

Sygn. akt: KIO 848/13

WYROK

z dnia 23 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia **12 kwietnia 2013 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **UTI GRUP S.A – (lider) ul. Cernauti nr 27C, Sektor 2, 70000 Bukareszt, Rumunia; Grupa UTI Polska Sp. z o.o. ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Miasto Rzeszów, Rynek 1, 35-064 Rzeszów,** przy udziale wykonawcy:

- **Aeronaval de Contruccionos e Instalaciones, SAU c. Bahia de Pollensa 13, 28042 Madryt, Hiszpania** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - konsorcjum: UTI GRUP S.A – (lider) ul. Cernauti nr 27C, Sektor 2, 70000 Bukareszt, Rumunia; Grupa UTI Polska Sp. z o.o. ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **UTI GRUP S.A – (lider) ul. Cernauti nr 27C, Sektor 2, 70000 Bukareszt, Rumunia; Grupa UTI Polska Sp. z o.o. ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa,**

2.2. zasądza od odwołującego: **UTI GRUP S.A – (lider) ul. Cernauti nr 27C, Sektor 2, 70000 Bukareszt, Rumunia; Grupa UTI Polska Sp. z o.o. ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Gminy Miasta Rzeszów, Rynek 1, 35-064 Rzeszów** kwotę 3 600,00 zł (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, na „Rzeszowski Inteligentny System Transportowy”, (Dziennik Urzędowy UE 2012/S 1-001324 z 04.01.2013 r.), dnia 12 kwietnia 2013 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez konsorcjum wykonawców: UTI GRUP S.A – (lider); Grupa UTI Polska Sp. z o.o., z siedzibą lidera w Bukareszcie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Złożenie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 3 kwietnia 2013 r. drogą elektroniczną o wyborze oferty wykonawcy: Aeronaval de Contruccion e Instalaciones, SAU z siedzibą w Madrycie oraz o sklasyfikowaniu oferty odwołującego na drugiej pozycji.

Wobec podjętych czynności oraz zaniechania czynności, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gminie Miasta Rzeszów naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Aeronaval de Contruccion e Instalaciones, SAU z siedzibą w Madrycie (dalej: „ACISA”) pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
3. art. 8 ust. 1 i 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia złożonych przez ACISA wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny;
4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy;
5. oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Ponadto odwołujący, działając z ostrożności procesowej, zarzucił zamawiającemu naruszenie:

6. art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ACISA w sytuacji, w której istnieje bardzo duże prawdopodobieństwo, iż złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są niewystarczające, nie zawierają dowodów na potwierdzenie, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, nie zawierają informacji i wyjaśnień, których podania żądał zamawiający pismem z dnia 29 marca 2013r.

7. art. 91 ust. 3a Pzp poprzez niedokonanie przez zamawiającego doliczenia do ceny zaoferowanej przez ACISA podatku od towarów i usług, który zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami, ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ACISA, pomimo iż zawiera ona błędy w obliczeniu ceny polegające na nieuwzględnieniu kwoty podatku VAT.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- 3) odtajnienia złożonych przez ACISA wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny;
- 4) odrzucenia oferty ACISA, ewentualnie doliczenie, w celu oceny oferty, do ceny zawartej w ofercie ACISA podatku od towarów i usług, który zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami;
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że w dniu 3 kwietnia 2013 r. zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę złożoną przez ACISA. Tymczasem różnice w cenie oferty ACISA w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia oraz ofert pozostałych wykonawców wskazują – zdaniem odwołującego, iż cena oferty zaoferowana przez ACISA jest ceną rażąco niską.

- I. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty ACISA ze względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, odwołujący uzasadniał następująco:

Zachodzi wysoka dysproporcja pomiędzy ceną oferty złożonej przez ACISA, a szacunkową wartością zamówienia oraz cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców. Kwota jaką zamawiający odczytał przed otwarciem ofert jest tożsama z szacunkową wartością zamówienia wskazaną w ogłoszeniu o zamówieniu (z uwzględnieniem podatku VAT) i wynosi 118 931 334,37 zł brutto. Cena oferty ACISA wynosi 87 394 403,31 zł brutto tj. prawie 30% poniżej budżetu zamawiającego. Z protokołu postępowania, wynika iż zamawiający oparł kalkulację szacunkowej wartości zamówienia o analizę cen rynkowych. Trafność dokonania oszacowania potwierdza poziom cen zaoferowanych przez pozostałych uczestników postępowania, które w nieznaczny sposób

odbiegają od wartości oszacowanej przez zamawiającego. Wyrażna jest natomiast różnica między ceną całkowitą zaoferowaną przez ACISA a szacunkową wartością zamówienia oraz cenami pozostałych wykonawców. Rodzi to istotne podejrzenia, iż ACISA nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia po zaoferowanej cenie, gdyż nawet będąc w stanie dokonać oszczędności kosztów dla pojedynczych elementów oferty - całościowa kwota, którą zamierza uzyskać jest niższa niż realny poziom kosztów, wraz z uwzględnieniem zysku za realizację zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że bazując na swojej wiedzy oraz bardzo dobrej współpracy z producentami oraz dystrybutorami rozwiązań sprzętowych oraz programowych wycenił rzetelnie swoją ofertę, opierając się na uzyskanych upustach. Odwołujący wyjaśniał, że przeprowadził ponowne badanie rynku celem potwierdzenia możliwości otrzymania tak znaczących upustów od cen cennikowych, które umożliwiają skalkulowanie ceny na poziomie wskazanym przez ACISA. W odpowiedzi nie uzyskał informacji od wiodących producentów, aby ktokolwiek pozyskał tak głębokie upusty dla tego projektu, które przywiodły odwołującego do wniosków, że nie jest możliwe uzyskanie takich poziomów cenowych jakie przedstawił w swojej ofercie wykonawca ACISA. Odwołujący zwracał uwagę, że w wielu pozycjach, oprócz cen samego sprzętu, należy dodać dodatkowe usługi samego wykonawcy, zapewniające poziomy SLA wymagane przez zamawiającego. Dodatkowe usługi podrażają jedynie rozwiązania, a nie prowadzą do obniżenia oferowanych cen, jak można to zaobserwować w ofercie ACISA.

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie przyjmuje się, iż „cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1562/11). O zaoferowaniu ceny rażąco niskiej świadczy nie tylko przyrównanie ceny do wartości szacunkowej zamówienia przewidzianej w budżecie przez zamawiającego. Istotne znaczenie przy ocenie rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny należy przypisać porównaniu ocenianej wartości z cenami za usług i dostaw porównywalnych do przedmiotu zamówienia, występujących na tym samym rynku. Najlepszym odzwierciedleniem cen rynkowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia jest porównanie badanych cen z cenami pozostałych wykonawców biorących udział w tym

samym postępowaniu. Takie, utrwalone w orzecznictwie stanowisko potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. KIO 1377/12, KIO 1337/12: „Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla badania charakteru ceny oferty - dla zamawiającego nie powinna być wyłącznie ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w danym postępowaniu, ceny ofert zbliżonych zamówień, monitorowanie cen rynkowych w danej branży, np. odnoszonych do ceny jednostkowej 1 mb danego rodzaju inwestycji liniowych, itp. Jeżeli bowiem zamawiający ma prawidłowo ocenić ofertę wykonawcy pod względem tego - czy nie podaje ona ceny zaniżonej poniżej kosztów produkcji - musi mieć niezbędne rozeznanie rynkowe, które pozwoliłoby mu na prawidłową weryfikację ceny i ewentualne podjęcie czynności odrzucenia oferty z tej przyczyny.”

W przekonaniu odwołującego, rażąco niska cena może dotyczyć nie tylko całej oferty, ale również poszczególnych jej elementów. Na poparcie swego stanowiska odwołujący przytoczył dalsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

a. *„Wskazać należy, że aby uzasadnić możliwość zaproponowania niskich cen jednostkowych trzeba wskazać obiektywne czynniki umożliwiające zaoferowanie takich niskich cen. Nie wykazał on jednak w sposób niebudzący wątpliwości, iż znajduje się on w jakiejś szczególnej sytuacji odróżniającej go w sposób wyraźny od innych Wykonawców występujących odpowiednio długo na rynku. Ponadto, co istotniejsze, Zamawiający wykazał w toku rozprawy, iż przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia odnoszące się do kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysu są nierzetelne.”* Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2011, sygn. akt: KIO 2135/11.

b. *„Powołując się na orzecznictwo odwołujący podnosił, iż nawet gdyby cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską, to nie czyni to rażąco niską cenę całej oferty, a ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę. Odnosząc się do powyższych twierdzeń odwołującego należy zauważyć, że przytoczone poglądy są słuszne, natomiast nie mogą być odnoszone wprost do stanu faktycznego w badanej sprawie. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wykazał bowiem w sposób niewątpliwy, że znaczne zniżenie cen wskazanych przez zamawiającego elementów oferty ma decydujący wpływ na cenę oferty w całości i w efekcie brak możliwości wykonania całego przedmiotu zamówienia za cenę oferty.”* Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2011, sygn. akt: KIO 358/11.

W przekonaniu odwołującego, badaniu pod kątem zawarcia w ofercie rażąco niskiej ceny, powinna zatem podlegać zarówno cena zaoferowana za całość przedmiotu

zamówienia, jak również ceny jednostkowe za poszczególne pozycje zawarte w ofercie ACISA. Mają one istotne znaczenie z punktu widzenia realności kalkulacji kosztów dokonanej przez wykonawcę przygotowującego ofertę. Zaoferowanie ceny rażąco niskiej za poszczególne elementy zamówienia, jak to ma miejsce w przypadku oferty ACISA, świadczy o nierzetelności przygotowanej oferty i wzbudza wątpliwości, co do faktu czy wykonawca daje gwarancję prawidłowego wykonania całości zamówienia w zaoferowanej cenie. Powyższe zarzuty potwierdza również okoliczność, iż zamawiający, w ramach wezwania do wyjaśnień czy oferta zawiera rażąco niską cenę, zwrócił się do ACISA o wyjaśnienie poszczególnych pozycji.

W ocenie odwołującego, wykonawca ACISA w sposób nieuprawniony zastrzegł złożone wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa – co nie pozwalało odwołującemu na odniesienie się do przedstawionych wyjaśnień. Jednak na zastosowanie przez ACISA rażąco niskiej ceny w ofercie wskazują chociażby rozbieżności pomiędzy cenami zaproponowanymi przez ACISA a cenami pozostałych wykonawców.

W ofercie cenowej dla Zadania nr 1 zaproponowana przez ACISA cena jest o 21% niższa od ceny zaproponowanej przez odwołującego (tj. o prawie 8 mln. PLN) oraz o 30% niższa od ceny zaproponowanej przez Kapsch Sp. z o.o. - dalej: „Kapsch”(tj. o ok. 12,5 mln. PLN). Z tego odwołujący wywodził, że Zadania nr 1 zawierającego System zarządzania ruchem i wiele innych kluczowych dla zamówienia instalacji nie da się wykonać po cenie zaproponowanej przez ACISA.

W ofercie cenowej dla Zadania nr 2, w poszczególnych pozycjach wykonawca ACISA zaproponował ceny dla elementów technicznych znacznie odbiegające od cen rynkowych, zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Są to mianowicie:

- a. System Zarządzania Transportem Publicznym (pozycja 1.3), który ACISA zaproponowała po cenie 31% niższej od odwołującego (tj. o ok. 150 tys. PLN) oraz o 30% niższej od Kapsch (tj. o ok. 98 tys. PLN).
- b. System Dynamicznej Informacji Pasażerskiej E-info (pozycja 1.4), który ACISA zaproponowała po cenie 14% niższej od odwołującego (tj. o ok. 39 tys. PLN) oraz o 31% niższej od Kapsch (tj. o ok. 105 tys. PLN).
- c. System elektronicznego poboru opłat (E-bilet) (pozycja 1.5), który ACISA zaproponowała po cenie 54% niższej od odwołującego (tj. o ok. 278 tys. PLN) oraz o 21% niższej od Kapsch (tj. o ok. 61 tys. PLN).

d. System Zarządzania Monitorowaniem Wizyjnym (pozycja 1.7), który ACISA zaproponowała po cenie 34% niższej od odwołującego (tj. o ok. 119 tys. PLN) oraz o 23% niższej od Kapsch (tj. o ok. 70 tys. PLN).

e. Roboty remontowo- budowlane + instalacyjne w centrum zarządzania (pozycja 2.1), który ACISA zaproponowała po cenie 23% niższej od odwołującego (tj. o ok. 170 tys. PLN) oraz o 43% niższej od Kapsch (tj. o ok. 430 tys. PLN).

f. Wyposażenie Centrum Zarządzania w sprzęt i urządzenia (bez serwerowni) (pozycja 2.2), który ACISA zaproponowała po cenie 82% niższej od odwołującego (tj. o ok. 1 590 tys. PLN) oraz o 86% niższej od Kapsch (tj. o ok. 2 197 tys. PLN).

g. Serwis Internetowy dla pasażerów komunikacji publicznej - uruchomienie serwisu (pozycja 2.6), który ACISA zaproponowała po cenie 62% niższej od odwołującego (tj. o ok. 1 056 tys. PLN).

h. Wyposażenie autobusów istniejących w parku (70 szt.) dostawa i instalacja (pozycja 2.11), który ACISA zaproponowała po cenie 19% niższej od odwołującego (tj. o ok. 868 tys. PLN) oraz o 29% niższej od Kapsch (tj. o ok. 1 507 tys. PLN).

i. Oprogramowanie i wdrożenie systemu (pozycja 3.1), który ACISA zaproponowała po cenie 34% niższej od odwołującego (tj. o ok. 196 tys. PLN) oraz o 69% niższej od Kapsch (tj. o ok. 882 tys. PLN)

j. Automaty biletowe stacjonarne (29 szt.) dostawa, instalacja (pozycja 3.2), który ACISA zaproponowała po cenie 34% niższej od odwołującego (tj. o ok. 1 245 tys. PLN) oraz o 42% niższej od Kapsch (tj. o ok. 1 738 tys. PLN)

W ofercie cenowej dla Zadania nr 3, w poszczególnych pozycjach ACISA zaproponowała ceny dla elementów technicznych znacznie odbiegające od cen rynkowych, zaproponowanych przez pozostałych Wykonawców. Są to mianowicie:

a. Zasilanie gwarantowane (pozycja II.R. 1.3), który ACISA zaproponowała po cenie 78% niższej od odwołującego (tj. o ok. 358 tys. PLN)

b. Słup wolnostojący szt. 6 (pozycja II.R.2.1), który ACISA zaproponowała po cenie 58% niższej od odwołującego (tj. o ok. 556 tys. PLN) oraz o 52% niższej od Kapsch (tj. o ok. 430 tys. PLN).

c. Zasilanie 55 szt. (pozycja II.R.3.2), które ACISA zaproponowała po cenie 66% niższej od odwołującego (tj. o ok. 187 tys. PLN) oraz o 54% niższej od Kapsch (tj. o ok. 109 tys. PLN).

d. Zasilanie 26 szt. (pozycja II.R.3.3), które ACISA zaproponowała po cenie 42% niższej od odwołującego (tj. o ok. 55 tys. PLN).

- e. Słup 73 szt. (pozycja II.R.3.6), które ACISA zaproponowała po cenie 45% niższej od odwołującego (tj. o ok. 170 tys. PLN) oraz o 35% niższej od Kapsch (tj. o ok. 111 tys. PLN).
- f. Zasilanie 73 szt. (pozycja II.R.3.7), które ACISA zaproponowała po cenie 72% niższej od odwołującego (tj. o ok. 270 tys. PLN) oraz o 71% niższej od Kapsch (tj. o ok. 256 tys. PLN).
- g. Serwer klaster (2 maszyny fizyczne) (pozycja II.D.1.5), które ACISA zaproponowała po cenie 28% niższej od Odwołującego (tj. o ok. 243 tys. PLN).
- h. Macierz Dyskowa (pozycja III.D.1.6), którą ACISA zaproponowała po cenie 55% niższej od odwołującego (tj. o ok. 144 tys. PLN) oraz o 81% niższej od Kapsch (tj. o ok. 500 tys. PLN).
- i. Oprogramowanie do wirtualizacji serwerów (pozycja III.D.1.10), które ACISA zaproponowała po cenie 65% niższej od odwołującego (tj. o ok. 458 tys. PLN) oraz o 55% niższej od Kapsch (tj. o ok. 300 tys. PLN).
- j. Core Router (pozycja III.D.1.13), który ACISA zaproponowała po cenie 75% niższej od odwołującego (tj. o ok. 1 372 tys. PLN) oraz o 59% niższej od Kapsch (tj. o ok. 641 tys. PLN).
- k. Firewall (pozycja III.D.1.14), który ACISA zaproponowała po cenie 57% niższej od odwołującego (tj. o ok. 193 tys. PLN) oraz o 76% niższej od Kapsch (tj. o ok. 458 tys. PLN).
- l. ASN-GW (pozycja III.D.1.15), który ACISA zaproponowała po cenie 82% niższej od odwołującego (tj. o ok. 617 tys. PLN) oraz o 48% niższej od Kapsch (tj. o ok. 121 tys. PLN).
- m. Zintegrowany System Komunikacji (pozycja III.D.1.17), który ACISA zaproponowała po cenie 40% niższej od odwołującego (tj. o ok. 405 tys. PLN) oraz o 74% niższej od Kapsch (tj. o ok. 1 721 tys. PLN).
- n. Serwer (pozycja III.D.1.18), który ACISA zaproponowała po cenie 60% niższej od odwołującego (tj. o ok. 259 tys. PLN) oraz o 34% niższej od Kapsch (tj. o ok. 87 tys. PLN).
- o. Macierz Dyskowa (pozycja III.D.1.19), którą ACISA zaproponowała po cenie 55% niższej od odwołującego (tj. o ok. 144 tys. PLN) oraz o 81% niższej od Kapsch (tj. o ok. 500 tys. PLN).
- p. Stacja bazowa LMDS 9 szt. (pozycja III.D.2.3), które ACISA zaproponowała po cenie 35% niższej od odwołującego (tj. o ok. 891 tys. PLN) oraz o 33% niższej od Kapsch (tj. o ok. 794 tys. PLN).
- q. Stacja bazowa WIMAX 12 szt. (pozycja III.D.2.4), które ACISA zaproponowała po cenie 80% niższej od odwołującego (tj. o ok. 2 278 tys. PLN) oraz o 83% niższej od Kapsch (tj. o ok. 2 781 tys. PLN).
- r. Stacje końcowe LMDS 110 szt. (pozycja III.D.3.1.1), które ACISA zaproponowała po cenie 93% niższej od odwołującego (tj. o ok. 1 440 tys. PLN) oraz o 90% niższej od Kapsch (tj. o ok. 1 057 tys. PLN).

s. Stacje końcowe LMDS 10 szt. (pozycja III.D.3.3.1), które ACISA zaproponowała po cenie 29% niższej od odwołującego (tj. o ok. 41 tys. PLN) oraz o 25% niższej od Kapsch (tj. o ok. 33 tys. PLN).

W ofercie cenowej dla Zadania nr 4 dotyczącego przebudowy skrzyżowań oraz wykonania Bus-Pasów odwołujący zaznaczał, że zaproponowana przez ACISA cena jest o 22% niższa od ceny zaproponowanej przez odwołującego (tj. o prawie 2 mln. PLN) oraz o 31% niższa od ceny zaproponowanej przez Kapsch (tj. o prawie 3 mln. PLN). Zdaniem odwołującego nie jest możliwe wykonanie wyżej wymienionych robót po cenie zaproponowanej przez ACISA.

II. W świetle przedstawionych powyżej uwag dotyczących rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie ACISA odwołujący uznał, że zachodzą podstawy, aby przypisać temu wykonawcy popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. Nr 47, poz. 211), tekst jednolity z dnia 26 czerwca 2003 r. (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie budziło wątpliwości odwołującego, że zaoferowana przez ACISA cena pozostając rażąco niską - za realizację przedmiotu zamówienia - stanowi sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a zatem wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący przytoczył opinię Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m. in.: *„Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1), są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utрудnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia*

w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznanających usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określoną w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – jak zaznaczał odwołujący, który zarzucał, że złożenie oferty przez ACISA, w której dopuszczono się manipulacji cenowej i zaoferowano ceny dumpingowe - stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w związku z czym, zamawiający powinien dokonać odrzucenia oferty tego wykonawcy także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

III. Odwołujący zarzucał bezprawne zastrzeżenie wyjaśnień ACISA dotyczących rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 29 marca 2013 r. zamawiający wezwał ACISA do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 87 ust. 1 w związku z art. 90 Pzp. Zamawiający żądał aby nie były to wyjaśnienia ogólnikowe, lecz zawierały konkretne odniesienia do elementów kształtujących cenę.

W przedmiotowym stanie faktycznym zastrzeżenie całości powyższych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi niedopuszczalne ograniczenie jawności postępowania. Odwołujący zaznaczał, że nie jest dopuszczalne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, których zamawiający nie chce ujawnić, chociaż posiadają ogólny charakter i nie spełniają wszystkich przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie stanowisko - popart wyrokiem KIO: *„W ocenie Izby, tak wyartykułowane uzasadnienie utajnienia informacji, a przede wszystkim zawartość informacyjna pisma z dnia 21 stycznia 2013 r. nie są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy z całą mocą podkreślić, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności*

poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji ograniczałoby możliwość kontroli działań i zaniechań zamawiającego, w trybie środków ochrony prawnej, skoro wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego zastrzeżenia informacji w istocie zostaliby pozbawieni możliwości kwestionowania nieznanych im informacji. Podkreślenia przy tym wymaga, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne - w tym przypadku spoczywa on na Przystępującym. Nie można przyjąć, by to na Odwołującym, który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, winien przedstawić dowody na bezskuteczność zastrzeżeń ujętych w dokumentach składanych przez innego wykonawcę. Przystępujący nie wykazał natomiast zaistnienia przesłanek dla objęcia wszystkich informacji zawartych w piśmie z 21 stycznia 2013 r. tajemnicą przedsiębiorstwa.” Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2013, sygn. akt: KIO 297/13, 300/13.

IV. Odwołujący postawił zamawiającemu również zarzut zaniechania odrzucenia oferty ACISA na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Odwołujący zastrzegł, że w związku z nieujawnieniem przez zamawiającego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez ACISA, powyższy zarzut podnoszony jest z ostrożności procesowej, gdyż odwołujący z góry założył, iż złożone wyjaśnienia są niewystarczające, nie zawierają dowodów na potwierdzenie, iż zaofferowana cena nie jest ceną rażąco niską, a także nie zawierają informacji i wyjaśnień, których podania żądał zamawiający pismem z dnia 29 marca 2013r.

Odwołujący powoływał się na okoliczność, że w wezwaniu z dnia 29 marca 2013 r. zamawiający przedstawił swoje uzasadnione wątpliwości dotyczące cen konkretnych elementów oferty ACISA. W celu ich wyjaśnienia zamawiający zażądał od wykonawcy podania konkretnych informacji i przedstawienia dowodów. Ponieważ wykonawca ACISA nie zakwestionował treści wezwania - miał obowiązek zastosować się do niego - i przedstawić żądane informacje i dowody.

W związku z powyższym, odwołujący wnosil o zweryfikowanie przez KIO, czy udzielona przez ACISA odpowiedź zawiera wszystkie żądane przez zamawiającego informacje i dowody oraz czy przedstawione informacje potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jeżeli ACISA nie udzielił wyjaśnień w zakresie co najmniej informacji

wymaganych przez zamawiającego, należy uznać, iż - wykonawca ten nie złożył wyjaśnień o których mowa w art. 90 ust. 3 Pzp, a zatem jego oferta podlega odrzuceniu. Analogiczna sytuacja będzie miała miejsce, jeżeli przedstawione informacje i dowody potwierdzają, że oferta ACISA zawiera rażąco niską cenę.

V. Kolejny zarzut odwołującego dotyczył zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ACISA ze względu na nieuwzględnienie w cenie oferty podatku VAT ewentualnie zaniechanie doliczenia podatku VAT, który zamawiający będzie miał obowiązek zapłacić w przypadku powierzenia realizacji zadania temu wykonawcy.

Odwołujący przywołał przepis art. 91 ust. 1 Pzp, że zamawiający zobowiązany jest do wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jedynym kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu na podstawie postanowień rozdziału XII SIWZ jest cena brutto zaoferowana przez wykonawców. Przez pojęcie „ceny” na gruncie Pzp na podstawie art. 2 ust. 1 Pzp, odsyłającego do definicji ceny zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach należy rozumieć: wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Zgodnie z powyższym w cenie brutto zaoferowanej przez wykonawców należy zawrzeć kwotę podatku VAT. Stanowisko to potwierdza również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lutego 2005 r. (sygn. akt V Ca 2981/04), zgodnie z którym pod pojęciem "ceny" należy, na gruncie Pzp, rozumieć cenę brutto (a więc z naliczonym podatkiem VAT). Taką cenę zamawiający powinien przyjąć na potrzeby oceny i porównania ofert. Zdarzają się bowiem sytuacje, w których oferty podmiotów objętych podatkiem VAT porównywane są z ofertami wykonawców nieobjętych podatkiem VAT albo cłem, którzy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego stosują stawkę 0%. Ma to miejsce w przypadku podmiotów zagranicznych w zakresie wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów i powoduje, że to na zamawiającym, jako nabywcy towarów lub usługobiorcy, ciąży obowiązek podatkowy (ustawa o podatku od towarów i usług). Opisany stan faktyczny sprawia, że cena brutto oferowana przez wykonawcę stosującego 0% stawkę VAT albo cła jest zwykle niższa od cen konkurencyjnych, niemniej jednak rzeczywiste obciążenie finansowe zamawiającego jest powiększone o należny podatek. Niniejszą lukę prawną wypełnił nowy przepis art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, zgodnie z którym, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w

celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami. Prawo zamówień publicznych. Komentarz Paweł Granecki. Rok wydania: 2012 Wydawnictwo: C.H.Beck Wydanie: 3.

W sytuacji, gdy w postępowaniu o zamówienie publiczne biorą udział podmioty zagraniczne, które na podstawie odrębnych przepisów, nie są zobowiązane do uiszczenia podatku VAT w kraju, oferty sporządzane przez takich wykonawców zawierają cenę z 0% stawką podatku VAT. Obowiązek podatkowy, w sytuacji nabywania towarów lub usług od podmiotów zagranicznych określonych wyżej, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2011 r. Nr 177 poz. 1054) spoczywa na nabywcy towarów lub usługobiorcy, którym w przypadku postępowania o zamówienie publiczne jest zamawiający. Tym samym, dokonując czynności oceny ofert w zakresie kryterium ceny zamawiający jest zobowiązany dla porównania tych ofert doliczyć do ceny ofertowej podmiotów zagranicznych, kwotę należnego, obciążającego zamawiającego z tytułu realizacji umowy, podatku VAT.

Odwołujący podnosił, że powyższe stanowisko znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie KIO: *„Ponadto, gdy w postępowaniu o zamówienie publiczne biorą udział podmioty zagraniczne, które na podstawie odrębnych przepisów, dotyczących obrotu wewnątrzspółnotowego, nie są zobowiązane do uiszczenia podatku VAT w kraju odbiorcy, to obowiązek podatkowy w sytuacji nabywania towarów lub usług od takich podmiotów, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, spoczywa na nabywcy towarów lub usług, tzn. zamawiającym, jeśli uznaje za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez takiego wykonawcę. Wtedy bowiem jest zobowiązany do uiszczenia należnego podatku wprost do odpowiedniego organu skarbowego. Izba zwraca także uwagę, że dokonując czynności oceny ofert w zakresie kryterium ceny, zamawiający dla porównania takich ofert dolicza do ceny ofertowej podmiotów zagranicznych kwotę należnego podatku VAT, obciążającego zamawiającego z tytułu realizacji umowy. Taki sposób postępowania znajduje uzasadnienie w zasadzie równego traktowania wykonawców, nie prowadzi bowiem do uprzywilejowanej niezasadnie pozycji wykonawców zagranicznych wobec krajowych. ”* Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2011, sygn. akt: KIO 1621/11,1631/11.

Odwołujący zaznaczał, że zamawiający przyjął sposób obliczania ceny zaoferowanej przez podmioty zagraniczne zgodny z art. 91 ust. 3 a Pzp w postanowieniach rozdziału XI pkt 3 SIWZ. Jednakże przypuszczał, że zamawiający nie postępował zgodnie z przepisami Pzp i postanowieniami SIWZ w powyższej kwestii przy ocenie oferty ACISA. Zamawiający zwrócił się co prawda do ACISA z pytaniami - czy wykonawca Aeronaval de Construcciones

e Instalaciones, SAU (ACISA), ul. Bahia de Pollensa 13, 28042 Madryt jest zarejestrowany jako płatnik podatku VAT w Polsce, czy wykonawca będzie naliczał podatek VAT oraz czy cena ryczałtowa brutto przedstawiona w Państwa ofercie zawiera podatek VAT według stawek obowiązujących w Polsce. Jednak ani z zadanych pytań, ani tym bardziej z udzielonych odpowiedzi nie wynika jednoznaczne potwierdzenie, iż podatek będzie naliczany wg stawki 23%. Jak wskazano powyżej, oferty sporządzane przez podmioty zagraniczne, które na podstawie odrębnych przepisów, nie są zobowiązane do uiszczenia podatku VAT w kraju, zawierają cenę z 0% stawką podatku VAT. Jest to stawka obowiązująca w Polsce dla takich podmiotów. Zatem zarówno zadane pytanie, jak również uzyskana odpowiedź nie rozwiewają wątpliwości odwołującego - czy obowiązek zapłaty podatku VAT nie będzie spoczywał na zamawiającym oraz czy do oceny oferty ACISA nie należało doliczyć podatku VAT w wysokości 23%. Ponadto, z ww. pytaniami zamawiający zwrócił się do ACISA w dniu 4 kwietnia, zatem już po dokonaniu wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2013 r. drogą elektroniczną, pismem z dnia 18 kwietnia 2013 r., w kopii przesłanym stronom, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, złożył wykonawca wybrany: Aeronaval de Contruccion e Instalaciones, SAU z siedzibą w Madrycie, który powoływał się na interes w popieraniu czynności zamawiającego - wyboru jego oferty do realizacji zamówienia. Jednocześnie wnosił o oddalenie odwołania jako bezpodstawnego.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę: Aeronaval de Contruccion e Instalaciones, SAU z siedzibą w Madrycie, do udziału w sprawie, uznając, że jego interes w popieraniu stanowiska zamawiającego na rzecz utrzymania czynności wyboru złożonej oferty - jako najkorzystniejszej - jest niewątpliwy.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania, podtrzymał stanowisko wyrażone w powiadomieniu o wynikach przetargu. Do protokołu rozprawy zamawiający wnosił o oddalenie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty przystępującego, korespondencji zamawiającego z uczestnikiem postępowania ACISA. Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Izba nie dopuściła wnioskowanego przez odwołującego dowodu z opinii biegłego z zakresu systemów transportu ze znajomością kosztorysowania - na okoliczność wymagań zamawiającego podanych w PFU oraz kosztów wykonania takiego systemu na terenie Rzeszowa. W ocenie Izby, ustalenie stanu faktycznego i rozstrzygnięcie sprawy nie wymagało wiadomości specjalnych, zatem dopuszczenie dowodu z opinii biegłego było zbędne i znajdujące umocowania w treści art. 190 ust. 4 ustawy Pzp.

Przedłożone przez odwołującego dowody z dokumentów – ofert cenowych i cenników producentów sprzętu i oprogramowania, który może znaleźć zastosowanie przy realizacji zamówienia – potwierdza jedynie okoliczności w nich stwierdzone.

Izba dopuściła dowód zgłaszany przez przystępującego – dotyczący kalkulacji elementów zamówienia, w odniesieniu których zamawiający nie wymagał wyjaśnień, w aspekcie wyliczenia ceny całkowitej zamówienia.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp (w oparciu o przeprowadzone dowody w tym zakresie) Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia obejmuje: „Rzeszowski Inteligentny System Transportowy.”

Zamówienie nie zostało podzielone na części w rozumieniu art. 32 ust. 4 ustawy Pzp.

„Rzeszowski Inteligentny System Transportowy” składa się z następujących powiązanych ze sobą zadań:

1. Budowa Systemu Obszarowego Sterowania Ruchem Drogowym;
2. Wdrożenie systemu ITS dla Komunikacji miejskiej w Rzeszowie;
3. Platforma teleinformatyczna dla systemu ITS;
4. Rozbudowa i przebudowy skrzyżowań na drogach powiatowych, krajowych oraz wykonania bus-pasów.

W skład zamówienia wchodzi jak podaje ogłoszenie o zamówieniu sekcja II.1.1.5) opis zamówienia:

Przedmiotem zamówienia pn. „Rzeszowski Inteligentny System Transportowy” (ITS), realizowany w ramach projektu pn. „Budowa systemu integrującego transport publiczny miasta Rzeszowa i okolic” planowanego do współfinansowania ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej na lata 2007-2013, którego celem jest zaprojektowanie, dostawa, montaż, i uruchomienie Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem i Transportem Publicznym (ZSZRiTP) wraz z dedykowaną mu Platformą Teleinformatyczną dla systemu ITS (PTITS) oraz wykonanie niezbędnych dla jego

funkcjonowania przebudów skrzyżowań i zmian organizacji ruchu, w zakresie i na warunkach szczegółowo określonych w:

1. programach funkcjonalno-użytkowych (instalacyjnych),
2. specyfikacjach technicznych,
3. wzorze umowy.

Dokumenty wymienione w pkt 1-3 stanowią załączniki do SIWZ i będą przekazane nieodpłatnie wraz z zaproszeniem do składania ofert.

Zintegrowany System Zarządzania Ruchem i Transportem Publicznym (ZSZRiTTP) jako jeden spójny system dla miasta Rzeszowa będzie integrował działanie następujących podsystemów:

- S1 - System Obszarowego Sterowania Ruchem Drogowym (SOSRD),
- S2 - System Zarządzania Transportem Publicznym (SZTP),
- S3 - System Informacji Pasażerskiej (E-INFO),
- S4 - System Elektronicznego Poboru Opłat (E-BILET), oraz będzie wspierany przez system:
- S5 - Platforma Teleinformatyczna dla Systemu ITS(PTITS).

System ZSZRiTTP zostanie oparty na trzech osobno zlokalizowanych zintegrowanych centrach zarządzania odpowiednio dla podsystemu S1, łącznie podsystemów S2, S3 i S4 oraz podsystemu S5. W ramach systemów funkcjonować będą następujące komponenty funkcjonalne:

- KF d - pozyskiwania danych i ich archiwizacji,
- KF p - przetwarzania danych i wspomaganie decyzji,
- KF s - zarządzania ruchem i planowania,
- KF i - informacji dla użytkowników,
- KF t - regulacji systemu opłat w zakresie e-biletu.

System Obszarowego Sterowania Ruchem Drogowym będzie obejmował komponenty (KF d, p, s, i) jako podstawowy instrument zarządu ruchu. Będzie on zintegrowany z systemem SZTP poprzez:

- 1) współpracę z-wykorzystaniem łączności między stacją mobilną pojazdu transportu publicznego (komputer pokładowy) i stacją stacjonarną (sterownik sygnalizacji świetlnej),
- 2) współpracę obu centrali (S1 i S2) zapewniając współdziałanie w niestandardowych stanach incydentalnych oraz w planowaniu optymalnych komponentów KF s.

System Zarządzania Transportem Publicznym wraz z wydzielonym Systemem Informacji Pasażerskiej współdzielić będą podsystem lokalizacji pojazdów wykorzystujących łączność pomiędzy stacjami mobilnymi pojazdów i stacjami sieci dostępowej platformy teleinformatycznej.

System Elektronicznego Poboru Opłat (podsystemem 34) będzie autonomiczny pozostając instrumentem zarządzania transportem publicznym. Między innymi poprzez funkcje e-biletu Zarząd Transportu Miejskiego będzie dysponował aktualną (dla celów dyspozytorskich) i archiwizowaną (dla celów planistycznych) informacją o potokach transportu publicznego. Dla zapewnienia spójnego systemu komunikacyjnego dla wszystkich elementów systemu ZSZRiTIP zostanie wdrożona Platforma Teleinformatyczna dla Systemu ITS (PTITS).

Platforma teleinformatyczna dla systemu ITS ma funkcjonować w postaci sieci radiowej pokrywającej Miasto Rzeszów, umożliwiającej transmisję danych z obiektów stacjonarnych i mobilnych środków transportu komunikacji zbiorowej. Sieć ta jest kluczowym elementem systemu integrującego transport publiczny w Rzeszowie. Pozwala na zdalne zarządzanie wszystkimi elementami wchodzącymi w skład systemu oraz zdalną prezentację informacji przeznaczonych dla pasażerów komunikacji miejskiej oraz uczestników ruchu drogowego. Przepływem danych obejmuje się punkty stacjonarne i mobilne umożliwiające realizację zintegrowanego działania systemu transportu.

Niezbędnymi dla funkcjonowania ZSZRiTIP i osiągnięcia założonych rezultatów, a także w istotny sposób z nim powiązanymi zależnościami technicznymi i funkcjonalnymi, są również przebudowy skrzyżowań i zmiany organizacji ruchu w mieście.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 5 do projektu umowy.

Kryterium wyboru oferty została ustanowiona najniższa cena.

Według ogłoszenia szacunkowa wartość bez VAT wynosi 96 921 842,49 zł.

Według protokołu postępowania - wartość zamówienia została ustalona 29 grudnia 2011 r. na podstawie planowanych kosztów prac projektowych, planowanych kosztów robót budowlanych oraz rozeznania rynku – w kwocie netto 116 306 211 zł, w tym 19 384 368,50 zł wartość przewidywanych zamówień uzupełniających.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 118 931 334,37 brutto.

Rozdział XI SIWZ. Obliczanie ceny.

1. Cenę należy podać w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Cenę należy obliczyć zgodnie z zasadami określonymi w formularzu oferty cenowej stanowiącym załącznik nr 7 do projektu umowy. Ceną oferowaną przez Wykonawcę będzie kwota określona jako „Łączna Wartość oferty brutto (...) - (suma pozycji 1-4)” i podana w kolumnie 3 wiersz 5 Tabeli 5 Załącznika nr 7 do projektu umowy.

3. Jeśli zostanie złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie

dotyczącym wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

4. Cena oferty powinna obejmować wszystkie wydatki wykonawcy niezbędne do należytego wykonania umowy, wydatki te wykonawca pokrywa we własnym zakresie i nie podlegają one zwrotowi. Wynagrodzenie wykonawcy jest wynagrodzeniem ryczałtowym w ramach umówionego wynagrodzenia wykonawca zobowiązany jest wykonać wszelkie czynności niezbędne dla należytego wykonania umowy. Cena winna zawierać wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, tj. należne podatki, koszty transportu, ubezpieczenia.

Opis Przedmiotu Zamówienia – załącznik nr 5 Rozdział V pkt 1 do projektu umowy zawiera instrukcję wyliczenia ceny.

Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 4 ppkt 2 SIWZ oferta musi zawierać wypełniony i podpisany formularz oferty cenowej, stanowiący załącznik nr 7 do projektu umowy.

Według § 1 ust. 6 wzoru umowy, szczegółowy zakres zamówienia określony został w programach funkcjonalno-użytkowych (instalacyjnych) oraz w specyfikacjach technicznych dla poszczególnych zadań, stanowiących załączniki do Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Ust. 8 § 1. W odrębnym załączniku do dokumentacji projektowej należy przedstawić elementy użyte do realizacji zadania z podaniem nazw własnych oferowanych produktów, aplikacji, urządzeń, interfejsów komunikacyjnych i opisy ich logicznych powiązań w architekturze.

Według § 3 ust. 1 strony ustalają, że obowiązującą ich formą wynagrodzenia zgodnie z SIWZ i wybraną ofertą jest wynagrodzenie ryczałtowe w łącznej wysokościbrutto, w tym netto ...oraz podatek VAT według stawki 23% w wysokości

Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło 14 wykonawców. Zamawiający zaprosił do składania ofert 10 wykonawców. Oferty złożyło 3 wykonawców:

1. Aeronaval de Contruccion e Instalaciones, SAU z siedzibą w Madrycie – cena brutto - 87 394 403,31 zł,
2. konsorcjum wykonawców: UTI GRUP S.A – (lider); Grupa UTI Polska Sp. z o.o., z siedzibą lidera w Bukareszcie - cena brutto 104 536 459,68 zł,
3. Kapsch Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - cena brutto 117 582890,00 zł.

Przystępujący Aeronaval de Contruccion e Instalaciones, SAU z siedzibą w Madrycie, w ofercie podał ryczałtową cenę całkowitą brutto zgodnie z formularzem oferty cenowej – załącznik 7 – w kwocie 87 394 403,31 zł. Przedstawił Formularz oferty cenowej według załącznika nr 7 do projektu umowy, który objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

W punkcie 7 formularza oferty w punktach a-d podał, że zamierza powierzyć podwykonawcom realizację zadań 1-4, oprócz elementów dotyczących zarządzania wykonywanymi pracami projektowymi i budowlanymi oraz zarządzania projektem.

Pismem z dnia 29 marca 2013 r. zamawiający poinformował przystępującego o odtajnieniu formularza cenowego w złożonej ofercie.

Pismem z dnia 29 marca 2013 r. zamawiający zwrócił się do Aeronaval de Contruccion e Instalaciones, SAU o złożenie „*wyjaśnień treści oferty oraz wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 87 ust. 1 w związku art. 90 z ustawy Prawo Zamówień Publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010r. nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w przetarciu ograniczonym pn. Rzeszowski Inteligentny System Transportowy.*

W w/w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w toku badania oferty stwierdził, że cena złożonej przez Państwa oferty w istotny sposób odbiega (jest niższa) od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Złożona oferta cenowa jest o 26,52% niższa od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, a w przypadku Zadania nr 3 (tabela nr 3) aż o 37,77%. Dodatkowo złożona oferta cenowa jest odpowiednio o 14,41% i 25,58% niższa (w stosunku do wartości szacowanej przez zamawiającego) od cen zaoferowanych przez pozostałych dwóch Wykonawców.

Przed wyszczególnieniem swoich wątpliwości Zamawiający przypomina, za zapisami udostępnionego Wykonawcom Opisu Przedmiotu Zamówienia, że bardzo istotnym elementem, wręcz kluczowym, dla funkcjonowania podsystemów dostarczanych w ramach Zadań nr 1 i 3, a także wybranych elementów Zadania 4, a co za tym idzie całego przedmiotu zamówienia, jest właściwe prawidłowe wykonanie i funkcjonowanie systemu określonego w Zadaniu nr 3 tj. Platformy Teleinformatycznej dla ITS.

Mając na uwadze powyższe oraz w związku z ceną ofertową brutto (tabela nr 5) (...) przedstawiona przez Państwa oferta cenowa dla Zadania nr 3 (tabela nr 3) jest o 37,7% niższa od wyceny szacunkowej Zamawiającego, co może budzić wątpliwości Zamawiającego czy przedstawiona wycena całościowa i wyceny częściowe zawierają rzeczywiste koszty danego elementu i gwarantują należyte i zgodne z Wymaganiami Zamawiającego wykonanie przedmiotu zamówienia (rozpiętość różnic cen w poszczególnych pozycjach formularza dla Zadania nr 3 oferowanych przez Wykonawcę w stosunku do wycen szacunkowych zamawiającego waha się w granicach od 6,98% do 2540 %).

W szczególności wątpliwości Zamawiającego dotyczą takich kluczowych urządzeń systemów jak: szerokopasmowe systemy radiowe LMDS i WiMAX czy serwery, macierze, aktywne elementy sieci wchodzące w skład centrum zarządzania siecią. Zaoferowane przez Państwo ceny znacząco odbiegają od wycen szacunkowych będących w posiadaniu Zamawiającego,

co powoduje że Zamawiający ma wątpliwość czy wynikające z takiej oferty zobowiązanie jest w ogóle wykonalne.

Stąd oczekuję od Państwa, na zasadach określonych poniżej, wyczerpujących i obiektywnych wyjaśnień (np. poprzez podanie producentów, modeli, ilość sztuk, nr katalogowy producenta, karty katalogowe urządzenia i/lub oprogramowania) dotyczących zaoferowanych cen w zakresie następujących kluczowych elementów RIST:

1. sieć szkieletowa oraz dostępowa dla system LMDS i WiMAX:
 - a) stacje bazowe sieci szkieletowej LMDS (pozycja D.2.3 dla zadania 3 w załączniku 7),
 - b) stacje bazowe sieci szkieletowej WiMAX (pozycja D.2.4 dla zadania 3 w załączniku 7),
 - c) jednostki abonenckie (stacje końcowe) sieci dostępowej LMDS dla systemów z Zadań nr 1 i 2 (pozycja D.3.1.1 oraz D.3.3.1 dla zadania 3 w załączniku 7),
 - d) jednostki abonenckie (stacje końcowe) sieci dostępowej WiMAX dla systemów z Zadań nr 1 i 2 (pozycja D.3.1.5, D.3.2,1 oraz D.3.4.1 dla zadania 3 w załączniku 7).
2. Zamawiający prosi o wyjaśnienia w zakresie planowanego przez Wykonawcę Centrum zarządzania siecią;
 - a) Macierz Dyskowa (pozycja D. 1.6, oraz D.1.19 dla zadania 3 w załączniku 7),
 - b) Gore Router (pozycja D.1.13 dla zadania 3 w załączniku 7),
 - c) Firewall (pozycja D. 1.14 dla zadania 3 w załączniku 7),
 - d) ASN-GW (pozycja D. 1.15 dla zadania 3 w załączniku 7),
 - e) Server ACS (pozycja D. 1.16 dla zadania 3 w załączniku 7),
 - f) zintegrowany system komunikacji, w tym również w zakresie oprogramowania (pozycja D.1.17 dla zadania 3 w załączniku),
 - g) Serwer (pozycja D. 1.18 dla zadania 3 w załączniku 7),
 - h) oprogramowanie do wirtualizacji serwerów (pozycja D. 1.10 dla zadania 3 w załączniku 7),
 - i) macierz dyskowa (pozycja D.1.19 dla zadania 3 w załączniku 7),
 - j) Edge router (pozycja D. 1.22 dla zadania 3 w załączniku 7),
 - k) backup taśmowy (pozycja D.1.7 dla zadania 3 w załączniku 7).

Powyższe wątpliwości dotyczą również następujących elementów:

- a) zadanie 1 pozycja nr 5 (serwerownia + zasilanie awaryjne),
- b) zadanie 2 pozycja 2.4 (wyposażenie serwerowni bez agregatu),
- c) zadania 2 pozycja 2.4.7 z (zestaw do wideokonferencji).

W wielu miejscach występują również różne ceny dla identycznie opisanych przez Zamawiającego elementów występujących pod innymi pozycjami jak przedstawiono poniżej.

D.1.1. Szafa serwerowa 3 szt. – 111 572,88,

- D.1.23. Szafa serwerowa 101 410,66,*
- D.1.5. Serwer klaster (2 maszyny fizyczne) 613 330,31,*
- D.1.11. System operacyjny I 2 szt. 122 141,80,*
- D.1.12. System operacyjny II 2 szt. 106 630,59,*
- D.1.18. Serwer 169 816,37,*
- D.1.20. System operacyjny I 122 141,80,*
- D.1.21. System operacyjny II 122 141,80.*

Podsumowując, działając na podstawie art. 87 ust. 1 w związku art. 90 z ustawy Prawo Zamówień Publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 z późn. zm.), Zamawiający w celu wyjaśnienia treści złożonej oferty i ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w szczególności:

- 1) oszczędność metody wykonania zamówienia - podanie, gdzie i na jakim etapie wykonywania zamówienia lub pozyskiwania materiałów te oszczędności zaistnieją i w jakiej wysokości;*
- 2) wybrane rozwiązania techniczne - wskazanie ich i ich wpływu na obniżenie wysokości ceny oferty;*
- 3) wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia - określenie w czym tkwi ich wyjątkowość, na czym polegają i jakie efekty ekonomiczne przyniosły;*
- 4) wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, itp.*

Prosimy o wykazanie co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona.

Ponadto zwracamy się o wyjaśnienie czy przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik do SIWZ oraz o potwierdzenie, że zaproponowana w ofercie cena jest realna, a w związku z tym będzie możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w SIWZ.

Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (w sytuacji, gdy wykonawca zaprezentował ogólnikowe stwierdzenia, np. że "wszystkie ceny obliczono z należytą starannością i zawierają one wszystkie koszty roboty budowlanej"), por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 12 sierpnia 2005 r. (sygn. akt VI Ca 464/05). „Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06).

Wyjaśnienia, o które Zamawiający wzywa należy złożyć pisemnie lub faxem lub pocztą elektroniczną najpóźniej do dnia 3 kwietnia 2013 (...)”

Izba postanowiła odmówić odtajnienia w trybie § 23 rozporządzenia z dnia 23 marca 2010 r. Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz.280) treści dokumentu – jako całości wyjaśnień przystępującego na temat ceny oferty.

Do protokołu rozprawy z wymienionej odpowiedzi przytoczono jedynie stwierdzenia ogólnikowe, nie mające charakteru konkretnej tajemnicy przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie w dniu 3 kwietnia 2013 r. przystępujący złożył wyjaśnienia, w których przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące zagadnienia rażąco niskiej ceny oraz stwierdził, że w okolicznościach niniejszej sprawy mamy do czynienia z ceną, która nie odbiega od cen rynkowych w sposób powodujący podejrzenie, że jest rażąco niska. Cena oferty ACISA jest niższa o około 25% od ceny oferty wykonawcy Kapsch Sp. z o.o. oraz o około 14% od ceny oferty odwołującego. Oznacza to, że cena oferty ACISA jest na rynkowym poziomie, a odchylenie od cen pozostałych ofert jest normalne w warunkach konkurencyjnego postępowania przetargowego. Fakt, że cena oferty ACISA jest niższa o około 25% od szacunku zamawiającego nie stanowi również odchylenia o nadzwyczajnym charakterze.

Przystępujący ACISA przywołał poglądy orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, że pojęcie „rażąco niskiej ceny” należy odnosić do ceny za wykonanie całości zamówienia, a nie cen za poszczególne zadania objęte zamówieniem, czy poszczególnych cen jednostkowych. Rozpatrując kwestię rażąco niskiej ceny, zamawiający winien brać pod uwagę łączną cenę, a nie ceną za zadanie 3, czy wyodrębnione ceny jednostkowe.

Przystępujący wyjaśnił, że cena jego oferty obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia z należytą starannością. Jest ceną ryczałtową, zawiera wszystkie koszty kompletnego wykonania przedmiotu zamówienia, uwzględnia wszystkie wymagania SIWZ wraz z wyjaśnieniami i zmianami jej treści. Obejmuje wszelkie koszty jakie poniesie ACISA w związku z należytą realizacją przedmiotu zamówienia opisanego w załączniku nr 5 do projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ. Wraz z załącznikami, m.in. programem funkcjonalno-użytkowym oraz specyfikacjami technicznymi. Przy ustalaniu ceny oferty ACISA brała pod uwagę zarówno ryzyko związane z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia jak i ryzyko kursowe, ewentualny wzrost cen oraz uwzględniła zysk.

Przystępujący przedstawił sposób kalkulacji ceny, w którym powołał się na okoliczność, iż w punkcie 7 formularza oferty w punktach a-d podał, że zamierza powierzyć podwykonawcom realizację zadań 1-4, oprócz elementów dotyczących zarządzania wykonywanymi pracami

projektowymi i budowlanymi oraz zarządzania projektem. Przystępujący podał koszt dostaw i prac realizowanych przez podwykonawców, z rozbiem według pozycji cenowych.

Przystępujący mając na uwadze ryczałtowy charakter wynagrodzenia - podał wartości procentowe oraz kwotowe „rezerwy” na roboty nieprzewidziane. Podał koszty zarządzania, koszty pośrednie oraz zakładaną kwotę zysku.

Odnosząc się do żądania zamawiającego – wyjaśnień dot. elementów RIST przystępujący powołał się na uzyskaną od oznaczonego z nazwy podwykonawcy ofertę realizacji przedmiotowego zakresu zamówienia. Przystępujący określił ceny tych elementów oraz załączył do wyjaśnień ofertę podwykonawcy z dnia 20 marca 2013 r. oraz z dnia 22 marca 2013 r. przy uwzględnieniu udzielonych upustów cenowych na realizację systemu ITS w Rzeszowie, w związku z realizacją (przy danych powiązaniach biznesowych) także projektów w innych państwach. Przystępujący załączył także zbliżone cenowo oferty z dnia 21 i 23 marca 2013 r. innych firm podwykonawczych na zakres zadania nr 3.

Jako obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość ceny, przystępujący przywołał konkretnie wykonywane kontrakty, których realizacja ma wpływ na wysokość ujętych w cenie oferty kosztów pośrednich (koszty administracyjne, personelu, inżynierii projektowej, itp.). Gdzie koszty ogólne zarządu - (administracyjne, ogólne wydatki firmy) przy posiadaniu wspólnej struktury organizacyjnej i zaplecza przez podmioty danej grupy – pozostają ograniczone.

Przystępujący zastrzegł, że wyjaśnienia zawarte w powyższym piśmie oraz w załączonych dowodach, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), gdyż:

- posiadają wartość gospodarczą,
- nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Przystępujący załączył jako dowody oferty cenowe złożone jemu przez podwykonawców.

Pismem z dnia 3 kwietnia 2013 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty przystępującego Aeronaval de Contruccion e Instalaciones, SAU z siedzibą w Madrycie – z uzasadnieniem, że oferta spełnia wymogi zawarte w SIWZ oraz uzyskała największą ilość punktów.

W dniu 4 kwietnia 2013 r. zamawiający wezwał przystępującego ACISA do podania, czy wykonawca Aeronaval de Contruccion e Instalaciones, SAU z siedzibą w Madrycie jest zarejestrowany jako płatnik podatku VAT w Polsce? Czy Państwo będą naliczali podatek

VAT? Czy cena ryczałtowa brutto przedstawiona w Państwa ofercie zawiera podatek VAT według stawek obowiązujących w Polsce.

W odpowiedzi z dnia 8 kwietnia 2013 r. na powyższe pismo przystępujący ACISA podał, że:

1. Tak wykonawca Aeronaval de Contruccion es e Instalaciones, SAU z siedzibą w Madrycie jest zarejestrowany jako płatnik podatku VAT w Polsce o numerze NIP 1060003244.
2. Tak. Wykonawca będzie naliczał podatek VAT.
3. Tak. Cena ryczałtowa brutto przedstawiona w ofercie Aeronaval de Contruccion es e Instalaciones, SAU (ACISA) zawiera podatek VAT według stawek obowiązujących w Polsce.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ złożył ofertę w postępowaniu (sklasyfikowaną na drugiej pozycji), a w przypadku wykazania bezprawności zaniechania odrzucenia skarżonej oferty, przez niezgodne z ustawą Pzp działanie zamawiającego, mógłby ponieść szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia i utraty spodziewanego zysku z jego realizacji.

Na wstępie Izba podała rozpatrzeniu zarzut III bezprawnego zaniechania przez zamawiającego odtajnienia złożonych trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez przystępującego ACISA wyjaśnień.

Izba nie znalazła podstaw, aby przypisać zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1,2,3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Informacje obowiązkowo podawane na otwarciu ofert, tj. dotyczące ceny (także cen jednostkowych z formularza cenowego wykonawcy ACISA) – zostały ujawnione w całości.

Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa,
- posiada wartość gospodarczą,

- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa, czy organizacyjna obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń, kontaktów i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną. Jednocześnie "tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Z przytoczonych powyżej wymagań normatywnych wynika, że rozwiązania organizacyjne grupy przedsiębiorców realizujących określoną politykę kosztową, mającą na celu optymalizację kosztów celem zwiększenia konkurencyjności rynkowej podmiotów ją stanowiących - może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ posiada charakter organizacyjny oraz posiada wartość gospodarczą i dotyczy sytuacji, gdy rozwiązania te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. W celu zachowania poufności zastrzeżonych dokumentów wykonawca ACISA:

- objął wyjaśnienia w całości klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- złożone jako dowody oferty podwykonawców, zawierają zastrzeżenie ich nieujawniania.

Przystępujący ACISA zastrzegł - jako niepodlegające ujawnieniu, w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp informacje dotyczące powiązań organizacyjno-handlowych i kontraktowych, oferty cenowe podwykonawców (podające wielkości upustów), przy pomocy których zamierza wykonać zamówienie w przypadku zawarcia umowy z zamawiającym. Informacje

tego rodzaju nie są ogólnie dostępne i może ich dotyczyć skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie podał innych źródeł dostępu do danych zawartych w wyjaśnieniach przystępującego, ani też nie dowiódł, że zwykłą i dozwoloną drogą dostęp do danych, których ujawnienia się domagał jest możliwy do uzyskania, lub, że przystępujący ACISA nie podjął czynności mających na celu zachowanie zastrzeżonych danych w poufności. W ocenie Izby, dowód w powyższym zakresie obciążał odwołującego.

Dysponowanie odpowiednią do wymagań realizacji przedmiotu zamówienia strukturą organizacyjną i zapleczem dającymi możliwość wspólnego korzystania z potencjału administracyjnego grupy przedsiębiorców, czy też z nawiązanymi kontaktami handlowymi dowodzi, iż takie uwarunkowania mogą mieć wpływ na cenę oferty, wpływając chociażby na wysokość narzutów kosztów ogólnych i pośrednich.

Dane o wykonywaniu zamówienia przez oznaczone imiennie podmioty - jako podwykonawców - mają dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą - dają bowiem możliwość ubiegania się o zamówienie. Informacja o cenach dostaw, usług i robót oferowanych przez podwykonawców, z których zamierza skorzystać przystępujący - może być przedmiotem zainteresowania ze strony konkurencji, ukierunkowanym na pozyskanie poszukiwanych tanich podwykonawców i dostawców do celów własnych. Stąd zastrzeżenie tych informacji, w przekonaniu Izby, znajduje uzasadnienie. Tym bardziej, że dane te nie stanowią jedynie ofert cenowych, ale zawierają także zobligowanie się przez osoby trzecie wobec przystępującego do stosowania oznaczonej wielkości upustów cenowych, ze względu na znaczną skalę współpracy bieżącej przy innych realizowanych kontraktach. W ocenie Izby kontakty handlowe podane w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty - mogą stanowić przedmiot skutecznego wyłączenia jawności w ofercie wykonawcy. Żaden podmiot gospodarczy nie ma obowiązku informować konkurentów o swoich powiązaniach handlowych.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) przez wadliwe przyjęcie, że kwestionowany wykonawca w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty, niezasadnie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy nie zostały spełnione przesłanki ustawowe – nie znalazł potwierdzenia. W świetle doktryny oraz utrwalonej linii orzeczniczej m.in. Krajowej Izby Odwoławczej jawność postępowania, która jest jedną z fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych doznaje jednak ograniczenia w uzasadnionych przypadkach. Wyjątek od zasady jawności postępowania został wprowadzony w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i odnosi się do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, odmowę zamawiającego udostępnienia chronionych

danych ofert - nie można było uznać za naruszającą przepisy ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo przeprowadził czynności weryfikacyjne w tym zakresie, i nie odtajnił złożonych przez przystępującego wyjaśnień w odniesieniu do sposobu kalkulacji ceny oferty - stanowiących zasób chroniony i niepodlegający upowszechnianiu bez żadnych ograniczeń, zatem spełniający kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Ad. I i IV. Zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego Aeronaval de Contruccion e Instalaciones, SAU z siedzibą w Madrycie oraz złożenia niewystarczających wyjaśnień - nie podlegał uwzględnieniu.

Izba porównała ceny złożonych wszystkich 3 ofert i stwierdziła, że przedział cenowy ofert w tym postępowaniu był dosyć wyrównany, tj. wynosił od kwoty 87 394 403,31 zł do 117 582 890,00 zł. Zanotowane różnice są zatem przejawem zwykłej konkurencji wykonawców w ubieganiu się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że cena oferty ACISA znacząco odbiega od cen rynkowych podobnych zamówień.

Za średnią cenę rynkową dla przedmiotowego postępowania można było bowiem uznać cenę oscylującą w granicach 87 400 000,00 zł do 117 600 000,00 zł.

Materiał dowodowy sprawy potwierdził, że wartość szacunkowa wynosząca według ogłoszenia (bez VAT) - 96 921 842,49 zł i podana bezpośrednio przed otwarciem ofert, jako kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości - 118 931 334,37 brutto, była zdaniem Izby, oderwana od bieżących realiów rynkowych.

Według protokołu postępowania - wartość zamówienia została bowiem ustalona na dzień 29 grudnia 2011 r. na podstawie planowanych kosztów prac projektowych, planowanych kosztów robót budowlanych oraz rozeznania rynku – w kwocie 116 306 211 zł, w tym 19 384 368,50 zł wartość przewidywanych zamówień uzupełniających.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Stosownie do art. 35 ust. 1 ustawy Pzp ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed wszczęciem postępowania, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy i usługi, i nie wcześniej niż 6 miesięcy jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Przedstawione przez zamawiającego oszacowanie przedmiotu zamówienia odbiega od dyspozycji przytaczanych wyżej norm, zatem nie mogło zostać uznane za miarodajne. Od grudnia 2011 r. ceny usług i dostaw sprzętu IT oraz produkcji budowlano-montażowej uległy zmianie – notując tendencję malejącą, przy zaostrzającej się konkurencji.

Od kwoty wartości szacunkowej należało ponadto odjąć wartość zamówień uzupełniających, jako nieujmowanych w cenie oferty. Zamówienia uzupełniające w razie takiej potrzeby, są udzielane odrębną umową w trybie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, może zwrócić się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – jeżeli cena ta biorąc pod uwagę całokształt okoliczności w postępowaniu i wiedzę zamawiającego na temat danego rodzaju zamówień, wzbudza uzasadnione wątpliwości.

Przystępujący ACISA nie zaskarżył odwołaniem czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Czynność ta, nie mogła być zatem podważana. Bezspornie wezwanie takie, jak poświadcza ugruntowana linia orzecznicza w sprawach zamówień publicznych, stwarza wzruszalne domniemanie, że cena oferty wezwanego wykonawcy jest rażąco niska. Na wykonawcy spoczywa zatem ciężar dowodu, że okoliczność taka nie zachodzi. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mówi o wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Z kolei art. 90 ust. 3 ustawy mówi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami, potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z powyższego należy wywieść, iż wykonawca nie może poprzestać na samych wyjaśnieniach, w sytuacji, gdy zamawiający zażąda przedłożenia dowodów na poparcie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Izba w całości podziela poglądy, że wyjaśnienia wykonawcy aby mogły zostać uwzględnione muszą mieć charakter konkretny, sprawdzalny, nadający się do weryfikacji, czy przywołujący fakty powszechnie wiadome. Na zamawiającym z mocy cytowanego wyżej przepisu spoczywa ocena wyjaśnień i przedłożonych dowodów. Ocena taka, jak każda inna czynność w postępowaniu winna być przeprowadzona dokładnie w odniesieniu do wszystkich argumentów wykonawcy i w dostosowaniu do indywidualnego przypadku, a jej wynik zamawiający winien jest uzasadnić, jako podstawy dalszych czynności wobec ocenianej oferty. Ewentualny obowiązek odrzucenia oferty wynika z oceny wyjaśnień i dowodów przedłożonych przez wezwanego wykonawcę, co jednoznacznie stwierdza treść art. 90 ust. 3 Pzp. Zamawiający może dokonywać wyboru oferty wyłącznie spośród ofert niewadliwych, a więc takich, których cena nie została skalkulowana na rażąco niskim poziomie, i które spełniają warunki ustalone w przepisach ustawy Pzp oraz SIWZ.

Izba podzieliła argumentację zamawiającego i przystępującego, że sama zanotowana dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, t.j. od około 14% do 25% nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Oznacza to również, iż z uwagi na indywidualne uwarunkowania każdego z podmiotów (w tym posiadane doświadczenie, kontakty handlowe, rozwiązania organizacyjne, ilość świadczonych jednocześnie usług – skali działalności), wykonanie zamówienia za taką samą cenę nie będzie możliwe dla każdego wykonawcy. Wykonawca może przedstawić cenę oferty nawet znacząco odbiegającą od pozostałych cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej przed otwarciem ofert – jeżeli potrafi ją uzasadnić. Zgodnie bowiem z orzeczeniem ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*, LEX nr 127572, niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego, bez stosownej oceny danego przypadku. W orzecznictwie i w doktrynie wypracowano akceptowane poglądy, że za cenę rażąco niską winna być przyjmowana cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będąca ceną rynkową, wyznaczaną poprzez ogólną sytuację gospodarczą praw popytu i podaży w danej branży, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie działających na tym rynku. Przy czym, należało zważyć, iż nie bez przyczyny ustawodawca użył określenia „cena rażąco niska,” a więc rażąco niska w sposób zauważalny, narzucający nieodparcie takie wnioski.

Zamówienie obejmuje usługi projektowe, dostawy ale również prace budowlane, usługi zarządcze, itp. Obliczenie ceny i kalkulacje jej elementów musiały zatem nawiązywać do charakteru prac objętych zamówieniem. Zamówienie tego rodzaju opiera się w znacznym stopniu na potencjale ludzkim. W ocenie Izby, każdy wykonawca mógł przyjąć własne założenia cenowe w poszczególnych elementach kalkulacyjnych, cenach jednostkowych - odmienne od odwołującego, w tym też dowolną stopę zysku. Zamawiający narzucił jedynie wysokości procentowe kosztów dokumentacji w stosunku do wykonania danego elementu zamówienia i wielkości procentowe ceny kosztów oznaczonych zadań, w stosunku do ceny całkowitej. Wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy - w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia obejmującego 4 zadania.

Dyspozycja normy art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, uprawnia zamawiającego do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w przypadku, gdy wykonawca w wyjaśnieniach wykaże obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Katalog okoliczności uzasadniających wysokość oferowanej ceny podany w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie jest wyczerpujący. Ponadto, zwrot, że obiektywne czynniki mają być dostępne wykonawcy w sposób zindywidualizowany - nie oznacza, że nie mogą zostać wskazane takie okoliczności, jak często przywoływany argument prowadzenia działalności w znacznych rozmiarach. Ważna jest bowiem skala tego zjawiska – dostępna indywidualnie dla konkretnego wykonawcy - i jej możliwy i realny wpływ na wyliczenie ceny oferty. Izba opowiada się również za ogólnie aprobowanym poglądem, że wyjaśnienia aby mogły zostać uwzględnione nie mogą być ogólnikowe, muszą odnosić się do konkretów – oświadczeń wykonawcy, które będą nadawały się do zweryfikowania.

Z tych względów proste porównanie cen oferty odwołującego i przystępującego i zanotowana niewielka różnica (około 14,5%) nie jest miarodajna dla zarzutu rażąco niskiej ceny oferty konkurenta.

Z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia pełna kalkulacja kosztorysowa ceny oferty nie była wymagana. Przystępujący ujął w formularzu cenowym oferty cały opisany tam zakres zamówienia. Odwołujący nie miał podstaw do stawiania zarzutów, iż przystępujący nie uwzględnił wszystkich kosztów. Zarzuty te pozostały gołosłowne, gdyż zamawiający, założeń kalkulacyjnych nie narzucił (oprócz wskaźników procentowych) – pozostawiając także szczegółowe rozwiązania projektowe i sprzętowe - w ramach ustalonych warunków kontraktowych - do decyzji wykonawców, o czym świadczy postanowienie § 1 ust. 8 wzoru umowy, że dopiero w odrębnym załączniku do opracowanej dokumentacji projektowej, wykonawca ma przedstawić elementy użyte do realizacji zamówienia z podaniem nazw własnych oferowanych produktów, aplikacji, urządzeń, interfejsów komunikacyjnych i opisy ich logicznych powiązań w architekturze. W tych okolicznościach, Izba uznała przedstawione przez odwołującego oferty cenowe na konkretnie oznaczone produkty, które mogą być użyte do realizacji przedmiotowego zamówienia, za dowody nie posiadające rozstrzygającego znaczenia w odniesieniu do ceny oferty wykonawcy ACISA.

Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość, wykonawca ACISA był zobowiązany przedstawić pełny kosztorys – dający cenę oferty. Zamawiający nie żądał takich kosztorysów, wymagał jedynie danych zawierających zbiorcze pozycje cen dla elementów prac, etapów prac, nie nadając

im charakteru jednoznacznie wiążącego – z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia całkowitego. Zgodnie z tymi wytycznymi SIWZ przystępujący skalkulował cenę oferty.

Izba podzieliła stanowisko przystępującego, znajdujące oparcie wprost w treści przepisów art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, iż badania rażąco niskiej ceny oferty - dokonuje się w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie do wyodrębnionej jego części, czy pozycji składowych – w tym przypadku nazwanych zadaniami, a tym bardziej nie w odniesieniu do poszczególnych pozycji formularza cenowego. Nie można było pominąć, iż wykonawca wybrany ma zaprojektować zamawiany system w oparciu o PFU i specyfikacje techniczne, a więc szczegółowe rozwiązania zostaną wypracowane na etapie realizacji zamówienia wraz z podaniem zastosowanego oprogramowania i sprzętu, co nie pozostaje bez wpływu na założenia kalkulacyjne ceny oferty. Ponadto, wykonawca nie ma obowiązku osiągnięcia rentowności w każdym jednym elemencie wyceny. Zysk odnosi się do całości kontraktu. Okolicznością przyznaną było, że i w ofercie odwołującego znajdują się pozycje skalkulowane niżej, niż uczynił to przystępujący.

W ocenie Izby, przedstawione przez przystępującego wyjaśnienia - mające wpływ na kalkulację ceny oferty są skonkretyzowane i mają charakter opisanych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, pozostają spójne z przedstawionymi dowodami. Zatem przyjęcie tych wyjaśnień - jako czynność zamawiającego - nie budzi zastrzeżeń Izby, mimo dosyć enigmatycznego uzasadnienia wyboru oferty wykonawcy ACISA – nie świadczy to jednak, że zamawiający zaniechał analizy wyjaśnień. Biorąc pod uwagę poprawność konkluzji, że zaoferowana cena przez przystępującego ACISA - nie jest rażąco niska, Izba uznała stanowisko zamawiającego za prawidłowe. Wyjaśnienia i dowody złożone dnia 3 kwietnia 2013 r. przez ACISA były wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny, a podana cena uzasadniona jest sprzyjającymi warunkami wykonywania zamówienia, dostępnymi temu wykonawcy.

Zdaniem Izby, nie można było ocenić wyjaśnień ACISA jako zbyt ogólnikowych. Wyjaśnienia spełniały wymagania przepisu art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, miały charakter konkretny – sprawdzalny. Uznając, że wykonawca ACISA wykazał, iż cena jego oferty nie jest rażąco zaniżona, Izba stwierdziła podstawy do zaakceptowania czynności zamawiającego związanych z wyborem tej oferty - jako nie naruszających wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał, że wykonawca ACISA nie daje gwarancji należytego, rzetelnego wykonania przedmiotowego zamówienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, a powierzenie jego wykonania przystępującemu stanowi ewidentne zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. Nie znalazł potwierdzenia zarzut, że przystępujący nie przedłożył dowodów potwierdzających realność przyjętych założeń kalkulacyjnych ceny swojej oferty, skoro dowody takie zostały dołączone,

a zakres wyjaśnień odpowiada treści wezwania. W żadnym stopniu nie deprecjonuje złożonych wyjaśnień, okoliczność, że na rozprawie przystępujący złożył dalsze dowody i wyliczenia potwierdzające realność ceny oferty – w zakresie nie wymaganym w wezwaniu zamawiającego.

Ad. Zarzut III. Izba nie stwierdziła podstaw do przypisania zamawiającemu zarzutu, że złożeniem oferty z tak oznaczoną ceną - wykonawca ACISA dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji - co obligowało do jej odrzucenia. Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 1 w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem, naruszające interes innego przedsiębiorcy, w tym utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu - w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Wskazywane w wyjaśnieniach optymalizowanie kosztów działalności przez przedsiębiorców działających w ramach oznaczonej grupy, o ile prowadzi do zmniejszenia tych kosztów np. poprzez usprawnienia organizacyjne celem zwiększenia konkurencyjności rynkowej uczestniczących podmiotów – nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie narusza niczyich praw i interesów. Czynem takim byłoby natomiast schodzenie z ceną poniżej kosztów świadczenia usług, dostaw, czy prac budowlanych np. przez pewien czas – jedynie w tym celu aby wyeliminować z otwartego rynku inne podmioty działające w danej branży. Odwołujący takich okoliczności nie udowodnił. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach podał realne podstawy kalkulacji ceny oferty wraz z narzutami i zakładaną według tej kalkulacji kwotą zysku.

Ad. Zarzut V. Izba za chybiony uznała zarzut, że zamawiający winien doliczyć do ceny oferty wykonawcy ACISA podatek VAT 23% ze względu na brzmienie art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, zgodnie z którym, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zamawiający wyjaśnił tę kwestię. Przystępujący Aeronaval de Contruccion e Instalaciones, SAU c. Bahia de Pollensa 13, 28042 Madryt, Hiszpania jest bowiem zarejestrowanym podatnikiem VAT posiada nadany numer identyfikacji podatkowej NIP i w przypadku uzyskania zamówienia opłaca należny podatek VAT w Polsce, z zastosowaniem obowiązującej stawki podatku VAT zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2011 r. Nr 177 poz. 1054), co wykonawca potwierdził jednoznacznie swoim oświadczeniem

złożonym 8 kwietnia 2013 r. Ponadto wyjaśnienia przystępującego i podana cena netto oraz brutto wskazują, że zastosowano prawidłową stawkę podatku VAT – 23%. W formularzu oferty wymagane było podanie jedynie ceny brutto ofert. Dopiero w umowie według załączonego do SIWZ wzoru, wykonawca będzie zobowiązany określić cenę netto, kwotę VAT wg stawki 23% oraz cenę brutto.

W oparciu o przytoczone powyżej ustalenia dowodowe, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego oraz przystępującego, że zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Aeronaval de Contruccion e Instalaciones, SAU z siedzibą w Madrycie pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
3. art. 8 ust. 1 i 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia złożonych przez ACISA wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny;
4. art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ACISA w sytuacji, w której istnieje bardzo duże prawdopodobieństwo, iż złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są niewystarczające, nie zawierają dowodów na potwierdzenie, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, nie zawierają informacji i wyjaśnień, których podania żądał zamawiający pismem z dnia 29 marca 2013 r.,
5. art. 91 ust. 3a Pzp poprzez niedokonanie przez zamawiającego doliczenia do ceny zaoferowanej przez ACISA podatku od towarów i usług, który zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami, ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ACISA, pomimo iż zawiera ona błędy w obliczeniu ceny polegające na nieuwzględnieniu kwoty podatku VAT.

- nie znalazły potwierdzenia.

W konsekwencji nie doszło również do naruszenia zasad postępowania określonych w art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika stosownie do postanowień § 3 pkt 2) lit.b i § 5 ust 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....