

WYROK
z dnia 4 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Danuta Dziubińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2018 r. przez wykonawcę **Lincor Software sp. z o.o. sp. k. w Piasecznie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **M. B.**, prowadzącego w Kaliszu działalność gospodarczą pod nazwą **M. B., Mobilia Group**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w pkt I. 1 c) odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę **M. B.**, prowadzącego w Kaliszu działalność gospodarczą pod nazwą **M. B., Mobilia Group** z powodu niewykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Lincor Software sp. z o.o. sp. k. w Piasecznie** tytułem wpisu od odwołania,

- 3.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Lincor Software sp. z o.o. sp. k. w Piasecznie** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usług monitoringu floty służbowych samochodów użytkowanych przez jednostki organizacyjne Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 sierpnia 2018 r., nr 2018/S 147-336632.

7 listopada 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcy Lincor Software sp. z o.o. sp. k. w Piasecznie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę M. B., prowadzącego w Kaliszu działalność gospodarczą pod nazwą M. B., Mobilia Group, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, odwołujący wniósł 19 listopada 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, z uwagi na to, że:
 - a) oferta cenowa przystępującego zawiera nierealne oraz nierynkowe stawki wynagrodzenia za montaż oraz demontaż urządzeń, z uwagi na to, że koszty przystępującego przeznaczone na montaż i demontaż urządzeń w jednym pojeździe wynoszą 61,50 zł brutto, mimo tego, że realnie koszt montażu jednego urządzenia w pojeździe jest wyższy niż wynika z kalkulacji przedstawionej przez przystępującego, co oznacza, że koszty realizacji zamówienia, przedstawione przez przystępującego są nierealne i zawierają nierynkowe stawki za montaż oraz demontaż, a w konsekwencji przystępujący błędnie skalkulował koszty realizacji zamówienia,
 - b) bardzo niskie koszty pracowników własnych przystępującego (kadra techniczna oraz pracownicy działu obsługi klienta) oznaczają, że przystępujący nie ma możliwości prawidłowej realizacji zamówienia, z uwagi na to, że przystępujący nie uwzględnił w swoich kosztach zatrudnienia wystarczającej liczby pracowników (jeden pracownik w pełnym wymiarze czasu pracy oraz drugi pracownik na 1/3 etatu), którzy

realizowaliby obsługę serwisową urządzeń w trakcie 44 miesięcy trwania zamówienia oraz obsługę zdalną zamawiającego, biorąc pod uwagę flotę pojazdów zamawiającego, która może liczyć nawet 2.200 pojazdów,

- c) przystępujący nie przedstawił zamawiającemu wyjaśnień i dowodów potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, mimo wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami na potwierdzenie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo tego, że treść oferty przystępującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej zwanej „SIWZ”, z następujących powodów:
- a) oferta przystępującego jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego, określonymi w opisie przedmiotu zamówienia (TOM III SIWZ), z uwagi na to, że oferta przystępującego zawiera parametry odnośnie czasu wykonania zamówienia, które są nierealne i nierealizowane w praktyce pod względem możliwości wykonania montażu urządzeń przez dwóch wskazanych w ofercie i udostępnionych przez inne podmioty pracowników - instalatorów, we flocie pojazdów zamawiającego, która może liczyć 2200 pojazdów i wykonanie tych montażu w okresie dwóch miesięcy, do czego zobowiązał się przystępujący w złożonej ofercie,
 - b) sposób realizacji zamówienia przez przystępującego nie odpowiada wymaganom SIWZ, to jest pkt 10.2 SIWZ, z uwagi na to, że wykonawca, polegając na zdolnościach innych podmiotów, to jest podwykonawcy P. D., prowadzącego działalność pod firmą Instal Car Serwis P. D., jak również podwykonawcy N. F., prowadzącej działalność pod firmą Instal Monitoring N. F., zwanych dalej podwykonawcami, nie dysponuje odpowiednim potencjałem odnośnie zasobów ludzkich zapewnionych przez podwykonawców, umożliwiających realizację zamówienia, poprzez montaż urządzeń przez dwóch pracowników - instalatorów zapewnionych przez podwykonawców, we flocie pojazdów zamawiającego, która może liczyć nawet 2200 pojazdów w okresie dwóch miesięcy, a w konsekwencji oferta przystępującego jako niezgodna z ust. 10.2 SIWZ podlegała odrzuceniu przez zamawiającego,
 - c) przystępujący nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ to jest pkt 7.2 ppkt 3 a) oraz pkt 9.7.1. SIWZ przez przedstawienie właściwych dokumentów w postaci referencji, wystawionych przez podmioty na rzecz których przystępujący świadczył usługi w zakresie monitoringu floty pojazdów, potwierdzających, że przystępujący posiada zdolności do realizacji zamówienia, a dodatkowo referencje wystawione na rzecz Mobilia Group przez Polska Federacja Hodowców Bydła i Produktów Mleka, zwana dalej PFHBiPM,

budzą poważne wątpliwości odnośnie zgodności z prawdą, z uwagi na to, że rzeczywista liczba pojazdów floty wynosi około 100 pojazdów, mimo wskazanej w referencjach liczby 800 pojazdów, co oznacza, że przystępujący nie potwierdził, że oferta jest zgodna z wymaganiami zamawianego,

- 3) art. 22a ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie oceny, czy udostępniane przystępującemu przez podwykonawców zdolności techniczne lub zawodowe, ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp,
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, z uwagi na to, że treść oferty przedstawiona przez przystępującego zawiera rażąco niską cenę, jest niezgodna z SIWZ, jest nierealna do wykonania pod względem pracowników dedykowanych do realizacji zamówienia, możliwości realizacji zamówienia, a także kosztów realizacji zamówienia, a mimo to zamawiający wbrew przepisom ustawy, dokonał wyboru oferty przystępującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego,
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty przystępującego jako sprzecznej z treścią SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania, w zakresie zarzutu 1 a odwołania, odwołujący podniósł, że oferta cenowa przystępującego zawiera nierealne oraz nierynkowe stawki wynagrodzenia za montaż oraz demontaż urządzeń. Jak wynika z dokumentów załączonych do oferty przez przystępującego, zarówno podwykonawca P. D. prowadzący działalność pod firmą Instal Car Serwis P. D., jak również N. F., prowadząca działalność pod firmą Instal Monitoring N. K., oświadczyli, że udostępnione przystępującemu zasoby stanowią łącznie dwie osoby zatrudnione na stanowisku instalatora, do wykonania montażu, demontażu oraz serwisu urządzeń GPS. Odwołujący argumentował, że w dniu 10 października 2018 r. przystępujący został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia złożone przez przystępującego budzą wątpliwości co do prawidłowości

dokonanej kalkulacji kosztów realizacji zamówienia oraz możliwości prawidłowego wywiązania się z zamówienia.

Odwołujący podniósł, że budzą wątpliwości niskie koszty montażu oraz demontażu urządzeń, jakie wynikają z wyjaśnień przystępującego. W swoich wyjaśnieniach przystępujący wskazał, że koszty związane z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcom wynoszą 135.300 zł (brutto). W związku z powyższym, oznacza to, że łączny koszty montażu oraz późniejszego demontażu urządzenia w jednym pojeździe wynosi 61,50 zł brutto ($135.300 \text{ zł} / 2200 = 61,50 \text{ zł}$). Zdaniem odwołującego powyższe wyliczenia budzą poważne wątpliwości. Z doświadczenia odwołującego wynika, że sam koszt montażu jednego urządzenia jest zdecydowanie wyższy. Wskazywał, że w celu prawidłowego zrealizowania usługi przez instalatora, konieczne jest zapewnienie pracownikowi przede wszystkim środka transportu (pojazdu), telefonu, paliwa, komputera. W związku z powyższym, konieczne jest skalkulowanie w ramach kosztów montażu oraz demontażu urządzeń, również kosztów zapewnienia instalatorowi pojazdu, kosztów zapewnienia telefonu, kosztów paliwa, kosztów związanych z zakupem oraz amortyzacją komputerów udostępnionych instalatorom, w celu wykonania usługi. Odwołujący podniósł, że z jego doświadczenia wynika, że dodatkowe koszty zapewnienia pracownikowi powyższych narzędzi koniecznych do wykonania usługi wynoszą co najmniej ok 1700 zł miesięcznie netto na jednego pracownika. Kalkulując niezbędne koszty, jakie są konieczne do poniesienia, odwołujący wskazał, że:

- miesięczny koszt netto za wynajem pojazdu dla jednego pracownika wynosi około 800 zł,
- miesięczny koszt netto za zapewnienie telefonu pracownikowi wynosi około 28 zł (abonament),
- miesięczny koszt netto za zużycie paliwa wynosi około 600 zł, przy czym w celu realizacji niniejszego zamówienia koszty byłyby wyższe i wynosiłyby około 900 zł netto,
- miesięczny koszt netto związany z zapewnieniem (amortyzacją) komputera wynosi około 68 zł.

W związku z powyższym odwołujący podniósł, nie jest możliwe, aby koszty podwykonawców wyniosły 135.300 zł brutto, co w przeliczeniu na jeden pojazd wynosi 61,50 zł brutto, z uwagi na to, że powyższa kwota nie uwzględnia dodatkowych kosztów ponoszonych w celu zapewnienia pracownikowi odpowiednich narzędzi. Dodatkowo, zdaniem odwołującego dowodem na to, że koszty montażu oraz demontażu urządzeń w pojazdach, są znacznie wyższe, są również rynkowe koszty ponoszone przez odwołującego, w przypadku korzystania z usług podwykonawców. W przypadku korzystania z usług podwykonawców, koszt montażu jednego urządzenia wynosi od około 150,00 do około

300,00 zł netto, w zależności od zakresu czynności, jakie zostały podjęte przy wykonaniu tego typu usługi.

Odwołujący wskazał ponadto, że dowodem na to, iż ujęty w kalkulacji przez przystępującego koszt 61,50 zł brutto wynikający z kalkulacji przystępującego jest nierealny, jest pismo spółki Happy Miles S.A. z siedzibą w Warszawie, zgodnie z którą łączny koszt własny ponoszony przez ten podmiot na montaż urządzenia z wyłączną funkcją lokalizacji GPS, montowanego w pojeździe wynosi 67 zł netto. Natomiast w przypadku gdy dana spółka jako podwykonawca świadczy usługi związane z montażem urządzeń na rzecz innych kontrahentów, wówczas koszt zakupu tej usługi wynosi 120 zł netto za montaż jednego urządzenia z wyłączną funkcją lokalizacji GPS.

Powyższe potwierdza, że oferta cenowa przystępującego zawiera nierealne oraz nierynkowe stawki wynagrodzenia za montaż oraz demontaż urządzeń, z uwagi na to, że przedstawione przez przystępującego koszty przeznaczone na montaż i demontaż urządzeń w jednym pojeździe wynoszą 61,50 zł brutto, podczas gdy rzeczywisty koszt montażu jednego urządzenia w pojeździe jest zdecydowanie wyższy niż wynika z kalkulacji przedstawionej przez przystępującego. Powyższe oznacza, że koszty realizacji zamówienia, przedstawione przez przystępującego są nierealne i nierzeczywiste, ponieważ zawierają nierynkowe stawki za usługę montażu oraz późniejszego demontażu, co w konsekwencji dowodzi, że przystępujący błędnie skalkulował koszty realizacji zamówienia.

W zakresie zarzutu 1 b odwołania, odwołujący podniósł, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego wskazują na to, że oferta przystępującego zawiera bardzo niskie koszty pracowników własnych przystępującego, to jest pracowników wchodzących w skład kadry technicznej oraz pracowników działu obsługi klienta. Powyższe oznacza, że przystępujący nie ma możliwości prawidłowej realizacji zamówienia oraz nie posiada niezbędnych rezerw. Przystępujący nie uwzględnił w swoich kosztach zatrudnienia wystarczającej liczby pracowników. Z wyjaśnień przystępującego wynika, że kalkulowane koszty pracowników, należących do kadry technicznej przystępującego wynoszą 37.200 zł. Powyższa kwota powinna stanowić łączny koszt pracodawcy, związany z zatrudnieniem pracownika. Biorąc pod uwagę czas świadczenia usługi wynoszący 44 miesiące, oznacza to, że miesięcznie, łączny koszt pracodawcy wynosiłby 845,45 zł. Przy założeniu, że pracownik byłby zatrudniony u przystępującego na umowę o pracę, otrzymywałby minimalne wynagrodzenie za pracę, co przystępujący, jako pracodawca, uwzględnił w swojej kalkulacji kosztowej jako jedynie 1/3 etatu pracownika kadry technicznej. Biorąc pod uwagę, że łączna liczba pojazdów, wchodzących w skład floty zamawiającego może wynosić 2200 pojazdów, zdaniem odwołującego uwzględnienie w kalkulacji kosztów pracownika stanowiących jedynie 1/3 etatu oznacza, że przystępujący nie doszacował kosztów pracowników wchodzących w

skład kadry technicznej. W celu weryfikacji powyższej kalkulacji, wzięto pod uwagę łączny koszt pracodawcy (2.710,81 zł) przy uwzględnieniu minimalnego wynagrodzenia pracownika na 2019 r. wynoszącego 2.250 zł brutto. Argumentował, że w celu prawidłowej realizacji usługi, konieczne jest uwzględnienie odpowiednich rezerw na wypadek nieobecności pracownika, ewentualnych zwolnień lekarskich, wypadków losowych, w tym urlopów oraz zapewnienie odpowiedniego zastępstwa dla wskazanej osoby. Jak wynika z powyższego, przystępujący nie tylko nieprawidłowo oszacował niezbędne zasoby oraz zaniżył wynagrodzenie wskazanego pracownika (zakładając w kalkulacji wynagrodzenie dalece odległe od rynkowego) i nie przewidział w swojej kalkulacji możliwych nieobecności pracownika, w tym jego urlopów nie uwzględniając żadnych kosztów niezbędnych rezerw, w tym rezerw kadrowych.

Dodatkowo, z wyjaśnień przystępującego wynika, że pozostałe koszty zatrudnienia na umowę o pracę (dział techniczny, obsługa klienta) wynoszą 135.600 zł (brutto). Biorąc pod uwagę, że łączny czas świadczenia usług ma wynosić 44 miesiące, łączny miesięczny koszt wynagrodzenia pracownika przystępującego, jako pracodawcy wynosiłby 3 081,81 zł. Z powyższego wynika, że przystępujący przewiduje zatrudnienie 1 osoby na pełen etat. Według doświadczenia i wiedzy odwołującego, należy założyć, że jedna osoba z działu obsługi klienta, powinna być dedykowana do obsługi około 2000 pojazdów. Z uwagi na to, że flota pojazdów zamawiającego, w których mają zostać zamontowane urządzenia, może wynosić 2.200 pojazdów, to kalkulacja kosztów zatrudnienia jednej osoby do obsługi klienta budzi poważne wątpliwości. Należy również mieć na względzie, że w celu prawidłowej realizacji usługi, konieczne jest uwzględnienie odpowiednich rezerw na wypadek nieobecności pracownika, ewentualnych zwolnień lekarskich, wypadków losowych, w tym urlopów oraz zapewnienie rezerw kadrowych, tzn. odpowiedniego zastępstwa dla wskazanej osoby.

W konsekwencji zdaniem odwołującego, powyższe okoliczności oznaczają, że wskazane w wyjaśnieniu koszty przystępującego odnośnie kosztów własnych pracowników oraz kosztów związanych z powierzeniem części zamówienia podwykonawcom, są rażąco niskie i nieodpowiednie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz jednoznacznie wskazują na to, że możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego jest nierealna. W związku z powyższym, oferta przystępującego powinna zostać odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu 1 c odwołania, odwołujący podniósł, że przystępujący nie przedstawił zamawiającemu wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, pomimo wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami na

potwierdzenie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach. W dniu 10 października 2018 r. przystępujący został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W wezwaniu zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na przystępującym. W związku z tym, przedstawione przez przystępującego wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a przystępujący musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. W związku z powyższym, wyjaśnienia muszą być poparte dowodami przedstawionymi przez wykonawcę, aby uznać wyjaśnienia za złożone w sposób rzetelny i niebudzący wątpliwości. W przypadku braku złożenia dowodów na poparcie wskazanych twierdzeń, należy uznać, że wyjaśnienia nie zostały złożone. Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Co istotne, wyjaśnienia złożone przez przystępującego są lakoniczne, a ich charakter jest bardzo ogólny. Zdaniem odwołującego wyjaśnienia złożone przez przystępującego są nierzetelne i świadczą o braku dochowania należytej staranności przy złożeniu wyjaśnień. Ponadto, co kluczowe, wyjaśnienia te nie zostały poparte żadnymi dowodami na uzasadnienie wskazanych w nim twierdzeń, co jak pouczył zamawiający, skutkuje odrzuceniem oferty.

Odwołujący podniósł, że istotne jest, aby składane wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego. Celem składanych wyjaśnień jest bowiem stworzenie u zamawiającego podstaw do stwierdzenia, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty było nieuzasadnione. Na konieczność przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dodatkowo wskazuje fakt, iż wykonawca zobowiązany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu oferty, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Prawo zamówień publicznych nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza twierdzenia wskazane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie.

Odwołujący wywiódł, że argumentacja ogólna i lakoniczna, niewskazująca w żaden sposób na wpływ czynników na wysokość skalkulowanej ceny uzasadnia odrzucenie oferty ze względu na rażąco niską cenę. Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. W związku z powyższym, z uwagi na to, że przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swych wyjaśnień złożonych

w piśmie z dnia 16 października 2018 r., jak również nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu 2 a odwołania, odwołujący podniósł, że oferta przystępującego jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego, określonymi w opisie przedmiotu zamówienia (TOM III SIWZ). Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym na stronie 49 SIWZ, termin montażu urządzeń i uruchomienia systemu wynosi 3 miesiące lub 2 miesiące, od dnia podpisania umowy. Zgodnie z ofertą przystępującego, podmiot ten zobowiązał się do wykonania montażu urządzeń w ciągu 2 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zdaniem odwołującego, oferta przystępującego zawiera nierealne parametry wykonania zamówienia odnośnie czasu realizacji montażu urządzeń, które nie są w żaden sposób do zrealizowania w praktyce. Jak wskazano powyżej, przy realizacji montażu oraz demontażu urządzeń, przystępujący będzie współpracować z podwykonawcami. Z dokumentów złożonych przez podwykonawców wynika, że wykonawcy zostaną dedykowane dwie osoby, w celu wykonania usługi montażu oraz późniejszego demontażu urządzeń. Należy mieć na względzie, że liczba floty pojazdów zamawiającego może liczyć do 2200 pojazdów. W związku z powyższym, nierealnym jest, aby w ciągu dwóch miesięcy, wykonawca, przy pomocy dwóch osób oddelegowanych do tego zadania przez podwykonawców, mógł wywiązać się z zamówienia. Z obliczeń odwołującego wynika, że powyższe oznaczałoby, że:

- jedna osoba, w ciągu jednego dnia roboczego, może zamontować urządzenie w 26 pojazdach (dziennie, codziennie), przy założeniu pracy w ciągu pełnych dwóch miesięcy, bez możliwych urlopów i nieobecności pracowników (przy założeniu 41 dni roboczych w ciągu 2 miesięcy), lub
- jedna osoba, w ciągu jednego dnia roboczego, może zamontować urządzenie w 30 pojazdach (dziennie, codziennie), przy założeniu niepełnego okresu dwóch miesięcy (założona liczba 36 dni roboczych), uwzględniając możliwość wykorzystania urlopów lub nieobecności przez dedykowanych do realizacji usług pracowników.

Podsumowując, z powyższego wyjaśnienia złożonego przez przystępującego wynika, że każdy z dwóch wskazanych instalatorów wykona jeden, jednostkowy montaż w ciągu maksymalnie, około 15 minut i przez dwa, zimowe miesiące, dzień po dniu, każdy z nich wykona codziennie co najmniej 26 montaży, co zdaniem odwołującego, jest w praktyce niewykonalne, a zatem nierealne.

Odwołujący podniósł, że z jego doświadczenia wynika, że realny czas poświęcony przez instalatora urządzeń, w celu montażu urządzenia - lokalizatora montowanego w pojeździe, z funkcją lokalizacji GPS przy użyciu technologii transmisji danych GPS-GPRS,

wynosi minimum 30 minut. Powyższe oznacza, że przy uwzględnieniu, że pracownik, jest w stanie maksymalnie zamontować urządzenia w 16 pojazdach, nie uwzględniając żadnych czynności pomocniczych oraz koniecznych przerw, w tym konieczności dojazdu do miejsca realizacji usługi. W związku z powyższym, zdaniem odwołującego, należy założyć, że przy sprzyjających okolicznościach, istnieje możliwość zamontowania około 10 urządzeń przez jednego pracownika w ciągu jednego dnia roboczego. Odwołujący również wskazał, że w celu prawidłowego wywiązania się z zamówienia oraz maksymalnego ograniczenia ryzyka niewywiązania się z zamówienia, kalkulował, że jeden instalator może zamontować urządzenie w około 6 pojazdach. W związku z powyższym, budzi poważne wątpliwości, zobowiązanie się przez przystępującego do realizacji instalacji urządzeń w ciągu 2 miesięcy, przez dwóch wskazanych instalatorów, dedykowanych do tej czynności przez podwykonawców. Według odwołującego powyższe dane dotyczące czasu potrzebnego do zainstalowania urządzeń, potwierdza dodatkowo informacja uzyskana od spółki Happy Miles S.A. z siedzibą w Warszawie, zgodnie z którą, w codziennej praktyce, czas potrzebny w celu wykonania montażu urządzenia z wyłączną funkcją lokalizacji wynosi od około 55 minut do około 75 minut.

Z przedstawionej przez przystępującego kalkulacji wynika, że jeden instalator może wykonać montaż urządzenia w ciągu około 15 minut. Podkreślał, że przystępujący nie uwzględnił, co wynika z wymagań SIWZ, zarówno czasu niezbędnego na dojazd do 17 jednostek organizacyjnych zamawiającego, jak i koniecznych do wykonania czynności technicznych i organizacyjnych związanych z przekazaniem i odbiorem pojazdów wraz z odbiorem pojazdów oraz formalnym odbiorem usługi montażu (sprawdzenie i podpisanie protokołów odbioru). Powyższe powinno budzić głębokie wątpliwości zamawiającego odnośnie możliwości wywiązania się przez przystępującego ze złożonej oferty, w szczególności możliwości prawidłowej realizacji zamówienia przez przystępującego przy pomocy wskazanych podwykonawców.

Zdaniem odwołującego powyższe oznacza, że oferta jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w opisie przedmiotu zamówienia (TOM III SIWZ) oraz zawiera nierealne i nierealizowalne w praktyce parametry odnośnie czasu wykonania zamówienia. Powyższe dotyczy możliwości wykonania montażu urządzeń przez dwóch pracowników - instalatorów, we flocie pojazdów zamawiającego liczącej 2.200 pojazdów. Z uwagi na to, zaoferowane przez przystępującego świadczenie jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego, określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, zaktualizowany został obowiązek odrzucenia przez zamawiającego oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu 2 b odwołania, odwołujący podniósł, że sposób realizacji zamówienia przez przystępującego nie odpowiada wymaganiom SIWZ, to jest pkt 10.2 SIWZ, z uwagi na to, że wykonawca, polegając na zdolnościach podwykonawców, nie dysponuje odpowiednim potencjałem odnośnie zasobów ludzkich zapewnionych przez podwykonawców. Zgodnie z pkt 10.2 SIWZ, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Odwołujący wskazywał, że podwykonawcy przedstawili zobowiązanie do oddania przystępującemu łącznie jedynie dwóch pracowników w celu realizacji montażu oraz demontażu urządzeń.

Zdaniem odwołującego, przystępujący nie przedstawił, że dysponuje odpowiednim potencjałem odnośnie zasobów ludzkich zapewnionych przez podwykonawców. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym na stronie 49 SIWZ, termin montażu urządzeń i uruchomienia systemu wynosi trzy miesiące lub dwa miesiące, od dnia podpisania umowy. Zgodnie z ofertą przystępującego, podmiot ten zobowiązał się do wykonania montażu urządzeń w ciągu 2 miesięcy od dnia podpisania umowy. Przy realizacji montażu oraz demontażu urządzeń, przystępujący będzie współpracować z podwykonawcami. Z dokumentów złożonych przez podwykonawców wynika, że wykonawcy zostaną dedykowane 2 osoby, w celu montażu oraz demontażu urządzeń. Liczba floty pojazdów zamawiającego może liczyć do 2200 pojazdów. W związku z powyższym, nierealnym jest, aby w ciągu dwóch miesięcy, wykonawca, przy pomocy dwóch osób oddelegowanych do tego zadania przez podwykonawców, mógł wywiązać się z zamówienia. Powyższe oznacza, że przystępujący nie wykazał, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Zasoby powinny być realne oraz umożliwiające realizację zamówienia. Jak wskazano już powyżej, oferta złożona przez przystępującego nie umożliwia realizacji zamówienia przy zasobach udostępnionych przez podwykonawców, czyli przy pomocy 2 instalatorów. W związku z powyższym, oferta przystępującego jako niezgodna z pkt 10.2 SIWZ podlegała odrzuceniu przez zamawiającego.

W zakresie zarzutu 2 c odwołania, odwołujący podniósł, że przystępujący nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ to jest pkt 7.2 ppkt 3 a) oraz pkt 9.7.1. SIWZ, poprzez przedstawienie właściwych dokumentów w postaci referencji, wystawionych przez podmioty na rzecz których przystępujący świadczył usługi w zakresie monitoringu floty pojazdów. Powyższe dokumenty powinny potwierdzać, że przystępujący posiada zdolności do realizacji zamówienia.

Zdaniem odwołującego, referencje przedstawione przez przystępującego, nie spełniają wymagań odnośnie potwierdzenia zdolności technicznych i zawodowych tego podmiotu, stanowiących warunek udziału w postępowaniu. W wykazie zrealizowanych usług, stanowiących załącznik do oferty, przystępujący wskazał, że usługi były realizowane na rzecz Car Net Polska sp. z o.o., PFHBiPM, Leasing Polski sp. z o.o. Dodatkowo jako załączniki do oferty, przystępujący dołączył pisma od wyżej wskazanych podmiotów. W wezwaniu z dnia 25 października 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego do przedstawienia dokumentów (referencji), potwierdzających spełnienie przez przystępującego warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej; Dokumenty jak wskazał zamawiający, powinny być zostać złożone w oryginale lub powinny być zostać potwierdzone za zgodność z oryginałem, co wynika z § 14 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z uwagi na to, że referencje od wyżej wskazanych podmiotów, dołączone do oferty przystępującego nie były złożone w oryginale oraz nie były potwierdzone za zgodność z oryginałem, to należało je potraktować jako niezłożone.

Odwołujący wskazał, że na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów, przystępujący przedstawił zamawiającemu w formie potwierdzonej z oryginałem, referencje CARNET Polska sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Handlowe A-T S.A., PFHBiPM. Argumentował, że referencje firmy A-T S. A. nie powinny zostać uwzględnione przez zamawiającego, z uwagi na to, że nie zostały wskazane w wykazie usług do oferty, którą przystępujący jako wykonawca jest związany.

Odwołujący argumentował, że referencje CAR NET Polska sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Handlowe A-T S.A., PFHBiPM nie spełniają wymogów wskazanych w SIWZ, odnośnie potwierdzenia zdolności technicznych oraz zawodowych wykonawcy. Zgodnie z pkt 7.2. pkt 3 a) zamawiający uzna, że wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia to taki, który w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, zrealizował minimum jedno zamówienie polegające na usłudze monitoringu floty liczącej co najmniej 500 samochodów, za pomocą lokalizacji GPS i technologii transmisji danych GSM-GPRS, przy czym usługa realizowana była przez okres co najmniej 12 miesięcy. Natomiast zgodnie z 9.7.1 SIWZ, wykonawca powinien przedstawić wykaz usług, wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami są referencje (...).

Co istotne, złożone przez przystępującego referencje, nie spełniają warunków przedstawionych w SIWZ odnośnie wskazania, że zakres usługi polegał na usłudze monitorowania oraz odnośnie podania wartości zrealizowanych usług. Argumentował, że

również referencje wystawione przez PFHBiPM nie wskazują, że zakres usługi polegał na usłudze monitorowania. Natomiast uzyskanie informacji mailowej przez zamawiającego od PFHBiPM odnośnie świadczenia usługi monitoringu przez przystępującego nie spełnia wymagań złożenia kompletnego oświadczenia w oryginale lub potwierdzonego za zgodność z oryginałem. Dodatkowo referencje złożone przez CAR NET Polska sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Handlowe A-T S.A., nie potwierdzają jaki podmiot realizował usługę na rzecz podmiotu wystawiającego referencję.

Według odwołującego aby referencja była skuteczna, powinna zawierać wszystkie elementy wskazane w pkt 7.2. pkt 3 a) oraz powinna zostać złożona w oryginale lub w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Jak wskazane zostało powyżej, przystępujący nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ to jest pkt 7.2 ppkt 3 a) oraz pkt 9.7.1. SIWZ, przez przedstawienie właściwych dokumentów w postaci referencji, wystawionych przez podmioty na rzecz których, przystępujący świadczył usługi w zakresie monitoringu floty pojazdów, potwierdzających, że przystępujący posiada zdolności do realizacji Zamówienia. Powyższe oznacza, że przystępujący nie potwierdził, że oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego, a w konsekwencji oferta przystępującego jako niezgodna z pkt 7.2 ppkt 3 a) oraz pkt 9.7.1. SIWZ, podlegała odrzuceniu przez zamawiającego.

Odwołujący wskazywał, że referencje PFHBiPM budzą wątpliwości, z uwagi na wskazaną liczbę floty pojazdów wynoszącą 800 pojazdów. Z informacji posiadanej przez odwołującego (potwierdzonej podczas rozmowy telefonicznej pracownika odwołującego z pracownikiem PFHBiPM, który podpisał dokument z referencjami), liczba pojazdów, jakimi dysponuje ten podmiot wynosi około 100 pojazdów.

W zakresie zarzutu 3 odwołania, odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia.

Zdaniem odwołującego powyżej wskazany przepis nie został uwzględniony przez zamawiającego, z uwagi na to, że zamawiający nie zbadał, czy podwykonawcy posiadają zdolności techniczne oraz zawodowe jak również, czy ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwala na wykazanie przez przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przede wszystkim zamawiający nie wezwał przystępującego do przedstawienia zamawiającemu dowodów na potwierdzenie, że podwykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu poprzez posiadanie zdolności technicznej, zawodowej jak również ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna potwierdza spełnienie przez wykonawcę

warunków udziału w postępowaniu. Co istotne, wykonawca zamierzał powierzyć wykonanie części zamówienia odnośnie montażu oraz demontażu urządzeń GPS na rzecz podwykonawców. Z całości postępowania, nie wynika, aby zamawiający podjął jakiegokolwiek czynności, zmierzające do zbadania, czy podwykonawcy posiadają zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalające na wykonanie przez przystępującego zamówienia, jak również czy ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna pozwoliła im na wykazanie przez przystępującego spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, mimo swojego obowiązku wynikającego z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający zaniechał badania, czy udostępnione przystępującemu przez podwykonawców zasoby pozwalają na wykazanie przez przystępującego spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym, zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ze względu na naruszenie art. 22a ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W związku z powyższym, zaniechanie czynności badania stanowi działanie niezgodne z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji jest niezgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu zarzutu 4 odwołujący podniósł, że zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, to jest między innymi odwołującego oraz przystępującego. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców. Zdaniem odwołującego, powyższe zasady zostały naruszone przez zamawiającego. Zgodnie z poglądami doktryny, „zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców”. Zamawiający poprzez udzielenie zamówienia przystępującemu, naruszył zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców to jest odwołującego oraz przystępującego. Mimo, iż treść oferty przedstawiona przez przystępującego zawiera rażąco niską cenę, jest niezgodna z SIWZ, jest nierealna pod względem zasobów i pracowników dedykowanych do realizacji zamówienia, możliwości realizacji zamówienia, a także kosztów realizacji zamówienia, to zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp, dokonał wyboru oferty przystępującego. Ponadto pismem z dnia 10 października 2018 r. zamawiający wezwał

przystępującego do wyjaśnień swojej oferty w zakresie rażąco niskiej ceny. Treść wyjaśnień została sporządzona w sposób lakoniczny i nierzetelny, budzący wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji kosztów oraz nie została potwierdzona żadnymi dowodami. Powyższe oznacza, że oferta przystępującego powinna była zostać odrzucona przez zamawiającego. Mimo to, oferta przystępującego została wybrana przez zamawiającego. Powyższe zachowanie zamawiającego prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca M. B., prowadzący w Kaliszu działalność gospodarczą pod nazwą M. B., Mobilia Group. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego skierowane do przystępującego w toku postępowania w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 16.10.2018 r., korespondencję mailową prowadzoną przez zamawiającego ze zleceniodawcami usług referencyjnych przystępującego, wezwanie zamawiającego z 25.10.2018 r., wezwanie do złożenia dokumentów skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 7 listopada 2018 r., odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę M. B., prowadzącego w Kaliszu działalność gospodarczą pod nazwą M. B., Mobilia Group uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, w tym przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wybranej. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej, skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania zaniechanej czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż wykonawca ten, pomimo wezwania zamawiającego, nie złożył mu szczegółowych wyjaśnień ani dowodów, które potwierdzałyby, że cena przez niego zaoferowana nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, *w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:*

- 1) *wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;*
- 2) *wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.*

Stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Ustalono, że cena oferty przystępującego (1.702.615,20 zł brutto) odbiegała o 55,30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT (3.810.048,00 zł brutto) oraz o 51,50% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, która wyniosła 3.510.755,39 zł brutto.

W tej sytuacji zamawiający, zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, co do wyliczenia ceny oraz złożenia stosownych dowodów. Realizując normę wynikającą z ww. przepisu zamawiający skierował do przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w piśmie z dnia 10 października 2018 r. Co istotne, zamawiający w piśmie tym poprosił przystępującego o złożenie nie jakichkolwiek wyjaśnień, ale „wyjaśnień szczegółowych dotyczących elementów oferty mających wpływ na wynik ceny”. W dalszym fragmencie omawianego pisma zamawiający wskazał także, że zwraca się o „udzielenie wyczerpujących wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wynik ceny”. Następnie zamawiający podkreślił, że „w szczególności wymaga, aby wykonawca w wyjaśnieniach przedstawił kalkulację wysokości zaoferowanej ceny uwzględniającej m.in. nakłady wynikające z wymagań zamawiającego, a dotyczące m.in.

- kosztów montażu i zdemontowania urządzeń lokalizujących,
- kosztów zakupu i obowiązującego abonamentu dla kart SIM wykorzystywanych w urządzeniach lokalizujących,
- kosztów serwisu zainstalowanych urządzeń,
- kosztów udostępnienia baz danych z mapami,
- kosztów przeszkolenia pracowników zamawiającego,
- kosztów zatrudnienia osób świadczących usługi w zakresie przedmiotu umowy wraz z informacją o miesięcznym koszcie zatrudnienia jednego pracownika,
- kosztów, jakie wykonawca ponosi w związku z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy,
- faktu czy wykonawca korzysta z pomocy publicznej,
- innych czynników mogących mieć wpływ na kalkulację ceny.”.

Co więcej, zamawiający w wezwaniu podkreślił ponadto, że „*wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez zamawiającego oceny zaoferowanej kwoty (...)*”. Wreszcie zamawiający poprosił o „*przesłanie wszystkich informacji oraz dowodów, które uznają Państwo za istotne (...)*”.

Jak wynikało z przytoczonych fragmentów wezwania zamawiający po wielokroć prosił o przesłanie wyjaśnień szczegółowych, merytorycznych, wyczerpujących. Ponadto podkreślenia wymagało, że zamawiający dwukrotnie przypomniał także o konieczności złożenia dowodów wraz z przedkładanymi wyjaśnieniami.

Jak wynika z treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, polski ustawodawca przesądził, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że owo udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym.

W analizowanej sprawie Izba stwierdziła, że przystępujący nie sprostął wynikającemu z przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp ciężarowi wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska.

Zdaniem Izby wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego w piśmie z 16 października 2018 r. okazały się ogólne, lakoniczne, obejmując de facto trzy rozbudowane zdania.

Przystępujący oświadczył, że przedstawia kalkulację:

- kosztów montażu i zdemontowania urządzeń lokalizujących:
- *koszty własne – pracownicy zatrudnieni u przystępującego (kadra techniczna) – 37200,
- *koszty związane z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcom - 135300
- kosztów zakupu kart SIM (stawka na rok 2018, co roku umowa renegotjowana, więc koszt utrzymania w przyszłych latach będzie mały) - 158301,
- kosztów serwisu zainstalowanych urządzeń (w koszty wliczone ewentualne przekładki urządzeń związane ze zmianą floty zamawiającego) – 55000,
- kosztów udostępnienia baz danych z mapami – 182655,
- kosztów przeszkolenia pracowników zamawiającego (koszty własne – pracownicy zatrudnieni u przystępującego, kadra działu obsługi klienta) – 27760,
- pozostałych kosztów zatrudnienia osób na umowę o pracę (dział techniczny, obsługa klienta) 135600,
- pozostałych kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy (paliwo, hotele, diety pracowników, amortyzacja pojazdów, itp.) – 125000,
- nie korzysta z pomocy publicznej,

- amortyzacji urządzeń wykorzystanych do realizacji zamówienia – 132594.

Ponadto przystępujący poinformował, że posiada autorski system informatyczny do monitorowania pojazdów, który automatycznie monitoruje procesy niezbędne do działania platformy. Powyższe ma ograniczać liczbę personelu kontrolującego serwer, oprogramowanie oraz urządzenia zainstalowanie w pojazdach.

Jak wynikało z wyjaśnień przystępującego przytoczonych powyżej w całości, podawane przez wykonawcę dane w wielu pozycjach kalkulacji ograniczały się jedynie do ujawnienia kwoty za dany element cenotwórczy. Domysłem zamawiającego pozostawiono natomiast założenia, jakie legły u podstaw deklarowanych wartości i pracochłonności usługi.

Przykładowo, w zakresie elementu „montaż i demontaż urządzeń lokalizacyjnych w 2200 pojazdach zamawiającego” przystępujący nie wyjaśnił zamawiającemu, jaką pracochłonność założył na tym elemencie usługi. Wobec powyższego zamawiający nie był w stanie ustalić, ile osób będzie wykonywać omawiane czynności, jakie wynagrodzenie dla nich przewidziano, ile instalacji dziennie wykona jeden instalator. Nie wiadomo zatem czy zadeklarowana w ofercie kwota będzie wystarczająca, aby uporać się z omawianym obowiązkiem umownym w 3 miesiące. Powyższe było o tyle istotne, że zgodnie z OPZ w cenie oferty należało wycenić konieczność zamontowania i demontażu ww. urządzeń w 2200 pojazdach z floty zamawiającego stacjonujących na terenie całego kraju. Nie sposób było także na podstawie tych szczytkowych informacji ustalić, czy, a jeżeli tak, to jakie ryzyko wykonawca założył w kwestii dojazdu instalatorów do pojazdów zamawiającego zlokalizowanych na terenie całej Polski itp. Informacje te były niezbędne, aby zamawiający mógł spróbować ocenić, czy kalkulacja wycenianego elementu jest prawidłowa. Bez tych wyjaśnień, nie wspominając już o dowodach na ich poparcie, zamawiający mógł polegać jedynie na swoich przypuszczeniach.

Dowodem na to, że to nie wyjaśnienia przystępującego przekonały zamawiającego o realności ceny była treść korespondencji mailowej, jaką w dniu 19.10.2018 r. prowadzili członkowie komisji przetargowej zamawiającego. Jak wynikało z tej korespondencji, decydujące dla uznania realności ceny okazały się nie wyjaśnienia przystępującego, ale to, że zadeklarowana przez tego wykonawcę globalna stawka za abonament miała być wyższa niż najtańsza oferta w rozeznaniu rynkowym, prowadzonym przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania (por. mail z 19.10.2018 r., w aktach sprawy). Na marginesie należało stwierdzić, że odwoływanie się do tej stawki z rozpoznania było nieprawidłowe, gdyż, w przeciwieństwie do oferty przystępującego, stawka ta nie obejmowała montażu i demontażu urządzenia (por. załącznik do wniosku o zamiarze udzielenia zamówienia z 18.04.2018 r. w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego). Tymczasem zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, to wyjaśnienia wykonawcy zweryfikowane złożonymi dowodami powinny rozwiązać wszelkie wątpliwości, co do kalkulacji ceny ofertowej.

Z pewnością oświadczeń wykonawcy znajdujących się w jego piśmie z 16.10.2018 r. nie można było określić mianem „szczegółowych”, „wyczerpujących”, czy „merytorycznych”, a do złożenia właśnie takich wyjaśnień zamawiający wezwał przystępującego w dniu 10 października 2018 r.

Bardziej rozbudowane wyjaśnienia i niektóre dowody przystępujący przedstawił zamawiającemu dopiero w trakcie postępowania odwoławczego przed Izbą. Takie działanie wykonawcy należało uznać za spóźnione. Dopiero w trakcie rozprawy zamawiający pierwszy raz mógł się dowiedzieć, jaką liczbę urządzeń lokalizacyjnych zamontują podwykonawcy a jaką przystępujący zainstaluje siłami własnymi. Na tym etapie dopiero ujawniono zamawiającemu stawki dojazdu instalatorów do pojazdów, stawki montażu, serwisu i demontażu oferowane przystępującemu przez podwykonawców. W trakcie rozprawy przystępujący złożył bowiem w charakterze dowodu oświadczenia swych podwykonawców, ujawniające ich stawki za montaż, serwis i demontaż instalacji, oświadczenia na temat liczby instalacji, za jakie podwykonawcy będą odpowiadać itp. Również dopiero w toku postępowania odwoławczego przed Izbą zamawiający miał po raz pierwszy szansę dowiedzieć się, jakie koszty osobowe przystępujący uwzględnił choćby z tytułu wynagrodzenia własnych instalatorów i zapoznać się z dowodem w postaci listy płac wykonawcy.

Podkreślenia wymaga, że - jak wynika z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp - przedmiotem oceny Izby w toku postępowania odwoławczego jest prawidłowość czynności zamawiającego, polegającej na ocenie wyjaśnień złożonych przez przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny. Jak wskazuje materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, zamawiający, wbrew swoim, jasno postawionym w wezwaniu wymogom, na podstawie jedynie ogólnikowych wyjaśnień przystępującego przyjął, że cena oferty przystępującego nie jest rażąco niska. Zamawiający pominął, iż wyjaśnienia mają na celu obalenie domniemania istnienia w ofercie wykonawcy rażąco niskiej ceny, wykazanie, że cena oferty znacznie odbiegająca od cen pozostałych ofert lub kwoty szacowanej przez zamawiającego jest ceną realną, umożliwiającą wykonanie zamówienia na zasadach rynkowych i z zapewnieniem wykonawcy zysku na danym zamówieniu, zaś wyjaśnienia nieodpowiadające konkretnemu wezwaniu zamawiającego, jak w złożone w analizowanej sprawie, zdawkowe, nie stanowią podstawy do obalenia domniemania istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie wykazał, dlaczego uznał wyjaśnienia za wystarczające w sytuacji, gdy nie odpowiadają one na konkretnie sformułowane wezwanie. Przedstawiona przez zamawiającego na rozprawie „analiza wyjaśnień rnc firmy Mobilia Group” w ocenie Izby, nie stanowi dowodu na przeprowadzenie rzetelnej analizy otrzymanych wyjaśnień, z uwagi na to, że analiza ta nie wносиła do sprawy informacji, których zabrakło w wyjaśnieniach. Analiza ta sprowadzała się do zwykłego podzielenia ujawnionych przez wykonawcę kwot przez ilość miesięcy czy ilość

pojazdów. Przykładowo, dokonana przez zamawiającego analiza elementu „koszty montażu/demontażu” prowadziła do wniosku, że na montaż i demontaż instalacji w jednym pojeździe przeznaczono stawkę 78,41 zł. Zamawiający w dalszym ciągu jednak nie wiedział, ilu instalatorów będzie wykonywało usługę montażu i demontażu, jaką pracochłonność założono na tym elemencie, czy zapewniono instalatorom choćby minimalną stawkę wynagrodzenia wynikającą z odrębnych przepisów. W konsekwencji zamawiający nie miał żadnych podstaw do przyjęcia, że stawka ta pozwalała na wykonanie tego elementu za obliczoną kwotę w terminie 3 miesięcy, zadeklarowanym przez wykonawcę. Ponieważ zaś zamawiający, pomimo wyraźnego i konkretnego wezwania, nie otrzymał od przystępującego żądanych wyjaśnień o m.in. „miesięcznym koszcie zatrudnienia jednego pracownika” to nie mógł choćby stwierdzić, czy przyjęta wartość kosztów pracy nie jest niższa niż minimalne wynagrodzenie za pracę wynikające z odrębnych przepisów (por. art. 90 ust. 1a w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). W tym zakresie wyjaśnienia przystępującego w ogóle nie zostały złożone (art. 90 ust. 3 Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę zarzut 1c odwołania znalazł potwierdzenie w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż wykonawca ten nie złożył żądanych wyjaśnień i nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Za chybiony uznano zarzut opisany w pkt 1a odwołania.

Zarzut 1a odwołania odwołujący oparł na błędnym założeniu, jakoby na montaż i demontaż urządzeń lokalizujących w pojazdach zamawiającego przystępujący miał przeznaczyć kwotę 135.300 zł. Kwota, o której wspomniał odwołujący, odnosiła się wyłącznie do kosztów wykonania usługi montażu i demontażu urządzeń, którą przystępujący zamierzał wykonać przy udziale podwykonawców. Uszło uwadze odwołującego, że na montaż i demontaż urządzeń przystępujący przeznaczył dodatkowo kwotę 37.200 zł, obejmującą koszty własne przystępującego (jego kadrę techniczną) związane z wykonaniem ww. usługi. Powyższe wynikało wprost z treści przytoczonych wyżej wyjaśnień przystępującego z 16 października 2018 r. W rezultacie w rzeczywistości, na omawiany element usługi wykonawca zamierzał przeznaczyć kwotę 172.500 zł brutto.

W konsekwencji nieprawidłowe okazały się także dalsze wywody odwołującego opisane w zarzucie, gdyż zostały oparte o ww. błędne założenie wstępne. Odwołujący błędnie ustalił, że koszty przeznaczone przez przystępującego na montaż i demontaż urządzeń lokalizujących w jednym pojeździe wynoszą 61,50 zł brutto (135.300 zł / 2200 pojazdów = 61,50 zł). W rzeczywistości prawidłowo wyliczona stawka wynosiła 78,41 zł (172.500 zł / 2200 pojazdów = 78,41 zł). Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Za chybiony uznano zarzut opisany w pkt 1b odwołania.

Zarzut 1b odwołania odwołujący oparł na błędnym założeniu, że ujawniony koszt pracowników własnych (kadry technicznej) w wysokości 37.200 zł przystępujący będzie ponosił przez cały okres realizacji usługi. Z wyjaśnień przystępującego wynikało jednak jednoznacznie, że są to koszty ponoszone przez wykonawcę w okresie montażu i demontażu urządzeń GPS w pojazdach zamawiającego. Zgodnie z postanowieniami SIWZ i treścią oferty przystępującego, montaż urządzeń będzie trwał 2 miesiące a ich demontaż – 1 miesiąc. A zatem koszty te ponoszone będą jedynie w okresie 3 miesięcy, a nie w całym 44 miesięcznym okresie realizacji usługi, jak utrzymywał odwołujący.

W konsekwencji nieprawidłowe okazały się także dalsze wywody odwołującego opisane w zarzucie, gdyż zostały oparte o ww. błędne założenie wstępne. Odwołujący błędnie ustalił, że miesięczny, łączny koszt pracodawcy z omawianego tytułu wynosiłby 845,45 zł ($37.200 / 44 \text{ miesiące} = 845,45 \text{ zł}$), co miało odpowiadać 1/3 etatu pracownika kadry technicznej. W rzeczywistości prawidłowo wyliczony miesięczny koszt kształtował się na poziomie 12.400 zł ($37.200 \text{ zł} / 3 \text{ miesiące} = 12.400 \text{ zł}$), co mogło zapewnić większą liczbę etatów dla pracowników działu montażu. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Za chybiony uznano zarzut opisany w pkt 2a odwołania.

Zarzut 2a odwołania odwołujący oparł na błędnym założeniu, że przystępujący zamierza przy montażu i demontażu urządzeń lokalizujących w pojazdach zamawiającego zatrudnić jedynie 2 osoby.

Rzeczywiście przystępujący złożył wraz z ofertą zobowiązania podwykonawców, którzy zadeklarowali oddanie przystępującemu do dyspozycji dwóch osób – instalatorów na czas wykonywania usługi montażu i demontażu urządzeń lokalizujących. Powyższe nie musiało jednak przesądzać, że ten element usługi będą wykonywać tylko dwie osoby. Uszło uwadze odwołującego, że w wyjaśnieniach z dnia 16 października 2018 r. przystępujący wypowiadając się o kosztach montażu urządzeń opisał dwie ich grupy: koszty montażu urządzeń przez podwykonawców oraz własne koszty montażu.

Biorąc powyższe pod uwagę, należało dojść do wniosku, że koszty osobowe w zakresie montażu i demontażu urządzeń oprócz kosztów zaangażowania podwykonawców, obejmują także dalsze kwoty np. pozwalające na zaangażowanie dodatkowych, własnych instalatorów. Dokładna analiza wyjaśnień przystępującego pozwala uznać, że choć nie jest z nich wiadomo ilu będzie zaangażowanych instalatorów, to nieprawidłowe jest założenie, że na pewno instalacje będą wykonywać tylko dwaj instalatorzy. W konsekwencji nieprawidłowe okazały się także dalsze wywody odwołującego opisane w zarzucie, gdyż zostały oparte o ww. błędne założenie wstępne. Odwołujący wyliczył bowiem czas przypadający na

wykonanie jednej instalacji przez jednego instalatora przyjmując, że montaż i demontaż urządzeń lokalizujących w pojazdach zamawiającego wykonają dwie osoby. W efekcie nie można było się zatem zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, że oferta przystępującego jest na pewno niezgodna z postanowieniami tomu III SIWZ w zakresie obowiązku wykonania montażu urządzeń lokalizacyjnych w zadeklarowanym terminie 2 miesiące od dnia podpisania umowy. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Za chybiony uznano zarzut opisany w pkt 2b odwołania.

W zarzucie 2b odwołania odwołujący podniósł, że oferta przystępującego jest niezgodna z pkt 10.2 SIWZ. W postanowieniu tym zamawiający wskazał, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał także, że niezgodności oferty przystępującego z przywołanym postanowieniem SIWZ należy upatrywać w tym, że przystępujący uzyskał od swych podwykonawców zapewnienie udostępnienia jedynie dwóch instalatorów, których liczba miała być niewystarczająca do wykonania usługi montażu i demontażu urządzeń lokalizujących w zadeklarowanym terminie 2 miesiące od dnia podpisania umowy.

Izba stwierdziła, że odwołujący błędnie odwołał się do pkt 10.2 SIWZ regulującego instytucję polegania na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Na wypadek korzystania z tej instytucji zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek wykazania realności dysponowania udostępnionymi zasobami.

Odwołujący nie dostrzegł, że podwykonawcy przystępującego nie byli podmiotami, na zdolnościach których wykonawca ten polegał celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący wprawdzie rzeczywiście złożył wraz z ofertą zobowiązania podwykonawców do udostępnienia przystępującemu 2 osób, ale dokumenty te przedstawiono zamawiającemu nadmiarowo. Jak wynikało bowiem z pkt 7.2 SIWZ zamawiający w tym postępowaniu sformułował jedynie warunek udziału w postępowaniu co do znajdowania się w odpowiedniej sytuacji finansowej oraz warunek w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Podkreślenia wymagało zaś, że zamawiający w ogóle nie postawił w SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Z analogicznych powodów za chybiony uznano zarzut nr 3 odwołania, to jest zarzut naruszenia art. 22a ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do przywołanego przez odwołującego

przepisu, zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5.

Podniesienie przez przystępującego omawianego zarzutu było następstwem błędu odwołującego, co do tego, że podwykonawcy przystępującego są podmiotami, na których zdolnościach przystępujący polega celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Jak wskazano jednak wcześniej, taka sytuacja nie miała miejsca w analizowanej sprawie. Wobec powyższego stwierdzono, że zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Za chybiony uznano zarzut opisany w pkt 2c odwołania.

Ustalono, że zamawiający w pkt 7.2. ppkt 3 a) SIWZ opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (zawodowej). Zamawiający wskazał, że *uzna, że wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia to taki, który w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował:*

- minimum jedno zamówienie polegające na usłudze monitoringu floty samochodowej liczącej co najmniej 500 samochodów, za pomocą lokalizacji GPS i technologii transmisji danych GSM- GPRS, przy czym usługa realizowana była przez okres co najmniej 12 miesięcy;

lub

- dwa lub trzy lub cztery zamówienia realizowane równolegle w czasie polegające na usłudze monitoringu floty samochodowej liczącej co najmniej 800 samochodów za pomocą lokalizacji GPS i technologii transmisji danych GSM-GPRS, przy czym usługi realizowane były przez okres co najmniej 12 miesięcy.

Ustalono także, że w pkt 9.7.1 SIWZ zamawiający postanowił, że na jego wezwanie wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zobowiązany będzie złożyć wykaz usług, wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane (...).

W dalszej kolejności ustalono, że przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz usług. W wykazie tym wskazał na swe doświadczenie w wykonaniu następujących usług:

- 1) usługa montażu urządzeń GPS i usługi monitoringu GPS w okresie od 20.09.2011 r. do dzisiaj, wykonywana na rzecz Carnet Polska sp. z o.o.,
- 2) usługa montażu urządzeń GPS i usługi monitoringu GPS w okresie od 30.11.2011 r. do dzisiaj, wykonywana na rzecz Polskiej Federacji Hodowców Bydła i Producentów Mleka,
- 3) usługa montażu urządzeń GPS i usługi monitoringu GPS w okresie od 22.12.2009 r. do dzisiaj, wykonywana na rzecz Leasing Polski sp. z o.o.

Ustalono także, że do wykazu załączono kserokopie:

- 1) poświadczenia wykonania usługi z 29.08.2018 r. wystawionego przez CarNet Polska sp. z o.o., w którym potwierdza prawidłowość wykonania usługi w zakresie instalacji systemu monitorowania pojazdów dla floty 2200 pojazdów przez firmę przystępującego. Okres wykonywania usługi od 20.09.2011 do dnia obecnego,
- 2) poświadczenia wykonania usługi z 29.08.2018 r. wystawionego przez Polską Federację Hodowców Bydła i Producentów Mleka, w którym potwierdza prawidłowość wykonania usługi w zakresie instalacji systemu monitorowania pojazdów dla floty 800 pojazdów przez firmę przystępującego. Okres wykonywania usługi od 31.10.2011 do dnia obecnego,
- 3) poświadczenia wykonania usługi z 29.08.2018 r. wystawionego przez Leasing Polski sp. z o.o., w którym potwierdza prawidłowość wykonania usługi w zakresie instalacji systemu monitorowania pojazdów dla floty 1500 pojazdów przez firmę przystępującego. Okres wykonywania usługi od 22.12.2009 do dnia obecnego.

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z dnia 25 października 2018 r. wezwał przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dowodów określających, czy usługi (wymienione w wykazie usług) zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane. Zamawiający wskazał, że przystępujący bez wezwania przez zamawiającego wraz z ofertą złożył dokumenty wymagane zapisami pkt 9.7.1. oraz 9.7.2. SIWZ, w tym m.in. kopie referencji – bez potwierdzenia tych dokumentów za zgodność z oryginałem. Zamawiający poinformował wykonawcę, że stosownie do zapisów pkt 12.7 SIWZ dokumenty inne niż oświadczenia (...), w tym m.in. referencje należało złożyć w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Ustalono ponadto, że 31 października 2018 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przystępujący złożył poświadczony przez siebie za zgodność z oryginałem kserokopie:

- 1) poświadczenia wykonania usługi z 12.06.2018 r. wystawionego przez CarNet Polska sp. z o.o., w którym potwierdzono prawidłowość wykonania usługi w zakresie instalacji systemu monitorowania pojazdów GPS dla floty 2000 pojazdów,

2) poświadczenia wykonania usługi z 29.08.2018 r. wystawionego przez Polską Federację Hodowców Bydła i Producentów Mleka, w którym potwierdzono prawidłowość wykonania usługi w zakresie instalacji systemu monitorowania pojazdów GPS dla floty 800 pojazdów przez firmę przystępującego. Okres wykonywania usługi od 31.10.2011 do dnia obecnego,

3) poświadczenia wykonania usługi z 12.06.2018 r. wystawionego przez Przedsiębiorstwo Handlowe A-T S.A., w którym potwierdzono prawidłowość wykonania usługi w zakresie instalacji systemu monitorowania pojazdów GPS dla floty 400 pojazdów.

Ustalono ponadto, że w dniu 23 października 2018 r. zamawiający za pośrednictwem poczty elektronicznej zwrócił się do Polskiej Federacji Hodowców Bydła i Producentów Mleka z zapytaniem, czy wykonywana przez przystępującego usługa polegała tylko na instalacji systemu monitorowania pojazdów, czy również na świadczeniu usługi monitoringu (...) (ciągły charakter wykonywania usługi, serwis urządzeń, dostęp do map)?

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. zapytanie Polska Federacja Hodowców Bydła i Producentów Mleka w dniu 25 października 2018 r. poinformowała, że współpraca prowadzona z przystępującym polegała na ciągłym wykonywaniu usługi monitoringu, zatem od montażu po bieżącą obsługę.

Izba stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2. ppkt 3 SIWZ.

Odwołującemu należało przyznać rację tylko w tym, że na potrzeby warunku udziału w postępowaniu nie można było zaliczyć doświadczenia przystępującego wynikającego z wykonania usług na rzecz Przedsiębiorstwa Handlowego A-T S.A. i Leasing Polska sp. z o.o. Odwołujący słusznie dostrzegł, że przystępujący nie wymienił pierwszej z umów w wykazie usług, jaki należało złożyć wraz z referencjami, celem wykazania warunku. Nie można było także zaliczyć usługi wykonanej na rzecz Leasing Polska sp. z o.o., gdyż dla tej usługi przedstawiono jedynie referencje w formie kserokopii niepotwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Zdaniem Izby za potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu można było uznać usługi wykonane przez przystępującego na rzecz Polskiej Federacji Hodowców Bydła i Producentów Mleka oraz CarNet Polska sp. z o.o.

Za chybione uznano wywody odwołującego, co do niepodania przez przystępującego informacji o wartości usług referencyjnych. Uszło uwadze odwołującego, że zamawiający w treści warunku udziału w postępowaniu nie wskazał wymaganej wartości usługi referencyjnej. Co więcej, zamawiający również w treści wzoru wykazu usług, stanowiącej załącznik do SIWZ, nie wymagał podania takich danych. W konsekwencji podanie tego rodzaju informacji w wykazie okazało się zbędne.

Co do argumentu odwołującego, że przedmiotem usług referencyjnych nie były usługi monitoringu floty, a tylko usługi instalacji systemu monitorowania floty, to informacja taka rzeczywiście nie wynikała z treści referencji złożonych przez przystępującego. Odwołujący nie dostrzegł jednak, że przystępujący w wykazie usług złożonym zamawiającemu wprost wskazał, że przedmiotem obu umów były także usługi monitoringu. Jak wynikało z pkt 9.7.1. SIWZ wykaz usług był dokumentem równoległe żądanym celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, zamawiający przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu ma obowiązek przeanalizować łącznie przedstawiane mu informacje wynikające zarówno z wykazu jak i referencji. Wskazać należy także, że istotą referencji nie jest szczegółowe opisanie usługi referencyjnej, ale udowodnienie, że – zdaniem zleceniodawcy – usługa została wykonana należycie. Dostrzec ponadto należało, że niezależnie od powyższego zamawiający zwrócił się do Polskiej Federacji Hodowców Bydła i Producentów Mleka o informacje na temat zakresu usługi i zleceniodawca ten potwierdził, że przedmiotem usługi świadczonej przez przystępującego był monitoring floty pojazdów.

Chybiony okazał się zarzut odwołującego, który podniósł, że przystępujący miał monitorować nie 800, ale 100 pojazdów należących do Polskiej Federacji Hodowców Bydła i Producentów Mleka. Twierdzenia odwołującego pozostały gołosłowne, gdyż na ich poparcie nie przedstawił żadnych dowodów. Dowód przeciwny przedstawił natomiast przystępujący. W trakcie rozprawy złożył oświadczenie Polskiej Federacji Hodowców Bydła i Producentów Mleka. Zleceniodawca w złożonym piśmie wskazał, że w trakcie rozmowy telefonicznej z przedstawicielem jakiegoś wykonawcy udzielił mu informacji o tym, że przystępujący w ramach referencyjnej umowy monitorował „ponad” 100 pojazdów. Wyjaśnił przy tym, że osobom postronnym nie udziela precyzyjnych informacji na temat szczegółów swych kontraktów. Ponadto okoliczność, że przystępujący monitorował w ramach umowy flotę składającą się z 800 pojazdów ww. zleceniodawcy wynikała z wprost z referencji wystawionej przez Polską Federację. Wobec powyższego zarzut okazał się bezzasadny.

Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu techniki, mechaniki, elektroniki, urządzeń i pojazdów samochodowych na okoliczność ustalenia:

- a) kosztów jednostkowych, jakie są konieczne do poniesienia w celu montażu oraz demontażu urządzenia z wyłączną funkcją lokalizacji GPS w pojeździe,
- b) czy kwota 135 300 zł (brutto) umożliwia pokrycie kosztów zamontowania urządzenia z wyłączną funkcją lokalizacji GPS w pojeździe, w ciągu 2 miesięcy, a następnie demontaż urządzenia z wyłączną funkcją lokalizacji GPS pojeździe w ciągu 1 miesiącu uwzględniając, że usługa może obejmować flotę, w której skład wchodzi 2200 pojazdów,

z uwzględnieniem miejsc montażu urządzeń wynikających ze specyfiki użytkowania ich przez GDDKIA, przy uwzględnieniu kosztów pracy osób zatrudnionych na umowę o pracę,

- c) minimalnej ilości pracowników, niezbędnych w celu montażu urządzenia z wyłączną funkcją lokalizacji GPS we flocie liczącej 2200 pojazdów, w ciągu 2 miesięcy, oraz demontażu urządzenia w ciągu 1 miesiąca, z uwzględnieniem miejsc montażu urządzeń wynikających ze specyfiki użytkowania ich przez GDDKIA, przy uwzględnieniu kosztów pracy osób zatrudnionych na umowę o pracę,
- d) minimalnego czasu koniecznego w celu jednostkowego montażu oraz jednostkowego demontażu urządzenia z wyłączną funkcją lokalizacji GPS w pojeździe.

Izba uznała, że dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki i nie prowadzi do ustalenia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Odwołujący wnioskował o przeprowadzenie ww. dowodu celem wykazania zasadności zarzutu 1a i 2a odwołania. Obydwa zarzuty - jak wskazano wcześniej – nie mogły zostać uwzględnione, niezależnie od przedstawionej ewentualnej opinii biegłego, gdyż oparte były na błędnych założeniach wstępnych odwołującego.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia w części i oddalenia w pozostałej części części odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1, 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp miały istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający wybrał, jako najkorzystniejszą, ofertę, która podlegała odrzuceniu.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez przystępującego z powodu niewykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*.

W niniejszej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił zamawiający. Kosztami postępowania obciążono zatem zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Kierując się powyższymi rozważaniami, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....