

Sygn. akt: KIO 981/14

WYROK
z dnia 3 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 maja 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2014 r. przez **Odwołującego** – MEGMAR Logistics & Consulting E..... M....., ul. Marii Skłodowskiej-Curie 10, 99-300 Kutno, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Jednostka Wojskowa 4228, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków,

przy udziale **Wykonawcy** - Pneumotechnika Sp. z o.o., ul. Lwowska 199a/114, 33-100 Tarnów, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddała odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - MEGMAR Logistics & Consulting E..... M....., ul. Marii Skłodowskiej-Curie 10, 99-300 Kutno, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - MEGMAR Logistics & Consulting E..... M....., ul. Marii Skłodowskiej-Curie 10, 99-300 Kutno, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa 4228, ul. Montelupich 3; 30-901 Kraków, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Dostawa samochodów specjalnych - testerów tarcia na samochodzie wraz ze szkoleniem teoretycznym i praktycznym w zakresie obsługi i eksploatacji”* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Zamawiający dnia 8 maja 2014 roku przekazał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 16 maja 2014 roku wykonawca Megmar Logistics & Consulting E..... M....., ul. Marii Skłodowskiej-Curie 10; 99-300 Kutno (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pneumotechnika, pomimo iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Pneumotechnika do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pneumotechnika, pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia Pneumotechnika, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
4. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pneumotechnika, pomimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się

o udzielenie zamówienia w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty, która nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz podlega odrzuceniu,
z ostrożności:

6. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Pneumotechnika do uzupełnienia dokumentów w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Pneumotechnika oraz odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Interes w uzyskaniu zamówienia.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący wskazał, iż poniósł szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego. Na skutek niezgodnej z prawem czynności zamawiającego, odwołujący jako wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że jego oferta jest jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia szkody, co czyni zadość wymaganiam określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca Pneumotechnika sp. z o.o., ul. Lwowska 199A/114; 33-100 Tarnów.

Zamawiający, pismem z dnia 26 maja 2014 roku (wpływ do Izby w dniu 27 maja 2014 r.), złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Pneumotechnika pomimo, iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią s.i.w.z.

Brak zatwierdzeń.

Testery szorstkości nawierzchni lotniskowych to urządzenia, od których poprawnego działania zależy bezpieczne lądowanie i startowanie statków powietrznych. Oznacza to, że od ich właściwego funkcjonowania zależy zarówno życie ludzi, jak i bezpieczeństwo mienia. Dlatego też niezwykle istotnym jest, aby sprzęt używany do pomiaru szorstkości był sprawny, wykorzystywany operacyjnie na lotniskach i aby posiadał rekomendacje organizacji ICAO, FAA lub lokalnych organów lotnictwa cywilnego. W świetle powyższego wprowadzenie do użytku polskich Sił Zbrojnych sprzętu, który nie jest używany na lotniskach oraz który nie posiada żadnych zatwierdzeń i badań międzynarodowych instytucji lotniczych, ani nawet - sprawdzeń poprawności działania przez instytucję badawczą o profilu lotniskowym, posiadającą akredytację PCA, dla zapewnienia poprawności otrzymanych wyników, jest bardzo ryzykowne i może spowodować zaistnienie wielkich szkód w mieniu i bezpośrednio narazić życie ludzkie. Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że Pneumotechnika oferuje urządzenia, które nie posiadają jakichkolwiek zatwierdzeń lub rekomendacji instytucji lotniczych. Co więcej nie posiadają one także wykonanych badań porównawczych z urządzeniami, które posiadają rekomendacje ICAO lub zatwierdzenie FAA, zatwierdzonych (tych badań i wyników pomiarów porównawczych) przez organy lotnicze (światowe lub polskie). Na rynku są firmy, produkujące samobieżne testery szorstkości zgodne ze specyfikacją SIWZ w przedmiotowym postępowaniu. Niektóre choć nie posiadają rekomendacji ICAO, to posiadają gotowe wyniki badań porównawczych z urządzeniami, które rekomendacje ICAO posiadają np. szwedzka firma SARSYS. Z punktu widzenia bezpieczeństwa wykonywania pomiaru konieczne jest, aby tester szorstkości nawierzchni

lotniskowych był urządzeniem wiarygodnie wykonującym pomiary. Z praktycznego punktu widzenia nie jest możliwe przeliczanie wyników pomiarów zgodnie z wykonanymi badaniami porównawczymi. Testery szorstkości bowiem są często używane krótko przed lądowaniem samolotu, a dane z pomiaru są przekazywane pilotom bezpośrednio po wykonanym pomiarze. O ile urządzenie do pomiaru szorstkości jest rekomendowane lub posiada zatwierdzenie instytucji lotniczej (FAA, ICAO), wyniki pomiarów można od razu przekazywać pilotom. W sytuacji, gdy urządzenie nie jest rekomendowane, konieczne jest wykonanie badań porównawczych z urządzeniem rekomendowanym. O ile badanie porównawcze jest już zrobione, zamawiający wie czy oferowany sprzęt daje wiarygodne wyniki pomiarów. W sytuacji kiedy tego rodzaju badań nie ma, nie można wykluczyć, że urządzenie nieposiadające rekomendacji, nie będzie mierzyło poprawnie, a do uzyskania właściwych (zgodnych z wymogami organów lotnictwa cywilnego) wyników pomiarów potrzebne będzie utworzenie funkcji przeliczeniowych. Biorąc pod uwagę sposób wykorzystania testerów szorstkości nawierzchni oraz szybkość przekazywania danych z pomiaru, używanie funkcji przeliczeniowych dla urządzeń nie jest dopuszczalne i stanowi bezpośrednio zagrożenie życia i zdrowia ludzi oraz bezpieczeństwa mienia. Z tego względu urządzenie nie posiadające zatwierdzeń/ rekomendacji lub badań porównawczych nie powinno być w żadnym razie akceptowane przez Zamawiającego. Zarówno Zamawiający, jak i ktokolwiek inny, nie jest w stanie z pewnością stwierdzić, że urządzenie, które nie jest rekomendowane do pomiarów, przejdzie pomyślnie badania porównawcze z urządzeniem rekomendowanym, ani też, że nie będzie konieczne tworzenie funkcji przeliczeniowych do uzyskania wiarygodnych wyników pomiarów. Dostawca nie jest też w stanie przewidzieć, czy zdąży z dostarczeniem odpowiednich dokumentów przed upływem terminu dostawy urządzeń, a tym samym zapewnić bezpieczeństwo lotów w newralgicznym okresie. Odwołujący nadmieniał, że badania porównawcze urządzeń nieposiadających rekomendacji ICAO z urządzeniami taką rekomendację posiadającymi, w polskich instytucjach badawczych o profilu lotniskowym, akredytowanych przez PCA, nie były dotąd realizowane, pomimo że istniała taka możliwość. W załączeniu przedstawiamy Państwu opinię Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych (ITWL), który jest jedyną instytucją badawczą o profilu lotniskowym akredytowaną przez PCA.

W tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z odpowiedzią udzieloną w dniu 17 marca 2014 r. na zadane przez wykonawcę pytanie, Zamawiający wskazał iż urządzenie ma posiadać wykonane pomiary porównawcze wykonane z co najmniej jednym z urządzeń wymienionych w załączniku 14 ICOA-Lotniska wg procedur ICAO. Pomiary te mają być potwierdzone przez instytucję badawczą o profilu lotniskowym, posiadającą akredytację PCA. Odwołujący wskazuje, iż sam wykonawca Pneumotechnika potwierdził w piśmie z dnia 18 marca 2014 r. i 23 marca 2014 r. skierowanym do Zamawiającego, iż oferowane przez

niego urządzenie nie posiada potwierdzenia zgodności wykonywania pomiarów nawierzchni wg przepisów ICAO i FAA wydane przez ULC przy współpracy z akredytowaną instytucją badawczą. Zauważyć należy, iż Zamawiający nie zapisał, że przedmiotowe wyniki pomiarów porównawczych, wykonanych przez polskie instytucje badawcze o profilu lotniskowym, akredytowane przez PCA, mają istnieć na dzień wykonania dostaw, jak prosił o to przedstawiciel firmy Pneumotechnika W związku z tym uznać należy, że nie jest możliwe zaoferowanie sprzętu, który w chwili składania ofert nie spełnia wymagań, nie posiadając odpowiednich zatwierdzeń i dokumentów porównawczych. Takich wymagań nie spełnia sprzęt oferowany przez Pneumotechnikę. Z ostrożności Odwołujący podnosi, iż testery szorstkości nawierzchni wykonują pomiary głównie w warunkach jesienno-zimowych. Wykonanie badań porównawczych urządzenia nieposiadającego rekomendacji ICAO z urządzeniem, posiadającym taką rekomendację, konieczne jest właśnie w warunkach zimowych (jak sugeruje to ITWL). Oznacza to, że w przypadku realizowania badań porównawczych przez firmę Pneumotechnika, dotrzymanie terminu dostawy urządzeń będzie niemożliwe. Z uwagi na zapewnienie bezpieczeństwa statków powietrznych oraz osób na polskich lotniskach wojskowych, powodzenie zrealizowania przetargu nie może być zagrożone.

Brak CE.

Odwołujący posiada szeroką wiedzę na temat rynku testerów szorstkości i nie jest mu znane, żadne lotnisko czy to cywilne czy też wojskowe w Europie, które byłoby w posiadaniu sprzętu produkowanego/dostarczonego przez firmę Pneumotechnika. Ponadto sprzęt ten nie jest ujęty w Aneksie 14 ICAO w dziale poświęconym testerom szorstkości. Co skłania do wniosków, że rozwiązanie zaproponowane przez firmę Pneumotechnika jest rozwiązaniem prototypowym i nie spełniającym wymagań technicznych Zamawiającego. Do takich wniosków szczególnie prowadzi fakt, poświadczenia przez firmę Pneumotechnika, że dostarczy ona swojemu podwykonawcy elementy testera szorstkości do zamontowania w pojeździe. Firma Stal nie wykazała się dostawą, żadnego urządzenia do pomiaru szorstkości. Oznacza to, iż „tworzone” urządzenia przez firmę Pneumotechnika, nigdy wcześniej nie występowały na rynku. Potwierdza to także, pismo skierowane do Zamawiającego w dniu 25 marca 2014, w którym firma Pneumotechnika prosi o „zmianę zapisu, że badania porównawcze muszą być wykonane po wyprodukowaniu konkretnego urządzenia (a nie typu urządzenia, jako grupy urządzeń)”. Biorąc pod uwagę fakt, że urządzenia oferowane przez firmę Pneumotechnika najprawdopodobniej nie występują na lotniskach w Europie, wątpliwym jest aby posiadały zatwierdzenie typu CE. Zamawiający wyraźnie w SIWZ zawarł wymóg posiadania przez dostarczone urządzenie znaku CE (odpowiedź na pytanie 3 w piśmie z dnia 11 marca 2014 r.). Oczywiście możliwym jest,*

uzyskanie takiego znaku przez producenta, ale to jednak wymaga wiele czasu, sprawdzeń i testów, co znow może powodować, że termin realizacji dostawy przedmiotu zamówienia w przypadku realizowania go przez firmę Pneumotechnika, może być znacząco zagrożony, a tym samym bezpieczeństwo startujących i lądujących statków powietrznych może być zagrożone. Podkreślić jednak należy, iż Zamawiający wyraźnie określił, iż „wymaga się, aby urządzenie posiadało znak CE”. Oznacza to, iż na dzień składania ofert, a nie na dzień dostawy, urządzenia oferowane przez wykonawców muszą posiadać znak CE.

Serwis.

Z uwagi na fakt, że oferowany przez firmę Pneumotechnika sprzęt nie jest używany na żadnych lotniskach, nie jest możliwe zapewnienie, że spełni on wszystkie wymogi Zamawiającego dotyczące opisu technicznego. Idąc dalej, ponieważ firma Pneumotechnika nie dostarczyła dotąd żadnych urządzeń do pomiaru szorstkości nawierzchni lotniskowych, wysoce prawdopodobnym wydaje się więc, że nie posiada także autoryzowanego przez producenta, wykwalifikowanego personelu serwisowego, świadczącego usługi zarówno pomocy na miejscu u Odbiorcy, jak i telefonicznie.

Niewłaściwy typ pojazdu.

Zamawiający wymagał, aby podwozie samochodowe, na którym będzie montowany tester tarcia był typu kombi (rozdz. III.A.2 Załącznika nr 1 do SIWZ). Oferowany przez Pneumotechnika pojazd to Volkswagen Caddy Trendline. Nie jest to pojazd typu „kombi”. Z informacji uzyskanych od firmy Volkswagen Polska samochód VW Caddy Combi nie występuje z silnikiem o mocy większej niż 150 KM. Dlatego też firma Pneumotechnika zaoferowała pojazd Caddy Trendline, który nie jest pojazdem typu „kombi” W związku z powyższym rodzaj zaoferowanego nadwozia, na którym zabudowa ma zostać wykonana nie odpowiada wymaganiom SIWZ.

Zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Rażąco niską ceną jest cena oderwana od realiów rynkowych. Należy przy tym podkreślić, że obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny. W ocenie odwołującego, podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT. W przedmiotowym postępowaniu - jak wynika z protokołu postępowania - szacunkowa

wartość zamówienia powiększona o podatek VAT (kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia) wynosi 2.420.000,00 zł. Pneumotechnika złożyła natomiast ofertę z ceną rażąco niższą od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, tj. 1.734.300,00 zł. Należy przy tym zauważyć, że podstawą ustalenia wartości przedmiotu zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy (art. 32 ust. 1 ustawy Pzp). A zatem wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego de facto obrazuje poziom cen rynkowych. Jak wynika z zestawienia ceny oferty złożonej przez Pneumotechnika z szacunkową wartością przedmiotu zamówienia powiększoną o należny podatek VAT, cena oferty Pneumotechnika jest niższa o 28 % od wartości przedmiotu zamówienia, powiększonej o podatek VAT. Zatem propozycja cenowa Pneumotechnika w sposób znaczny odbiega od wyceny, jaką przeprowadził Zamawiający, wskazując na całkowite oderwanie zaoferowanej przez Pneumotechnika ceny od warunków rynkowych oraz szacunków dokonanych przez Zamawiającego. Należy też zauważyć, że cena oferty Odwołującego (2.401.097,76 zł brutto) jest zbliżona do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie cena oferty Odwołującego, jako złożonej w tym samym Postępowaniu, stanowi istotny punkt odniesienia w kwalifikacji ceny oferty złożonej przez Pneumotechnika jako rażąco niskiej. Cena oferty Odwołującego wskazuje na rzetelność szacunku dokonanego przez Zamawiającego oraz rzeczywisty poziom cen rynkowych dla tego zamówienia. Należy przy tym zauważyć, że obie oferty są kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego, wobec czego na kalkulacje dokonywane przez obu wykonawców mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku. W niniejszej sprawie Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a tym samym naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia Pneumotechnika. pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Odwołujący wskazał również na zaniechanie wezwania wykonawcy Pneumotechnika do uzupełnienia dokumentów w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Wykonawca - Pneumotechnika, na skutek złożonego do oferty zobowiązania Stał do oddania zasobów wiedzy i doświadczenia, na stronach 20-22 oferty załączył referencje, wystawione na rzecz Stał odpowiednio przez: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Goleniowie oraz Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Biłgoraju. W związku z tym, iż referencje (oraz inne dokumenty dotyczące tego podmiotu) nie zostały złożone w

oryginał, niezbędne było, aby zostały one potwierdzone „za zgodność z oryginałem” odpowiednio przez te podmioty trzecie, na rzecz których zostały one sporządzone, a nie, jak miało miejsce w przedmiotowej sytuacji przez wykonawcę, tj. Pneumotechnika. Podstawę powyższego zarzutu stanowi § 7 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. 2013, poz. 231), jak również sama treść SIWZ - rozdział VII, pkt. 3 lit. b) SIWZ które stanowią, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów na zasobach których Wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. kopie dokumentów dotyczących odpowiednio Wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub te podmioty. Wykonawca, niezgodnie z przepisami, jak i wolą Zamawiającego potwierdził za zgodność z oryginałem referencje podmiotu trzeciego, udostępniającego wiedzę i doświadczenie (jak i pozostałe dokumenty dotyczące tego podmiotu). Nie załączył również do oferty pełnomocnictwa od Stał z którego wynikałoby, iż jest uprawniony do potwierdzenia dokumentów tego podmiotu. W niniejszej sprawie zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, które zostały złożone przez Pneumotechnika w niewłaściwej formie, a tym samym naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W przypadku potwierdzenia się zarzutów skutkujących odrzuceniem oferty Pneumotechnika, brak będzie podstaw do nakazania Zamawiającemu wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Pneumotechnika. pomimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu

Stosownie do treści art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Z kolei art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Jednym z zarzutów odwołania jest zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania wobec okoliczności wskazanych w odwołaniu, co winno prowadzić do uznania oferty Pneumotechnika za odrzuconą. Zaniechanie odrzucenia oferty Pneumotechnika stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzut prowadzenia przez Zamawiającego postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty, która nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz podlega odrzuceniu.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, zachodzi sytuacja, w której Zamawiający nie dokonał właściwej oceny oferty Pneumotechnika, dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz wobec którego zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. Takie działanie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiąc tym samym rażąco obrazę art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał, co następuje.

Bezzasadność zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania Pneumotechnika sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty pneumotechnika sp. z o.o.
- zarzut nr 2

Wbrew twierdzeniom Odwołującego się, Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Wskazany powyżej przepis ma zastosowanie wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwości w zakresie tego, czy cena ofertowa jednego z wykonawców nie jest rażąco niska. Zamawiający takich wątpliwości nie miał. Podkreślić należy, że o rażąco niskiej cenie możemy mówić nie wtedy, kiedy odbiega ona od wartości szacunkowej zamówienia, ale wówczas, gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że cena zawarta w ofercie to cena poniżej kosztów. Zamawiający natomiast nie powziął wątpliwości odnośnie tego, że oferta Pneumotechnika sp. z o.o. jest rażąco niska. Po pierwsze należy wskazać, że we wniosku nr 19/2014 opisał w jaki sposób dokonał ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający w tym zakresie posłużył się danymi uzyskanymi na podstawie pisma Szefa Infrastruktury IWSp. SZ nr 4706/12 z 13.12.2013 roku oraz projektu budżetu na rok 2014. W rzeczywistości owa wartość szacunkowa ustalona przez Zamawiającego była równa wysokości środków finansowych otrzymanych na ten cel z budżetu MON. Kwota, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zadania odzwierciedlała wartość pozycji z Planu Modernizacji Technicznej na lata 2014 - 2015 opracowanego w tym zakresie przez Gestora. Gestor wprowadzając przedmiotową pozycję do PMT, ze względu na specyfikę i hermetyczność rynku nie był w stanie precyzyjnie oszacować realnej ceny, za którą byłoby możliwe pozyskanie testerów tarcia. Dodatkowo, z uwagi na fakt występowania dużych problemów z późniejszym zwiększaniem wartości zadań (ewentualnym dofinansowaniem), wartość zadań ujmowanych w PMT ustalana jest zazwyczaj z rezerwą finansową, a po rozstrzygnięciu przetargów pozostałe środki są zgłaszane korektą do zabrania. Podkreślenia zatem wymaga fakt, że wartość szacunkowa zamówienia z przyczyn szczegółowo opisanych

powyżej została przez Zamawiającego znacząco zawyżona i w rzeczywistości wynosiła ona dokładnie tyle, ile środków finansowych na ten cel przeznaczył mu Gestor. W momencie przygotowywania procedury przetargowej. Zamawiający również nie mógł przeprowadzić rozpoznania cenowego rynku ze względu na nietypowy, bardzo specjalistyczny charakter zakupywanego sprzętu i brak jakichkolwiek ogólnodostępnych informacji o cenach tych urządzeń. Podkreślenia wymaga fakt, że z uwagi na powyższe w zasadzie trudno mówić o jakimkolwiek poziomie cen rynkowych- tym bardziej że jak można wyczytać na stronie odwołującego się jest on od 2007 roku monopolista na dostawę urządzeń oferowanych przez ASTF, która to firma w zasadzie jest monopolista w zakresie dostarczania tego typu urządzeń na lotniska w całej Europie. Tak więc wysokość ceny ofertowej zaoferowanej przez Odwołującego się w postępowaniu, z przyczyn szczegółowo opisanych powyżej nie może być uznana za miarodajną dla porównania, czy oferta Pneumotechnika sp. z o.o. jest ofertą rażąco niską. Po drugie nie bez znaczenia w niniejszej sprawie jest fakt, że Zamawiający w ogłoszeniu ujawnił szacunkowa wartość zamówienia. Powyższe zaś spowodowało, że Firma Megmar złożyła ofertę na kwotę 2 401097,76 zł brutto, co stanowi 99% środków przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację tego zadania. Cena jednostkowa wynikająca z tej oferty - 800 365,92zł brutto jest wyższa o 32% względem dostaw realizowanych przez Odwołującego się w roku 2012, co zostanie wykazane poniżej. Gdyby zatem Zamawiający nie ujawniał szacunkowej wartości zamówienia, wówczas z całą pewnością oferta Odwołującego się byłaby znacząco niższa. Podkreślenia wymaga także fakt, że inne firmy w tym postępowaniu nie składały ofert, zapewne z uwagi na specjalistyczny charakter zamówienia.

W niniejszej sprawie istotne znaczenie ma także fakt, że już po ogłoszeniu postępowania Zamawiający posiadał wyczerpująca wiedzę w zakresie tego, jak kształtowały się ceny dostaw identycznych zamówień realizowanych na potrzeby MON oraz Portów Lotniczych w latach 2008-2012. I na tej podstawie, po dokonaniu analizy owych cen, Zamawiający miał pewność, że cena ofertowa Pneumotechnika sp. z o.o. nie może być uznana za rażąco niską. Co więcej, ową wiedzę Zamawiający posiadał w oparciu o oferty cenowe składane w latach 2008-2012 przez Odwołującego się. W tym miejscu Zamawiający wyjaśnia, że:

- 1) w roku 2008 Odwołujący się zaoferował Agencji Mienia Wojskowego identyczny przedmiot umowy jak w niniejszym postępowaniu za cenę brutto 1 sztuki w wysokości 570 234,00 zł
- 2) w roku 2011 Odwołujący się zaoferował Portowi Lotniczemu im. F. Chopina urządzenie pomiarowe do mierzenia szorstkości tarcia za cenę brutto 1 sztuki w wysokości 735 810,60 zł,

3) w roku 2012 Odwołujący się zaoferował Portowi Lotniczemu Lublin S.A. urządzenie pomiarowe do mierzenia szorstkości tarcia za cenę brutto 1 sztuki w wysokości 602 648,34 zł.

Zwracając uwagę na tendencję spadkową cen urządzeń dostarczanych przez Odwołującego w roku 2012 względem roku 2011 należy wskazać, że tester tarcia zaoferowany przez firmę Pneumotechnika jest tańszy o 27% od testera dostarczonego przez Odwołującego w 2011 roku a względem 2012 roku różnica w cenie wynosi jedynie 4%. Podkreślenia wymaga także fakt, że ów tester był wyposażony w silnik o mocy porównywalnej do mocy silnika wymaganej przez Zamawiającego. Jako istotny czynnik mający wpływ na obniżenie ceny należy również wskazać także, że w postępowaniu zakupywane są 3 szt. identycznych testerów tarcia, a nie 1 szt. jak w przypadku cywilnych portów lotniczych. Z uwagi na powyższe zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 1 jak również art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3

Zgodnie z treścią art. 6 kc ten kto z danego faktu wywodzi skutki prawne jest obowiązany je udowodnić. Tak więc rolą Odwołującego się w niniejszym postępowaniu jest udowodnienie ponad wszelką wątpliwość, że stawiany przez niego zarzut jest zasadny. Odwołujący się winien zatem w realiach niniejszego postępowania wykazać, nie że oferta innego Wykonawcy jest niższa od zaoferowanej przez Odwołującego się ceny, bądź od wysokości środków finansowych posiadanych przez Zamawiającego, ale że Pneumotechnika sp. z o.o. realizację tego wykona za cenę poniżej kosztów przedsiębiorcy. Odwołujący się zaś powyższego w żaden sposób nie udowodnił.

Odwołujący, zarzuca Zamawiającemu, że dopuścił się naruszenia art 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy pzp. Zgodnie z powoływanym powyżej przepisem Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, która jest niezgodna z SIWZ. W ocenie odwołującego w ramach zarzutu 1 owa niezgodność z SIWZ polega między innymi na braku zatwierdzeń, braku CE, braku autoryzowanego serwisu, niewłaściwym typie pojazdu.

Zgodnie z treścią art. 6 kc ten kto z danego faktu wywodzi skutki prawne jest obowiązany je udowodnić. Powyższy przepis oznacza w praktyce, że Odwołujący musi w postępowaniu przed KIO przedstawić wiarygodny, niebudzący żadnych wątpliwości dowód, że oferty złożone w tymże postępowaniu nie spełniają wymogów postawionych przez Zamawiającego w SIWZ. Tak więc rolą Odwołującego się w niniejszym postępowaniu jest: udowodnienie ponad wszelką wątpliwość, że stawiany przez niego zarzut jest zasadny. Odwołujący się winien zatem w realiach niniejszego postępowania wykazać ponad wszelką wątpliwość, oferowane przez innego Wykonawcę produkty nie spełniają wymogów stawianych przez Zamawiającego.

Odwołujący się w treści odwołania bardzo szeroko rozwodzi się w kwestii tego do czego służy urządzenie, których dostawa była przedmiotem niniejszego postępowania. Bardzo

szeroko opisuje także hipotetyczne skutki, jakie mogą wynikać z braku zatwierdzeń. Powyższe jednak nie ma żadnego znaczenia dla tego, ozy stawiany przez Odwołującego się zarzut jest zasadny. Wobec powyższego w celu rozpoznania stawianego zarzutu należy w pierwszej kolejności ustalić, jakie wymagania w zakresie zatwierdzeń postawił Zamawiający Wykonawcom. Tylko bowiem niespełnienie wymogów postawionych przez Zamawiającego może skutkować uznaniem, że oferta jest niezgodna z SIWZ. Zamawiający w pierwotnej wersji SIWZ nie żądał dołączenia do oferty żadnego dokumentu z którego wynikałoby, że oferowane urządzenia mają posiadać bliżej nieokreślone zatwierdzenia. Gdyby tak było, to wówczas owe dokumenty zostałyby wymienione w punkcie VI bądź VII SIWZ. Także po udzieleniu odpowiedzi na zapytania Wykonawców, Zamawiający nie dokonał w SIWZ żadnych zmian w tym zakresie. Powyższe jednoznacznie świadczy o tym, że Zamawiający nie wymagał, żeby do oferty były przedłożone jakiegokolwiek dokumenty odnoszące się do zatwierdzeń, o których mowa w odwołaniu. W SIWZ określono także, że spełnienie wszystkich wymogów eksploatacyjno technicznych, między innymi posiadania badań porównawczych wg. procedur ICAO zostanie potwierdzone odbiorem końcowym realizowanym przez Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe. Odbiór taki odbywa się po wyprodukowaniu urządzenia, przed przekazaniem go odbiorcy. Z odbioru sporządza się odrębny protokół pod nazwą „Protokół Odbioru Technicznego”. Zamawiający nie wymagał dołączenia do ofert wyników wykonanych pomiarów porównawczych wg. procedur ICAO, czy też posiadania ich na tym etapie, ponieważ stawiałoby to jednoznaczny wymóg posiadania przez wszystkich oferentów już wyprodukowanych i gotowych 3 szt. testerów tarcia. Takie zaś wymaganie nie było intencją Zamawiającego. Ponadto stanowiłoby ograniczenie zasady uczciwej konkurencji i doprowadziłoby do nieuprawnionego wyeliminowania z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy dopiero po wygraniu postępowaniu rozpoczęliby produkcję bądź dokonaliby zakupu urządzeń. Integralną treścią SIWZ był załącznik nr 1 Wymagania Eksploatacyjno - Techniczne. Także w owych WET-ach Zamawiający nie żądał dostarczenia jakichś bliżej nieokreślonych zatwierdzeń. Następnie w toku postępowania Zamawiający udzielał szeregu wyjaśnień. Treść tych wyjaśnień jest odmienna od sugerowanej przez Odwołującego. Podkreślić także należy, że wyjaśnienia są udzielane na konkretnie zadane pytania i właściwe ich rozumienie zawsze będzie pozostawało w związku z owym zadaniem pytaniem. I tak w dniu 11 marca w odpowiedzi na pytanie nr 16 Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi „Dopuszcza się ustaloną zależność wyników pomiarów z urządzeniami wymienionymi w załączniku 14 ICAO - Lotniska Załącznik A punki 6.8. W przypadku dokonywania testów porównawczych (skorelowania wyników) z innym, urządzeniem testy te muszą być potwierdzone dokumentem wydanym przez ICAO.”. Następnie w dniu 17 marca 2014 roku wpłynęło zapytanie Wykonawcy, który wnosił o wykreślenie z wyjaśnień zdania „W przypadku dokonywania testów porównawczych

(skorelowania wyników) z innym urządzeniem testy te muszą być potwierdzone dokumentem wydanym przez ICAO" z uwagi na niemożność pozyskania takiego dokumentu od ICAO. Wykonawca zaproponował także zastąpienie tegoż zapisu zapisem poniższym:

„W przypadku dokonywania testów porównawczych (skorelowania wyników) z innym urządzeniem, testy te muszą być potwierdzone dokumentem wydanym przez właściwy urząd lub instytucję państwową czy też przez zgodny z branżą techniczną instytut badawczy lub politechnikę o zakresie działalności podobnym do przedmiotu zamówienia, który potwierdzi pełną zgodność z wszystkimi wymaganiami określonymi przez ICAO i FAA." W odpowiedzi na owo zapytanie Zamawiający dokonał kolejnej modyfikacji udzielonych wyjaśnień. Udzielona przez Zamawiającego odpowiedź brzmiała następująco: „W przypadku oferowania urządzenia do pomiaru szorstkości (tarcia) nawierzchni spoza wykazu zawartego w załączniku 14 ICAO-Lotniska, urządzenie to musi posiadać potwierdzenie zgodności wykonywania pomiarów szorstkości (tarcia) nawierzchni wg przepisów ICAO i FAA wydane przez Urząd Lotnictwa Cywilnego, ul. Marcina Flisa 2, 02-247 Warszawa, poczta e-mail; kancelaria(a), ulc.gov.pl; tel. (22)-520-72-00. Ponadto urządzenie ma posiadać wykonane pomiary porównawcze wykonane z co najmniej jednym- z urządzeń wymienionych w załączniku 14 ICAO-Lotniska wg procedur ICAO. Pomiary te mają być potwierdzone przez instytucje badawczą o profilu lotniskowym, posiadającą akredytację PCA. Tabela z wynikami badań porównawczych ma zostać umieszczona w dokumentacji urządzenia."

Dokonując zaś analizy treści SIWZ oraz zapisów umowy, które mówią o tym kiedy Wykonawca ma dostarczyć Zamawiającemu dokumentację urządzenia (a więc dopiero przy odbiorze urządzeń które będzie realizować RPW), nie budzi żadnych wątpliwości, że Wykonawca powyższą dokumentację będzie obowiązany dostarczyć dopiero w trakcie dostawy, po podpisaniu umowy, a nie na etapie składania ofert. Tak więc nie stoi na przeszkodzie, żeby owe badania porównawcze były wykonywane po podpisaniu umowy.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego się Pneumotechnika sp. z o.o. w żadnym ze swoich pism nie potwierdziła, że oferowane przez nią urządzenia nie posiadają tychże badań-W piśmie z dnia 18 marca 2014 roku ww. Wykonawca zwraca się jedynie z prośbą o doprecyzowanie treści SIWZ. Co więcej, po wnikliwej analizie SIWZ należy jednoznacznie stwierdzić, że owa prośba wynika z niezrozumienia zapisów SIWZ, z których jednoznacznie wynika, że dokumenty mają być przedstawione w trakcie procedury odbiorowej. Także w piśmie z dnia 23 marca 2014 roku nie ma żadnego stwierdzenia, że urządzenie nie posiada stosownych pomiarów. Co więcej, także to pismo nawiązuje do poprzedniego i dotyczy momentu przedstawienia dokumentów odbiorowych.

Odnosząc się do dalszej części argumentacji, jakoby istniał wymóg przeprowadzenia badań w warunkach zimowych, należy z całą stanowczością stwierdzić, że powyższe twierdzenia nie znajdują żadnego oparcia w obowiązujących przepisach, a Zamawiający

takiego wymogu nie postawił. Powoływanie się przez Odwołującego na pismo IWTL, który sam zresztą stwierdził, że ..dotychczas nie wykonywał badań porównawczych", tak więc nie ma w tym zakresie żadnego doświadczenia, nie stanowi jeszcze o tym, że takich badań nie można wykonać w innym okresie.

Kolejny zarzut Odwołującego się, że urządzenie nieposiadające rekomendacji nie będzie mierzyło poprawnie, a do uzyskania właściwych (zgodnych z wymogami organów lotnictwa narodowego - w Polsce Urząd Lotnictwa Cywilnego) wyników pomiarów potrzebne będzie utworzenie funkcji przeliczeniowych, jest niczym nieoparte i jest jedynie subiektywną opinią Odwołującego. Przeliczenie wyników pomiarów wg. określonej funkcji jest realizowane przez oprogramowanie komputerowe testera tarcia i wyniki podawane są automatycznie.

Konieczność wykonania badań szorstkości nawierzchni pasów startowych, oraz procedury z tym związane wprowadza Obwieszczenie Nr 4 Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego z dnia 10 lutego 2011 r. w sprawie ogłoszenia tekstu Załącznika 14, tomu I do Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym, sporządzonej w Chicago dnia 7 grudnia 1944 r.

Wytyczne do przeprowadzania pomiarów porównawczych na podstawie, których wykonuje się korelację wyników i kalibrację badanego urządzenia szczegółowo opisuje „Podręcznik służb portu lotniczego” Część 2, ICAO Doc 9137. Konieczność stosowania przepisów ULC oraz procedur ICAO jednakowo dotyczy wszystkich oferentów i na tej podstawie nie można sugerować zagrożeń w realizacji dostawy. Z uwagi na powyższe zarzut jest bezzasadny.

Analizując treść zarzutu dotyczącego serwisu należy podkreślić, że Odwołujący się nie sprecyzował na czym, w jego ocenie polega sugerowana przez niego niezgodność oferty Pneumotechnika sp. z o.o. z SIWZ. Konstrukcja zarzutu sprowadza się wymienienia listy hipotetycznych, niczym nieudowodnionych naruszeń. Co więcej, jak można wyczytać na stronie nr 6 Odwołujący się jedynie przypuszcza, używa słów „wysoco prawdopodobnym wydaje się” że owa niezgodność występuje. Swoje niczym nieudowodnione twierdzenia opiera jedynie na własnym przekonaniu. Odwołujący się nie dostarczył żadnego wiarygodnego dowodu na potwierdzenie swoich przypuszczeń.

Zamawiający podkreśla także, że Pneumotechnika sp. z o.o. w swojej ofercie złożyła oświadczenie o treści „oświadczamy, że zaoferowany sprzęt będzie zgodny z wymogami SIWZ”. Jednym zaś z tych wymogów opisanych w punkcie VIII 1 SIWZ było właśnie zapewnienie serwisu gwarancyjnego. Skoro zatem Odwołujący się nie przedstawił żadnych wiarygodnych i nie budzących wątpliwości dowodów, że oświadczenie złożone przez Pneumotechnika sp. z o.o. jest niezgodne z prawdą, powyższe oznacza, że zarzut jest bezpodstawny. Zamawiający wyjaśnia także, że potwierdzenie spełnienia wszystkich wymogów technicznych wymaganych przez Zamawiającego będzie realizowane poprzez odbiór końcowy prowadzony przez RPW. Niespełnienie jakiegokolwiek z wymogów technicznych uniemożliwi Wykonawcy realizację dostawy.

Analizując treść zarzutu dotyczącego braku CE należy podkreślić, że ów zarzut opiera się jedynie na subiektywnym, niczym nie uzasadnionym przekonaniu Odwołującego się. Odwołujący się nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu mogącego potwierdzić, że Pneumotechnika sp. z o.o. zaoferowała przedmioty które w momencie dostawy nie będą zawierać znaku CE. Podkreślenia bowiem wymaga fakt, że Zamawiający nie wymagał dołączenia do oferty żadnych certyfikatów, czy też deklaracji zgodności. Zamawiający wymagał jedynie, żeby dostarczone urządzenia posiadały znakowanie CE. Oczywistym zatem jest, że aż do momentu dostawy brak jest możliwości stwierdzenia, czy urządzenia takowe znakowanie posiada. Tak więc chociażby z tego powodu uczyniony przez Odwołującego się zarzut jest chybiony. Co więcej, poddając wnikliwej analizie treść tegoż zarzutu, użyte sformułowania typu „najprawdopodobniej”, „wątpliwym jest”, „może” oraz przede wszystkim informacja, że możliwym jest uzyskanie tegoż znaku przez producenta, w ocenie Zamawiającego świadczą o tym, że Odwołujący się nie dysponuje żadnym dowodem, którym te niczym nieuzasadnione twierdzenia mógłby udowodnić. Podkreślenia wymaga bowiem fakt, że art. 6 kc wymaga UDOWODNIENIA, nie zaś uprawdopodobnienia.

Zamawiający podkreśla także, że udzielona przez niego odpowiedź odnośnie znaku CE jest ściśle powiązana z zadaniem pytaniem. Pytanie zaś brzmiało „Czy zamawiający wymaga, aby **dostarczone urządzenia** posiadały znak CE?” Przy tak zadaniem pytaniu nie budzi żadnych wątpliwości, że Zamawiający oczekiwał, żeby spełnienie tego wymogu nastąpiło w momencie dostarczenia urządzeń, nie zaś składania ofert.

Analizując treść zarzutu dotyczącego niewłaściwego pojazdu należy podkreślić, że ów zarzut opiera się jedynie na subiektywnym, niczym nie uzasadnionym przekonaniu Odwołującego się. Oferowany przez Pneumotechnika sp. z o.o pojazd jest pojazdem typu kombi. Odwołujący się nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu mogącego potwierdzić, że jest inaczej. Tymczasem Zamawiający dysponuje oświadczeniem dealera Volkswagen Polska - Bełtowski sp. z o.o., z którego jednoznacznie wynika, że istnieją pojazdy Caddy Trendline ze świadectwem homologacji nadwozia typu kombi.

Natomiast argumentacja przedstawiona w odwołaniu odnosi się do zupełnie innego pojazdu a mianowicie VW Caddy Combi. Z tego więc powodu zarzut Odwołującego się jest bezzasadny. W tym miejscu Zamawiający wyjaśnia, że w WET określił wymagany typ nadwozia samochodu, jako kombi. Oceny typu nadwozia należy dokonać na podstawie Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 30 grudnia 2003r. (Dz.U. 2004 nr 5 poz. 30) w sprawie homologacji pojazdów samochodowych i przyczep oraz Polskiej Normy nr PN-89 S-02007 - „Pojazdy samochodowe, przyczepy, naczepy i zespoły pojazdów - klasyfikacja i terminologia”, które jednoznacznie definiują, że nadwozie typu kombi ma spełniać następujące kryteria: „Nadwozie zamknięte z nieoddzieloną częścią bagażową od części pasażerskiej. Dach - stały; część dachu może być otwierana. Liczba miejsc siedzących -

cztery lub więcej, w dwóch rzędach. Tylne siedzenia wyjmowane lub składane dla powiększenia przestrzeni ładunkowej. Liczba drzwi bocznych - 2 - 4 i jedno drzwi z tyłu."

Oferowany przez firmę Pneumotechnika samochód wpisuje się w kryteria samochodu z nadwoziem typu kombi. Zarzut podniesiony przez Odwołującego, że Volkswagen Caddy Trendline z silnikiem 2.0 TDI o mocy 170 KM (125 kW) nie jest samochodem z nadwoziem typu kombi a jest nim jedynie Volkswagen Caddy Combi z silnikiem 2.0 TDI o mocy 150 KM jest bezpodstawny. Słowa Trendline i Combi przy oznaczeniu modelu VW Caddy są jedynie wariantem samochodu - nazwą handlową stosowaną przez dealerów. Na potwierdzenie powyższego dołączam pismo autoryzowanego dealera VW z dnia 21.05.2014r., wyjaśniające, że Volkswagen Caddy Trendline z silnikiem 2.0 TDI o mocy 170 KM (125 kW) jest samochodem typu kombi i wskazujące gdzie w dokumentacji samochodu jest to zawarte.

Zamawiający zaprzecza także jakoby dopuścił się naruszenia przepisów, o których mowa powyżej. Faktem jest, że Wykonawca dołączył do oferty referencje podmiotu trzeciego za pomocą którego wykazał spełnienie warunku doświadczenia. Faktem jest także, że te referencje były potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się z treści § 7 ust. 2 ww rozporządzenia wcale nie wynika obowiązek potwierdzania takich referencji wyłącznie przez podmiot na zasobach którego wykonawca polega. W tym miejscu Zamawiający podkreśla, że dokonując interpretacji powoływanego powyżej przepisu rozporządzenia należy wziąć pod uwagę przede wszystkim cel jakiego ma służyć poświadczanie dokumentu za zgodność z oryginałem. Czynność potwierdzenia za zgodność z oryginałem stanowi oświadczenie wiedzy osoby jej dokonującej. Poprzez opatrzenie dokumentu klauzulą „potwierdzam za zgodność z oryginałem” oraz złożenie podpisu osoba go składająca stwierdza, iż widziała oryginał dokumentu i oświadcza, iż podpisana przez niego kopia jest tożsama z oryginałem. W świetle tego nie powinno mieć znaczenia, kto potwierdza te dokumenty. Istotny powinien być nie status podmiotu, ale wiedza przez niego powzięta w zakresie istnienia i treści oryginału. Wydaje się nie tylko możliwe, ale również nierzadko spotykane, iż wykonawca sporządzający ofertę kompletuje oryginały dokumentów pochodzących od innych podmiotów, sporządza z nich kopię, a następnie potwierdza je za zgodność z oryginałem. Ponadto należy podkreślić, że Ustawodawca użył w przepisie łącznika „lub”. Użycie owego spójnika w zdaniu zgodnie z zasadami logiki zarówno matematycznej jak i prawniczej oznacza, że mamy do czynienia z alternatywa łączną. Alternatywa zaś łączna polega na tym, że jest ona zawsze prawdziwa za wyjątkiem jednej jedynej sytuacji - gdy wszystkie wyrażenia alternatywy są fałszywe. Wobec powyższego właściwa interpretacja powyższego przepisu polega na tym, że skoro ustawodawca użył spójnika lub, to powyższe oznacza, że dokument jest właściwie potwierdzony za zgodność z oryginałem zarówno w sytuacji, poświadczania tego dokonuje tylko wykonawca, zarówno Wykonawca jak i podmiot na rzecz którego ów dokument był

wystawiony jak również tylko podmiot na rzecz którego ów dokument był wystawiony. Gdyby intencją ustawodawcy było takie rozumienie przepisu jak to opisuje w odwołaniu odwołujący, to zamiast spójnika „lub” użyłby spójnika właściwego dla alternatywy rozłącznej. Także z użycia w przepisie dwukrotnie słów „odpowiednio” nie powoduje, że uprawniona jest taka wykładnia przepisu, która prowadziłaby do wniosków niezgodnych z zasadami logiki matematycznej i logiki prawniczej. Celem wykładni jest ustalenie właściwej treści norm prawnych zawartych w przepisach prawnych. Dopiero to właściwe ustalenie spowoduje, że rozstrzygnięcie konkretnej sprawy przez organ, który stosuje prawo będzie należyte. Wykładnia służy zatem usuwaniu wątpliwości dotyczących treści normy prawnej. Celem wykładni nie jest tworzenie nowych norm prawnych, a właściwe ich odczytywanie z przepisów. Wykładnia ma miejsce wówczas, kiedy mamy do czynienia z niejasnymi przepisami, wieloznacznymi z przypisami które mogą być wzajemnie sprzeczne. Wobec występujących w orzecznictwie KIO rozbieżności, koniecznym w niniejszej sprawie jest dokonanie stosownej wykładni przepisu. Owa wykładnia musi prowadzić do rezultatu zgodnego z celem w jakim wprowadzono instytucje poświadczania dokumentu za zgodność z oryginałem. Z uwagi na powyższe także ten zarzut podniesiony przez Odwołującego się jest bezzasadny.

Przystępujący podniósł, iż w pełni i zdecydowanie przychyła się do stanowiska Odwołującego, iż wszelkiego rodzaju dostawy ale i również świadczone usługi zawsze bezwzględnie muszą być realizowane w poszanowaniu wartości zarówno życia i zdrowia ludzkiego ale i również nie mogą przez nieprawidłowe funkcjonowanie narażać na szkody lub zagrażać mieniu. Wskazane przez Odwołującego argumenty odnoszące się do tzw. ryzyka zaistnienia szkód w mieniu oraz stworzenie bezpośredniego narażenia życia ludzkiego stanowią nie fakt a jedynie domniemanie zaistnienia szkód i stworzenie ryzyka, które dodatkowo ma na celu zdyskredytowanie naszej firmy dla osiągnięcia korzyści Odwołującego. Odwołujący przywołuje i odnosi się również do posiadanego przez siebie zatwierdzenia produkowanych testerów tarcia przez Międzynarodową Organizację Lotnictwa Cywilnego ICAO, które pozyskał w latach 90-tych. Zatwierdzenie to dotyczyło rozwiązań technologicznych, które po ponad dwudziestoletnim okresie są przestarzałe i nie gwarantują skuteczności metrologicznej na najwyższym światowym poziomie. Postęp technologiczny jaki został osiągnięty w ciągu dwóch dekad, determinuje stosowanie najnowocześniejszej aparatury i czujników pomiarowych w produkowanych rozwiązaniach technologicznych.

Istotne jest przede wszystkim to, że obecnie ICAO nie wydaje dokumentów zatwierdzających czy certyfikujących urządzenia będące przedmiotem zamówienia, na co dołączamy stosowny dowód (Załącznik nr 1), ponieważ organizacja ta, nie jest wyspecjalizowanym laboratorium kontrolno-pomiarowym, a jedynie międzynarodową

jednostką administracyjną dla lotnictwa cywilnego. Podczas rozmów telefonicznych z ICAO Kanada, ICAO Francja oraz w korespondencji mailowej z dnia 12.03.2014 r. (Załącznik 1) otrzymaliśmy informację, że zgodnie z Konwencją o Międzynarodowym Lotnictwie Cywilnym przepisy ICAO stanowią podstawę przepisów krajowych. W związku z powyższym należy konsultować się z odpowiednim Urzędem Lotnictwa Cywilnego w Polsce i ich decyzja jest wiążąca. Dodatkowo należy podkreślić, że w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający wskazał na konieczność zatwierdzenia (certyfikacji) urządzeń do pomiaru współczynnika tarcia dla nawierzchni lotniskowych wydanego przez Urząd Lotnictwa Cywilnego z siedzibą w Warszawie. Wobec spełnienia wymogu postawionego przez Zamawiającego oraz powołując się na informacje uzyskane z ICAO, nasza firma w okresie przed terminem składania ofert, uzyskała dokument z Urzędu Lotnictwa Cywilnego (Załącznik nr 2), z którego jednoznacznie wynika, że urząd ten ani nie wydaje, ani nie certyfikuje, ani też nie zatwierdza urządzeń pomiarowych, jak również innych rozwiązań technologicznych, zwracając jednocześnie uwagę, że zapewnienie najwyższej jakości jak i nadzór nad procesem produkcji i wdrożenia, pozostaje w kompetencjach producenta.

Jako producent oferowanych rozwiązań musimy wskazać, że każde elektroniczne komponenty składowe mające nawet najmniejszy wpływ na precyzję i prawidłowe funkcjonowanie urządzenia, poddawane jest kalibracjom i kontrolom metrologicznym (wzorcowanie) wyspecjalizowanym jednostkom zewnętrznym posiadającym stosowną aparaturę pomiarową. Są to akredytowane przez PCA wyspecjalizowane laboratoria badawcze przy jednostkach naukowych i Okręgowe Urzędy Miar. Pierwszą i zasadniczą formą kontroli zarówno wyspecjalizowania naszej jednostki jako jednostki produkcyjnej w zakresie kontroli jakości i nadzoru jest wydany w roku 2014 - aktualny Certyfikat. Został on wydany przez jedyną w Polsce akredytowaną w tym zakresie jednostkę państwową - Zakład Systemów Jakości i Zarządzania jako Wojskowe Biuro Standaryzacji regulujące zasady działalności normalizacyjnej i jakościowej w resorcie Obrony Narodowej. Jednostka ta posiada kompetencje w zakresie weryfikacji i potwierdzania stosowania zasad jakości i nadzoru przy produkcji i dostawach dla Sił Zbrojnych RP. Audyt certyfikujący, który zakończył się w tym roku, potwierdza wydanie przez w/w jednostkę stosownego certyfikatu, który dodatkowo wskazuje na możliwość realizacji dostaw, wdrożeń i szkoleń z wąskiego i specjalistycznego zakresu w którym wymienione zostały z nazwy cztery urządzenia - w tym właśnie tester tarcia dla nawierzchni lotniskowych.

Ostatnim zarzutem jaki wniósł Odwołujący jest brak posiadania badań porównawczych, które określił Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uzasadnienie tego stanu rzeczy dotyczy rzeczy niemożliwej do zrealizowania przez żadnego z wykonawców. Wynika to z faktu, iż każda specjalistyczna jednostka pomiarowa jaką są m.in. testery tarcia, musi być walidowana w tzw. pełnej konfiguracji (działająca jako

kompletne urządzenie zintegrowane z nośnikiem - w tym przypadku z pojazdem dostosowanym na potrzeby prawidłowego funkcjonowania całego systemu). Testy porównawcze i proces walidacji całego systemu może się odbyć wyłącznie na konkretnych jednostkach pomiarowych a nie na tzw. badaniach typu (seria urządzeń). Taka realizacja zamówienia, gwarantuje zachowanie najwyższej jakości. Należy nadmienić, że nasza firma uzyskała pisemną zgodę od zarządów polskich portów lotniczych i chęć wzięcia udziału w badaniach porównawczych dla równoczesnej weryfikacji precyzji uzyskiwanych parametrów śliskości nawierzchni. Oferowane Zamawiającemu urządzenia są produkowane na specjalne zamówienie według wytycznych Zamawiającego. Wyrób ten nie należy do seryjnej produkcji. Ocena zgodności będzie wykonana po jego wyprodukowaniu. Oznakowanie CE związane jest z potwierdzeniem (deklaracją) zgodności wymagań z określonym dokumentem odniesienia. Aby dokonać potwierdzenia zgodności z wymaganiami, urządzenie musi być poddane procesowi kalibracji, wzorcowaniu i procesowi sprawdzenia (testy). W SIWZ Zamawiający nic wymagał dołączenia do oferty oznaczenia CE. Zamawiający wymagał, żeby urządzenia posiadały oznakowanie CE w momencie ich dostarczenia.

Dodatkowo, w odniesieniu do zarzutu braku oznakowania CE jaki wniósł Odwołujący, należy w pierwszej kolejności odnieść się bezpośrednio do zasad oceny zgodności produkowanych wyrobów i nadawania im oznakowania CE obowiązującego w krajach Unii Europejskiej. Pod pojęciem oceny zgodności należy rozumieć sposób postępowania obowiązujący przy wprowadzaniu do obrotu lub oddawaniu do użytkowania wyrobów określonych w stosownych przepisach prawa. Ocena zgodności wykonywana jest w odniesieniu do stosownych dyrektyw w zakresie jakie obejmują swoim zapisom celowym.

Podsumowując, w świetle obowiązujących przepisów, badania typu dotyczą urządzeń mierniczych wskazanych w kategoriach przyrządów pomiarowych wg Dyrektywy MID - w szczególności urządzeń pomiarowych, będących w bezpośrednim obrocie handlowym (np. wagi sklepowe). Pozostałe urządzenia wymagają kontroli wzorcującej, kalibracyjnej i sprawdzającej. Oznakowania CE w takich przypadkach dokonuje producent urządzenia wystawiając stosowną deklarację zgodności.

Wskazana treść przytoczona przez Odwołującego nie ma odniesienia do stanu faktycznego. Odwołujący polemizuje, twierdząc iż nie posiadamy żadnego doświadczenia w serwisowaniu testerów tarcia. Jako producent oferowanego Zamawiającemu sprzętu gwarantujemy jego serwisowanie na poziomie, którego nie oferuje żaden autoryzowany serwis. Dysponujemy wiedzą na temat urządzenia niedostępną serwisom. Wskazana treść przytoczona przez Odwołującego nie ma odniesienia do stanu faktycznego. Nasza firma na etapie formułowania oferty pozyskała ofertę handlową od firmy Volkswagen na pojazdy wyprodukowane wg specjalnych wymagań, które charakteryzować się będą indywidualnymi

rozwiązaniami. Będą to pojazdy o typie nadwozia zgodnym z wymaganiami Zamawiającego-KOMBI oraz mocy silnika 170 KM.

Zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zarzut wniesiony przez Odwołującego nie odzwierciedla stanu faktycznego. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż Odwołujący jest firmą pośredniczącą w sprzedaży urządzeń będących przedmiotem zamówienia, należy zatem założyć, że jako pośrednik handlowy zagranicznego dostawcy dokona narzutu marżowego na zaoferowane urządzenia. Zatem uwzględniając argument przytoczony powyżej, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można domniemać, iż rzeczywista cena rynkowa tego rodzaju urządzeń będzie nawet niższa niż cena wynikająca z wybranej oferty. Koszty materiałowe, koszty komponentów elektronicznych, koszty pojazdów oraz koszty operacyjne z tytułu realizacji dostawy są niewspółmiernie niższe w stosunku do kwoty wynikającej z wybranej oferty. Pozostała wartość kontraktowa wynika z wypracowanego doświadczenia, posiadania wiedzy specjalistycznej w zakresie metodologii pomiarowej, zasad projektowania elektroniki i oprogramowania jak również kompleksowego know-how. Nie dające się bezpośrednio przeliczyć wartości niematerialne stanowią ponad 50% wartości ceny kontraktowej, zapewniając przy tym jednocześnie godziwe wynagrodzenie. Ujęte automatycznie w tzw. wartościach niematerialnych środki stanowiące część ceny kontraktowej gwarantują: terminowe zrealizowanie kontraktu ze względu na większą swobodę o możliwość sprawniejszego działania, w sposób całkowicie pokrywa koszty całkowite, własne oraz zapewnia wygenerowanie zysku na bardzo wysokim poziomie. Cena zawarta w ofercie została skalkulowana w sposób rzetelny i w oparciu o aktualny poziom cen rynkowych kosztów składowych. Jako dowód przedkładamy ofertę na dostawę zasadniczych komponentów składowych testerów tarcia, tj. pojazdów samochodowych produkowanych na specjalne zamówienie w oparciu o indywidualną specyfikę dostawy.

Odnosząc się do interpretacji i orzecznictwa przytoczonego przez Odwołującego, w którym Izba wskazuje na konieczność zawezwania do złożenia wyjaśnień przez wykonawców w przypadkach wątpliwych, należy podkreślić, iż interpretacja Izby nie precyzuje w sposób jednoznaczny wartości procentowej oferty odbiegającej zarówno od ceny, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia ani od cen innych oferentów. W świetle aktualnego orzecznictwa KIO, należy zatem rozumieć, że pozostawiono tę kwestię do indywidualnego rozeznania przez zamawiających i zawezwania wykonawców w przypadkach rzeczywiście rażąco niskiej ceny a z kolei nie stawia bezwzględnego wymogu na zamawiającym o zawezwania do złożenia wyjaśnień. Wobec powyższego oraz w świetle złożonego dowodu, nie ma podstaw do uznania, że cena wybranej oferty nosi znamiona rażąco niskiej ceny.

Zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, pomimo iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie

wymaganego doświadczenia. W odniesieniu do powyższego zarzutu podtrzymujemy stanowisko Zamawiającego, iż przedstawiciel firmy Pneumotechnika Sp. z o.o. może potwierdzić za zgodność z oryginałem referencje udostępnione przez firmę Stal Sp. z o.o., która oddaje nam do dyspozycji swoją wiedzę i doświadczenie. Nadmieniamy, iż firma Stal Sp. z o.o. będzie naszym podwykonawcą. Jednakże w celu oddalenia powyższych zarzutów dołączamy w/w dokumenty potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu firmy Stal Sp. z o.o.

W świetle przedstawionej argumentacji, jak podano w punktach powyżej oraz z załączonych dowodów wynika, że zarzut, który wniósł Odwołujący dotyczący odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza nie ma uzasadnienia.

W świetle przedstawionej argumentacji, jak podano w punktach powyżej oraz z załączonych dowodów wynika, że nie ma uzasadnienia zarzut, który wniósł Odwołujący dotyczący odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pneumotechnika, pomimo iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała za bezzasadny.

Odwołujący podnosząc wskazany zarzut odnosi swoją argumentację do dwóch pól niezgodności. Pierwsze pole to brak zatwierdzeń, drugie pole to brak certyfikatu CE. W odniesieniu do braku certyfikatu CE odwołujący podnosi, że oferowane przez przystępującego urządzenie, jako niesprawdzone na lotniskach nie może legitymować się posiadaniem takiego certyfikatu. Jednakże Izba zwraca uwagę, co podnosił również zamawiający, że oferowane urządzenie musi posiadać stosowny certyfikat w chwili przekazania go do odbioru do użytkowania. Na etapie składania ofert zamawiający nie wymagał legitymowania się posiadaniem takiego certyfikatu, gdyż możliwy jest on do uzyskania dopiero po wyprodukowaniu urządzenia i przeprowadzenia stosownych testów. Odwołujący nie udowodnił, że do planowanej daty dostawy nie jest możliwe pozyskanie takiego certyfikatu, zakładając jedynie, że procedura jego pozyskania jest długotrwała i pracochłonna. W związku z czym należało uznać, że zarzut w tym zakresie nie został udowodniony.

Odnosząc się zaś do zarzutu dotyczącego braku zatwierdzeń to wskazać należy, że analogicznie jak do certyfikatu, zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie postawił wymogu posiadania takiego zatwierdzenia na etapie składania ofert. Zamawiający udzielając odpowiedzi na jedno z pytań wykonawców (pismo z dnia 17 marca 2014 roku) wskazał, że „w przypadku oferowania urządzenia do pomiaru szorstkości (tarcia)

nawierzchni spoza wykazu zawartego w załączniku 14 ICAO-Lotniska, urządzenie to musi posiadać potwierdzenie zgodności wykonywania pomiarów szorstkości (tarcia) nawierzchni wg. przepisów ICAO i FFA wydane przez Urząd Lotnictwa Cywilnego (...).” Powyższe oznacza, że zamawiający dopuścił złożenie oferty na inne urządzenia niż te wymienione w załączniku 14 ICAO. W związku z czym przystępujący miał prawo do zaoferowania innego urządzenia pod warunkiem przeprowadzenia odpowiednich testów i pomiarów, a dokumentacja z wynikami badań porównawczych ma zostać umieszczona w dokumentacji wyprodukowanego urządzenia. Skoro zatem, na dzień złożenia oferty zamawiający nie wymagał posiadania gotowego i wyprodukowanego urządzenia opatrzonego stosownymi dokumentami i certyfikatami, to nie sposób dowodzić, że na dzień składania ofert niewyprodukowane i niecertyfikowane urządzenie nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie udowodnił również, że nie jest możliwe do uzyskania przez przystępującego poświadczenie Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego. Z dokumentu (pisma) ULC Departament Lotnisk z dnia 15 maja 2014 roku, przedłożonego przez odwołującego wynika jedynie, że *ULC nie prowadzi badań akredytacyjnych dla urządzeń dokonujących pomiaru przyczepności*. Podobne wnioski wypływają z innego pisma ULC z dnia 19 marca 2014 r. (w aktach postępowania), z którego wynika, iż *„Zgodnie z ustawą Prawo Lotnicze, Prezes Urzędu Lotnictwa Cywilnego nie ma kompetencji do certyfikowania bądź orzekania w inny sposób o zgodności urządzeń pomiarowych do badania współczynnika tarcia nawierzchni lotniskowych z przepisami ICAO.”*

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, w jakim zakresie i które konkretnie postanowienie oferty przystępującego pozostaje w sprzeczności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pozostając jedynie w sferze domysłów i hipotetycznych (przyszłych i niepewnych) założeń, które nie znajdują swojego odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania.

Tym samym zarzut odwołującego uznać należało za niezasadny.

Izba bez rozpoznania pozostawiła zarzuty wycofane przez odwołującego, tj. zarzut dotyczący serwisu oraz niewłaściwego typu pojazdu.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Pneumotechnika do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pneumotechnika, pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, Izba uznała za bezzasadny.

Zdaniem Izby, odwołujący w żaden sposób chociażby nie uprawdopodobnił okoliczności, że przedstawiona w ofercie przystępującego cena jest rażąco niska. A to dopiero takie uprawdopodobnienie może stanowić podstawę do uznania zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp za zasadny. W przeciwnym przypadku, ogólne twierdzenia i hipotetyczne założenia nie mogą znaleźć uznania u Izby, tym bardziej nie mogą stanowić dowodu na okoliczność stawianego zarzutu. Nie może również stanowić podstawy do uznania zarzutu za zasadny argument niewłaściwego oszacowania wartości zamówienia. Czynność oszacowania wartości zamówienia jest bowiem odrębną czynnością w postępowaniu nie mogącą wpływać na ocenę, czy cena przedstawiona w ofercie nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pozwala zamawiającemu, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócić się do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień. Powyższe oznacza, że przedmiotem wyjaśnień mogą być wątpliwości zamawiającego w zakresie zaoferowanej ceny ofertowej odnoszącej się do przedmiotu zamówienia rozumianego jako przedmiotu opisanego przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – jak w niniejszym postępowaniu - przedmiotu dostawy. Odwołujący nie udowodnił, że przedmiot oferty przystępującego nie jest możliwy do spełnienia za podaną w ofercie cenę. Dlatego też zarzut powyższy należało uznać za bezzasadny.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia Pneumotechnika, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała za bezzasadny.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, gdyż zgodnie z opisanym przez zamawiającego warunkiem dotyczącym posiadanej wiedzy i doświadczenia przedłożył zobowiązanie do oddania zasobów wiedzy i doświadczenia oraz przedłożył referencje (poświadczenia), potwierdzające ich prawidłową realizację. Treść wskazywanego zobowiązania, jak też treść rzeczonych referencji nie budziła u odwołującego zastrzeżenia. Odwołujący podniósł, że przystępujący, jako wykonawca samodzielnie potwierdził „za zgodność z oryginałem” referencje dotyczące podmiotu trzeciego, co z kolei niezgodne jest z § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z

2013 r., poz. 231). W ocenie Izby przedmiotowe rozporządzenie wydane w trybie delegacji art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, określa zarówno rodzaje dokumentów oraz formę w jakiej mają być te dokumenty składane. W przedmiotowym postępowaniu odwołujący nie kwestionuje złożonego dokumentu (jego treści), a jedynie jego formę. W ocenie Izby § 7 ww. rozporządzenia określa wymogi formalne, które winny być spełnione w zakresie dokumentów składanych przez wykonawców. W utrwalonym już orzecznictwie przyjęło się, że błędy formalne oferty nie mogą stanowić o jej sprzeczności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uwzględniła zarzut podniesiony przez odwołującego z ostrożności, dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże Izba stwierdziła, że pozostaje on bez wpływu na wynik postępowania. Stanowisko takie Izba przyjęła uwzględniając okoliczność, iż odwołujący nie kwestionował merytorycznej treści złożonych zobowiązań i referencji, a jedynie ich formę oraz fakt, iż przystępujący na rozprawie przedłożył kwestionowane referencje potwierdzone przez organ do takich czynności umocowany, tj. przez dysponenta tych referencji, firmę Stal sp. z o.o. Bezzasadnym bowiem byłoby nakazywanie zamawiającemu wzywania przystępującego do złożenia dokumentu, którym zamawiający już dysponuje (tzw. ekonomika procesowa).

Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pneumotechnika, pomimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba uznała za bezzasadny. Wskazany przepis nakłada bowiem obowiązek na zamawiającego polegający na odrzuceniu oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Forma gramatyczna omawianego przepisu odnosi się bowiem do czasu przeszłego, co oznacza, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, znajduje swoje zastosowanie do trybów dwuetapowych (takich, jak np. przetarg ograniczony), gdzie w pierwszym etapie dokonywana jest ocena formalno-prawna wykonawcy. Wynik tej oceny decyduje o zakwalifikowaniu bądź też nie, do dalszego etapu, tj. zaproszenia do składania oferty. Przedkładając powyższe na grunt omawianego przepisu wskazać należy, że znajduje on swoje zastosowanie właśnie do trybów dwuetapowych, gdyż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. pierwszy etap postępowania dwuetapowego zakończył się wynikiem negatywnym dla wykonawcy (został wykluczony z postępowania), a mimo to wykonawca ten złożył ofertę. Druga z okoliczności, to sytuacja, w której wykonawca pozytywnie przeszedł pierwszy etap (nie został wykluczony), ale ze względu za ograniczoną (wskazaną w ogłoszeniu o zamówieniu) liczbę wykonawców zaproszonych do składania ofert (drugi etap) nie został zaproszony do

złożenia oferty, a mimo to złożył ofertę. Taka okoliczność wymusza na zamawiającym zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie obowiązku odrzucenia oferty, złożonej przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert.

W wyniku powyższych ustaleń, za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: