

Sygn. akt: KIO 595/15

Sygn. akt: KIO 610/15

WYROK

z dnia 10 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 26 marca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **E. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa E&K E. B., SAF S.A., ul. Św. Gertrudy 12A/7, 31-048 Kraków**
- B. w dniu 27 marca 2015 r. przez wykonawcę **Zakłady Wielobranżowe „RENOMA” Sp. z o.o., ul. 3-go Maja 67, 81-850 Sopot**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków**

przy udziale:

- A. wykonawcy **F.U.H. ZET-KA M., K., G. Sp.J., ul. Rzemieślnicza 4A, 30-363 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 595/15 i KIO 610/15 po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **Zakłady Wielobranżowe „RENOMA” Sp. z o.o., ul. 3-go Maja 67, 81-850 Sopot** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 595/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy F.U.H. ZET-KA M., K., G. sp. j. oraz nakazuje ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty Wykonawcy F.U.H. ZET-KA M., K., G. Sp.j.

2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **E. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa E&K E. B., SAF S.A., ul. Św. Gertrudy 12A/7, 31-048 Kraków** i wykonawcę **Zakłady Wielobranżowe „RENOMA” Sp. z o.o., ul. 3-go Maja 67, 81-850 Sopot** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków** kwotę **37 599 zł 75 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych siedemdziesiąt pięć groszy), w tym:

A. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **E. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa E&K E. B., SAF S.A., ul. Św. Gertrudy 12A/7, 31-048 Kraków** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwotę **18 999 zł 75 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych siedemdziesiąt pięć groszy) na rzecz wykonawcę **Zakłady Wielobranżowe „RENOMA” Sp. z o.o., ul. 3-go Maja 67, 81-850 Sopot** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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 Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usługi kontrolowania dokumentów przewozu osób korzystających z przewozów organizowanych w ramach systemu KMK, prowadzenie windykacji i egzekucji należności powstałych z tytułu wystawienia wezwań do zapłaty opłat dodatkowych i należności przewozowych.

Zamówienie ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 stycznia 2015r. pod numerem 2015/S 008-009454.

W ocenie Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa E&K E. B., SAF S.A. Zamawiający naruszył art. 89 ust.1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3, a także art. 7 ust.1 ustawy, nie zapewniając równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji, wybierając ofertę tegoż wykonawcy (która podlegała obligatoryjnemu odrzuceniu) niezgodnie z przepisami ustawy, naruszył także art. 7 ust. 3 ustawy.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył także przepisy ustawy w ten sposób, że nie odrzucił oferty Wykonawcy Zakłady Wielobranżowe Renoma sp. z o. o. (dalej: „Renoma”) pomimo tego, że podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy. Naruszył także art. 7 ust.1 ustawy w związku z art. 87 ust.1 ustawy, nie zapewniając równego traktowania wykonawców, oraz dopuszczając do istotnej zmiany treści oferty złożonej przez tego wykonawcę. Dodatkowo Odwołujący podniósł zarzut, że Zamawiający zaniechał wykluczenia Wykonawcy Renoma sp. z o.o. z postępowania pomimo tego, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż przedstawił wadliwą polisę nr 908525577018 kreującą ochronę ubezpieczeniową w zakresie działalności świadczonej przez agencje inkasa i biura kredytowe, podczas gdy Zamawiający w Części IV pkt 1 lit. i) przedmiotowej SIWZ wymagał polisy (lub innego dokumentu) potwierdzającej, że dany wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Opisywane zaniechanie Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, zaistniało zatem z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy. Prowadzi ono również do sytuacji rozpoznawania w postępowaniu oferty wykonawcy, który powinien być zostać wykluczony z postępowania, co jest niezgodne z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy FUH ZET-KA, nakazanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Renoma, nakazanie ponownego

przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert i dokonanie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty zgodnie z art. 91 ust.1 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, orzeczenie o kosztach stosownie do wyniku postępowania, w tym przyznanie poniesionych przez Odwołującego kosztów w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający na podstawie art. 90 ust.1 ustawy zwrócił się do Wykonawcy ZET-KA o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, tj. 27.346.320,00 zł , która - jako jedyna w postępowaniu - była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia, wynoszącej 40.850.000,00zł netto i od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a zatem wyczerpywała obydwie przesłanki, o których mowa w art. 90 ust.1 ustawy.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca ZET-KA przedłożył w wymaganym terminie wyjaśnienia, wskazując podstawę wycień zaofertowanej ceny jedynie w oparciu o dane historyczne, bez wskazania źródła ich uzyskania i przywołując art. 34 ust. 1 ustawy, dotyczący podstawy określenia wartości zamówienia, a nie zasad obliczania ceny oferty. Odwołujący podnosił, że wspomniany przepis jest właściwy do stosowania przez Zamawiającego, natomiast Wykonawca musi skalkulować cenę w oparciu o przewidywane faktycznie koszty wszystkich nakładów, jakie musi ponieść w celu realizacji zamówienia oraz stopy zysku, jakiego spodziewa się uzyskać w wyniku realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w kalkulacji nie zostały uwzględnione koszty dostawy Zamawiającemu oprogramowania, ani też koszty prac ujętych w §2 ust.3 wzoru umowy, nie określono formy zatrudnienia co najmniej 100 kontrolerów pracujących w systemie 8-godzinnym, ani nie odniesiono się do ustawowego wymogu, określonego w art. 90 ust.1 pkt 1 ustawy.

Zamawiający wyraźnie zaznaczył w części VIII SIWZ ust 2, że w cenie ofertowej należy uwzględnić wszystkie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk, a także uwzględnić wszelkie uwarunkowania zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia i w związku z takim brzmieniem SIWZ nie ulega wątpliwości, że przesłane wyjaśnienia nie mogą być uznane za właściwe, odpowiadające SIWZ i wystarczające.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Renoma złożył ofertę wariantową na oprogramowanie, które jest integralną częścią zamówienia.

Odwołujący podniósł, że w złożonej na wezwanie Zamawiającego odpowiedzi Wykonawca Renoma dopiero rozważa dostarczenie jednego z dwóch oprogramowań, a zatem oferta nie została właściwie przygotowana, a cena oferty nie została rzetelnie skalkulowana. Jeżeli Wykonawca Renoma miał zamiar realizować zamówienie z udziałem innego podmiotu, to zobowiązany był wskazać tego podwykonawcę w pkt 8 formularza ofertowego, czego nie

uczynił, a zatem jego oświadczenie, przyjęte przez Zamawiającego, zmieniło treść oferty i Zamawiający naruszył art. 87 ust.1 ustawy.

Odwołujący podnosił, że oprogramowanie „REWIND” nie spełnia wymagań Zamawiającego, a zatem Wykonawca Renoma musiałby korzystać z podwykonawstwa, co prowadzi do niedopuszczalnej przepisami art. 87 ust. 1 zmiany treści oferty.

Wykonawca Renoma w ofercie złożył wniosek o zmianę konfiguracji sprzętowej Zamawiającego, a składanie takiego wniosku potwierdza fakt, że zamierza realizować zamówienie w sposób odmienny od sposobu opisanego przez Zamawiającego, co jest niezgodne z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Stosowanie jednego z dwóch oprogramowań stanowi w istocie ofertę wariantową - niedopuszczalną w przedmiotowym postępowaniu ze względu na brzmienie Części I pkt 6 SIWZ.

Odwołujący podnosił, że przedstawiona w ofercie Wykonawcy Renoma polisa nie spełnia wymogów SIWZ, przy czym Zamawiający nie był zobowiązany do stosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy w celu złożenia przez Wykonawcę Renoma właściwej polisy, gdyż oferta tego podmiotu i tak podlega odrzuceniu z przyczyn wyżej już opisanych.

Sygn. akt KIO 610/15

Odwołujący Zakłady Wielobranżowe „RENOMA” Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy ZET-KA. W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył art 7 ust. 1 i 3, art 89 ust 1 pkt 4) w związku z art 90 ust 3, oraz art 91 ust 1 Ustawy, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Zet-ka. W ocenie Odwołującego oferta Wykonawcy Zet-ka powinna być przez Zamawiającego odrzucona, gdyż zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wskazał, że wartość szacunkowa brutto zamówienia wynosi 50.245.500,00 zł Średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert wynosi 42 151 126 zł. Cena oferty Wykonawcy Zet-ka wynosi 27.346.320,00 zł. Zatem cena oferty Wykonawcy Zet-ka jest mniejsza od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o 35,1% i o 45,6% od wartości szacunkowej zamówienia.

Zamawiający w trybie art. 90 ust 1 Ustawy, zwrócił się do Wykonawcy Zet-ka o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty.

Zamawiający wskazał w piśmie, że cena oferty Wykonawcy Zet-ka jest o ponad 30% niższa od wartości szacunkowej zamówienia i od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Wykonawca Zet-ka udzielił wyjaśnień, z których zdaniem Odwołującego, nie wynika, że oferta tego Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia odnoszą się do zamówienia wykonanego na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego S.A. w Krakowie. Odwołujący argumentował, że Wykonawca ZET-KA wyliczając cenę oferty oparł się o dane historyczne, porównuje przedmiot niniejszego zamówienia do przedmiotu historycznego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że porównanie przedmiotowego zamówienia z historycznym nie jest możliwe, chociażby ze względu na fakt, że firmy wykonujące zamówienie historyczne nie prowadziły windykacji, prowadziły wyłącznie kontrolę biletów, a przedmiot obecnego zamówienia obejmuje także windykację.

Odwołujący wskazał także na poniższe okoliczności: Wykonawca Zet-ka wskazał, że w przedmiotowym zamówieniu wykorzystanych zostanie 67% ilości kontrolerów zatrudnionych przy realizacji historycznego zamówienia. Wskazał, że w skali miesiąca w realizacji przedmiotowego zamówienia wystawi 71,67% średniej miesięcznej z historycznego zamówienia opłat i wezwań do uiszczenia opłaty dodatkowej i przewozowej. Średnią wartość mandatu w wysokości 150 zł przyjęto zgodnie z historycznym zamówieniem. Wykonawca Zet-ka dokonał matematycznego wyliczenia wartości zamówienia opierając się na danych z historycznego zamówienia, poprzez zastosowanie określonych procentowych przeliczników. Wskazał, że podstawowymi kosztami w wykonaniu przedmiotowego zamówienia są koszty związane z zatrudnieniem kontrolerów i windykacją. Wskazał, że przy realizacji historycznego zamówienia zaangażowane były 4 firmy i wszystkie generowały zyski, a obecnie sami będą wykonywać zamówienie, co chyba należy rozumieć, że zyski Wykonawcy Zet-ka będą 4 razy większe. Wskazał także, że cena oferty została podana w oparciu o wynagrodzenia wszystkich czterech firm w poprzednich latach. Wykonawca Zet-ka wskazał także, że oprócz założeń historycznych brał również pod uwagę szczegółowe własne wyliczenia kosztów wykonania zadania z zastosowaniem poszczególnych etapów prowadzenia procesów windykacyjnych.

Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia Wykonawcy Zet-ka nie odnoszą się do konkretów związanych z przedmiotowym zamówieniem. Są nieudowodnione i niesprawdzalne dla Zamawiającego, bowiem zamówienie historyczne realizowane było na rzecz innego zamawiającego. Zamawiający nie musi poszukiwać danych i potwierdzać ich u historycznego zamawiającego, który takich danych nie musi posiadać i zapewne nie posiada.

Odwołujący podkreślił także, że Wykonawca Zet-ka nie złożył ani jednego dowodu. Udzielone wyjaśnienia są niesprawdzalne, ogólnikowe i w odniesieniu do historycznego zamówienia, nie wskazują na oszczędność metody wykonania przedmiotowego zamówienia, na wyjątkowo sprzyjające warunki dostępne wyłącznie dla Wykonawcy Zet-ka, nie odnoszą się do kosztów pracy.

Podkreślił, że Wykonawca Zet-ka w wyjaśnieniach wskazał, że podstawowymi kosztami w wykonaniu przedmiotowego zamówienia są koszty związane z zatrudnieniem kontrolerów i windykacją. Mimo, iż koszty pracy są podstawowymi kosztami, nie ma w wyjaśnieniach nawet słowa na temat ich wysokości, nie złożono na tę okoliczność żadnego dowodu. Wykonawca Zet-ka nie określił sposobu zatrudnienia kontrolerów i osób prowadzących windykację. Wobec tego należy przyjąć, iż jest to zatrudnienie pracownicze.

Wskazał także, że w treści wyjaśnień Wykonawca Zet-ka nie odniósł się do kosztu dostawy oprogramowania dla Zamawiającego. Bardzo niska cena oferty wskazuje, że nie przewidziano tego kosztu.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien odrzucić ofertę ZET-KA, bowiem nie sposób ocenić wyjaśnień tego wykonawcy inaczej niż jako nie złożonych. Zamawiający winien dokonać oceny wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami. Zamawiający winien uznać, że Wykonawca ZET-KA nie złożył wyjaśnień, bowiem są ogólnikowe, niezgodne z Ustawą i wezwaniem Zamawiającego, są niekompletne i nieoparte dowodami. Wyjaśnienia, zdaniem Odwołującego, potwierdziły, że cena jest rażąco niska; Wykonawca ZET-KA nie wykazał, że jej oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Nie dopełnił zatem wymogu wynikającego z art 90 ust 2 Ustawy.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający przeprowadził postępowanie niezgodnie z Ustawą, tym samym nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i w związku z tym naruszył zasadę wyrażoną w art 7 ust 1 Ustawy. Zamierzając udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Ustawy, naruszył także art 7 ust 3 Ustawy.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań.

Sygn. akt KIO 595/15

Sygn. akt KIO 610/15

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Obydwa odwołania zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. Są wykonawcami, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia

stawianych w odwołaniu zarzutów każdy z nich miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny jeżeli cena zaoferowana jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W szczególności Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta o ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Izba ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę netto, co stanowi 50.245.500,00 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert wynosi 42 151 126 zł. Cena oferty Wykonawcy Zet-ka wynosi 27.346.320,00 zł. Zatem cena oferty Wykonawcy Zet-ka jest mniejsza od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o 35,1% i o 45,6% od wartości szacunkowej zamówienia. W świetle cytowanego powyżej art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaistniała podstawa do wezwania Wykonawcy Zet-ka do złożenia wyjaśnień co do istnienia szczególnych czynników uzasadniających wysokość zaoferowanej przez niego ceny, znacząco niższej od wartości szacunkowej zamówienia oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W ocenie Odwołujących z wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Zet-ka nie wynika, że oferta tego Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący podkreślili, że wyjaśnienia odnoszą się do innego zamówienia, a wyliczając cenę oferty Wykonawca Zet-ka oparł się o dane historyczne. Wykonawca Zet-ka w wyjaśnieniach porównuje przedmiot niniejszego zamówienia do przedmiotu historycznego zamówienia. Podkreślili także, że wyjaśnienia są ogólnikowe, nieudowodnione i niesprawdzalne dla Zamawiającego. Nadto nie wskazują na oszczędność metody wykonania przedmiotowego zamówienia, na wyjątkowo sprzyjające warunki dostępne wyłącznie dla Wykonawcy Zet-ka, nie odnoszą się do kosztów pracy.

Izba w całości podziela te twierdzenia. W trakcie rozprawy ani Wykonawca Zet-ka ani Zamawiający nie wykazali okoliczności przeciwnych.

Zgodnie z art. 190 ustawy Prawo zamówień publicznych, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, który ją złożył. Zatem to na Przystępującym Zet-ka w niniejszym postępowaniu ciążył obowiązek wykazania braku

rażąco niskiej ceny w jego ofercie. W szczególności obowiązkiem Przystępującego było wykazać, że jego wyjaśnienia przeczą temu, że cena zawarta w jego ofercie jest rażąco niska. Temu obowiązkowi Przystępujący Zet-ka nie podołał.

Zamawiający w trybie art. 90 ust 1 Ustawy, zwrócił się do Wykonawcy Zet-ka o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty.

Treść wyjaśnień powinna zawierać informacje o szczególnych czynnikach, warunkach sprzyjających, innych okolicznościach, które mają wpływ na obniżenie ceny oferowanej. Powinny być to okoliczności dotyczące przedmiotowego zamówienia. Artykuł 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje bowiem, że Wykonawca w wyjaśnieniach winien wskazać szczególne okoliczności, które w danym zamówieniu uzasadniały zaoferowanie niższej ceny przez określonego wykonawcę. W wyjaśnieniach Wykonawcy Zet-ka nie znalazła się informacja o jakichkolwiek szczególnych czynnikach czy warunkach sprzyjających, dotyczących przedmiotowego zamówienia. Informacja o zamówieniu realizowanym na rzecz innego zamawiającego, dane historyczne, nie mają związku z niniejszym postępowaniem. Co więcej, informacje o tym, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający wymaga 100 kontrolerów jest informacją pochodzącą z SIWZ. Nie jest to żadna nowa, szczególna okoliczność. Nadto, należy zauważyć, że dane historyczne odnoszą się do działalności kilku innych firm w innym postępowaniu, nie do samego Przystępującego Zet-ka, zatem nie jest wiadomo jaka jest i będzie obecnie skuteczność firmy ZET-KA. Wykonawca ten nie sprawdzał siebie w roli windykatora, tym samym nie może powoływać się na 55% skuteczność windykacyjną. Przystępujący Zet-ka w poprzednim postępowaniu był tylko jednym z wykonawców, natomiast w treści wyjaśnień powołuje się na przymioty, w tym skuteczność windykacyjną także innych wykonawców, którzy realizowali zamówienie. Nie ulega wątpliwości, że w treści wyjaśnień wykonawca powinien był wskazać te okoliczności, które dotyczą realizowanego zamówienia w przyszłości. Nie ulega wątpliwości, że Przystępujący Zet-ka nie dokonał kalkulacji kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, gdyby ich dokonał, zostałyby przedstawione w treści wyjaśnień. Trafnie podniósł Odwołujący FHU E&K E. B., SAF S.A., że w swoich wyjaśnieniach Wykonawca Zet-ka zupełnie nie odniósł się do danych wskazanych przez Zamawiającego. Wykonawca winien skalkulować cenę w oparciu o przewidywane faktycznie koszty wszystkich nakładów, jakie musi ponieść w celu realizacji zamówienia oraz stopy zysku, jakiego spodziewa się uzyskać w wyniku realizacji zamówienia. Natomiast kalkulacja przedstawiona przez Wykonawcę Zet-ka nie odnosi się zupełnie, nie obejmuje np. kosztów oprogramowania czy umundurowania kontrolerów. Co więcej, Przystępujący Zet-ka powołuje się na okoliczność, że podstawowymi kosztami w wykonaniu zamówienia są koszty związane z zatrudnieniem kontrolerów i windykacją, jednak w ogóle nie przedstawił w tym zakresie żadnych danych, kalkulacji czy

jakichkolwiek informacji lub szczególnych warunków. Wyjaśnienie Przystępującego Zet-ka w trakcie rozprawy, że kontrolerzy nie muszą pracować w pełnym wymiarze czasu pracy jedynie może utwierdzać w przekonaniu, że Przystępujący Zet-ka nie skalkulował w sposób prawidłowy kosztów postępowania. Z wymagań zawartych w treści SIWZ wynikało bowiem jednoznacznie, że kontrolerzy są zobowiązani pracować przez 8 godzin dziennie. Należy jednak podkreślić, że nawet taka informacja nie znalazła się w treści wyjaśnień, a jedynie ich ocena przez Zamawiającego może stanowić podstawę rozważań Izby.

Zamawiający w trakcie rozprawy stwierdził, że „nie odważyłby się” odrzucić oferty wykonawcy z najniższą ceną. Jednakże należy zauważyć, że obowiązkiem Zamawiającego jest wybór oferty najkorzystniejszej, która spełnia wszystkie kryteria i nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający był zobowiązany ocenić ofertę również pod kątem zaoferowanej ceny i złożonych wyjaśnień, czego nie uczynił. Na pytanie Przewodniczącej, nie potrafił wskazać ani jednego fragmentu wyjaśnień, który mógłby utwierdzić lub utwierdził Zamawiającego w przekonaniu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ogólne stwierdzenie Zamawiającego, że całość wyjaśnień jest satysfakcjonująca, to zdaniem Izby oznacza, że w rzeczywistości Zamawiający oceny wyjaśnień nie dokonał. Zatem, w ocenie Izby doszło także do naruszenia art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem obowiązkiem Zamawiającego jest rzetelne sprawdzenie oferty każdego z wykonawców.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak odrzucenia oferty Wykonawcy F.U.H. ZET-KA M., K., G. sp.j. Wyjaśnienia złożone przez tego Wykonawcę nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie tego Wykonawcy.

Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy.

Izba ustaliła, że Zamawiający w części IV pkt 1 lit. i) przedmiotowej SIWZ wymagał polisy (lub innego dokumentu) potwierdzającej, że dany wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Wykonawca Renoma przedstawił polisę nr 908525577018, kreującą ochronę ubezpieczeniową w zakresie działalności świadczonej przez agencje inkasa i biura kredytowe. Należy zauważyć, że stosownie do wyjaśnienia w zakresie PKD dla podklasy 82.91Z działalność świadczona przez agencję inkasa i biura kredytowe (wskazanej w polisie), podklasa ta obejmuje ściąganie należności płatniczych i długów zgodnie z wyjaśnieniami klasyfikacji PKD. Skoro więc podklasa obejmuje ściąganie należności płatniczych i długów, to zakres ubezpieczenia zawiera w sobie działalność związaną z przedmiotem zamówienia, którym jest prowadzenie kontroli dokumentów przewozu, pobieranie opłat dodatkowych i należności przewozowych, prowadzenie windykacji i

egzekucji należności z tytułu nieuregulowania opłat dodatkowych. Zatem przedstawiona przez Wykonawcę Renoma sp. z o.o. polisa jest dokumentem, który potwierdza, że dany wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, a więc potwierdza spełnienie przez tego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Izba uznała także za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na okoliczność, że Odwołujący Renoma sp. z o.o. złożył ofertę wariantową na oprogramowanie, które jest integralną częścią zamówienia.

Izba ustaliła, że Zamawiający na pytanie jednego z wykonawców: „na jakich konfiguracjach sprzętowych Zamawiający będzie instalował system? Proszę podać parametry techniczne urządzeń, na których ma być zainstalowany system” udzielił odpowiedzi: „Zamawiający dysponuje środowiskiem serwerowym w następującej konfiguracji: Serwer HP DL380 G8 E5-2630 (2xCPU E5-2630v2, 64GB RAM, storage HDD 5x600GB SAS 10k w RAID5, Windows 2012 R2 Server std). Jeżeli dostawca systemu wymaga innej konfiguracji niż przedstawiona powyżej, do złożonej oferty powinien dołączyć wymagania sprzętowe do instalacji systemu, jakie Zamawiający musi spełnić, aby system działał wydajnie przez okres 5 lat od dnia instalacji.”

Wykonawca Renoma sp. z o.o. załączył do oferty wnioski o zmianę konfiguracji sprzętowej Zamawiającego, w którym wskazał, że: „Powołując się na wyjaśnienia treści Specyfikacji z dnia 17.02.2015 r. punkt 41 wnosimy o zmianę systemu operacyjnego na system Linux w wersji Centos”.

Zamawiający po otwarciu ofert zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie, jakie oprogramowania zamierza wykorzystać do realizacji zamówienia. Wykonawca Renoma wskazał, że rozważa dostarczenie jednego z dwóch wskazanych w treści odpowiedzi oprogramowań. W trakcie rozprawy Wykonawca Renoma sp. z o.o. wyjaśnił, że jedno z oprogramowań (REWIND) jest kompatybilne z oprogramowaniem Linux, tym samym łatwiejsza jest obsługa tego oprogramowania w wersji z Linux (o które wnosił w treści oferty). Tym samym, skoro Zamawiający przewidział możliwość przedstawienia przez wykonawców w ofercie wymagań co do sprzętu i oprogramowania, które powinien na etapie realizacji zamówienia zainstalować Zamawiający (przy czym wykonawca nie miał pewności, czy Zamawiający żądanie uwzględni), to należy przyjąć, że w szczególnych okolicznościach niniejszej sprawy, wykonawca był uprawniony przedstawić ofertę, w której przewidział dwa różne oprogramowania, w zależności od decyzji Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu sam Zamawiający, poprzez wskazanie (w odpowiedzi na pytanie nr 41) Wykonawcom możliwości przedstawienia w ofercie wymagań co do konfiguracji sprzętowej,

przy jednoczesnym braku pewności co do zastosowania się Zamawiającego do przedstawianych wymagań, dopuścił sytuację, w której wykonawca przedstawi rozwiązanie wariantowe na etapie realizacji zamówienia. Podkreślić należy także, że Zamawiający nie oczekiwał podania przez wykonawców w treści oferty nazwy zaoferowanego oprogramowania. Oprogramowanie jest elementem realizacji zamówienia oferowanym przez Wykonawcę i służącym temu Wykonawcy realizacji zamówienia. Okoliczność dodatkowego wsparcia wliczonego w koszt oprogramowania nie może w żaden sposób zmienić treści oferty. Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia E. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Uslugowa E&K E. B., SAF S.A. nie wykazał także, aby oprogramowanie REWIND nie spełniało wymagań Zamawiającego.

Wobec okoliczności, że jeden z zarzutów odwołania o sygnaturze KIO 595/15 podlegał uwzględnieniu, Izba uwzględniła odwołanie, stosownie do treści art. 192 ust. 2, zgodnie z którym Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....