

Sygn. akt: KIO 1609/11

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca r. przez wykonawcę **Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), 2. INDRA SISTEMAS S.A., adres dla pełnomocnika: ul. W. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10; 81-338 Gdynia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie i wykonanie „Krajowego Systemu Bezpieczeństwa Morskiego, etap I”, w trybie dialogu konkurencyjnego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 maja 2010 r. pod numerem 2010/S 85-128169.

Dnia 18 lipca 2011 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alcatel-Lucent Polska sp. z o.o., ul. W. Rzymowskiego 53; 02-697 Warszawa, INRDA SISTEMAS S.A., Avenida de Bruselas 35, 28108 Alcobendas, Madryt, Hiszpania (zwani dalej „Konsorcjum Alcatel-Lucent”).

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26; 10-062 Olsztyn (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 28 lipca 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a w jego następstwie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Alcatel-Lucent do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Alcatel-Lucent, mimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec faktu, że oferta konsorcjum Alcatel-Lucent nie gwarantuje, że wykonawca przewidział i oferuje do wykonanie wszystkie konieczne i przewidziane specyfikacją prace.
3. Art. 91 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty konsorcjum Alcatel-Lucent, która nie mogła być uznana za najkorzystniejszą.
4. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zarzucając powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum Alcatel-Lucent jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) nakazanie Zamawiającemu wezwania konsorcjum Alcatel-Lucent do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w razie gdyby wezwany wykonawca - konsorcjum Alcatel-Lucent nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 5) nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie tego zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, który wyraża się tym, iż w przypadku uwzględnienia jego argumentacji i żądań, jego oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu otrzyma maksymalną ilość punktów, a Odwołującemu zostanie powierzona realizacja przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez wykonawcę - konsorcjum Alcatel-Lucent za realizację całego przedmiotu zamówienia, a w szczególności w zakresie zadania pod nazwą *„Przygotowanie i wyposażenie centrum KSBM w Gdyni wraz z serwerownią główną i zapasową oraz pomocniczych centrów KSBM w Szczecinie i Ustce wraz z systemami bezpieczeństwa teleinformatycznego”* zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zatem też nie gwarantuje, że wykonawca - konsorcjum Alcatel-Lucent przewidział i oferuje do wykonania wszystkie konieczne i przewidziane specyfikacją prace. Odwołujący wskazał, iż dokonał analizy ceny oferty z przedmiotem zamówienia oraz z oszacowaną zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp wartością zamówienia obejmującą całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy. W ocenie Odwołującego oferta wykonawcy - konsorcjum Alcatel-Lucent jest niewiarygodna z uwagi na zaproponowanie nierealistycznej ceny.

Powyższe twierdzenie Odwołujący wywodził z faktu, że Zamawiający w zakresie pozycji pod nazwą *„Przygotowanie i wyposażenie centrum KSBM w Gdyni wraz z serwerownią główną i zapasową oraz pomocniczych centrów KSBM w Szczecinie i Ustce wraz z systemami bezpieczeństwa teleinformatycznego”* wyraźnie opisał zakres prac wymaganych od wykonawcy. W skład tego zakresu wchodzi (zgodnie z opisem w części B pkt. 5.1. Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia) m.in.:

- a) przygotowanie i wyposażenie centrum KSBM w Gdyni wraz z serwerownią główną i zapasową oraz pomocniczych centrów KSBM w Szczecinie i Ustce,
- b) zapewnienie transferu danych z lokalnych systemów nadzoru ruchu (VTS) do aplikacji centralnej KSBM (SWIBZ) oraz między aplikacją PHICS i systemami bazodanowymi VTS,
- c) zapewnienie bezpiecznej i efektywnej transmisji danych w obrębie KSBM,
- d) zapewnienie zdalnego nadzoru i zarządzania podsystemami składowymi i urządzeniami oraz monitorowania stacji brzegowych.

Wykonawca - konsorcjum Alcatel-Lucent za zrealizowanie ww. zakresu zaoferował cenę jedynie w wysokości 1.000.657,00 zł. Tym samym Odwołujący stwierdził, że okoliczność ta w sposób oczywisty dowodzi, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę - konsorcjum Alcatel-Lucent byłoby dla niego nieopłacalne, a cena zaoferowana jest niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Wynika to z faktu, że wykonawca - konsorcjum Alcatel-Lucent oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia towarów a jego usługi są oferowane za symboliczną kwotę.

W ocenie Odwołującego zakres zadań opisanych w tym punkcie jest kluczowy z punktu zapewnienia właściwego funkcjonowania systemu KSBM, obejmuje bowiem systemy łączności pomiędzy centrami KSBM w Ustce i Szczecinie a Centrum centralnym w Gdyni (łącznie z serwerownią zapasową zlokalizowaną przy ul. 3 Maja w Gdyni) oraz wyposażenie informatyczne służące do budowy platformy umożliwiającej wirtualizację systemów pracujących w KSBM (w tym m.in. systemów VTS). Dlatego też przedmiotowy zakres stanowi niejako odrębną część zamówienia, kluczową z punktu widzenia funkcjonowania całości systemu. Istotnym jest fakt, że zakres prac budowlanych przy modernizacji obiektów 013 oraz 036, zgodnie z punktem B. 1.2.1 i B.3.2.1 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, powinien być ujęty w wycenie punktów „*Modernizacja i doposażenie systemu VTS Zatoka Gdańska - budowa systemu VTS dla obszaru UMG*” oraz „*Modernizacja i doposażenie CDKAM Ustka - budowa systemu VTS dla obszaru UM Słupsk*”. Przy czym te prace budowlane nie obejmują przygotowania infrastruktury i wyposażenia serwerowni wchodzących w skład Krajowego Systemu Bezpieczeństwa Morskiego. Przedmiotowy zakres prac został również w ten sam sposób oszacowany i zakwalifikowany przez wykonawcę - konsorcjum Alcatel-Lucent.

W powyższym zakresie Odwołujący przedstawił kalkulację własną kosztu prac wchodzących w zakres punktu B.5 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, który w ocenie Odwołującego powinien wynosić około 10 milionów zł.

W powyższych kalkulacjach Odwołujący, bazując na standardowych cennikach producentów, dokonując ustalenia, że cena ofertowa wykonawcy - konsorcjum Alcatel-Lucent zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia uwzględnił jedynie

koszty urządzeń dla standardowej gwarancji, bez uwzględnienia koniecznych jeszcze do poniesienia dodatkowych kosztów ich transportu, montażu, konfiguracji oraz gwarancji rozszerzonej do 60 miesięcy.

Z dokonanego przez Odwołującego szacowania wartości zamówienia oraz z analizy cen dostawy kluczowych komponentów niezbędnych dla prawidłowego i całościowego wykonania pozycji pod nazwą „*Przygotowanie i wyposażenie centrum KSBM w Gdyni wraz z serwerownią główną i zapasową oraz pomocniczych centrów KSBM w Szczecinie i Ustce wraz z systemami bezpieczeństwa teleinformatycznego*” wynika jednoznacznie, że nawet uwzględniając wysokie potencjalne upusty, które wykonawca - konsorcjum Alcatel-Lucent mógłby uzyskać u producentów urządzeń, sięgające nawet hipotetycznie 50 % cen przyjętych do obliczeń, lub stosując rozwiązania równoważne spełniające wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie ma najmniejszych realnych możliwości zrealizowania zakresu opisanego w punkcie B.5 SOPZ za cenę 1 000 657,00 zł zaoferowaną przez wykonawcę - konsorcjum Alcatel-Lucent. Tym samym cena zaoferowana przez wykonawcę - konsorcjum Alcatel-Lucent grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości.

Biorąc pod uwagę powyższe, jak również fakt, że cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia jest również niższa o ok. 20% od szacunkowej wartości zamówienia, oraz o ponad 10 % od ceny oferty Odwołującego, Odwołujący stwierdził, że oferta wykonawcy - konsorcjum Alcatel-Lucent nie gwarantuje, że przewidział on do wykonania wszystkie konieczne i określone specyfikacją prace, a zatem niezależnie od zaoferowania rażąco niskiej ceny, oferta wykonawcy - konsorcjum Alcatel-Lucent nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podlega w konsekwencji odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, iż korzystny wpływ na wysokość oferty Odwołującego ma położenie oddziałów Odwołującego w Gdańsku i Szczecinie, gdyż Odwołujący w trakcie ewentualnej realizacji przedmiotu zamówienia nie musiałby ponosić znacznych kosztów dojazdów do Zamawiającego, kosztów delegacji i diet dla pracowników realizujących zadanie w siedzibie Zamawiającego oraz kosztów utworzenia lokalnego biura odpowiedzialnego za realizację przedmiotu umowy, które to koszty w wysokości co najmniej 0,7 mln zł będzie musiał z pewnością ponieść wykonawca - konsorcjum Alcatel-Lucent. Konsorcjum Alcatel-Lucent oświadczyło w ofercie, iż zamierza powierzyć podwykonawcom jedynie prace budowlane wchodzące w skład zamówienia. Zatem wszystkie pozostałe prace, tj. m.in. prace koncepcyjne oraz projektowe, pozyskiwanie niezbędnych zgód i zezwoleń, montaż i instalacja urządzeń wchodzących w skład oferty, szkolenia użytkowników, zarządzanie projektem, a także świadczenie usług gwarancyjnych będą wykonywane przez pracowników wykonawcy - konsorcjum Alcatel-Lucent, zatrudnionych na co dzień w Warszawie (siedziba

Alcatel Lucent Polska Sp. z o.o. oraz Madrycie (siedziba Indra Sistemas S.A.). Odwołujący, szacując powyższe koszty przyjął, nie mając wglądu w dokonany pomiędzy oboma firmami podział zadań, że większość prac wykonywanych będzie przez Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o.

Niezależnie od powyższego Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawcy - konsorcjum Alcatel-Lucent naruszył art. 90 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty. Wyżej wymienione fakty wskazują jednoznacznie, iż Zamawiający powinien był wszcząć przedmiotową procedurę. Potwierdza to również działanie Zamawiającego, który pismem z dnia 15 czerwca 2011 r. w związku z wątpliwościami wyceny pozycji „*Przygotowanie i wyposażenie centrum KSBM w Gdyni wraz z serwerownią główną i zapasową oraz pomocniczych centrów KSBM w Szczecinie i Ustce wraz z systemami bezpieczeństwa teleinformatycznego*” wezwał wykonawcę - konsorcjum Alcatel-Lucent do wyjaśnienia treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1a ustawy Pzp. Okoliczność potwierdza, iż Zamawiający miał wątpliwości, co do ceny zaoferowanej przez wykonawcę - konsorcjum Alcatel-Lucent, jednak nie przeprowadził obligatoryjnego w tym wypadku trybu z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a jedynie wyjaśnił treść oferty, co jest sprzeczne z regulacjami ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 28 lipca 2011 roku.

Zamawiający, dnia 29 lipca 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, dnia 1 sierpnia 2011 roku zgłosił przystąpienie wykonawca - konsorcjum Alcatel-Lucent.

Zamawiający, dnia 8 sierpnia 2011 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

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

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

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

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Istotnym dla rozstrzygnięcia w przedmiotowym postępowaniu jest ustalenie charakteru wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, który w ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu został ustalony, jako ryczałtowy.

Ustalenie powyższe potwierdziły strony postępowania.

Określenie przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rodzaju wynagrodzenia: ryczałtowego albo kosztorysowego, ma niezwykle istotne znaczenie. Zapłata wynagrodzenia stanowi bowiem jeden z głównych obowiązków Zamawiającego. Instytucja wynagrodzenia jest elementem przedmiotowo istotnym umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na podstawie przepisu art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.). W umowie o dzieło uregulowanej w k.c. wskazano dwa podstawowe rodzaje wynagrodzenia: wynagrodzenie ryczałtowe (art. 628 k.c.), oraz wynagrodzenie kosztorysowe (art. 629-631 k.c.).

Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., sygn. akt: II CRN 913/97, ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Zatem jeżeli cena, jaka została zastosowana w postępowaniu jest ceną ryczałtową - to wykonawca, a nie Zamawiający ponosi ryzyko, co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika bowiem, że uwzględnia ono wszystkie koszty związane z wykonaniem robót określonych dokumentacją przetargową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Należy przyjąć, że ryczałt należy się w umówionej wysokości i uprawniony do jego otrzymania w zasadzie nie może żądać jego

podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Natomiast wynagrodzenie kosztorysowe *de facto* ustalane jest dopiero na podstawie kosztorysu powykonawczego, a więc po zakończeniu i odbiorze robót zleconych w umowie.

Tym samym, skoro w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia, to wyliczenia i kwoty podawane przez wykonawców w poszczególnych pozycjach (zadaniach) oferty, stanowią jedynie materiał pomocniczy i informacyjny. Błędy, bądź też nieścisłości nie stanowią podstawy do odrzucenia oferty. Istotne jest bowiem oświadczenie wykonawcy, złożone w formularzu ofertowym, iż oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęły 3 oferty, następujących wykonawców:

- 1) Konsorcjum: Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. oraz INDRA SISTEMAS S.A., oferując cenę 70 724 632,00 zł.
- 2) SPRINT Sp. z o. o., oferując cenę 78 437 100,00 zł.
- 3) SAAB TRANSPONDERTECH AKTIEBOLAG, oferując cenę 116 300,000 zł.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert pismem z dnia 15 czerwca 2011 roku na podstawie art. 87 ust. 1a ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień i udzielenie odpowiedzi na pytanie czy kwota przedstawiona w Formularzu cenowym w pozycji: *„Przygotowanie i wyposażenie centrum KSBM wraz z serwerownią główną i zapasową oraz pomocniczych centrów KSBM w Szczecinie i Ustce wraz z systemami bezpieczeństwa teleinformatycznego”* obejmuje koszt robót budowlanych przy modernizacji obiektów 013 (Kapitanat Portu Gdynia) i 036 (Kapitanat Portu Ustka), a jeżeli nie, to w których pozycjach Formularza zawarto te koszty.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnił, iż kwota dotycząca kosztu robót budowlanych przy modernizacji obiektów 013 (Kapitanat Portu Gdynia) i 036 (Kapitanat Portu Ustka) zawarta jest odpowiednio w pozycjach formularza: *„Modernizacja i doposażenie systemu VTS Zatoka Gdańska - budowa systemu VTS dla obszaru Urzędu Morskiego w Gdyni”* i *„Modernizacja i doposażenie CDKAM Ustka - budowa systemu VTS dla obszaru Urzędu Morskiego w Słupsku”*.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego podnoszone względem Zamawiającego są bezzasadne.

Istotną okolicznością, wskazującą na fakt bezzasadności stawianych zarzutów jest również okoliczność, iż przedmiot zamówienia realizowany jest w systemie „zaprojektuj i zbuduj”, oparty o warunki ogólne FIDIC (żółta książka).

Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 86.100.000,00 zł brutto.

Porównując ceny ofert: Odwołującego i Przystępującego oraz biorąc pod uwagę kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia, stwierdzić należy, iż:

1. Pomiędzy ofertą Odwołującego, a ofertą Przystępującego różnica wynosi 9,83 %.
2. Pomiędzy szacunkiem Zamawiającego, a ofertą Przystępującego różnica wynosi 17,86 %.

Zdaniem Izby, powyższe różnice ceny, nie dawały Zamawiającemu żadnych podstaw do uznania jej za rażąco niskiej - w odniesieniu do ceny oferowanej przez Przystępującego, w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a wręcz przeciwnie - powyższe różnice dowodzą, iż oszacowanie wartości zamówienia, dokonane przez Zamawiającego było prawidłowe, jako nie odbiegające znacząco od ceny dwóch spośród trzech ofert oraz różnice w ofertach mieszczą się w standardach wynikających z konkurencji.

Zgodnie z poglądem doktryny jednym z punktów odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego, powiększona o właściwą stawką podatku VAT. Jednakże to ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, a na kalkulacje mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców, wobec tego są one doskonałym punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, zarówno Krajowej Izby Odwoławczej (vide: wyrok z dnia 25 marca 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 193/10, KIO/UZP 214/10, z dnia 7 stycznia 2011 roku, sygn. akt KIO 2745/10, KIO 2762/10, z dnia 3 czerwca 2011 roku, sygn. akt KIO 1039/11), jak i Sądów Okręgowych (vide: wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07) nie może podlegać ocenie pod kątem istnienia rażąco niskiej ceny jedynie wycinek oferty.

Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 roku, sygn. akt XIX Ga 175/10 *Z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że tryb przewidziany w tym przepisie wszczynają Zamawiający, gdy dokonując oceny ofert mają wątpliwości, czy cena jest „rażąco niska”. Wnosząc a contrario postępowania w tym przedmiocie nie wszczynają się, gdy Zamawiający nie ma wątpliwości, że oferta nie zawiera ceny „rażąco niskiej”. Istota problemu sprowadza się do prawidłowego określenia desygnatu pojęcia ceny „rażąco niskiej”. Przepisu ustawy - Prawo zamówień publicznych nie zawierają definicji legalnej tego pojęcia, tudzież nie wskazują żadnych kryteriów wartościujących, umożliwiających ocenę, że cena zaoferowana przez konkretnego wykonawcę posiada taki przymiot. Należy się więc tutaj odwołać do potocznego rozumienia tego pojęcia. Zatem cena*

„rażąco niska” to taka, która jest nierealistyczna, znacząco odbiega od cen rynkowych stosowanych w określonej branży. (...). Cena „rażąco niska” to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował. Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez różnych wykonawców 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. Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny niskiej. Te dwa pojęcia nie są tożsame. (...). Cena Konsorcjum PKP nie jest „rażąco niska” w stosunku do wartości zamówienia. Nie świadczy o tym bynajmniej fakt, że jest ona niższa o 25,88 % od wartości zamówienia. Dowodem na to jest również cena zaoferowana przez Konsorcjum, która jest także niższa od wartości zamówienia o 18,78 %. Różnica między tymi cenami jest nieznaczna. (...). W sytuacji więc, gdy dwie oferty: Konsorcjum i Konsorcjum PKP zawierały zbliżone do siebie ceny poniżej wartości zamówienia można wyciągnąć wniosek, że na rynku tego typu usług mamy do czynienia ze znaczną konkurencją, której wcześniej nie było. (...).

Nie można zgodzić się z twierdzenia Konsorcjum, że o „rażąco niskiej” cenie świadczy fakt wskazania przez Konsorcjum dzierżawy wagonów (...) ceny dzierżawy zdecydowanie odbiegających od cen innych wykonawców. Uszło bowiem uwadze Konsorcjum, że kryterium do ustalania ceny „rażąco niskiej” nie są poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena za całość usługi będącej przedmiotem zamówienia.

W związku z tym Izba uznała, że cena oferty Przystępującego nie odbiega w znacznym stopniu od cen rynkowych i cen zaproponowanych przez innych wykonawców, a zatem nie stanowi zagrożenia dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Podkreślić należy, że w przedmiotowej kwestii to właśnie na Odwołującym bezspornie spoczywa ciężar dowodzenia. Powyższe wynika bezpośrednio z treści przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp nawiązującego do przepisu art. 6 kodeksu cywilnego. Odwołujący podczas rozprawy nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że cena zawarta w ofercie Przystępującego nosi znamiona ceny rażąco niskiej i tym samym Zamawiający był zobligowany do wystąpienia do Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Reasumując, Izba uznała, że ocena oferty Przystępującego dokonana przez Zamawiającego jest prawidłowa. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 90 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 91, art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

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

Przewodniczący: