

**WYROK**

**z dnia 6 grudnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Marek Koleśnikow**

**Daniel Konicz**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 22 listopada 2017 r. oraz na rozprawie w dniu 1 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia w Zielonce, Autocomp Management Sp. z o.o. w Szczecinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. w Radomiu, Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Urządzeń Mechanicznych „OBRUM” Sp. z o.o. w Gliwicach zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Inspektoratowi Uzbrojenia w Warszawie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. w Radomiu, Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Urządzeń Mechanicznych „OBRUM” Sp. z o.o. w Gliwicach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwanie wykonawcy Vitrociset S.p.A. w Rzymie do

uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, pozostałe zarzuty uznaje za niepotwierdzone;

2. kosztami postępowania obciąża Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia w Zielonce, Autocomp Menagement Sp. z o.o. w Szczecinie tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Inspektoratu Uzbrojenia w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia w Zielonce, Autocomp Menagement Sp. z o.o. w Szczecinie kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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

Zamawiający – Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa wirtualnego systemu taktycznego pola walki” (nr postępowania: IU/61/X-36/ZO/POOiB/DOS/SS/2016). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 kwietnia 2016 r. pod numerem 2016/S 072-125934. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia w Zielonce oraz Autocomp Management Sp. z o.o. w Szczecinie wnieśli odwołanie 9 listopada 2017 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania. Odwołanie zostało wniesione wobec:

1. czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. oraz Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Urządzeń Mechanicznych „OBRUM” Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum PGZ”);

2. zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum PGZ oraz odrzucenia oferty Konsorcjum PGZ;

3. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Vitrociset S.p.A. (dalej: „Vitrociset”) oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy;

4. odrzucenia oferty Odwołującego.

Wskazanym czynnościom i zaniechaniom odwołujący zarzucił naruszenie:

A. W odniesieniu do Konsorcjum PGZ:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1-2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PGZ, jako zawierającej cenę rażąco niską oraz z uwagi na brak złożenia jakichkolwiek dowodów dowodzących realności ceny, a także fakt, iż treść złożonych przez Konsorcjum PGZ wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PGZ, pomimo jest ona niekompletna i niezgodna z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), co potwierdza w szczególności treść wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum PGZ;

3. ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PGZ, mimo i zawiera ona błędy w obliczeniu ceny;

4. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PGZ, pomimo iż wykonawcy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz nie wykazali realnego udostępnienia zasobów podmiotów trzecich, a także złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania;

5. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 131 g ust. 3 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PGZ w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył oświadczenie w ofercie, że nie będzie korzystał z podwykonawstwa podmiotów, na których zasoby powołał się w celu wykazania przez Konsorcjum PGZ spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

B. W odniesieniu do wykonawcy Vitrociset i jego oferty:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Vitrociset z Postępowania pomimo faktu, że jego oferta wygasła wskutek nieprzedłużenia terminu związania ofertą;

2. art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 104 KC poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Vitrociset, mimo iż została podpisana przez osobę nie posiadającą umocowania do dokonania tej czynności;

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Vitrociset, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;

C. W odniesieniu do odwołującego i jego oferty:

- z ostrożności procesowej z uwagi na nową czynność odrzucenia oferty odwołującego zarzucam naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo iż treść tej oferty odpowiada treści SIWZ, względnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujące istotnych zmian w treści oferty;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum PGZ;
2. ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji wykluczenia z postępowania Konsorcjum PGZ oraz wykonawcy Vitrociset oraz odrzucenia ofert tych wykonawców;
3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;

Odwołujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, w tym dowodów z dokumentów powołanych w odwołaniu oraz dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, a także przedłożonych na rozprawie – na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz na rozprawie.

Wykonawcy Konsorcjum PGZ oraz Vitrociset przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu 22 listopada 2017 r. nie stawił się przystępujący Vitrociset. W związku z ustaleniem, że wykonawca ten nie został prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, wyznaczono następny termin – 1 grudnia 2017 r. Pismem z 30 listopada 2017 r. Vitrociset oświadczył, że odstępuje od zgłoszonego przystąpienia.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie zostało rozpoznane na podstawie przepisów ustawy obowiązujących w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a więc z pominięciem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Zgodnie bowiem z art. 16 ust. 1 ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg do sądów wniesionych w tych postępowaniach stosuje się przepisy dotychczasowe.

Izba zważyła, że powołane oświadczenie wykonawcy Vitrociset należy uznać za cofnięcie przystąpienia. Jakkolwiek ani ustawa, ani rozporządzenie w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań nie regulują kwestii wycofania oświadczeń złożonych w toku postępowania przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, za wyjątkiem oświadczenia o wycofaniu odwołania, to uznać należy, że oświadczenia cofające wcześniejsze oświadczenia procesowe – składane przez zamawiającego i przystępującego – są dopuszczalne w postępowaniu odwoławczym i wywierają skutki prawne, stanowią bowiem wyraz woli podmiotu, który sam kształtuje swoją sytuację procesową. Wycofanie złożonego oświadczenia, zgodnie z którym wykonawca odstępuje od przystąpienia, jest zatem wycofaniem przystąpienia. Oznacza to, że wykonawca taki – w okolicznościach sporu Vitrociset – nie bierze udziału w sporze zawisłym przed Krajową Izbą Odwoławczą i odstępuje od możliwości odparcia zarzutów odwołania, które zostały skierowane przeciw niemu. Na podkreślenie zasługuje jedynie w tym kontekście, że w takiej sytuacji orzeczenie wydane przez Izbę będzie dotyczyć Vitrociset, gdyż wycofanie przystąpienia samo w sobie nie ma znaczenia dla zakresu rozpoznania zarzutów odwołania. Znaczenie dla zakresu rozpoznania odwołania ma uwzględnienie zarzutów odwołania przez zamawiającego albo wycofanie zarzutów przez odwołującego. W rozpoznawanej sprawie takie oświadczenia nie zostały złożone.

Ustalono również, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, jednak nie wszystkie zarzuty mogą być rozpoznane na rozprawie. Wyrokiem z 18 października 2017 r. w sprawie KIO 2062/17, Izba uwzględniła odwołanie Konsorcjum PGZ i nakazała zamawiającemu

unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie badania o oceny ofert złożonych w postępowaniu. Uzasadnienie orzeczenia na stronie 17 zawiera stwierdzenie, że „Zamawiający powinien był uznać (oświadczenie odwołującego przyp. Izby) jako niezgodność oferty z treścią SIWZ i odrzucić ofertę na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp”. Ocena składu orzekającego została zatem wyrażona czytelnie – zamawiający powinien odrzucić ofertę odwołującego. To, że ocena ta nie znalazła odzwierciedlenia w pkt 1 sentencji orzeczenia, nie powoduje, że kwestia zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ może być przedmiotem badania w kolejnym postępowaniu odwoławczym. W uchwale wydanej w sprawie III CZP 111/15 Sąd Najwyższy ocenił, że pomimo powinności rozstrzygnięcia przez Izbę o wszystkich zarzutach odwołania w sentencji wyroku, wykonawcy przysługuje skarga do sądu okręgowego, jeśli niekorzystna dla niego ocena została zawarta w uzasadnieniu orzeczenia. W związku z tym należy uznać, że art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp sprzeciwia się temu, aby ponownie badać zarzuty, które zostały już rozstrzygnięte przez Izbę, niezależnie od tego czy rozstrzygnięcie znalazło się w pkt 1 sentencji, czy zostało wyrażone w uzasadnieniu wyroku.

W pozostałym zakresie odwołanie podlega rozpoznaniu. Odwołujący kwestionuje nową czynność w postępowaniu, czynność wyboru oferty przystępującego, której zamawiający dokonał po raz pierwszy i wniósł odwołanie z zachowaniem 10-dniowego terminu od przesłania przez zamawiającego informacji o tej czynności. Brak jest dostatecznych podstaw jurystycznych dla uznania, że zarzuty wobec oferty przystępującego odwołujący powinien podnieść wcześniej w związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyborze oferty odwołującego. Wprowadzenie przez ustawodawcę w roku 2010 zasady liczenia terminu na wniesienie odwołania od dnia przesłania przez zamawiającego informacji o dokonanej czynności zredefiniowało zasadę koncentracji środków ochrony prawnej wypracowaną przez orzecznictwo wydane na gruncie przepisów ustawy, które jako podstawę do liczenia terminu na wniesienie odwołania statuowały dzień powzięcia lub możliwości powzięcia przez wykonawcę informacji o czynności lub zaniechaniu zamawiającego uzasadniających wniesienie odwołania, co powoduje nietrafność żądania odrzucenia odwołania w całości na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako wniesionego po upływie terminu określonego ustawą.

Kolejno ustalono, że odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Mimo odrzucenia złożonej przez niego oferty odwołujący pozostaje wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia. Odwołujący złożył skargę do sądu okręgowego od wyroku Izby w sprawie KIO 2062/17, co jest to wystarczające dla uznania, że odwołujący

nie utracił statusu wykonawcy w postępowaniu i ma szansę na uzyskanie zamówienia, zwłaszcza że pierwotnie zamawiający uznał ofertę odwołującego za najkorzystniejszą. Fakt, że odwołujący nie opłacił jeszcze skargi, nie ma znaczenia, gdyż na dzień wyrokowania przez Izbę w tym postępowaniu odwoławczym odwołujący jest wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu i wnosi odwołanie w celu uzyskania zamówienia dla siebie. Odwołujący ma interes w kwestionowaniu czynności wyboru oferty Konsorcjum PGZ jako najkorzystniejszej, gdyż czynności ta grozi poniesieniem przez niego szkody.

Zdaniem składu orzekającego art. 179 ust. 1 Pzp nie może podlegać wykładni zawężającej, która w okolicznościach sporu prowadziłyby do braku możliwości kontroli czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i tym samym otwierałaby furtkę do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, która zagrożona byłaby unieważnieniem (art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp). Pojęcie „danego zamówienia”, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp nie może być zatem utożsamiane z zamówieniem uzyskanym w ramach badanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale zgodnie z definicją zamówienia publicznego wskazaną w art. 2 pkt 13 Pzp. Na taki kierunek interpretacji wskazują orzeczenia TSUE z 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13, z 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 oraz z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16. Omawiana wykładnia art. 179 ust. 1 Pzp kształtuje się również w orzecznictwie KIO, jest wyrażona w orzeczeniach wydanych w sprawach KIO 1556/16, KIO 2395/16, 2099/16, KIO 1254/17, KIO 1267/17, KIO 1251/17, KIO 1356/17.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie podniesione w nim zarzuty okazały się zasadne.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp znalazł potwierdzenie, czego konsekwencją jest również stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z protokołem postępowania wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 29.989.585 zł, co stanowi równowartość 7.183.306 euro.

W postępowaniu złożono trzy oferty z cenami odpowiednio:

1. Odwołujący – 28.050.765 zł;
2. Przystępujący – 24.957.315;
3. Vitrociset S.p.A. – 36.815 zł (netto).

Przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 36.883.500 zł.

Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, pismem z 28 sierpnia 2017 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia odpowiednich dokumentów

dotyczącej ceny oferty. Wskazał, że cena oferty przystępującego jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia. Zamawiający żądał odniesienia się przez wykonawcę do wszystkich aspektów mających wpływ na cenę oferty i zawierać szczegółowe kalkulacje kosztów realizacji poszczególnych etapów umowy. Zamawiający żądał również wskazania wszystkich kosztów koniecznych do poniesienia przez wykonawcę, w tym:

- kosztów nakładów materiałowych i rzeczowych;
- kosztów pracy;
- zakładanego zysku;
- innych kosztów ponoszonych przez wykonawcę (kosztów ubezpieczenia, szkoleń, gwarancji, dostaw).

Zamawiający oświadczył, że oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki dotyczące wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W odpowiedzi udzielonej pismem z 31 sierpnia 2017 r. przystępujący wskazał, że cena jego oferty nie odbiega od ceny podanej przez OBRUM Sp. z o.o. w czasie dialogu technicznego w 2015 r. Powołał się na prace studialne i analizy prowadzone od roku 2014, wypracowane kontakty techniczno-handlowe pozwalające opracować optymalne rozwiązanie techniczne oraz zoptymalizować ceny komponentów systemów Wirtualnego Systemu Taktycznego Pola Walki. Przystępujący opisał przeznaczenie i zadania systemu, oświadczył, że zapewni dodatkowe możliwości treningowe oraz dokonał ich charakterystyki. Przedstawił również sposób zagospodarowania poszczególnych elementów systemu w pomieszczeniach, oraz opisał funkcję tych pomieszczeń. Wskazał ponadto, że do realizacji projektu Wirtualnego Systemu Taktycznego Pola Walki wyznaczył zespoły z własnych pracowników, których średnie wynagrodzenie przekracza średnią krajową oraz podał specjalności i liczbę pracowników w poszczególnych specjalnościach.

Wskazał ponadto, że blisko 50-letniemu doświadczeniu OBRUM Sp. z o.o. zaplanował realizację projektu w zakresie niezbędnej pracochłonności i opracował szczegółową kalkulację ze wskazaniem kosztów zgodnie z głównymi wymaganiami SIWZ. Koszty zostały przedstawione przez przystępującego w tabeli podzielonej na grupy:

1. Koszty pracy, w której wskazano zakresy i koszty realizowanych prac;
2. Koszty nakładów materiałowych i rzeczowych;
3. Inne koszty;
4. Zysk.

Zakres nakładów materiałowych i rzeczowych został scharakteryzowany w następujący sposób:



1. Wyposażenie żołnierza – 12 kompletów;
2. Repliki broni – 12 kompletów;
3. Wyposażenie Sali szkoleniowej;
4. JTAC/Operator broni ciężkiej;
5. Snajper/obserwator;
6. Sala AAR;
7. Pomieszczenie instruktora;
8. Pomieszczenie obsługowe;
9. Serwerownia;
10. Licencja oprogramowania zewnętrznego;
11. Pozostałe.

Opis przedmiotu zamówienia w zakresie liczby zamawianego asortymentu zamawiający zawarł w WZTT w pkt A.3. ppkt 1). Wskazał tam, że w skład WSTPW powinny wchodzić wymienione rodzaje replik broni strzeleckiej i grantów oraz podał ich liczbę. Poszczególne rodzaje broni zostały opisane pod literami od a). do i). Zamawiający wymagał zaoferowania w pkt od a) do g) po 12 kompletów broni, w h)-j) po 6 kompletów. Łączna liczba kompletów wynosi zatem 96.

Art. 90 ust. 3 Pzp nakazuje odrzucenie oferty, gdy wykonawcy wezwany do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę nie złożył wyjaśnień albo złożone wyjaśnienia potwierdzają rażąco niski charakter ceny oferty. Orzecznictwo wypracowało pogląd, że złożenie wyjaśnień niedostatecznych, zbyt ogólnych, nieadekwatnych do wezwania zamawiającego jest zrównane z brakiem złożenia wyjaśnień w ogóle, to znaczy w obu przypadkach oferta podlega odrzuceniu.

Przystępujący nie złożył wyjaśnień potwierdzających prawidłowość obliczenia ceny oferty. Pismo z 31 sierpnia 2017 r. w części opisowej zawiera wyłącznie stwierdzenia o charakterze ogólnym, które charakteryzują każdego wykonawcę zainteresowanego zamówieniem i w żaden sposób nie uzasadniają ceny oferty przystępującego, zwłaszcza przy uwzględnieniu, że przystępujący zaoferował zamawiającemu rozwiązania prototypowe. Prace studialne i analizy prowadzić powinien każdy wykonawca działający w tym obszarze rynku, choć ich zakres różnicują doświadczenie i możliwości organizacyjno-finansowe poszczególnych wykonawców. Podobnie każdy wykonawca działający w branży ma wypracowane kontakty techniczno-handlowe. Nie zostało w żaden sposób wykazane w treści złożonych wyjaśnień, że relacje techniczno-handlowe przystępującego mają jakiś szczególny, wyróżniający charakter, ani tym bardziej ich znaczenie dla cen komponentów systemów Wirtualnego Systemu Taktycznego Pola Walki. Wiedza co do przeznaczenia i zadań systemu oraz posiadanie wyspecjalizowanej kadry to elementarne podstawy umożliwiające złożenie oferty, a opisane dodatkowe możliwości treningowe uznać należy za

element autopromocji wykonawcy pozostający bez związku z żądaniem zamawiającego złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę. Nie sposób też powiązać sposobu zagospodarowania poszczególnych elementów systemu w pomieszczeniach z przewagą cenową przystępującego. Blisko 50-letnie doświadczenie OBRUM Sp. z o.o. nie zostało bliżej scharakteryzowane w treści wyjaśnień brak jest podstaw do uznania, że ma ono wpływ na cenę oferty przystępującego.

Konkludując, w ocenie Izby przystępujący w części opisowej wyjaśnień nie powołał żadnych obiektywnych i indywidualizujących go czynników, co powoduje negatywną ocenę wyjaśnień z zastosowaniem dyrektyw wynikających z art. 90 ust. 2 Pzp. Przystępujący nie wykazał ani oszczędności wykonania zamówienia, ani też, że wybrane rozwiązania techniczne lub wyjątkowo sprzyjające warunki dotyczące wykonania zamówienia uzasadniają cenę jego oferty.

Pogląd o niedostateczności wyjaśnień przystępującego wzmocnia również to, że – wbrew wymaganiom zamawiającego – nie przedstawił on szczegółowych kosztów poszczególnych etapów realizacji umowy. Ponadto ocena treści zamieszczonych w pkt 2 tabeli prowadzi do konstatacji, że przystępujący zaniżył liczbę kompletów broni wymaganych w SIWZ. Zamawiający oczekiwał 96 kompletów, a ze złożonych wyjaśnień wynika, że przystępujący wycenił 12 kompletów.

Przystępujący wskazał na rozprawie, że przyjął inne rozumienie pojęcia „komplet”. Jednak treść udzielonych wyjaśnień nie daje podstaw do takiego twierdzenia, to inne rozumienie nie zostało również wyjaśnione na rozprawie ani przez przystępującego, ani przez zamawiającego. Zdaniem Izby zmiana treści lub zakresu przedmiotowego pojęć, które zostały wskazane w SIWZ, jest niedopuszczalna. Art. 82 ust. 3 Pzp stanowi, że oferta powinna być zgodna z SIWZ, zatem zmiana wskazań zamawiającego co do sposobu ustalenia liczby zamawianej broni, ku czemu SIWZ nie dawała podstaw, stanowi również o niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ.

Zamawiający i przystępujący powołują się na ustalenia z okresu dialogu technicznego. Izbie nie są znane te ustalenia, ani też nie mogą być one przedmiotem rozważań w postępowaniu odwoławczym. Nie można tracić z pola widzenia, że postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje formalizm. Jego wyrazem jest m.in. zasada pisemności wyrażona w art. 9 ust. 1 Pzp. Służy ona transparentności działania zamawiającego wyrażającej się w tym, że to dokumentacja postępowania, jest podstawą do oceny czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu.

Dialog techniczny był prowadzony przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Sam dialog zgodnie z art. 31a ust. 1 Pzp ma na celu rozeznanie stanu rynku i pomoc zamawiającemu w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, nie jest elementem samego postępowania. Ustalenia dialogu nie są wiążące dla jego uczestników,

co potwierdza również fakt, że przystępujący obniżył cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia w stosunku do ceny podanej w czasie dialogu.

Nie można pominąć, że przystępujący nie poparł złożonych wyjaśnień żadnym dowodem. Jakkolwiek sam brak załączenia dowodów do wyjaśnień nie uzasadnia odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, to jednak naraża wykonawcę, który rezygnuje ze złożenia dowodów potwierdzających prawidłowość ceny jego oferty na ryzyko. Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 1a Pzp obowiązek dowodowy co do poprawności obliczenia ceny oferty spoczywa na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień. Obowiązek ten powinien być zrealizowany w związku z wezwaniem zamawiającego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, a nie dopiero w postępowaniu odwoławczym (wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z 9 kwietnia 2010 r. IV Ca 1299/09). Izba nie uwzględniła zatem złożonego przez przystępującego dowodu w postaci oferty Novawind Military Solutions Sp. z o.o. w Warszawie, gdyż dowód ten powinien być złożony zamawiającemu. Izba ocenia czynność zamawiającego taką jaka była w momencie jej dokonania, a stan w postępowaniu był taki, że w wyjaśnieniach przystępującego – inaczej niż w treści oferty Novawind – nie zostały wskazane szczegółowo koszty i liczba poszczególnych rodzajów broni, ani też ceny realizacji poszczególnych etapów zamówienia. W konkluzji oferta Novawind jest spóźnioną próbą naprawienia braków wyjaśnień złożonych zamawiającemu, co nie może być uwzględnione.

Wbrew pogładowi przystępującego, brak jest podstaw do ponownego wzywania go do złożenia wyjaśnień, gdyż złożone przez niego wyjaśnienia są nieadekwatne do żądania zamawiającego, co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Ponowienie wyjaśnień może nastąpić w sytuacji, gdy wyjaśnienia odpowiadają żądaniu zamawiającego, ale istnieje potrzeba doprecyzowania ich elementów. W okolicznościach sporu przez ponowne wezwanie nie doszłoby do sprecyzowania informacji przekazanych w wyjaśnieniach, lecz do faktycznego ponowienia wyjaśnień, co pośrednio potwierdza treść oferty Novawind. Ponowienie wyjaśnień byłoby niecelowe również z tego względu, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Izba nie podzieliła natomiast poglądu, że wyjaśnienia należy uznać za niezłożone, gdyż podmiotem, który je złożył był spółkonsorcjant Obrum Sp. z o.o. Wyjaśnienia te zostały złożone jako załącznik do pisma przewodniego, które zostało podpisane przez lidera konsorcjum Polską Grupę Zbrojeniową S.A. w Radomiu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp znalazł potwierdzenie. W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przystępujący stosownie do art. 26 ust. 2b Pzp powołał się na zasoby innych podmiotów:

Cubic Global Defense w San Diego (USA) oraz Bohemia Interactive Simulations k.s. w Pradze (Czechy).

We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w załączniku nr 11 przystępujący podał, że wsparcie podwykonawców ma dotyczyć udzielenia referencji dostaw systemów oraz podwykonawstwa w zakresie uzgodnionym po zapoznaniu się z SIWZ. Zamawiający ocenił pozytywnie spełnianie przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu na podstawie wiedzy i doświadczenia Cubic Global Defense w San Diego (USA) oraz Bohemia Interactive Simulations k.s. w Pradze (Czechy), jednak żaden z tych podmiotów nie został wskazany jako podwykonawca w złożonej ofercie. Jedynym podwykonawcą wskazanym przez przystępującego jest Comarch S.A. w Krakowie odpowiedzialny za dostawę sprzętu komputerowego i oprogramowania niezbędnego do jego działania.

Izba uznała, że oferta przystępującego jest niezgodna z ustawą, jednak nie uwagi na samą zmianę podmiotów będących podwykonawcami, a z uwagi na fakt, że skutkiem tej zmiany ustał stan spełniania warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego. Wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez powołanie się na zasoby innych podmiotów, aby spełniało standardy wymagane przez art. 26 ust. 2b Pzp, jest obwarowane szczególnymi obostrzeniami. Dotyczą one zarówno formy tego zobowiązania, jak i jego treści, z której ma wynikać rzeczywiste wsparcie wykonawcy przez podmiot udzielający swych zasobów. To od realnego zaangażowania takiego podmiotu może zależeć powodzenie w wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdy wykonawca sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Takie wsparcie na etapie ofertowania nie zostało wykazane przez przystępującego przez deklarację podwykonawstwa podmiotów udostępniających swe zasoby. W sytuacji, gdy treści zawarte w zobowiązaniach podmiotów trzecich zdezaktualizowały się, zaistniała sytuacja, w której zasoby podmiotów trzecich zostały powołane jedynie dla formalnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Orzecznictwo, tak krajowe, jak i europejskie, wielokrotnie podkreślało, że udostępnienie zasobów przez podmioty trzecie powinno mieć realny, a nie formalny charakter. W badanym postępowaniu realność tego udostępnienia odpadła. Skoro wraz z ofertą nie zostały złożone żadne dokumenty, z których miałyby wynikać rzeczywiste zaangażowanie Cubic Global Defense oraz Bohemia Interactive Simulations k.s. przy wykonaniu umowy Izba uznała, że oferta ta jest niezgodna z ustawą i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Przepisy ustawy w ocenie składu orzekającego sprzeciwiają się wyborowi oferty wykonawcy, który wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jednak podstawy tej oceny już nie istnieją w obrocie prawnym, a taki skutek

ma w okolicznościach sporu odstąpienie od podwykonawstwa podmiotów udostępniających swe zasoby przystępującemu.

Z treści oferty przystępującego wynika, że utracił on realne wsparcie, które zapewniał mu udział podmiotów trzecich przy wykonaniu zamówienia, co zostało zignorowane przez zamawiającego. Próba wywodzenia przez przystępującego na rozprawie, że Cubic Global Defense oraz Bohemia Interactive Simulations k.s. będą zaangażowane w wykonanie umowy jest całkowicie nieskuteczna, gdyż:

Po pierwsze: należy uznać ją za spóźnioną, bo powinno być to wywiedzione na etapie składania ofert;

Po drugie: oświadczenie Cubic Global Defense ma charakter ogólny, odwołuje się do niepowołanych ustaleń, nie potwierdza zatem realności udostępnienia zasobów, gdyż te nieznane ustalenia mogą kształtować rzeczywiste zobowiązanie wykonawcy. Drugie z oświadczeń zostało złożone nie przez Bohemia Interactive Simulations k.s., na zasoby którego powołał się przystępujący, a przez Bohemia Interactive Simulations Sp. z o.o. w Warszawie, bez wskazania w jaki sposób zasoby udostępniane przez spółkę-matkę mogą zostać ewentualnie wykorzystane przez spółkę córkę w związku z wykonywaniem umowy;

Po trzecie: żadne z tych pism nie ma mocy zobowiązującej, lecz należałoby je określić wyłącznie jako deklaracje, tym bardziej więc nie potwierdzają one możliwości rzeczywistego wykorzystania zasobów podmiotów, które oświadczenia takie złożyły;

Po czwarte: sprzeczna z zasadami logiki oraz nieadekwatne do realiów postępowania, którego przedmiotem jest zamówienie w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, byłoby przyjęcie, że dostawca sprzętu komputerowego jest podwykonawcą, a podmioty, których wiedza i doświadczenie są niezbędne dla wykazania warunków udziału w postępowaniu i prawidłowego wykonania zamówienia jedynie deklarują wsparcie wykonawcy w sposób niewiążący.

Podsumowując, czynność wyboru oferty przystępującego narusza przepisy ustawy, gdyż oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 Pzp.

Pozostałe zarzuty odwołania podniesione wobec przystępującego nie znalazły potwierdzenia. Na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, warunki te zostały wykazane przez przystępującego, w związku z czym zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 i 3 Pzp są niezasadne. Utrata realnego wsparcia podmiotów udostępniających zasoby adresowane jest do strony przedmiotowej, nie podmiotowej oferty, ma wpływ na wykonanie umowy, w związku z czym adekwatną sankcją jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Uznano również, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zdaniem Izby błąd w obliczeniu ceny oferty polega na błędnym przyjęciu

podstaw kalkulacyjnych jednak w aspekcie matematycznym, a nie zakresu merytorycznego oferowanego świadczenia. W przeciwnym razie nie istniałyby racjonalne podstawy do rozłącznej redakcji art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż każda niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powodowałaby błąd w obliczeniu ceny oferty. Rozumowanie takie znajduje potwierdzenie również w przesłankach obligatoryjnego poprawienia oferty wskazanych w art. 87 ust. 2 Pzp, który oddzielnie stanowi w pkt 2 Pzp o omyłkach rachunkowych, odnoszących się do ceny oferty, oraz oddzielnie w pkt 3 o omyłkach polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, odnoszących się do zakresu i cech oferowanego świadczenia.

Nie potwierdził się zarzut braku związania Vitrociset S.p. A, złożoną ofertą. Pierwotny termin związania ofertą ustalony w SIWZ upływał w związku z zawieszeniem spowodowanym wniesieniem odwołania przez przystępującego 4 listopada 2017 r. Dzień wcześniej zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego i odrzucenia oferty odwołującego.

Oferta Vitrociset została podpisana przez osobę umocowaną do dokonania tej czynności. Wykonawca ten wraz z ofertą złożył pełnomocnictwo dla Pana Gianluca Baldassare, udzielone przez Pana Paola Solerino, którego umocowanie do reprezentowania spółki zostało ograniczone kwotą 5.000.000 euro w odniesieniu do pewnego katalogu czynności. Ograniczenie to nie dotyczy oświadczeń dotyczących ofert handlowych. W konsekwencji Izba uznała, że oferta Vitrociset nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Zamawiający nie odniósł się do zarzutu dotyczącego braku wykazania przez Vitrociset wymaganego doświadczenia, stwierdzając jedynie w odpowiedzi na odwołanie, że kwestia ta nie wzbudziła wątpliwości komisji. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający nie wdał się w spór co do tego zarzutu i z braku dowodów na twierdzenie przeciwne przyznała rację odwołującemu. Izba nie nakazała wykluczenia Vitrociset z postępowania uznając, że istnieją podstawy co do zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp w celu wykazania, że warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione. Vitrociset może przedstawić inne dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu z zastrzeżeniem, że istniały one w dniu upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-384/14 w sprawie Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu).

Potwierdzenie zarzutów wobec oferty przystępującego ma wpływ na wynik postępowania, gdyż jest to oferta uznana za najkorzystniejszą, zatem odwołanie podlega uwzględnieniu. Izba nakazała zamawiającemu dokonanie czynności, których zamawiający zaniechał tj. odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 Pzp

oraz wezwania Vitrociset do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Pozostałe zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia, co znalazło wyraz w klauzuli domykającej pkt 1 sentencji o brzmieniu „pozostałe zarzuty uznaje za niepotwierdzone”. Odpowiada to wytycznym wyrażonym przez Sąd Najwyższy w uchwale w sprawie III CZP 111/15, aby sentencja wyroku Izby odnosiła się do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.)

**Przewodniczący:** .....

.....

.....