej wykazane SIWZ przewiduje wręcz konieczność rozbicia w formularzu cenowym kosztu „dostawy przekładni głównej (...) - koszty podstawowe” (pkt 1 obu formularzy cenowych) i kosztu części, których wymiana może nie być konieczna. Wskazywanie zatem na odmienny sposób kalkulacji niż uczynił to Uczestnik postępowania potwierdza jedynie prawidłowość czynności Zamawiającego, a oferty czyni nieporównywalnymi.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów, jeżeli zaoferowana przez niego cena lub koszt lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Zamawiający był zatem uprawniony do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kosztów zakupu niektórych komponentów. Skoro komponenty są rozliczane odrębnie to cena każdego z nich powinna podlegać odrębnej analizie pod kątem rażąco niskiej ceny.

Wobec przywołanej powyżej treści dokumentacji przetargowej, w szczególności odnoszącej się do zasad rozliczania wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji umowy, należy stwierdzić, iż decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa. Odwołujący uwzględnił bowiem koszty pośrednie związane z wymianą części w innym zakresie przedmiotu zamówienia doprowadzając do sytuacji, w której to Zamawiający - nawet przy założeniu nieskorzystania na etapie realizacji zamówienia z wymiany części będzie zobowiązany pokryć koszty wykonawcy, które zostały przeniesione do części stałej wynagrodzenia z innego zakresu prac. Działanie takie nosi znamiona inżynierii cenowej i jest przejawem manipulacji, bowiem jak słusznie zostało wskazane w treści odwołania zastosowany model rozliczenia jest zdecydowanie bardziej korzystny dla wykonawcy, jednak rodzi ryzyko dla Zamawiającego zapłaty za nieponiesione przez Odwołującego koszty.

Odwołujący dokonując zaniżenia wynagrodzenia uzależnionego od faktycznie wymienionych części i przenosząc niektóre z kosztów do części stałej wynagrodzenia naraził Zamawiającego na ryzyko zapłacenia wyższego wynagrodzenia objętego ryczałtem. Powyższe świadczy tylko o pozornej bardziej korzystnej cenowo oferty Odwołującego, jak również prowadzi do naruszenia interesu Uczestnika postępowania, który dokonał rzetelnej wobec Zamawiającego wyceny przedmiotu zamówienia.

Sztuczne przerzucanie przez Odwołującego kosztów do zakresu prac związanych z realizacją innego zadania powoduje, że cena jednostkowa danej części jest nierealna i nie uwzględnia wszystkich elementów, które powinny być zawarte w wycenie. Konsekwencją działania Odwołującego jest także to, że Zamawiający nie ma pełnej wiedzy jaka jest faktyczna, rynkowa wartość realizowanych prac, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że traci on kontrolę nad rozliczeniem kontraktu (ich wzajemne świadczenia będą również nieekwiwalentne).

Wskazane okoliczności potwierdzają, że doszło w niniejszej sprawie do wypełnienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji w związku z czym, zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp było prawidłowe. Działanie Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W toku postępowań przed Krajową Izbą Odwoławczą rozpatrywane były analogiczne sprawy, w których wykonawcy również dopuszczali się manipulacji w zakresie przerzucania kosztów między odrębnymi zadaniami, w tym również pomiędzy zadaniami podlegającymi innym zasadom rozliczania:

1. „W konkluzji, w ocenie Izby, działanie wykonawcy Asseco polegające na "przerzucaniu" kosztów pomiędzy odrębnie rozliczanymi usługami utrzymania (płatnymi ryczałtem miesięcznie) i usługami rozwoju, których ilość zleceń nie jest gwarantowana i budowaniu ceny w ten sposób, że cena za część stałą jest wygórowana a cena za część, która może zostać w ogóle nie zlecona jest znacznie zaniżona, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców ale przede wszystkim zamawiającego. Przywołać należy fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt KIO 1844/14, w którym Izba doszła do przekonania, że "Przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wpłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji

przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego". Podobne tezy Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła także w innych orzeczeniach np. wyrok sygn. akt KIO 2734/ 14, Sygn. akt KIO 1556/ 15, Sygn. akt KIO 1864/15 czy Sygn. akt KIO 2046/14 oraz Sygn. akt KIO 1844/14). Okoliczności te powodują, że spełnione są przesłanki do uznania, że złożenie oferty przez Asseco przy tak skonstruowanej cenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk. " (wyrok KIO z dnia 23 maja 2016 r. KIO 547/16, KIO 550/16, KIO 552/16).

„W ocenie składu orzekającego Izby, jak również w świetle dotychczasowego orzecznictwa Izby, ustalenie cen jednostkowych na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby wykorzystać niedoszacowanie zamawiającego ilości robót jakie będą rzeczywiście wykonane i po to by wykonać na rzecz Zamawiającego roboty po wyższej cenie, aniżeli odpowiadająca regułom rynkowym, narusza dobre obyczaje kupieckie. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie rozliczаныmi cenami (stosownie do zakresu rzeczywiście wykonanego) w ten sposób, że część cen kształtowana jest w sposób rażąco wysoki [napawanie w kategorii 2], zaś część w sposób nierynkowy, rażąco niski czy wręcz symboliczny [napawane w kategorii 1 i 3] ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków Zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie znanych wykonawcy okoliczności związanych z wykonywanym zamówieniem, takich jak niedoszacowanie przez Zamawiającego ilości robót albo założeniem takiego sposobu wykonywania zamówienia, by w jak największej ilości robót wykonywać napawanie w kategorii 2. W ocenie Izby takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie, stanowi wyzyskanie możliwości zaoferowania cen jednostkowych oderwanych od rzeczywistości z zamiarem wykonania zamówienia w tak drogo wycenionej części w zakresie wyższym, niż zakładany przez Zamawiającego w jego szacunku a tym samym nie zasługuje na ochronę. Taka sytuacja oznacza wypełnienie drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie narusza interes innych przedsiębiorców. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkutowania. C..) Opisane działanie ewidentnie narusza również interes klienta, jakim jest w przedmiotowym postępowaniu zamawiający. Wskutek wyceny napawania w kategorii 2 w sposób całkowicie odbiegający od reguł rynkowych i kosztów związanych z robót, Zamawiający zmuszony jest do wybierania jako najkorzystniejszej oferty, która na etapie wykonywania zamówienia nie będzie ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie. " (wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2015 r. KIO 2734/14).

Mając na uwadze powyższe, przystępujący wnosi o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Zgodnie z przywołanym w sprawie ogłoszeniem o zamówieniu jak i SIWZ przedmiotem spornego postępowania odwoławczego jest dostawa wyremontowanej przekładni głównej PN: 4649020011 w ilości do 4 sztuk w opcji na wymianę za niesprawną przekładnię główną PN:

4649010011 lub 4649020011.

Tak sformułowany przedmiot zamówienia oznacza, że potencjalny wykonawca miałby za zadanie wyremontowanie przekładni głównej śmigłowca zamawiającego w ilości do 4 sztuk w opcji wymiany za niesprawną przekładnię główną.

W wyniku przeprowadzonego na rozprawie postępowania wyjaśniającego stron jak i przeprowadzonych dowodów z dokumentów wskazanych w odwołaniu jak i na rozprawie, z dokumentacji udostępnionej przez zamawiającego Izba ustaliła jak poniżej.

Zamawiający kilkakrotnie wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art.90 ust.1 ustawy w związku z wyceną zadań w formularzu Nr I i Nr II w pozycjach 2 a i 2 b (Nr I) i w pozycjach 2 g i 2 h (Nr II).

Odwołujący udzielił wskutek tych wezwań odpowiedzi (pisma Odwołującego z dnia 06.04.2018;17.04.2018 i 19.04.2018 r.) z których wynika, że zakwestionowane przez zamawiającego pozycje formularza są zaniżone, ponieważ część ich kosztów ulokował w kosztach podstawowych.

I tak W dniu 03.04.2018 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień cen komponentów tj. Input Pinion PN: 4649302069/070 i Intermediate Shaft PN: 4649203008/09 (poz. 2a i 2b formularza cenowego 1 oraz poz. 2g i 2h formularza cenowego 2). Zamawiający zwrócił się o ww. wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W kolejnych pismach z dnia 6,17 i 19.04.2018 r. Odwołujący wyjaśnił, że ceny ww. komponentów są jedynie wartościami dopłat, które będą dokonywane przez zamawiającego w przypadku ich wymiany. Odwołujący w ofercie cenowej przedstawił wyższą cenę za remont podstawowy w stosunku do cen innych oferentów, zakładając konieczność wymiany tych komponentów" przy starszym typie przekładni oraz prawdopodobieństwo wymiany przy nowszym. Taka kalkulacja ceny ofertowej wynikała z formularzy cenowych 1 i 2 załączonych do SIWZ i pozwoliła na to, że ceny ww. części składały się z dopłat wskazanych w pozycjach 2a i 2b formularza 1 oraz 2g i 2h formularza 2 oraz części ceny zawartej w cenie remontu podstawowego, która z kolei została skalkulowana wyżej niż ceny rynkowe.

Dowód: pisma Odwołującego z dnia 6.04.2018, 17.04.2018 i 19.04.2018 r. w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP/5/I/2018.

Na rozprawie jako bezsporną okoliczność strony przyznały, że jedynym podmiotem mającym kompetencję i prawo wykonania naprawy przedmiotowych przekładni głównych do eksploatowanych przez zamawiającego śmigłowców jest ich producent ZF.

Oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyło tylko dwóch wykonawców to jest odwołujący i przystępujący po stronie zamawiającego czyli wykonawca wybrany.

Zamawiający podał, że poniesienie kosztu wymiany części Input Pinion PN: 4649302069/070 oraz Intermediate Shaft PN: 4649203008/09 jest pewne. Przy czym Odwołujący nie kwestionował wymiany ww. części, Odwołujący wskazał, iż część ceny ww. komponentów zawarta jest również w cenie remontu podstawowego. Odwołujący podobnie jak Zamawiający ocenił, że w przypadku formularza 1 wymiana części wystąpi, natomiast w przypadku formularza 2 jest prawdopodobna.

Zamawiający wskazał również, że ZF jest jedynym podmiotem w Europie oferującym remont przekładni głównej PN: 464902U 011. Stanowisko zamawiającego, że firma ZF jest jedynym i bezpośrednim dostawcą wyremontowanych przekładni głównych zostało wykazane na rozprawie w tym w przedłożonej korespondencji mailowej. Reasumując odwołujący nie wykazał innych dostawców ani zakładów serwisowych z UE do których przywoływał zamawiający w projekcie umowy.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazywał, że ceny części Input Pinion PN: 4649302069/070 oraz Intermediate Shaft PN: 4649203008/09 przedstawione w formularzach cen 1 i 2, w punktach 2a i b formularza 1 i 2g i h formularza 2 nie są cenami katalogowymi ani nawet cenami rynkowymi. Są to kwoty dopłat przy wymianie tych części. Ich cena została już częściowo zawarta w cenie remontu podstawowego. Odwołujący twierdził, że przy podniesieniu ceny o kolejnych kilka procent odwołujący mógłby wpisać kwotę "0" jako "dopłatę" do wymiany części Input Pinion PN: 4649302069/070 oraz Intermediate Shaft PN: 4649203008/09 co byłoby niczym innym jak informacją, że konieczność wymiany tego komponentu nie będzie wiązała się z dodatkowymi kosztami dla Zamawiającego, a nie zaniżaniem wartości tych komponentów. Takie twierdzenie nie znajduje usprawiedliwienia w postanowieniach SIWZ a zwłaszcza pozycji ułożonych w Formularzach I i II.

Z informacji uzyskanych w korespondencji mailowej z dnia 20 kwietnia 2018 r. przez Zamawiającego od firmy ZF Luftfahrttechnik GmbH (ZF) — producenta oraz jedynego warsztatu obsługowego w Europie mogącego wykonywać remonty przekładni głównych PN 4649 020 OI 1, wynika jednoznacznie, że zaoferowane ceny części typu Input Pinion PN: 4649302069/070, Intermediate Shaft PN: 4649203008/09 zostały w rażącym stopniu zaniżone i nie jest możliwe ich pozyskanie po cenach wskazanych przez odwołującego w ofercie. Firma ZF potwierdziła również, że w przypadku zamówienia dostawy przekładni głównej PN 4649 020 OI 1, użycie ww. części jest pewne i konieczne a nie jak próbował dowodzić odwołujący, będzie miało miejsce jedynie w przypadku zakwalifikowania tych części do wymiany.

Z informacji uzyskanych od ZF zamawiający ustalił również, że odwołujący kontaktował się z jej przedstawicielem bezpośrednio w celu uzyskania cen komponentów określonych przez zamawiającego, przez co nie znalazła potwierdzenia informacja zawarta przez odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 17 kwietnia 2018 r., o tym że oferta przygotowana dla zamawiającego oparta jest na ofercie firmy FLY BROKERS.

Firma ZF potwierdziła także, że jest jedynym podmiotem w Europie oferującym remont przekładni głównej PN: 4649 020 011. Firma ZF jest w także głównym i bezpośrednim dostawcą wyremontowanych przekładni głównych PN: 4649 020 011 oferowanych w opcji na wymianę, co wyklucza twierdzenia odwołującego, który przyznał, że w spornych pozycjach nie są pełne koszty nabycia wskazanych w nich komponentach. Bowiem koszty tych komponentów rozlokował w pozycjach ich dotyczących jak i w pozycjach kosztu podstawowego.

Zamawiający określił w SIWZ procentowe ryzyko (prawdopodobieństwo) zakupu poszczególnych części aby, zachowując zasady uczciwej konkurencji, móc porównać ze sobą poszczególne oferty.

Oświadczenie złożone przez Flybrokers sp. z o. o. nie jest wystarczającym dowodem potwierdzającym rynkowość poszczególnych cen jednostkowych i odwołujący nie udowodnił, że na rynku istnieją inne podmioty niż ZF, które mogą oferować dostawę części będących przedmiotem zamówienia. Co prawda na rozprawie powoływał się na rynek azjatycki, wbrew obowiązującym postanowieniom umowy ale jak sam przyznał ceny zakwestionowane to tylko dopłaty do kosztów ujętych w zamówieniu podstawowym.

Z samych twierdzeń odwołującego wynika, zarówno w wyjaśnieniach z dnia 6 kwietnia i 17 kwietnia jak i w samym odwołaniu, że nie jest możliwym pokrycie kosztów zakupu części za cenę jednostkową podaną w ofercie ale jak przyznaje, koszt ten został ujęty w „cenie remontu”, którą zamawiający pokryje niezależnie od tego, jaki będzie zakres tego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący pomimo dwukrotnego wezwania nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że producent części ZF oferuje Flybrokers sp. z o.o. cenę znacznie niższą niż pozostałym podmiotom na rynku. Co więcej z dokumentacji wynika, że do ZF z prośbą o ofertę dot. przedmiotowego zamówienia zwracał się tylko odwołujący i przystępujący. Z korespondencji tej wynika, że ZF złożył taką samą ofertę odwołującemu i uczestnikowi postępowania i nikomu więcej.

Na podstawie dokonanych na rozprawie ustaleń Izba zważyła jak poniżej.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie wykazał naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów to jest art.89 ust.1 pkt 3 i 5 ustawy jak i art.24 ust.1 pkt 17 ustawy oraz art.7 ust.1 ustawy.

Swoim działaniem w zakresie wyceny spornych komponentów dostawy wykazał, że wbrew postanowieniom SIWZ przerzucił część kosztów (nie wyjawiał w jakim zakresie ale tę okoliczność przyznał) do pozycji formularza (koszty podstawowe). Tym samym naraża zamawiającego do zapłaty kosztów, których zamawiający może np.: nie ponieść.

Jednocześnie wskazanie niższych kosztów komponentów niż ich faktyczna wysokość powoduje działanie na niekorzyść nie tylko konkurentów ale i samego zamawiającego, powodując nie ekwiwalentność świadczeń. Zakaz takich praktyk wykonawców i ich nieskuteczność obrazuje szerokie orzecznictwo przywołane zarówno przez zamawiającego jak i przystępującego po jego stronie. Odwołujący świadomie takich praktyk dokonał (przerzucanie kosztów do innych pozycji niż to wynika z wyznaczonych pozycji formularza - tzw. inżynieria cenowa) przyznając się do nich w trakcie postępowania. Takie zachowanie wprowadza zamawiającego w błąd co do faktycznych kosztów komponentów na co zwrócił uwagę zamawiającemu wykonawca przystępujący, dzięki któremu zamawiający odrzucił ofertę sporządzoną wbrew obowiązującymi formularzami cenowymi Nr I i Nr II.

Izba podziela w szczególności stanowisko przystępującego w sprawie jak poniżej.

Odwołujący podnosi także, iż „konstrukcja postępowania przetargowego nie pozwala na niezależne nabycie ww. części po wskazanej cenie, możliwe jest jedynie powiększenie ceny wymiany remontowej przekładni w przypadku wystąpienia konkretnej usterki”. Jak to zostało wyżej wykazane SIWZ przewiduje wręcz konieczność rozbicia w formularzu cenowym kosztu „dostawy przekładni głównej (...) - koszty podstawowe” (pkt 1 obu formularzy cenowych) i kosztu części, których wymiana może nie być konieczna. Wskazywanie zatem na odmienny sposób kalkulacji niż uczynił to odwołujący potwierdza jedynie prawidłowość czynności zamawiającego, a oferty czyny nieporównywalnymi.

Odwołujący dokonując zaniżenia wynagrodzenia uzależnionego od faktycznie wymienionych części i przenosząc niektóre z kosztów do części stałej wynagrodzenia naraził zamawiającego na ryzyko zapłacenia wyższego wynagrodzenia objętego ryczałtem. Powyższe świadczy tylko o pozornej bardziej korzystnej cenowo oferty odwołującego, jak również prowadzi do naruszenia interesu przystępującego, który dokonał rzetelnej wobec zamawiającego wyceny przedmiotu zamówienia.

Sztuczne przerzucanie przez odwołującego kosztów do zakresu prac związanych z realizacją innego zadania powoduje, że cena jednostkowa danej części jest nierealna i nie uwzględnia wszystkich elementów, które powinny być zawarte w wycenie. Konsekwencją działania odwołującego jest także to, że zamawiający nie ma pełnej wiedzy jaka jest faktyczna, rynkowa wartość realizowanych prac, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że traci on kontrolę nad rozliczeniem kontraktu (ich wzajemne świadczenia będą również nieekwiwalentne). Wskazane okoliczności potwierdzają, że doszło w niniejszej sprawie do wypełnienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji w związku z czym, zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp było prawidłowe. Działanie odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu

ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia

1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 1993 nr 47 poz. 211) „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców”. Odwołujący, zaniżając ceny ww. komponentów, wpłynął w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji, na wynik postępowania. Stworzony przez zamawiającego w oparciu o analizę wcześniejszych dostaw tego typu formularz cenowy mógł spowodować, że wykonawca, który manipulując cenami sztucznie je zaniżył uzyskałby zamówienie. W niniejszym postępowaniu ceny poszczególnych komponentów mają bardzo istotny wpływ na całość kosztów, jakie ponosić będzie zamawiający, ponieważ do porównania ofert zastosowano odpowiednie mnożniki wynikające z prawdopodobieństwa konieczności ich wykorzystania. Zaniżając w znaczącym stopniu ceny jedynie dwóch komponentów odwołujący spowodował, że pomimo wyższych cen w prawie wszystkich pozostałych pozycjach (wyjątkiem jest jedna pozycja 2m formularza cenowego 2B) jego oferta uzyskała najwięcej punktów.

Zarzuty odwołującego opierają się na następujących założeniach:

1. Ceny podane w formularzu ofertowym 1 (poz. 2a i 2b) i formularzu ofertowym 2 (poz. 2g i 2h) są „kwotami dopłat przy wymianie tych części. Ich cena została wliczona w cenę remontu podstawowego”,

2. Ceny wskazane przez producenta części tj. ZF Luftfahrttechnik GmbH („ZF”) nie mogą stanowić punktu odniesienia do badania rażąco niskich cen tych części;

3. Oświadczenie Flybrokers sp. z o.o. jest wystarczającym dowodem potwierdzającym rynkowość poszczególnych cen jednostkowych;

4. Na rynku istnieją inne podmioty niż ZF, które mogą oferować dostawę części będących przedmiotem zamówienia;

5. Odwołujący w sposób odmienny od Przystępującego skalkulował cenę oferty;

6. Cena oferty Odwołującego nie jest rażąco niska.

W tym miejscu Izba kwituje, że odwołujący żadnych z tych twierdzeń nie wykazał, nawet uwzględniając okoliczność, że zamawiający mimo wezwań w trybie art. 90 ust. 1 ustawy i dokonanych ustaleń co do zaniżenia cen komponentów zarzutu rażąco niskiej ceny tej ofercie nie postawił.

Tym samym argumentacja przedstawiona przez odwołującego potwierdza, iż zamawiający odrzucając ofertę odwołującego nie naruszył przepisów ustawy. Odnosząc się do

poszczególnych zarzutów należy wskazać na następujące okoliczności:

Zamawiający nie dopuścił możliwości ujmowania w cenie dostawy przekładni głównej (koszty podstawowe) - pkt 1 obu formularzy cenowych - kosztów za części, które nie zostaną wymienione w trakcie realizacji zamówienia. Zgodnie z § 8 SIWZ „dostawy częściowe będą realizowane sukcesywnie w zależności od potrzeb Zamawiającego”. Stosownie zaś do treści §16 ust. 6 SIWZ „Wykonawca sporządzając ofertę powinien określić ceny w sposób rzetelny tj. w taki, żeby wybór jego oferty gwarantował Zamawiającemu realizację zamówienia każdej z pozycji”. Zamawiający w projekcie umowy w § 1 ust. 2 zastrzegł sobie „prawo do realizacji Umowy w niepełnym zakresie”, zaś w § 2 ust. 2 projektu umowy przewidział, iż „rozliczenie za przekładnię dostarczoną nastąpi za faktycznie dostarczone przekładanie według cen podanych w Ofercie Wykonawcy”. Sposób rozliczenia określonych prac wykonawcy Zamawiający uregulował w § 5 i § 6 projektu umowy. Z regulacji tych wynika, iż Zamawiający przewidział rozliczenie kosztorysowe powykonawcze w oparciu o raport przygotowywany przez Wykonawcę zawierający szczegółowy opis stanu technicznego, zakresu stwierdzonych uszkodzeń, w tym wykaz części zamiennych zakwalifikowanych do wymiany. „Wykonawca dołączy do raportu potwierdzenie ostatecznego kosztu dostawy przekładni dostarczonej, będącego skompensowanym rozliczeniem cen za: dostawę przekładni w zależności od tego, jaki typ przekładni na wymianę został przekazany Wykonawcy; dodatkowe koszty związane z wyrównywaniem statusu modernizacyjnego pomiędzy przekładnią na wymianę i przekładnią dostarczaną; koszt wymiany dodatkowych części zamiennych zakwalifikowanych do wymiany po zakończeniu weryfikacji przekładni na wymianę” (§ 5 ust. 2 lit. a-c projektu umowy). Jednocześnie zamawiający zastrzegł, iż „katalog dodatkowych części, o których mowa w §5 ust. 2 lit. c mogących podlegać dodatkowemu rozliczeniu w ramach umowy, został zawarty w Ofercie Wykonawcy” (§ 5 ust. 3 Projektu umowy). Zamawiający w § 6 ust. 3 projektu umowy zastrzegł sobie możliwość weryfikacji przygotowanego przez Wykonawcę raportu i dodatkowych kosztów. Innymi słowy zamawiający przewidział w SIWZ taki sposób wynagradzania, który miał mu zagwarantować, że nie będzie płacić za prace i części, które nie muszą i nie będą wymienione. Zamawiający sporządzając formularze ofertowe określił stopień prawdopodobieństwa wymiany kwestionowanych elementów w pierwszym przypadku określił stopień prawdopodobieństwa na 100%, zaś w drugim na 50%. Wskazanie przez Zamawiającego stopnia prawdopodobieństwa miało na celu skalkulowanie przez wykonawców ryzyka ich wymiany na takim samym poziomie i umożliwienie Zamawiającemu porównania ofert.

Należy zwrócić także uwagę, iż na te okoliczności zamawiający wskazywał odwołującemu w piśmie z dnia 13 kwietnia 2018 r. oczekując wyjaśnień, na jakiej podstawie odwołujący przyjął, że „cena za części (z pozycji 2a i 2b - formularz cenowy nr 1 oraz za części z pozycji 2g i 2h formularz cenowy nr 2) jest ujęta w cenie remontu przekładni głównej”. Odwołujący nie przedstawił w wyjaśnieniach żadnej argumentacji uzasadniającej podział kosztów zakupu części do dwóch pozycji kosztorysowych. Odwołujący w odwołaniu stwierdza wręcz: „Przy podniesieniu ceny o kilka procent odwołujący mógłby wpisać „0” jako „dopłatę” do wymiany części Input Pinion PN:4649302069/70 oraz Intermediate Shaft PN:4649203008/09 co byłoby niczym innym jak informacją, że konieczność wymiany tego komponentu nie będzie wiązała się z dodatkowymi kosztami dla zamawiającego, a nie zaniżaniem wartości tych komponentów”. Jednakże zamawiający żądał wskazanie w formularzu ofertowym cen poszczególnych części a nie „dopłat”. Formularz ofertowy jest w tym zakresie jednoznaczny. Kolumna w której należało wpisać wartość za wymianę komponentu została opisana jako „cena jednostkowa brutto”.

Ponadto skoro ze SIWZ wynikał obowiązek dostarczenia części wyprodukowanych przez ZF to wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień dot. kosztów zakupu tych części powinien przedstawić taki ciąg dostaw, który by potwierdzał że na żadnym etapie, żaden z podmiotów nie dokonuje odsprzedaży poniżej ceny zakupu. Nie można uznać za wystarczające (zwłaszcza przy tak specjalistycznym sprzęcie) wykazanie, że jedynie finalny wykonawca uzyskuje zysk bowiem taniej kupuje od dostawcy. Wskazywanie przez odwołującego na bogate doświadczenie Flybrokers sp. z o.o. nie potwierdza, że podmiot ten uzyskał szczególne ceny od ZF lub po tych cenach mógł zaoferować części ZF.

Wobec przywołanej powyżej treści dokumentacji przetargowej, w szczególności odnoszącej się do zasad rozliczania wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji umowy, należy stwierdzić, iż decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego była prawidłowa. Odwołujący uwzględnił bowiem koszty pośrednie związane z wymianą części w innym zakresie przedmiotu zamówienia doprowadzając do sytuacji, w której to zamawiający - nawet przy założeniu nieskorzystania na etapie realizacji zamówienia z wymiany części będzie zobowiązany pokryć koszty wykonawcy, które zostały przeniesione do części stałej wynagrodzenia z innego zakresu prac. Działanie takie nosi znamiona inżynierii cenowej i jest przejawem manipulacji, bowiem jak słusznie zostało wskazane w treści odwołania zastosowany model rozliczenia jest zdecydowanie bardziej korzystny dla wykonawcy, jednak rodzi ryzyko dla zamawiającego zapłaty za nieponiesione przez odwołującego koszty.

W związku z powyższym odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów ustawy wymienionych w odwołaniu a przez to ich wpływu na wynik postępowania, co uniemożliwia uwzględnienie odwołania na mocy art.192 ust.2 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe okoliczności faktyczne i prawne orzeczono jak w sentencji wyroku. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.poz. 47) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego. Pełnomocnik zamawiającego nie złożył wniosku kosztowego.

Przewodniczący: