

Sygn. akt: KIO 264/20

WYROK

z dnia 28 luty 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 lutego 2020r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2020r. przez **odwołującego:** PODKOWA sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie ul. Staniewicka 1; 03-310 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Miasto Stołeczne Warszawa Pl. Bankowy 3/5; 00 - 950 Warszawa - w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Dróg Miejskich ul. Chmielna 120; 00-801 Warszawa

przy udziale **przystępujący:** Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie ul. Jagiellończyka 62; 10-062 Olsztyn **po stronie zamawiającego**

orzeka

1. oddała odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża PODKOWA sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie ul. Staniewicka 1; 03-310 Warszawa i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez PODKOWA sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie ul. Staniewicka 1; 03-310 Warszawa tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od PODKOWA sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie ul. Staniewicka 1; 03-310 Warszawa na rzecz Miasto Stołeczne Warszawa Pl. Bankowy 3/5; 00 - 950 Warszawa - w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Dróg Miejskich ul. Chmielna 120; 00-801 Warszawa kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione na wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz.1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. "Bieżące utrzymanie, konserwacje i dostosowanie do potrzeb użytkowników urządzeń sygnalizacji świetlnej na terenie m.st. Warszawy w czterech niezależnych obszarach", Sygn. postępowania według zamawiającego: ZDM/UM/DZP/58/PN/52/19, część 1 i 3 - „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych, numer ogłoszenia: 2019/S 135-332493, data opublikowania: 16 lipca 2019 roku, data ogłoszenia na stronie internetowej Zamawiającego: 16 lipca 2019 roku

Odwołanie

Odwołujący na podstawie art 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2017.1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawa Pzp”, „Pzp” lub „Ustawą”, w oparciu o art. 182 ust. 1 pkt 2) Pzp wniósł odwołanie od czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na:

a) wyborze jako najkorzystniejszej oferty w cz. 1 i 3 Postępowania złożonej przez Wykonawcę SPRINT S.A. z s. w Olsztynie („SPRINT”, „wykonawca wybrany” „przystępujący po stronie zamawiającego”, „przystępujący”) i zaniechaniu odrzucenia oferty SPRINT jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, a nadto oferty, której treść jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”);

b) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe Postępowanie naruszył następujące przepisy:

a) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk”) przez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia całości informacji zawartych w wyjaśnieniach udzielonych przez wykonawcę Sprint w dniu 27 stycznia 2020 roku w przedmiocie rażąco niskiej ceny, pomimo niespełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk określającego definicję legalną pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa”;

b) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SPRINT, mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie, w jakim ten wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia po cenach jednostkowych określonych w pozycjach nr 6-12, 13, 18, 26, 28-1, 29-1, 37, 38, 39, 50, 51 załącznika nr 2 do wzoru umowy pn. „Wycena cen

jednostkowych" w sposób sprzeczny z określonym przez Zamawiającego sposobem ich wyliczenia;

c) art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę i poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty SPRINT, mimo że wykonawca ten jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia i nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska, a szczegółowa analiza przedstawionych przez SPRINT wyjaśnień potwierdza, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

d) art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SPRINT w sytuacji, gdy ten wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

e) art. 7 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i równej konkurencji.

W związku z powyższym, mając na uwadze fakt, iż wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia mogą prowadzić do uniemożliwienia udziału Odwołującego w Postępowaniu, a tym samym mogą mieć lub mają wpływ na wynik Postępowania, Odwołujący wnosi o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) unieważnienie czynności wyboru oferty SPRINT jako najkorzystniejszej w części 1 oraz 3 Postępowania;

3) nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawcy SPRINT, a w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z warunkami SIWZ w części 1 oraz 3 Postępowania;

4) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Sprint jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień wykonawcy Sprint składanych w części 1 oraz 3 Postępowania dotyczących ceny rażąco niskiej oraz pisemnego uzasadnienia podstaw do zastrzeżenia wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

5) ewentualnie, w przypadku przyjęcia iż oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, wezwanie wykonawcy SPRINT do ponownego złożenia rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1a Pzp;

6) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący wskazuje, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania albowiem wadliwa, naruszająca zasadę uczciwej konkurencji i w konsekwencji niezgodna z ustawą Pzp ocena ofert złożonych w Postępowaniu, a w rezultacie wybór oferty podlegającej odrzuceniu, doprowadziły bezpośrednio do narażenia Odwołującego na brak możliwości pozyskania zamówienia i w konsekwencji szkodę w postaci utraty zysku, który Odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty (uznania oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego). W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania i odrzucenia oferty wykonawcy, która została oceniona jako najkorzystniejsza, oferta złożona przez Odwołującego zostanie uznana za ofertę najkorzystniejszą oraz doprowadzi do zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego. Wskazać należy, iż niezgodne z ustawą Pzp nieodrzućenie oferty wykonawcy SPRINT, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, uniemożliwia Odwołującemu realizację zamówienia, mimo iż posiada on doświadczenie, wiedzę i wszystkie inne możliwości niezbędne do wykonania przedmiotu umowy w sposób należyty, co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

Uzasadnienie zachowania terminu do wniesienia odwołania oraz dokonanie odpowiedniej opłaty

Czynność Zamawiającego, polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty SPRINT podlegającej unieważnieniu, została dokonana w dniu 31 stycznia 2020 roku. W związku z powyższym niniejsze odwołanie jest złożone z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp to jest 10 luty 2020 roku.

Wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 (słownie: piętnaście tysięcy złotych) został wniesiony na rachunek Urzędu Zamówień publicznych, tj. rachunek bankowy o numerze: 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 prowadzony przez NBP O/Okr. w Warszawie.

uzasadnienie odwołania

W dniu 31 stycznia 2020 roku Zamawiający podjął decyzję o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SPRINT. Pismem z dnia 16 grudnia 2019 roku Zamawiający wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia złożono w dniu 20 grudnia 2019 roku („Wyjaśnienia”). W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia te nie były w całości wystarczające, dlatego też pismem z dnia 21 stycznia 2020 roku wezwał SPRINT do dodatkowych wyjaśnień, które złożono w dniu 27 stycznia 2020 roku. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia te były wystarczające i oferta tego wykonawcy nie została uznana za zawierającą rażąco niską cenę, a tym samym uznana została za ofertę

najkorzystniejszą. W przypadku obydwu wyjaśnień SPRINT zastrzegł ich utajnienie z uwagi na to, że złożone wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 16 grudnia 2019 roku (w aktach sprawy)

Dowód: wyjaśnienia SPRINT z dnia 20 grudnia 2019 roku (w aktach sprawy)

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 21 stycznia 2020 roku (w aktach sprawy)

Dowód: wyjaśnienia SPRINT z dnia 27 stycznia 2020 roku (w aktach sprawy)

Pismem z dnia 31 stycznia 2020 roku Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie całej dokumentacji dotyczącej złożonej przez SPRINT oferty, w tym wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W dniu 5 lutego 2020 roku Zamawiający przesłał Wykonawcy żadaną dokumentację, jednakże pomimo że przekazał w całości wyjaśnienia SPRINT z dnia 20 grudnia 2020 roku, to nie uczynił tego w przypadku dodatkowych wyjaśnień z dnia 27 stycznia 2020 roku.

W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego nie ma jakichkolwiek podstaw. Przede wszystkim podkreślić należy (co sam SPRINT wskazywał), iż obydwa ww. pisma z wyjaśnieniami są „kontynuacją poprzednio złożonych”. Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający winien zastosować się do Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2019 roku, sygn. akt: KIO 2189/19. W wyroku tym, toczącym się na wcześniejszym etapie przedmiotowego Postępowania, Izba zobowiązała m.in. do ujawnienia wyjaśnień SPRINT z dnia 18 września 2019 roku i 3 października 2019 roku. Analogicznie zatem Zamawiający powinien postąpić w przypadku dalszych wyjaśnień, szczególnie jeśli są one kontynuacją poprzednich.

Jeżeli natomiast Zamawiający nie podzielałby takiego stanowiska, to jego zachowanie należy ocenić za niekonsekwentne. Zamawiający bowiem udostępnił w całości wyjaśnienia z dnia 20 grudnia 2019 roku, natomiast odmówił ujawnienia wyjaśnień uzupełniających z dnia 27 stycznia 2020 roku. Zamawiający w piśmie z dnia 7 lutego 2020 roku wskazał, że „pismo SPRINT S.A. z dnia 27.01.2020 r. zostało Państwu udostępnione w części jawnej (nazwa pliku 05022020104211), natomiast dalsza część pisma wraz z dowodami została określona przez SPRINT S.A., jako tajemnica przedsiębiorstwa (akapit drugi pisma str. 1)”

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 7 lutego 2020 roku

a) bezzasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 8 ust. 3 ustawy, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zwrócić należy uwagę, że ciężar wykazania skuteczności zastrzeżonych informacji spoczywa na wykonawcy, który takie informacje zastrzega. Istotne jest także to, że wykazanie skuteczności zastrzeżenia musi nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału i nie może ono budzić żadnych wątpliwości.

Skuteczne zastrzeżenie przez wykonawcę informacji powinno cechować się łącznym wykazaniem spełnienia przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Zgodnie z tym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Dołączonego do pisma z dnia 20 grudnia 2019 roku wyjaśnienia SPRINT w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób uznać za skuteczne.

Przed wejściem w życie nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 roku, tj. przed dniem 19 października 2014 roku, zaktualizowanie się zakazu ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wymagało jedynie zastrzeżenia przez wykonawcę, że informacje nie mogą być udostępniane. To na Zamawiającym, jako adresacie zakazu ujawniania informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, spoczywał obowiązek zbadania, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. W razie wątpliwości co do charakteru przekazywanych informacji zamawiający, dążąc do zachowania należytej staranności w zakresie czynności badania skuteczności zastrzeżenia, zwracał się do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia podstaw objęcia tychże informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Od chwili wejścia w życie nowelizacji skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest obwarowana dodatkowym warunkiem w postaci wykazania przez wykonawcę, z chwilą zastrzeżenia, że przekazywane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Literalne brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp sugeruje, że brak należytego wykazania przez wykonawcę, iż poszczególne informacje noszą walor tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje brak zaktualizowania się zakazu ich

ujawniania (w takim przypadku informacje nie nabierają charakteru poufnego i nie podlegają ochronie). W związku z tym, Zamawiający nie ma prawa wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanego zastrzeżenia. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. I tak w wyroku z dnia 2 marca 2015 roku, w sprawie o sygn. akt: KIO 279/15, Izba zaakcentowała, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, musi nastąpić jednocześnie. W tym kontekście podkreśliła, że o ile pogląd, zgodnie z którym Zamawiający jest obowiązany do badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pozostaje aktualny, to w obecnym stanie prawnym, tj. po wejściu w życie nowelizacji, procedura badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uległa zmianie. Obecnie to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca jest tym samym obowiązany do podjęcia niezbędnych działań, aby utrzymać niejawnosc zastrzeganych informacji, co jednocześnie stanowi konieczny - na gruncie art. 11 ust. 2 uznk - wymóg do uznania, że informacje zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście noszą walor takiej tajemnicy. Jak wynika z uzasadnienia ww. wyroku, to na podmiocie zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa ciąży obowiązek dbania o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w każdym przypadku działalności tego podmiotu. Zaniedbanie przez wykonawcę obowiązku utrzymania poufności danych informacji uniemożliwia z kolei powoływanie się na ochronę wynikającą z przepisów prawa.

W konsekwencji w przypadku zaniedbania przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zastrzeżenie tajemnicy będzie nieskuteczne. Zdaniem Izby w ww. wyroku, określony w przepisach ustawy Pzp termin na zastrzeżenie informacji złożonych w ofercie, jak również na wykazanie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa - czyli na spełnienie obu warunków ustawowych w określonym terminie - składa się na wykonanie, po stronie zastrzegającego tajemnicę, obowiązku powzięcia działań mających na celu zachowanie poufności przedstawionych informacji. Jeżeli wykonawca nie dopełnia ciążącego na nim obowiązku, zamawiający nie ma podstaw prawnych do wezwania go do złożenia wyjaśnień zawierających wskazania przyczyn objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Brak dostatecznego uzasadnienia przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zwalnia więc zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w zastrzeżeniu informacji.

Tożsamy stanowisko zostało wyrażone w wyroku KIO z dnia 3 kwietnia 2015 roku, w sprawie o sygn. akt: KIO 561/15. W ocenie składu orzekającego aktualne brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, że inicjatywa w zakresie wykazania zaistnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk należy wyłącznie do wykonawcy, który ma

obowiązek zarówno wskazać zakres informacji niepodlegających udostępnieniu, jak i wykazać, że rzeczone informacje noszą walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Omawiany przepis stanowi zarazem, że wykonawca ma to uczynić jednocześnie, bez odrębnego wezwania ze strony Zamawiającego, przy składaniu w postępowaniu dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający ocenia natomiast skuteczność poczynionego zastrzeżenia na podstawie uzasadnienia przedstawionego przez wykonawcę, bez prowadzenia w tym zakresie dodatkowego postępowania wyjaśniającego, jak to często miało miejsce w poprzednim stanie prawnym.

Podobnie orzekła KIO w wyroku z 8 czerwca 2015 roku, sygn. akt: KIO 997/15: „Do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji zawierających tajemnicę -przedsiębiorstwa konieczne jest poczynienie tego zastrzeżenia nie później niż w terminie składania ofert a także jednoczesne wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. To na wykonawcy, zastrzegającym taką informację, spoczywa obowiązek wykazania przesłanek skuteczności takiego zastrzeżenia. Wykonawca winien uczynić to jednocześnie z samym zastrzeżeniem, nie czekając na decyzję i ewentualne wezwania zamawiającego w tym zakresie” oraz w wyroku z 4 lutego 2016 roku, sygn. akt: KIO 84/16, w którym Izba nakazała odtajnienie koncepcji jednego z wykonawców z uwagi na brak wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa: „W oparciu o powyższe Izba przesądziła, że poprzestanie przez wykonawcę na wskazaniu informacji niepodlegających ujawnieniu, przy braku jednoczesnego wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, powinno być poczytane przez zamawiającego jako nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. W takiej sytuacji zamawiający ma obowiązek udostępnienia zainteresowanym przekazanych informacji, niezależnie od tego, czy stanowiłyby one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, rozpatrywanego w oderwaniu od art. 8 ust. 3 Pzp. Niewykazanie przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia oznacza bowiem, co najmniej, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej. Niedochowanie aktu staranności wymaganego na mocy art. 8 ust. 3 Pzp oznacza, że de facto wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które uprzednio, poza tym postępowaniem, mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust 4 uznk. W sytuacji zatem, gdy wykonawca składając ofertę, zastrzegł tajność określonych informacji, ale nie wykazał iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, należy przede wszystkim poddać analizie sposób realizacji wykazywania (udowodniania) przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca pozostawił wykonawcy dowolność w doborze środków

służących realizacji powyższego obowiązku, przy czym, zawarte w treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pojęcia „zastrzeżenie” i „wykazanie” oznaczają, iż w ramach wykazywania istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedłożyć określone dowody, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie wskazuje, iż wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno mieć miejsce w szczególności, w odniesieniu do przesłanek określających charakter zastrzeganych informacji (techniczny, technologiczny, organizacyjny etc.), które powinny być uprawdopodobnione poprzez ustalenie obiektywnych (nawet jeżeli tylko swoistych i odnoszących się tylko do danego wykonawcy) faktów przesądzających o tego typu charakterze zastrzeżonych danych (por. wyrok KIO z dnia 12 września 2012 r., sygn. akt 1921/12). Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać na złożeniu dowodów mających postać np. oświadczenia uzasadniającego, dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności. W zakresie wykazania przesłanki podjęcia działań niezbędnych dla zachowania poufności zastrzeganej informacji, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 528/10, stwierdziła, że „wykonawca powinien wskazać konkretne okoliczności, czy chociażby działania które zostały podjęte przez wykonawcę, tj. np. wykazanie się wewnętrznymi regulaminami, wskazującymi iż powyższa (zastrzeżona - przyp. wł.) informacja nie może zostać w żaden sposób upubliczniona.”

Podobnie uznała Izba w wyroku KIO z dnia 24 listopada 2015 roku, sygn. akt: KIO 2446/15 stwierdzając w uzasadnieniu wyroku, że „Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto, w wyroku KIO z dnia 9 stycznia 2018 roku, sygn. akt: KIO 2633/17 Izba trafnie wskazała, że „Podkreślić należy, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest kluczowym elementem zarówno funkcjonowania systemu zamówień

publicznych jak i zasadności wydatkowania na ten cel środków publicznych. Dlatego też Izba uznaje, że tylko w sytuacjach zupełnie wyjątkowych istnieje możliwość ograniczenia jawności postępowania i to wyłącznie w uzasadnionych przypadkach i po spełnieniu wskazanych w przepisach prawa przesłanek. Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, ściśle w granicach jej definicji, zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ciężar udowodnienia zaistnienia wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na Zamawiającym - w przypadku, gdy nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których tajność zastrzegł wykonawca. To dzięki prawu do uzyskiwania pełnej informacji o postępowaniu i czynnościach podejmowanych przez zamawiającego wobec konkurencyjnych ofert, wykonawcy mogą skutecznie bronić swoich interesów. Ustalenie wzajemnych relacji między zasadą jawności a poufnością informacji przekazywanych przez wykonawców (tajemnicą przedsiębiorstwa) jest niewątpliwie trudne i często ocenne, ale niezmiernie istotne z punktu widzenia zarówno prawidłowego prowadzenia postępowań, ochrony interesów przedsiębiorców i prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty. Zauważyć należy, że przed podjęciem przez Sąd Najwyższy uchwały z dnia 21 października 2005 r. sygn. III CZP 74/2005 w zakresie konsekwencji prawnych dla wykonawcy, dotyczących niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający po uznaniu, że brak jest podstaw do przyjęcia iż zastrzeżone dokumenty stanowią dla wykonawcy tajemnice przedsiębiorstwa podejmował czynność odrzucenia takiej oferty na podstawie przepisu o niezgodności treści oferty z ustawą. Obecnie Zamawiający odwołując się do tejże Uchwały SN, uznają, że jedynym skutkiem niewłaściwego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa może być odtajnienie zastrzeżonych treści. Zdaniem Izby powyższe należy uznać za nieprawidłowość, gdyż podstawą działań Zamawiającego w postępowaniu winno być stosowanie się do przepisów obowiązującego prawa, a nie orzeczeń sądów, które mają zastosowanie tylko w danej sprawie, (podobnie por. Małgorzata Kartasiewicz, Jerzy Pieróg Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa a zasada jawności w prawie zamówień publicznych). Taka ocena powoduje sytuację, że coraz powszechniejsze staje się zastrzeganie niemalże całych treści ofert. Zdaniem Izby wskazać należy, że słuszny w swym założeniu przepis art. 8 ust.3 Pzp jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ocen ich ofert, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów treści złożonej oferty. Podkreślić należy

za dotychczasowym orzecznictwem KIO, że zasada jawności i zasada przejrzystości postępowania mają służyć wprowadzeniu jasnych, klarownych reguł, dzięki którym wykonawcy będą mieli możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania czynności zamawiającego, podejmowanych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z 23 listopada 2012 r., KIO 2468/12, KIO 2473/12, KIO 2493/12). Jawność postępowania jest zasadą, ma ona zatem zawsze pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia. Naruszenie zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest najbardziej poważnym naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zamawiający muszą brać pod uwagę to, że uchybienie zasadzie jawności stanowi rażące naruszenie przepisów prawa o udzielenie zamówienia publicznego i może prowadzić do naruszenia prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty, i może skutkować poważną korektą przyznanych na realizację tego zamówienia środków publicznych. Wskazać należy także, iż wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Powinni zatem mieć świadomość konsekwencji, iż jeśli ubiegają się o uzyskanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych to ich oferty muszą być poddane procedurom określonym w przepisach prawa zamówień publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o ich działalności (wyrok KIO z 15 marca 2013 r., KIO 364/13, KIO 368/13). Ten wymóg transparentności wydatkowania środków publicznych w zbiegu z prawem wykonawcy do utajnienia niektórych treści oferty, nakłada na Zamawiającego szczególny obowiązek wyważenia racji wykonawcy mając na względzie zasady Pzp, a także interes innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Przechodząc do oceny zasadności zastrzeżenia w ofercie EGIS zarówno wykazu osób jak i opisaney powyżej Metodyki realizacji zamówienia Izba stwierdza, że brak jest podstaw do przyjęcia, że zawarte tam treści spełniają wymagania możliwości uznania ich, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm., dalej: uznk).

W ocenie Odwołującego wykonawca SPRINT uchybił obowiązkowi wykazania skuteczności zastrzeżenia w postaci przedłożenia stosownych dowodów. W przywołanym już powyżej wyroku KIO pomiędzy stronami niniejszego postępowania z dnia 14 listopada 2019 roku, sygn. akt: KIO 2189/19 wskazano: „Po pierwsze Izba doszła do przekonania, że Przystępujący [SPRINT] nie sprostał ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Lektura przedstawionych przez niego uzasadnień zastrzeżenia prowadzi do wniosku, że obejmowały one ogólnikowe, gołosłowne i pozbawione szerszego wyводу merytorycznego deklaracje. (...)”

Jeszcze bardziej negatywnie należy ocenić fakt nieujawnienia przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej przez Przystępującego Spółnt, w tym również uzasadnień zastrzeżenia tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odnosząc się do tych uzasadnień stwierdzić należy, że nawet w najmniejszym stopniu nie spełniają one zasadniczych wymagań ciążących na wykonawcy, który domaga się utrzymania niejawności przedstawionych informacji. Uzasadnienia te obejmują przywołanie treści definicji tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz gołosłowne twierdzenia w sposób bardzo ogólny odnoszące się do metody kalkulacji ceny, przy czym brak wskazania, na czym konkretnie ta metoda polega, nie wiadomo też, w czym wykonawca upatruje jej wartości gospodarczej, ograniczył się bowiem jedynie do gołosłownego oświadczenia o istnieniu takiej wartości. Gdyby uznać tego rodzaju uzasadnienie za wystarczające, to należałoby dojść do nieakceptowalnego wniosku, że z zasady można utajniać większość informacji przedstawianych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zauważyć należy, że w zasadzie każde wyjaśnienia składane na podstawie art. 90 ustawy Pzp obejmują informacje na temat kalkulacji ceny, a przecież nie sposób twierdzić, aby przez sam ten fakt w każdym przypadku miały one pozostawać niejawne dla innych wykonawców.

Podobnie lakonicznie i gołosłownie wykonawca potraktował kwestię zachowania tych informacji w poufności.

Wobec powyższego za szczególnie naganne należy uznać nieujawnienie przez Zamawiającego treści tych uzasadnień. Biorąc pod uwagę ich ogólnikowość i fakt że w najmniejszym stopniu nie zawierają one informacji ujętych w wyjaśnieniach ani nie odwołują się do treści przedstawionych dowodów, nie było żadnych podstaw, aby odmówić innym wykonawcom dostępu do ich treści.

Szczególnego podkreślenia wymaga, że warunkiem uznania tej tajemnicy za skutecznie zastrzeżoną jest wykazanie Zamawiającemu, że zostały spełnione wszystkie przesłanki określone przepisami prawa. Nie jest natomiast rolą ani Zamawiającego, ani Izby, dociekanie we własnym zakresie, jaki jest faktyczny charakter i wartość gospodarcza przedstawionych informacji. Skoro Przystępujący Sprint - jak wskazano powyżej - nie wywiązał się z obowiązku takiego wykazania, przedstawione informacje nie mogły zostać objęte ochroną.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał Zamawiającemu istnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia wykazu osób oraz wyjaśnień dotyczących ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający bezpodstawnie zaniechał ujawnienia treści tych dokumentów.

W ocenie Odwołującego te uwagi zachowują aktualność także w odniesieniu do uzasadnienia utajnienia informacji, które wskazano w piśmie z dnia 20 grudnia 2019 roku, gdyż także można przypisać im powyższe zarzuty KIO. W związku z utajnieniem wyjaśnień z dnia 27 stycznia 2020 roku, Wykonawca nie jest w stanie (z oczywistych względów) ocenić uzasadnienia utajnienia zawartych w nim informacji, jednakże za zasadne należy uznać, iż o ile w ogóle zostały złożone, to są analogiczne do poprzednio składanych, zatem również nie zasługują na uznanie.

Istotną okolicznością w tej sprawie jest także fakt, iż Zamawiający w w/w. pismach zwrócił uwagę na konieczność wykazania - w sytuacji utajnienia złożonych wyjaśnień - że wyjaśnienia te mieszczą się w zakresie ustawowej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Gdyby zatem uznać, że w wyjaśnieniach wykonawca SPRINT w jakimkolwiek zakresie powołuje się na takie „ogólnodostępne informacje” lub też na jakąkolwiek argumentację prawną w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa - Zamawiający powinien je udostępnić, gdyż nie posiadają one waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Podobnie orzekła KIO w wyroku z 24 lutego 2017 roku, sygn. akt: KIO 242/17 wskazując, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno mieć zawsze charakter wyjątkowy. Izba wskazała, że „wadliwe jest zastrzeżenie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Wskazać tutaj należy na cytowanie poglądów orzecznictwa czy doktryny, ogólne informacje o danym wykonawcy czy też ogólne informacje o rynku usług nadzoru i inne podobne”.

Niezrozumiałe jest także zastrzeżenie przez wykonawcę SPRINT całości wyjaśnień odnoszących się do kalkulacji stawek jednostkowych, które należało złożyć w ofercie. W tym zakresie KIO uznała w ww. wyroku z 24 lutego 2017 roku, iż: „Izba, w przywoływanym uzasadnieniu w sprawie KIO 102/17 i KIO 110/17 trafnie zauważyła, że trudno wskazać na przymiot tajemnicy czy szczególnych informacji znanych tylko danemu wykonawcy, jeśli podkreśla on, że oferowane ceny są w istocie „cenami rynkowymi”. Ceny rynkowe mają bowiem to do siebie, że są znane na rynku, gdyż ten rynek kształtują i są przez niego kształtowane, dotyczą też ze swojej istoty wielu przedsiębiorców na tym rynku występujących. Poza tym trzeba podkreślić, że gdyby poszczególne ceny jednostkowe czy częściowe, którymi wykonawcy posługują się w danym postępowaniu miały tak uniwersalny wymiar dla ich sytuacji na rynku, to w każdym postępowaniu kolejność wykonawców w rankingu ofert byłaby taka sama - a tak nie jest. Dowodzi to więc raczej faktu, że poszczególne ceny ofert w poszczególnych postępowaniach mają wymiar jednostkowy (realizujący się tylko w danym, konkretnym przetargu) i pomimo ich znajomości przez

konkurentów, w następstwie ich poznania (nawet jeśli poznają cały kosztorys szczegółowy), konkurenci ci nie są - tylko na tej podstawie - w stanie wygrać kolejnego przetargu”.

Powyższe uzasadnienie orzeczenia KIO w całości zastosować można do niniejszego postępowania wyjaśniającego SPRINT, który to wykonawca, wskazując na realność swojej ceny oferty, musiał w jakimś zakresie odwołać się do poziomu rynkowego zaproponowanych cen jednostkowych.

Mając na uwadze powyższe, uzasadnienie zastrzeżenia w całości wyjaśnień wykonawcy SPRINT jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinno zostać zakwalifikowane jako niezasadne i mające wyłącznie na celu uniemożliwienie innym wykonawcom (w tym Odwołującemu) weryfikacji danej oferty. Zamawiający winien zatem dokonać jej odrzucenia w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, uznając iż dokonane zastrzeżenia stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji [tak wyrok KIO z 9 stycznia 2018 roku, sygn. akt: KIO 2633/17].

Co więcej, za całkowicie bezpodstawne i naganne uznać należy działania Zamawiającego dążące do utajnienia wyjaśnień SPRINT, w szczególności wobec wyroku KIO wskazującego bardzo dokładnie, dlaczego wcześniejsze utajnianie dokumentów było bezzasadne. Pomimo tego oraz pomimo faktu, że w dalszym ciągu uzasadnienie utajnienia było niewystarczające, Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko.

b) rażąco niska cena

Wskazać należy, że w ocenie Odwołującego wyjaśnienia SPRINT były niewystarczające, a tym samym oferta winna podlegać odrzuceniu. Co więcej, złożone wyjaśnienia wykazały okoliczności z których wynika, że złożona przez ten podmiot oferta nie spełnia warunków dopuszczenia do udziału w Postępowaniu, co dodatkowo (oprócz rażąco niskiego ceny) powoduje, iż oferta winna zostać odrzucona.

Przewidziany w art. 90 ust. 1 Pzp mechanizm wyjaśnień rażąco niskiej ceny i wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie ma służyć usunięciu powstałego „(...)” po stronie zamawiającego stanu niepewności co do rzetelności ceny lub jej istotnych elementów, który to stan może zostać usunięty w drodze złożenia przez wykonawcę rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień, popartych stosownymi dowodami, odpowiednio do treści skierowanego wezwania. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zatem rozwiązać wszelkie wątpliwości zamawiającego co do tego że jego założenie jest błędne.” (tak: Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2019 roku, sygn. akt: KIO 619/19).

Przytoczenia wymaga także wyrok KIO z dnia 20 maja 2010 roku, sygn. akt: KIO 730/10, w którym czytamy m.in.: „w konsekwencji, oferta wykonawcy który nie złożył wyjaśnień, bądź złożył wyjaśnienia niewystarczające, powinna podlegać odrzuceniu, lecz nie w związku z

konstatacją, że cena jest rażąco niska, ale na podstawie domniemania, wynikającego ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień". W ocenie Odwołującego wykonawca SPRINT nie był w stanie wyjaśnić Zamawiającemu realności zaproponowania wskazanych dalej stawek jednostkowych. Zamawiający, nie dysponując w tym zakresie przekonującym materiałem dowodowym (co zostanie poniżej szerzej omówione), winien odrzucić ofertę tego wykonawcy.

Konstrukcja przepisów zawartych w art. 90 Pzp pozwala na postawienie tezy, iż zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień rozumieć należy jako domniemanie, że cena oferty jest rażąco niska, bądź taka rażąco niska cena może wystąpić w ofercie wykonawcy. Ciężar wykazania, iż tak nie jest, spoczywa na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy, co obecnie wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 2 Pzp. Może on wykorzystać to wezwanie do obalenia domniemania w drodze złożenia odpowiednich wyjaśnień. Za taką koncepcją opowiadała się też wielokrotnie KIO. W wyroku z 24 czerwca 2010 roku sygn. akt: KIO 1157/10, Izba stwierdziła, iż "wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z ustanowieniem domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy udzielaniu wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1, dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy". Wcześniej takie stanowisko Izba zajmowała w wyroku z 17 października 2008 roku, sygn. akt: KIO 1068/08 i z 23 grudnia 2008 roku, sygn. akt: KIO 1443/08, stwierdzając, iż wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustanawia domniemanie prawne (preasumptio iuris) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania, a ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, obciąża wykonawcę. Wskazał na to również m.in. Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dnia 1 kwietnia 2005 roku, w sprawie o sygn. akt: VI Ca 464/05. Wykonawca powinien przedstawić dowód na twierdzenie przeciwne i powinien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę [tak: KIO w wyroku z dnia 26 stycznia 2010 roku, sygn. akt: KIO 1701/09] w pełnym zakresie wezwania Zamawiającego.

Ze względu na to, że celem złożenia wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, muszą one być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniać podaną w ofercie cenę. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 5 stycznia 2007 roku, sygn. akt: V Ca 2214/06, niepubl., nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz muszą to być wyjaśnienia odpowiednio umotywowane, przekonujące że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem sądu, „intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu instytucji wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp było danie oferentowi możliwości uchronienia

się przed odrzuceniem oferty z uwagi na podejrzenie zamieszczenia w niej rażąco niskiej ceny". Takie stanowisko wynika pośrednio z art. 90 ust. 3 Pzp, a zupełnie jednoznacznie z jego ust. 4. Skutkiem tego jest obowiązek odrzucenia oferty jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone, albo swoją lakonicznością i brakiem wskazania obiektywnych czynników potwierdzą, iż przyjęte domniemanie rażąco niskiej ceny jest zasadne. Podobne zdanie wyrażała wielokrotnie KIO, podnosząc w wyrokach, iż wykonawca powinien złożyć wyczerpujące wyjaśnienia i udowodnić realność zaoferowanej ceny [tak: wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008 roku, sygn. akt: KIO 1443/08] oraz udowodnić, że jego cena jest wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności, wykonawca nie będzie ponosił strat [tak: KIO w wyroku z dnia 28 stycznia 2010 roku, sygn. akt: KIO 1746/09].

Prawo zamówień publicznych, regulując instytucję wyjaśnień, ma na celu ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzysta z tej regulacji w sytuacji, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami. Wyjaśnienia wykonawcy SPRINT, aby mogły zostać uznane za prawidłowe, powinny potwierdzać realność ceny w zakresie poszczególnych kwestionowanych stawek jednostkowych oraz wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ofertową bez ryzyka ponoszenia strat. Tymczasem w ocenie Odwołującego oferta tego wykonawcy zawiera zaniżenie znacznej ilości pozycji kosztorysowych poniżej kosztów ich świadczenia, co narusza dodatkowo uczciwą konkurencję. Niosą one ryzyko niemożliwości wykonania objętych nimi prac z wynagrodzenia umownego.

KIO w swoim orzecznictwie wskazywała także wielokrotnie, że zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 Pzp i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie, jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pisma „wyjaśnieniami” czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie KIO z dnia 12 października 2009 roku, sygn. akt KIO1415/09 czy orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 roku, sygn. akt KIO 262/09.

W przedmiotowym Postępowaniu stwierdzić należy w pierwszej kolejności, że Zamawiający zastosował procedurę wynikającą z art. 90 ust. 1 Pzp i wezwał wykonawcę SPRINT do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Wezwanie miało konkretny charakter. Treść wezwania implikowała zatem konieczność przedstawienia nie tylko szczegółowych kalkulacji składających się na każdą z inkryminowanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysowych, ale także zaprezentowania dowodów, chociażby pokazujących szczególną sytuację tego wykonawcy, umożliwiającą mu realizację określonych prac poniżej rynkowych kosztów ich wykonania. Przy czym dla udowodnienia realności ceny nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek dowodów dokumentujących działalność danego przedsiębiorcy, w tym w ujęciu historycznym, ale konieczne jest przedstawienie dowodów, które w sposób obiektywny i jednoznaczny mogą zostać uznane za materiał faktycznie potwierdzający możliwość zaoferowania badanej ceny, a tym samym możliwość należytego wykonania całości przedmiotu zamówienia, a nie co najwyżej przyjętych własnych założeń, które mogą się nie potwierdzić.

W ocenie Odwołującego nie można uznać, że wyjaśnienia złożone przez SPRINT rozwiewają takie wątpliwości. Mimo swej pozornej rozwlekłości w zasadzie w większości nie wnoszą one wiele w kwestii wyjaśnienia rażąco niskiej ceny określonych pozycji.

Do wyjaśnień z dnia 20 grudnia 2019 roku SPRINT załączył szereg dokumentów, które miały stanowić dowody na potwierdzenie prawidłowości wyliczeń zastosowanych przez tego wykonawcę. Zauważyć jednakże należy, że niemal wszystkie oferty od kontrahentów SPRINT datowane są pomiędzy 16 a 20 grudnia 2019 roku, zatem w okresie pomiędzy wezwaniem tego podmiotu do wyjaśnień a dniem złożenia wyjaśnień. Za wyjątek należy tu uznać jedynie ofertę ACEL sp. z o.o. sp.k. z dnia 12 czerwca 2019 roku czy fakturę VR nr 04/FA/1906/26 z dnia 6 czerwca 2019 roku. Niemniej już faktura VAT z 2075/2018 z dnia 12 czerwca 2018 roku jest dokumentem dość „starym”, więc dowodzić może jedynie jak kształtowały się ceny w okresie roku przed terminem składania ofert w sprawie.

Po terminie składania ofert w sprawie wystawione zostały także dokumenty takie jak: oferta nr 04/OFR/1908/5 z dnia 17 października 2019 roku od Nowa Elektro sp. z o.o., faktura VAT 27/11/2019 z dnia 13 listopada 2019 roku czy faktura VAT 3534/2019 z dnia 25 października 2019 roku.

Najistotniejszym jest jednak fakt, że rzekome dowody uzasadniające przyjęte w kalkulacji ceny stawki poszczególnych pozycji rodzą wątpliwości co do ich rzetelności. Wnioskowane i wydane są bowiem bezsprzecznie w związku z koniecznością złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Tymczasem dowiedzenie zastosowanych stawek winny dokumentować faktury i oferty, które rzeczywiście mogły posłużyć jako podstawa do dokonania kalkulacji

ceny wskazanie w złożonej w Postępowaniu ofercie. Przedłożone dokumenty co najwyżej dokumentują zaś, jak kształtowały się te ceny w grudniu 2019 roku.

Zatem zasadnym w ocenie Odwołującego jest, że SPRINT co do zasady nie wskazał jakichkolwiek dowodów na poparcie swoich wyliczeń, pomimo iż Zamawiający wyraźnie podkreślił w treści wezwania, że takich dowodów wymaga. Jak przyjmuje chociażby I. Skubiszak - Kalinowska w komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych: „Obok wezwania do wyjaśnień przepisy Prawa zamówień publicznych w sposób jednoznaczny przesądzają, że zamawiający może wzywać do przedstawienia dowodów, chociaż brak przedstawienia samych dowodów nie stanowi samoistnej przesłanki formalnej nieuznania wyjaśnień przez zamawiającego czy też odrzucenia oferty. Nie dołączenie dowodów może jednak spowodować negatywną ocenę wyjaśnień, a co za tym idzie negatywną ocenę badanej ceny oferty. Z literalnego brzmienia art. 90 ust. 1 p.z.p. można bowiem wywieść, iż dowody stanowią dodatkową część wyjaśnień, gdyż zamawiający zwraca się o ich udzielenie, w tym złożenie dowodów.” Biorąc pod uwagę powyższe powoduje to, iż nie można uznać, że wątpliwości dotyczące kwestii rażąco niskiej ceny zostały całkowicie rozwiane, co w dalszej części niniejszego Odwołania zostanie szczegółowo wykazane.

Wykonawca Sprint dokonał obliczenia cen jednostkowych w pozycjach nr 6-12,13,18, 26, 28-1,29-1,37,38,39,50,51 załącznika nr 2 do wzoru umowy pn. „Wycena cen jednostkowych” w taki sposób, że wyliczenia te nie obejmują wszystkich elementów wskazanych przez Zamawiającego, tj. kosztów materiału, kosztów robocizny, kosztów sprzętu, kosztów pośrednich, zysku, wzrostu cen lub inflacji.

1. Punkty 6 -12 - wymiana i dostosowanie latami (różne typy)

W kalkulacji swojej oferty SPRINT dla pozycji „koszt sprzętu” przyjęła wartość 0, co jest w ocenie Odwołującego wyraźnym zaburzeniem kalkulacji i niewykazywaniem istotnych kosztów, oraz w sposób oczywisty ma wpływ na końcowe wyliczenia. Dojazd na skrzyżowanie, gdzie prowadzone będą prace, związany jest z dojazdem samochodem, którego koszt należy przyjąć na co najmniej 20 zł (uwagi chociażby na koszty związane z kosztami paliwa, eksploatacji, ubezpieczeń etc.).

Dla przedmiotowych pozycji 9-12 firma Sprint przedstawiła koszty pośrednie które wynoszą odpowiednio:

LP./ Opis/ Cena jednostkowa/ ilość/ Koszty pośrednie razem/ Koszty pośrednie na kpl./
Założony zysk

(całkowity)

9 Wymiana,

Dostosowanie

latarnia 2- komorowa

diodowa fi 200 na maszcie

MŚw z konsolą

niezależnie od napięcia/786,71 /50 / 8418,84 /168,38
/1966,78/.

10 Wymiana, dostosowanie latarnia 3- komorowa diodowa fi 200 ma maszcie MŚw z konsolą

niezależnie od napięcia/ 903,26 /15 /1036,49 /69,10
/677,45/

11 Wymiana, dostosowanie latarnia 3- komorowa diodowa fi 300 ma maszcie MŚw z konsolą

niezależnie od napięcia/ 1019,81 /55 /1365,20 /24,82
/2804,48/

12 Wymiana, dostosowanie latarnia 3- komorowa diodowa fi 100 ma maszcie MŚw z konsolą

niezależnie od napięcia/ 1019,81 /20 /4396,44 /219,82
/1019,81/

Przedstawiając powyższe wyraźnie widać, że przedłożona kalkulacja została wykonana w sposób mający na celu zaniżenie kosztów pośrednich dla pozycji 10 i 11. Suma kosztów dla wszystkich pozycji to 15.216,97 zł, a łączna suma asortymentu to 140 kompletów. Przedstawiony asortyment jest sobie pokrewny, zatem dziwić mogą tak duże różnice, sugerujące że obliczenia były dopasowywane już po złożeniu oferty, na wyraźne zapytanie Zamawiającego. Z powyższej tabeli wynika, że średnie koszty pośrednie dla asortymentu 9-12 wynoszą 108,70 zł ($15\ 216,97\ \text{zł} / 140\ \text{kpi} = 108,70\ \text{zł}$).

Przykładając tę kwotę do pozycji 10 i 11, właściwe koszty pośrednie powinny wynosić odpowiednio 1.620 zł oraz 5.940 zł. Sam ten zabieg powoduje, że przedstawiony założony zysk na tych pozycjach przestaje istnieć.

Mając na uwadze powyższe, zaproponowane przez SPRINT ceny są w ocenie Podkova rażąco niskie i niewystarczające do wykonania zadania bez strat, co jest niezgodne ze specyfikacją i zapisami zawartymi w przetargu.

3. Punkt 13 - wymiana, dostosowanie latarnia 3-komorowa diodowa fi 300 na maszcie wysięgnikowym z ekranem kontrastowym i mocowaniem

Zaoferowana przez SPRINT cena za wykonanie asortymentu to 1.625,87 zł, gdzie wykazany koszt materiału wynosi 1.310 zł (1.313 zł wg cen zawartych w dowodach 1.3 oraz 1.4).

Dla przedmiotowej pozycji pod wątpliwość należy poddać przyjętą ilość roboczogodzin wynoszącą jedynie 2 godziny.

Wieloletnie doświadczenie zawodowe posiadane przez Odwołującego wskazuje, że montaż latarni wymaga zaangażowania co najmniej dwóch osób, w tym operatora podnośnika koszowego, zajęcia pasa ruchu lub wlotu skrzyżowania, wprowadzenia odpowiedniego oznakowania i przede wszystkim podłączenia sygnalizatora do sterownika. Przyjęcie przez firmę Sprint, że prace będą wykonane w 1 godziną (2 roboczogodziny przy 2 pracownikach) jest niemożliwe do realizacji w praktyce. Same bowiem ww. czynności towarzyszące powinny pochłonąć cały czas wskazany przez SPRINT. W ocenie Odwołującego realny czas pracy to minimum 2 godziny (4 roboczogodziny). Tym samym oszczędność przez zaniżenie wartości pozycji to 48 zł (1 roboczogodzina przy 2 pracownikach po 24 zł/h).

W kalkulacji swojej oferty w tym punkcie Sprint dla pozycji „koszt sprzętu” przyjął wartość 0, co zdaniem Wykonawcy jest wyraźnym zaburzeniem kalkulacji i niewykazywaniem istotnych kosztów, co ma wpływ na końcowe wyliczenia.

Przyjmując analogicznie przedstawiony koszt sprzętu dla innych pozycji, gdzie wymagane jest użycie podnośnika koszowego (np. pozycja 26), wartość ta powinna wynosić 120 zł dla jednej godziny pracy sprzętu. Nie uwzględniając tego obciążenia przedstawiona oferta jest nieprawidłowa.

Dla przedmiotowej pozycji pod wątpliwość należy poddać przyjętą ilość roboczogodzin wynoszącą jedynie 2 godziny.

Wieloletnie doświadczenie zawodowe posiadane przez Odwołującego wskazuje, że montaż latarni wymaga zaangażowania co najmniej dwóch osób, w tym operatora podnośnika koszowego, zajęcia pasa ruchu lub wlotu skrzyżowania, wprowadzenia odpowiedniego oznakowania i przede wszystkim podłączenia sygnalizatora do sterownika. Przyjęcie przez firmę Sprint, że prace będą wykonane w 1 godziną (2 roboczogodziny przy 2 pracownikach) jest niemożliwe do realizacji w praktyce. Same bowiem ww. czynności towarzyszące powinny pochłonąć cały czas wskazany przez SPRINT. W ocenie Odwołującego realny czas pracy to minimum 2 godziny (4 roboczogodziny). Tym samym oszczędność przez zaniżenie wartości pozycji to 48 zł (1 roboczogodzina przy 2 pracownikach po 24 zł/h).

W kalkulacji swojej oferty w tym punkcie Sprint dla pozycji „koszt sprzętu” przyjął wartość 0, co zdaniem Wykonawcy jest wyraźnym zaburzeniem kalkulacji i niewykazywaniem istotnych kosztów, co ma wpływ na końcowe wyliczenia.

Przyjmując analogicznie przedstawiony koszt sprzętu dla innych pozycji, gdzie wymagane jest użycie podnośnika kosztowego (np. pozycja 26), wartość ta powinna wynosić 120 zł dla jednej godziny pracy sprzętu. Nie uwzględniając tego obciążenia przedstawiona oferta jest nieprawidłowa.

Biorąc pod uwagę powyższe, oferta tylko na tych 2 pozycjach jest zaniżona o minimum 168 zł ($120 + 48 = 168$ zł). Uwzględniając to oraz wykazane w ofercie koszty pośrednie wynoszące 8.396,05 zł dla 45 kpi. latami (186,58 zł na sztukę), zaproponowana oferta jest w ocenie Podkowskiej rażąco niska i niewystarczająca do wykonania zadania bez strat, co jest niezgodne ze specyfikacją i zapisami zawartymi w przetargu.

3. Pozycja 18 - wymiana, dostosowanie latami 3-komorowej żarowej o 300 na maszynie MSw z konsolą

Sprint do kalkulacji oferty przyjęła kwotę 466,20 zł netto, która w ocenie Odwołującego jest nierynkowa i nie spełnia założeń specyfikacji postawionych przez Zamawiającego, który jasno i precyzyjnie opisał, jak należy kalkulować poszczególne pozycje z załącznika 2 („5* cena jednostkowa netto ma zawierać: koszty materiału, koszty robocizny, koszty sprzętu, koszty pośrednie, zysk, wzrost cen, inflację itp. - nie ulega zmianie w trakcie trwania kontraktu”).

Do wytłumaczenia ww. ceny Sprint przyjął koszty materiału na podstawie oferty w wysokości 390,00 zł netto, a robociznę w wysokości 18,00 zł netto. Różnica między oferowaną kwotą, a ceną za materiał i kosztami robocizny została „przeznaczona” na koszty ogólne i zysk. Pod wątpliwość należy poddać, że w ww. kalkulacji nie uwzględnione zostały koszty sprzętu, co jest bardzo istotnym czynnikiem kosztotwórczym.

Według szacunków Podkowskiej, koszt pojazdu, na który składają się m. in.: paliwo, bieżąca eksploatacja, ubezpieczenie, to co najmniej 20,00 zł netto. Biorąc pod uwagę powyższe, przedstawiona kalkulacja Sprint powinna wyglądać następująco:

robocizna ($0.75 \text{ h} \times 24 \text{ zł} = 18 \text{ zł}$) + sprzęt (20 zł) + materiał (390 zł) + wykazane przez Sprint koszty ogólne (34,89 zł) + koszty związane z inflacją + zysk.

Po zsumowaniu tylko robocizny, sprzętu, materiału i wykazanych przez SPRINT kosztów ogólnych, bez kosztów inflacji oraz zysku, uzyskujemy 462,89 zł, czyli kwotę jedynie o 3,31 zł niższą od zaproponowanej przez SPRINT. Cena ta nie zawiera miejsca na nietrudny do

przewidzenia wzrost cen (inflacji) na przestrzeni nadchodzących 6 lat. Pokazuje to nierzetelność kalkulacji oraz prowadzenie jej niezgodnie z SIWZ i poniższymi kosztami.

Odrębną kwestią pozostaje fakt, że jako dystrybutor sygnalizatorów Futura i Mondial Firmy Swarco Futurit, stosowanych na rynku warszawskim, Odwołujący posiada wiedzę „z pierwszej ręki”, że koszt zakupu przedmiotowej latarni u producenta jest niemalże 1,5 raza wyższy niż przyjęty przez oferenta, mimo przedstawionych dowodów, które Podkova uznaje za niewiarygodne.

Zaproponowana przez wykonawcę Sprint cena (466,20 zł netto) jest w ocenie Odwołującego rażąco niska i niewystarczająca nawet do zakupu latarni.

4. Punkt 26 - wymiana, dostosowanie Kamera obrotowa monitoringu wizyjnego (...)

Oferta złożona przez SPRINT w zakresie tej pozycji wynosi 3.496,50 zł. SPRINT przedstawia ofertę kosztu zakupu kamery w cenie 806,84 euro (dowód 1.5 dołączony do wyjaśnień z dnia 20 grudnia 2019 roku).

Przedstawiona wg tabeli kalkulacji kosztów cena jednostkowa materiału 3.145,37 zł netto byłaby właściwa dla ceny euro wynoszącej 3.898,00 zł, która jest nieosiągalna, gdyż cena euro kształtuje się na poziomie 4,20 - 4,30 zł (4,25 w dniu 20 grudnia 2019 roku, będącym dniem wystawienia oferty, dowód 1.5 jw). Właściwie przyjęta cena materiału (przy kursie 4,25zł) powinna wynosić 3.429,07 zł. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że przedstawiona kalkulacja została zaniżona już w samej cenie materiału, który powinien być o ponad 280 zł droższy.

Pod wątpliwość należy poddać również przyjętą ilość roboczogodzin, wynoszącą jedynie 2 godziny. Montaż kamery wymaga zaangażowania co najmniej dwóch osób, w tym operatora podnośnika koszowego, zajęcie znacznego terenu chodnika lub pasa ruchu, wprowadzenia odpowiedniego oznakowania, podłączenia kamery do sterownika oraz jej późniejszej kalibracji. Przyjęcie przez SPRINT, że prace będą wykonane w 1 godzinę (2 roboczo godziny przy 2 pracownikach) jest niemożliwe do realizacji. Odwołujący mając na uwadze swoje długoletnie doświadczenie zawodowe, szacuje wykonanie takich czynności na minimum 4 roboczogodziny, zatem o 2 roboczogodziny więcej niż wskazał SPRINT.

Mając na uwadze pozostały czas potrzebny na mobilizację (w tym min. przygotowanie materiałów), zaproponowana przez SPRINT cena 3.496,50 zł netto jest w naszej ocenie rażąco niska i niewystarczająca do wykonania zadania bez strat, co jest niezgodne ze specyfikacją i zapisami zawartymi w przetargu.

5. Punkty 28-1 - Wymiana, dostosowanie kabel sterowniczy typu XzTKMXpw 6x2x0,8

Mając na uwadze pozostały czas potrzebny na mobilizację (w tym min. przygotowanie materiałów), zaproponowana przez SPRINT cena 3.496,50 zł netto jest w naszej ocenie rażąco niska i niewystarczająca do wykonania zadania bez strat, co jest niezgodne ze specyfikacją i zapisami zawartymi w przetargu.

W kalkulacji swojej oferty Sprint dla pozycji „koszt sprzętu” przyjął wartość 0, co jest w ocenie Odwołującego wyraźnym zaburzeniem kalkulacji i niewykazywaniem istotnych kosztów i ma wpływ na końcowe wyliczenia.

Dojazd na skrzyżowanie, gdzie prowadzone będą prace, związany jest z dojazdem samochodem. Sam koszt z tym związany należy przyjąć na co najmniej 20,00 zł, nie wliczając innego sprzętu związanego bezpośrednio z robotami w terenie. Zdaniem Podkowa zakładając optymistycznie, że jednorazowo do ułożenia w terenie będzie odcinek 50 m kabla, co daje 7 wyjazdów, to dodatkowe koszty dla tej pozycji wyniosą łącznie około 140 zł (zamawiający przewidział w pozycji 350m kabla). Wartość ta po uwzględnieniu w kalkulacji cenowej, przy założonym przez SPRINT zysku wynoszącym 122,38 zł, spowoduje straty. Tym samym pozycja została wyceniona poniżej kosztów, co jest niezgodne ze specyfikacją i zapisami zawartymi w przetargu.

Ponadto przedstawiony dowód 1.6 zawiera ofertę internetową, która nie może służyć jako oferta handlowa. Cena tego samego kabla u tego samego dystrybutora na dzień 06.02.2020 jest już wyższa i wynosi dla gotowego kabla 3,46 zł brutto (dla ciętego 3,52 zł brutto). Wyraźnie pokazuje to zatem, że przedstawienie wydruku ze strony internetowej sklepu jako dowodu potwierdzającego cenę, przyjętą do kalkulacji ceny z oferty, nie jest rzetelnym i miarodajnym dowodem. Ceny jak wiadomo mogą ulegać wahać. W danych okresach mogą być zarówno wyższe jak i niższe, w zależności od polityki sprzedażowej prowadzonej przez danego sprzedawcę czy producenta.

6. Punkty 29-1 - Wymiana, dostosowanie kabel sterowniczy typu FTP

4x2xAWG24/kat.6

W kalkulacji swojej oferty SPRINT dla pozycji „koszt sprzętu” przyjął wartość 0, co jest w ocenie Odwołującego wyraźnym zaburzeniem kalkulacji i niewykazywaniem istotnych kosztów, co ma wpływ na końcowe wyliczenia.

Dojazd na skrzyżowanie, gdzie prowadzone będą prace, związany jest z dojazdem samochodem. Sam koszt z tym związany, jak już wielokrotnie wskazywano należy przyjąć na

co najmniej 20,00 zł, nie wliczając innego sprzętu związanego bezpośrednio z robotami w terenie.

Według Podkowa, zakładając optymistycznie, że jednorazowo do ułożenia w terenie będzie odcinek 50 m kabla, co daje 5 wyjazdów, to dodatkowe koszty dla tej pozycji wyniosą łącznie około 100 zł (zamawiający przewidział w pozycji 250m kabla). Wartość ta po uwzględnieniu w kalkulacji cenowej, przy założonym przez SPRINT zysku wynoszącego 64,10 zł spowoduje straty i tym samym dowodzi, że pozycja została wyceniona poniżej kosztów, co jest niezgodne ze specyfikacją i zapisami zawartymi w przetargu.

7. Punkty 37 - rozebranie i odtworzenie terenu z nawierzchni asfaltowej 1m x 1m

Przedstawiony dowód 1.10 załączony do wyjaśnień SPRINT z dnia 20 grudnia 2019 roku, dotyczący mieszanki asfaltowej w workach, nie powinien być brany pod uwagę, gdyż masa taka służy tylko i wyłącznie do drobnych robót naprawczych i jest rozwiązaniem tymczasowym w sytuacji braku możliwości ułożenia docelowej nawierzchni z asfaltu tj. np. w złych warunkach atmosferycznych.

W związku z powyższym oferowana kwota 174,83 zł nie jest możliwa do zachowania w warunkach rynkowych. Wszyscy pozostali oferenci dla tej pozycji zaproponowali koszty rzędu 300 zł, 315,50 zł oraz 690 zł (czyli 2 - 3-krotnie więcej). Ułożenie docelowej nawierzchni asfaltowej, zwłaszcza na niewielkich obmiarach, jest bardzo kosztowne z uwagi na potrzebę zaangażowania dużej ilości drogiego sprzętu - rozścielacz/rozkładarka, mini walec, zagęszczarki itp. Sprzęt ten wymaga transportu na miejsce wykonywania prac ciężkim sprzętem transportowym.

Tym samym, w tej pozycji SPRINT w ocenie Odwołującego przedstawił materiały w ogóle nieodpowiednie do wykonania zamówienia zgodnie z przedmiotem zamówienia, ale także przedstawił materiał znacząco tańszy, co dodatkowo miało zapewne zwiększyć potencjalną atrakcyjność tego wykonawcy kosztem pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

8. Punkty 38 - rozebranie i odtworzenie terenu z nawierzchni płyt 50 x 50 x 50 1,5m x 1,5m

W kalkulacji swojej oferty SPRINT dla pozycji „koszt sprzętu” przyjęła wartość 0, co jest w ocenie Odwołującego wyraźnym zaburzeniem kalkulacji i niewykazywaniem istotnych kosztów, co ma wpływ na końcowe wyliczenia.

Przedłożona jako dowód oferta (dowód 1.12 załączony do pisma SPRINT z dnia 20 grudnia 2019 roku) przewiduje ułożenie 1 m² przy założeniu 120m² nawierzchni z chodnika. Prace

związane z ułożeniem chodnika, prowadzone w ramach kontraktu, nie będą polegały na ułożeniu 120 m² chodnika w jednej lokalizacji za jednym razem, a będą składały się z drobnych prac po kilka-kilkanaście metrów kwadratowych, o czym oferent mógł nie wiedzieć na etapie przygotowania swojej oferty. Roboty drogowe o mniejszym zakresie są wyżej wyceniane ze względu na koszt dostarczenia ludzi i sprzętu. W przypadku mniejszych robót nie można zagwarantować zaangażowania brygady na cały dzień roboczy, a należy pokryć im dniówkę, toteż koszty na małych zadaniach liczone są wyżej niż na robocie długoterminowej i ciągłej. Co więcej, często sprzęt, który mógłby zarobić więcej na zadaniu całodniowym, jest wykorzystywany tylko przez kilka godzin i „nie zarabia na siebie”. Ponadto obsługa małego zadania wymaga od kierownika budowy branży drogowej tyle samo (lub niewiele mniej) zaangażowania co robót większych. Czas pracy takiego człowieka również jest wliczany w koszty zadania. Gdyby więc SPRINT dokonał wyceny w/w pozycji na podstawie ofert wykonawców wyceniających rozebranie i odtworzenie terenu z nawierzchni kostki betonowej, przy założeniu że może to być kilka lub kilkanaście metrów kwadratowych, jego finalna cena dla tej pozycji byłaby wyższa.

W związku z powyższym przedłożona oferta nie jest wiarygodna dla robót o mniejszym zakresie i nie powinna być brana pod uwagę jako wiarygodna wycena prac drogowych.

9. Punkty 39 - rozebranie i odtworzenie terenu z nawierzchni kostki betonowej 1m x 1m

W kalkulacji swojej oferty SPRINT dla pozycji „koszt sprzętu” przyjęła wartość 0, co jest w naszej ocenie wyraźnym zaburzeniem kalkulacji i niewykazywaniem istotnych kosztów, co ma wpływ na końcowe wyliczenia.

Przedłożona jako dowód oferta (dowód 1.12 załączony do pisma SPRINT z dnia 20 grudnia 2019 roku) przewiduje ułożenie 1 m² przy założeniu 60m² nawierzchni z chodnika. Prace związane z ułożeniem chodnika, prowadzone w ramach kontraktu, nie będą polegały na ułożeniu 60m² chodnika w jednej lokalizacji za jednym razem, a będą składały się z drobnych prac po kilka-kilkanaście metrów kwadratowych o czym oferent mógł nie wiedzieć na etapie przygotowania swojej oferty. W związku z powyższym przedłożona oferta nie jest wiarygodna dla robót o mniejszym zakresie i nie powinna być brana pod uwagę jako wiarygodna wycena prac drogowych. Roboty drogowe o mniejszym zakresie są wyżej wyceniane ze względu na koszt dostarczenia ludzi i sprzętu. W przypadku mniejszych robót nie można zagwarantować zaangażowania brygady na cały dzień roboczy, a należy pokryć im dniówkę, więc koszty na małych zadaniach liczone są wyżej, niż na robocie długoterminowej i ciągłej. Co więcej, często sprzęt, który mógłby zarobić więcej na zadaniu całodniowym, jest wykorzystywany tylko przez kilka godzin i „nie zarabia na siebie”. Ponadto obsługa małego zadania wymaga od kierownika budowy branży drogowej tyle samo (lub

niewiele mniej) zaangażowania co robót większych. Czas pracy takiego człowieka również jest wliczany w koszty zadania. Gdyby więc SPRINT dokonał wyceny w/w pozycji na podstawie ofert wykonawców wyceniających rozebranie i odtworzenie terenu z nawierzchni kostki betonowej, przy założeniu że może to być kilka lub kilkanaście metrów kwadratowych, jego finalna cena dla tej pozycji byłaby wyższa

W związku z powyższym przedłożona oferta nie jest wiarygodna dla robót o mniejszym zakresie i nie powinna być brana pod uwagę jako wiarygodna wycena prac drogowych.

10. Punkt 50 - ułożenie pętli indukcyjnej dla jednośladów („trapez”)

Wykonanie pętli indukcyjnych w nawierzchni jezdni wiąże się nieodzownie z zajęciem pasa ruchu oraz wdrożenia tymczasowej organizacji ruchu. Roboty te na terenie Warszawy, z nielicznymi wyjątkami, wykonuje się z zasady jedynie w nocy po godzinie 22:00, tak by prace powodowały minimalne utrudnienia w ruchu. Wykonanie pętli indukcyjnej związane jest z naruszeniem nawierzchni poprzez fizyczne wycięcie w niej rowków do późniejszego umieszczenia w niej przewodów, zalewanych następnie dla uszczelnienia masą bitumiczną.

Roboty takie, by były wykonane w sposób sprawny i bezpieczny wymagają przede wszystkim zaangażowania co najmniej:

- 2 pracowników
- samochodu dostawczego
- przyczepy ze znakiem U-26c/d (aktywna tablica ostrzegawcza o wymiarach 1,7x2,5m)
- znaków ostrzegawczych i innych urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego
- piły do cięcia asfaltu czy sprzętu do zalewania wyciętych rowków masą bitumiczną.

Pętla trapezowa posiada łączny obwód około 8 m.

Pętla taka składa się z 3-5 zwojów, co powoduje potrzebę użycia 24-40 m kabla plus co najmniej 6 m kabla wprowadzającego i wyprowadzającego kable do studni w poboczu dla pętli położonych najbliżej krawędzi jezdni. Cena mb kabla wynosi 1,20 zł (wg dowodu 1.17 firmy Sprint nawet 1,91 zł).

Zużycie masy zalewowej wynosi 0,8 kg/mb wycięcia. Stąd też zużycie masy zalewowej dla pętli wynosi $8 \cdot 0,8 = 6,4$ kg. Cena masy zalewowej wynosi ponad 8 zł 1 kg (8,20 zł wg dowodu 1.16 SPRINT).

Dowód: dowód 1.16 załączony przez SPRINT do wyjaśnień z dnia 20 grudnia 2019 roku

Stąd koszt materiałów do wykonania pętli indukcyjnej będzie wynosił co najmniej:

- cena kabla dla pętli $1,91 \cdot 30 = 69$ zł netto.
- Zalanie masą bitumiczną $6,4\text{kg} \cdot 8,20$ zł = 52 zł netto.
- Mufa kablowa 60 zł netto.

Razem koszty bezpośrednich materiałów to co najmniej 181 zł netto.

Koszty pracy co najmniej 2 ludzi w porze nocnej wynoszą co najmniej 24 zł za godzinę pracy (wg stawek podanych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przez SPRINT), co w przełożeniu na potrzebny czas (dojazd, wykonanie pętli, powrót na bazę wynosi min. 3 godziny) wyniesie 144 zł.

Istotnym aspektem jest czas potrzebny do wykonania przedmiotowej pętli, gdzie jej skomplikowany kształt wymaga wykonania wielu, jak na tego typu robotę, precyzyjnych cięć jak i odpowiedniego przygotowania podłoża i masy zalewowej (wg instrukcji producenta/dystrybutora masy- Załącznik 1) co nie pozwala na wykonanie tej pracy krócej niż w około 3 godziny.

Dowód: instrukcja producenta masy zalewowej

Ponadto, zajęcie pasa ruchu na wlotach skrzyżowań jednopasowych wiąże się nieodwołalnie z zamknięciem jednego kierunku ruchu, co w większości przypadków nie jest możliwe do wprowadzenia bez utworzenia dodatkowego objazdu lub wprowadzenia ręcznego kierowania ruchem i zaangażowania dodatkowych, przeszkolonych do tego pracowników, oraz generuje dodatkowe koszty.

Kalkulacja SPRINT zakładająca koszty robocizny w zakresie 48 zł nie uwzględnia czasu potrzebnego do wykonania pętli jak i zaangażowania potencjału ludzkiego, w tym kosztów zakupu materiałów (uwzględnia jedynie ich cenę), ich magazynowania, wydawania z magazynu itp. Trudno przypuszczać, by przedstawione koszty pośrednie o wartości 383,66 zł dla przewidzianych 30 pętli (12,78 zł na jedną pętlę) były rzetelnie przedstawione. Należy przy tym zaznaczyć, że dla pętli indukcyjnej 20x1 wykazane koszty pośrednie wynoszą aż 2671,43 zł dla 20 pętli (133,57 zł dla 1 pętli).

Mając na uwadze czas potrzebny na mobilizację (przygotowanie materiałów, załadunek pojazdu, czas dojazdu i powrotu do bazy jak również czas przygotowawczy instalacji i usunięcia oznakowania w terenie), uwzględnienia kosztów ogólnych zaproponowana przez SPRINT, cena 407,90 zł netto jest w ocenie Podkova rażąco niska i niewystarczająca do wykonania zadania bez strat, co jest niezgodne ze specyfikacją i zapisami zawartymi w przetargu.

11. Punkt 51 - ułożenie pętli indukcyjnej dla pojazdów (20x1)

Technologia i zaangażowanie ludzi i sprzętu opisano w pozycji dotyczącej pętli trapezowych.

Pętla o wymiarach 20x1 m posiada łączny obwód 42 m. Pętla taka składa się z co najmniej 2 zwojów, co powoduje potrzebę użycia 84 m kabla plus co najmniej 6 m kabla wprowadzającego i wyprowadzającego kable do studni w poboczu dla pętli położonych najbliżej krawędzi jezdni.

Zużycie masy zalewowej wynosi 0,8 kg/mb wycięcia. Stąd też zużycie masy zalewowej dla pętli wynosi $42 \cdot 0,8 = 34\text{kg}$. Cena masy zalewowej wynosi ponad 8 zł 1 kg (8,20 zł wg dowodu 1.16 załączonego przez SPRINT do wyjaśnień z dnia 20 grudnia 2019 roku).

Dowód: dowód 1.16 załączony przez SPRINT do wyjaśnień z dnia 20 grudnia 2019 roku

Analogicznie jak dla pętli trapezowej, koszt materiałów do wykonania pętli indukcyjnej 20x1 będzie wynosił co najmniej:

- cena kabla dla pętli $1,91\text{zł} \cdot 90\text{m} = 171\text{ zł netto}$.
- Zalanie masą bitumiczną $34\text{kg} \cdot 8,20\text{ zł} = 278\text{ zł netto}$.
- Mufa kablowa 60 zł netto.

Razem koszty bezpośrednich materiałów to co najmniej 509 zł netto;

Koszty pracy co najmniej 2 ludzi w porze nocnej wynoszą co najmniej 24 zł za godzinę pracy (wg stawek podanych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przez firmę Sprint), co w przełożeniu na potrzebny czas (dojazd, wykonanie pętli, powrót na bazę wynosi min. 3 godziny) wyniesie 144 zł.

Pętla o wymiarach 20x1 co prawda nie posiada skomplikowanego kształtu, jednak jej długość powoduje wydłużenie czasu potrzebnego do jej wykonania oraz (podobnie jak w przypadku pętli trapezowej) konieczność odpowiedniego przygotowania podłoża i masy zalewowej (wg instrukcji producenta/dystrybutora masy ww. Załącznik 1), co nie pozwala na wykonanie tej pracy w czasie krótszym niż około 3 godziny.

Mając na uwadze pozostały czas potrzebny na mobilizację (przygotowanie materiałów, załadunek pojazdu, jak również czas przygotowawczy instalacji i usunięcia oznakowania w terenie, koszty sprzętu i paliwa zaproponowana przez firmę SPRINT cena (524,45 zł netto) jest w naszej ocenie rażąco niska i niewystarczająca do wykonania zadania bez strat, co jest niezgodne ze specyfikacją i zapisami zawartymi w przetargu.

Należy pamiętać, że omawiany przetarg ma charakter utrzymaniowy, gdzie sytuacje wykonania kilku pętli w jednym dniu roboczym i na jednym skrzyżowaniu będą występowały nieporównywalnie rzadziej, niż takie prace wykonywane pojedynczo. Tak więc założenie

mniejszych kosztów w przypadku wykonania kilku pętli jednocześnie jest tu założeniem mylnym.

W świetle powyższych wyjaśnień warto wskazać, że jak podkreśla się w najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w wyroku z dnia 15 kwietnia 2019 roku, sygn. akt: KIO 522/19: „Nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że informacje uzyskane od wykonawców w ramach wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny nie mogą służyć ocenie zgodności oferty z SIWZ, Nie można zakładać, że badanie rażąco niskiej ceny odbywa się niejako w oderwaniu od sposobu wykonania zamówienia, w tym wyceny materiałów służących do realizacji zamówienia. Skoro wykonawca składa wyjaśnienia dotyczące wyceny materiałów, to uznać należy, że wycena materiałów niezgodnych z specyfikacją techniczną zawartą w SIWZ powoduje jednocześnie niezgodność oferty z SIWZ, o jakiej ustawodawca mówi w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, za bezsporne należy uznać, że okoliczności opisane w Wyjaśnieniach mogą stanowić podstawę oceny spełniania przez danego wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu, a tym samym jej zgodności z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego w SIWZ.

Tym samym, ofertę SPRINT złożoną w Postępowaniu należało odrzucić, gdyż wybór tej oferty jako najkorzystniejszej był całkowicie bezzasadny.

Rekapitulacja stanowiska Odwołującego

Odwołujący wskazuje jednoznacznie, iż w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym Zamawiający podjął szereg bezpodstawnych czynności, które w konsekwencji doprowadziły do pozbawienia Odwołującego możliwości uzyskania Zamówienia, tj.:

- a) uznał za uzasadnione utajnienie wyjaśnień SPRINT w zakresie rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
- b) zaniechał rzetelnej oceny i badania oferty Odwołującego;
- c) nie odrzucił oferty SPRINT z Postępowania i uznał Wyjaśnienia SPRINT w zakresie rażąco niskiej ceny za wystarczające;
- d) dokonał wyboru oferty SPRINT jako najkorzystniejszej.

Każda z ww. czynności podjęta została bez uzasadnienia (faktycznego lub prawnego), z naruszeniem przepisów Ustawy.

Czynności podejmowane przez Zamawiającego (tj. m.in. utajnienie wyjaśnień SPRINT w zakresie rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, brak odrzucenia oferty SPRINT, wybór oferty SPRINT jako najkorzystniejszej) prowadzą do przekonania, że

Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców stojące u podstaw systemu prawa zamówień publicznych. Jest to tym istotniejsze, że w przypadku dokonania prawidłowej oceny ofert, oferta złożona przez Wykonawcę zostałaby uznana za najkorzystniejszą w zakresie ww. zadań.

Odwołanie zostało przesłane Zamawiającemu mailem (elektronicznie) w dniu 10 lutego 2020 roku. Wpis za odwołanie został uiszczony w dniu 7 lutego 2020 roku.

Dowód: Potwierdzenie przesłania Odwołania do Zamawiającego z dnia 10 lutego 2020 roku

Dowód: Potwierdzenie dokonania opłaty od Odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

W związku z powyższym niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne, a zatem wnoszę jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie wniesiono w dniu 10 luty 2020r.

Przystąpienie po stronie zamawiającego wpłynęło w dniu 13.02.2020r. za pośrednictwem EPUAP.

Odwołujący i Zamawiający nie zgłosili zastrzeżeń formalnych ani opozycji co do przystąpienia do postępowania.

Izba postanowiła dopuścić po stronie zamawiającego przystępującego w sprawie.

Wniosek o odrzucenie odwołania

Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do wniesionego odwołania i złożył wniosek o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty w pierwszym terminie to jest zawiadomieniem Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty w części I zadania w dniu 18.10.2019r. oraz zawiadomieniem w dniu 22.10.2019r. o wyborze w części III zadania. Przy czym Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 14.11.2019r. o Sygn. akt KIO 2189/19 rozstrzygnęła o oddaleniu odwołania w zakresie zarzutów, co do rażąco niskiej ceny w odniesieniu do załącznika nr 2 do umowy, który przewiduje w swoim zakresie dostosowanie do potrzeb użytkowników urządzeń sygnalizacji świetlnej. Izba w tym wyroku uwzględniła zarzuty dotyczące utajnienia wykazu osób oraz utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dni: 18.09.2019r. i 03.10.2019r. do rażąco niskiej ceny. Izba rozpoznała zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny odnośnie załącznika nr 2 do umowy, gdzie wykonawca wycenił usługi dotyczące dostosowania do potrzeb urządzeń sygnalizacji świetlnej w części 1 i 3 zadania.

Obejmuje to wyrok o Sygn. akt KIO 2189/19. Zamawiający uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania powołał się dodatkowo na powagę rzeczy osądzonej, jak również przedawnienie do wniesienia odwołania w związku z czynnością Zamawiającego to jest w związku z terminami 18 października 2019r. i czynnością z dnia 22 października 2019r. Reasumując według Zamawiającego istnieje powaga rzeczy osądzonej jak i przedawnienie terminu do wniesienia odwołania do przedmiotowego zarzutu przedmiotowego odwołania. W przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania to jest w zakresie zarzutów zawartych na str. 2 i 3 odwołania w pozycji liter B,C, D, E. Na posiedzeniu Zamawiający poinformował, że w dniu 21.02.2020r. odtajnił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przystępującego zawartych w piśmie z dnia 27.01.2020r. Decyzje podjął w związku z pismem Przystępującego z dnia 18.02.2020r., w którym zrezygnował z utajnienia wyjaśnień wraz z załącznikami do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, o czym poinformowano Odwołującego.

Powyższe wnioski i żądania Zamawiający sformułował w odpowiedzi na odwołanie pismo z dnia 18.02.2020r., które zostało przesłane pocztą elektroniczną do Odwołującego, Przystępującego/Wykonawca Wybrany oraz do Izby. Również na posiedzeniu Zamawiający złożył pisma 3 egzemplarzach, które zostały doręczone Odwołującemu i Przystępującemu. Do pisma załączono: pismo z dnia 18.02.2020r. Przystępującego - zgoda na odtajnienie wyjaśnień z dnia 27.01.2020 roku.

Przystępujący odnosząc się do chronologii wyboru najkorzystniejszej oferty podniósł, że wyrok KIO o Sygn. akt 2189/19 związany był z wyborem oferty najkorzystniejszej w związku z podniesionymi zarzutami dotyczącymi usługi utrzymaniowej, natomiast aktualne odwołanie pomimo odtajnienia dokumentów rażąco niskiej ceny utrzymaniowych odnosi się do załącznika nr 2, to jest do dostosowania sygnalizacji świetlnej do potrzeb użytkownika. Natomiast zarzuty przedmiotowego odwołania nie odnoszą się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które zostały odtajnione wyrokiem z dnia 14 listopada 2019 roku to jest w sprawie KIO 2189/19. W jego ocenie też termin na odwołanie do cen jednostkowych z załącznika nr 2 do umowy, czyli dostosowawczych do potrzeb użytkownika rozpoczął bieg już od dni 18 i 22 października 2019 roku (od czynności wyboru na części nr I i III zadania). Ponadto podkreślił, że Zamawiający nie był zobligowany ani wyrokiem ani sytuacją cenową w trybie art.90 ust.1a ustawy Pzp. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w kwestii cen jednostkowych do załącznika nr 2 do umowy, a na takiej podstawie są sformułowane zarzuty do niniejszego odwołania.

Odwołujący odnosząc się do wniosku Zamawiającego, popartego przez Przystępującego o odrzucenie odwołania wnosi o nieuwzględnienie wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania. Zwraca uwagę na treść pkt 1 wyroku z dnia 14.11.2019r. o Sygn. akt KIO

2189/19, gdzie oprócz nakazania odtajnienia wyjaśnień Przystępującego z dnia 18.09.2019r. i z dnia 03.10.2019r. KIO również nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i po ujawnieniu tych dokumentów powtórzenie czynności badania i oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej. Są to nowe czynności Zamawiającego i nie stanowi przeszkody okoliczność, iż w wyniku ponownej czynności wybrano tego samego wykonawcę, ponieważ jest to nowa czynność, a pierwsza czynność została unieważniona to jest z dni 18 i 21.10.2019r. a czynność, od której odwołujemy się obejmuje nowy wybór najkorzystniejszej oferty i nosi datę 31.01.2020r. Podkreśla również, że na rozprawie w KIO 2189/19 Zamawiający przyznał się, że nie dokonał badania cen jednostkowych wykazanych w załączniku nr 2 do wzoru umowy i po wyroku KIO 2189/19 Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia cen jednostkowych w załączniku nr 2 do umowy. W związku z tym jest to nowa czynność dotycząca innych cen jednostkowych niż w formularzu ofertowym co było przedmiotem rozpoznania KIO 2189/19, w związku z tym uważa, że Zamawiający po wyroku badał inne ceny jednostkowe i stąd prawo do wniesienia odwołania licząc od daty 31.01.2020 roku. W związku z odtajnieniem, wyjaśnień z 21.12.2019r. i 27.01.2020r. podtrzymujemy wnioski jak w odwołaniu, bo uważamy, że na dzień pierwszego wyboru nie było podstaw do skarżenia czynności Zamawiającego w zakresie cen jednostkowych zawartych w załączniku nr 2, bo Zamawiający uznał, że nie ma potrzeby wezwania do uzupełnienia. Dopiero wyrok KIO stanowiło w naszej ocenie asumpt do wezwania do wyjaśnień a dla nas do zaskarżenia złożonych wyjaśnień z 21.12.2019r. i 27.01.2020 roku. W związku z tym, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzut braku odtajnienia wyjaśnień z 27.01. 2020r. uważamy zarzut za bezprzedmiotowy.

Zamawiający odnosząc się do stanowiska Odwołującego stwierdził, że wnosi o uwzględnienie wniosku o odrzucenie odwołania. Wykonał w całej rozciągłości wyrok KIO 2189/19, a dla zachowania zasad uczciwej konkurencji wezwał przed ponownym wyborem do wyjaśnienia cen załącznika nr 2 do umowy.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego do odrzucenia odwołania.

Izba postanowiła

Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku o odrzucenie odwołania z uwagi na to, że Zamawiający podjął nową czynność wezwania do wyjaśnień do cen z formularza będącego załącznikiem nr 2 do umowy (dostosowanie do potrzeb użytkowników sygnalizacji świetlnej). Przy pierwszym wyborze oferty zamawiający wzywał wykonawcę do wyjaśnienia cen jednostkowych stanowiących załącznik do formularza ofertowego (ceny jednostkowe na utrzymanie i konserwację sygnalizacji świetlnej) a nie na dostosowanie do potrzeb

użytkowników. Przystępujący przed dniami 8 i 21 października 2019r. złożył wyjaśnienia co do cen jednostkowych ale obejmujących utrzymanie i konserwację sygnalizacji świetlnej (według załącznika do formularza ofertowego) a nie jej dostosowanie do potrzeb (według formularza zał. nr 2 do wzoru umowy). Ponadto jak wskazał odwołujący wyrokiem z dnia 14 listopada 2019r. w sprawie o Sygn. akt KIO 2189/19 Izba nakazała unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w tym odtajnienie wyjaśnień w tym rażąco niskiej ceny (prace utrzymaniowe i konserwacyjne SŚ). Zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 31 stycznia 2020r. od której odwołujący złożył odwołanie. Reasumując odwołujący zaskarżył nową czynność zamawiającego jaką jest ponowny wybór najkorzystniejszej oferty przystępującego po stronie zamawiającego.

Nie spełniły się przesłanki z art.189 ust.2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń na posiedzeniu i rozprawie, na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego w sprawie, co do wniesionych zarzutów odwołania

Zamawiający na posiedzeniu odnosząc się do decyzji o ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego wyjaśnił, że Wydział Kosztorysów (jego jednostka wewnętrzna), która wycenia roboty planowane co do zasady na podstawie KNR, badała ceny za. Nr 2 do umowy to jest dostosowanie do potrzeb użytkownika sygnalizacji świetlnej, według postanowień SIWZ, według których obowiązuje zasada indywidualnej wyceny robót przez wykonawcę. Według oświadczenia na posiedzeniu Pana J. D. inspektora nadzoru wydziału sygnalizacji świetlnej u Zamawiającego dokonano sprawdzenia cen jednostkowych ujętych w zał. Nr 2 do umowy. („Wycenę przedmiotowego zamówienia dokonano w moim wydziale, my z materiałów przetargowych na podstawie postępowań ustaliliśmy wartość masztów, latarni przecisków, itd. obejmujących koszty materiałów sprzętu, robocizny, kosztów pośrednich i braliśmy pod uwagę zysk. My w związku z postępowaniem wystąpiliśmy do wydziału kosztorysów by sprawdzili w kontekście wymogów SIWZ, czy ceny jednostkowe podane przez uczestnika są realne do wykonania. Wydział kosztorysów stwierdził, że nie widzi rażąco niskiej ceny ogólnie. Ja wyjaśniam, że we wrześniu wzywaliśmy do wyjaśnień w zakresie formularza ofertowego, tj. konserwacja i utrzymanie sygnalizacji świetlnej. Ja teraz sobie przypominam, że we wrześniu chodziło o wyjaśnienie cen jednostkowych w zakresie konserwacji i utrzymania, a po wyroku Izby podjęliśmy decyzje by jeszcze sprawdzić dostosowanie do potrzeb użytkownika (załącznik nr 2 do umowy).

Powyższe okoliczności potwierdził Przystępujący, składając na posiedzeniu Izby pismo z dnia 25.02.2020r. zawierające stanowisko merytoryczne co do zarzutów rażąco niskiej ceny ze strony Odwołującego w zakresie załącznika nr 2 do umowy.

Pismo, które złożył Przystępujący wraz z dowodami odnosi się do pozycji wskazanych w odwołaniu i udowadnia nimi, że ceny jednostkowe zawierają koszty pośrednie i zysk co powoduje, że nie są poniżej kosztów. Bowiern nawet przy niedoszacowaniu tych pozycji nie ma straty, ponieważ nawet gdyby przyjąć niedoszacowanie w materiale, sprzęcie i robociznie, to te niedoszacowania są na niższym poziomie niż uwzględniony koszt pośredni i zysk do poszczególnych cen jednostkowych z zał. Nr 2 do umowy. Dowody na posiedzeniu złożył w formie Tabeli zawierających koszty pośrednie zawierające koszty ogólne, koszty sprzętu i rezerwę. Tabele te wykazują, że koszty pośrednie obejmują ryzyka, które podniósł Odwołujący pod nazwą „niedoszacowanie materiału, sprzętu i robocizny”. Wyjaśnił, że nie zmieniono kosztów robocizny, ponieważ potencjalne niedoszacowanie na robociznie jest zabezpieczone rezerwą albo z zysku a co powoduje, że są środki na podwyższenie kosztów robocizny.

Przystępujący na posiedzeniu Izby złożył dodatkowo oświadczenie z dnia 24.02.2020r. z którego wynika, że koszty ogólne są kalkulowane na poziomie 15-20% do kosztów do poniesienia. Ponadto zysk naliczany jest od materiałów, robocizny i sprzętu. Również złożył wydruki rozliczenia czasu pracy na potwierdzenie, że według jego doświadczenia nakłady robocizny na poszczególne jednostki cenowe są na poziomie 2 godzin, a nie na poziomie 4 godzin jak twierdzi Odwołujący (wydruk z systemu ewidencjonowania pracy w firmie z podaniem okresu z miesiąca listopada 2019r. dla dwóch pracowników, każdy odrębnie na 4 kartach).

Przystępujący zaprzeczając twierdzeniom Odwołującego co do braku doświadczenia Przystępującego złożył ofertę na bieżące i kompleksowe utrzymanie sygnalizacji świetlnej na drogach krajowych zarządzanych przez GDDKiA Warszawa. Oświadczył do protokołu, że prace w zakresie sygnalizacji świetlnej prowadzi na terenie województwa mazowieckiego na drogach nr 92 Ożarów Mazowiecki - Mińsk Mazowiecki, Dębie Wielkie, droga krajowa nr 7 – Łomianki, nr 8 – Marki, nr 9,10 - Sierpc, 12 - Zwoleń, 17 - Wiązowna, nr 48 – Kozienice.

Złożył dowód do protokołu w związku z zarzutem, że latarnie firmy Swarco są droższe niż Przystępujący podał na okoliczność, że firma tego typu latarni nie produkuje, a on posiada zapewnienie od producenta innego niż Swarco (Korespondencja wraz z tłumaczeniem).

Wniósł również o przyjęcie dowodów odtajnionych wyjaśnień z dnia 27.01.2020r., ponieważ Odwołujący w związku z odtajnieniem pismem z 21.02.2020r. mógł zapoznać się z wyjaśnieniami z 27.01.2020 a dotyczyły one tylko jednej pozycji objętej zarzutem odwołania.

Odwołujący na poparcie zarzutów odwołania złożył na posiedzeniu Izby dowody, na które składają się oferty rynkowe w przedmiocie sprzętu, materiału i robocizny, odnoszące się do poszczególnych zarzutów o zaniżonej wycenie w ofercie Przystępującego cen jednostkowych ujętych w Zał. Nr 2 do umowy. Także dowód nr S-C 1-9 – kalkulacje sporządzone na podstawie Sekocenbud wykonania przedmiotowych instalacji objętych zakresem odwołania.

Izba postanowiła włączyć w materiał dowodowy wnioski złożone przez strony i uczestnika oraz włącza do materiału dowodowego akta sprawy o Sygn. akt KIO 2189/19 na okoliczność wykazania, że cena jest rażąco niska.

Izba na podstawie dołączonych do akt sprawy, akt KIO 2189/19 ustaliła, że zarzut rażąco niskiej ceny został oddalony z powodu braku podniesionych zarzutów odwołania co do cen jednostkowych ujętych w zał. Nr 2 do umowy (dostosowanie sygnalizacji świetlnej do potrzeb użytkownika). Izba w sprawie KIO 2189/19 zarzut utajnienia wyjaśnień co do cen jednostkowych ujętych w zał. do formularza ofertowego (konserwacja i utrzymanie sygnalizacji świetlnej) nakazała odtajnić, co zresztą zamawiający uczynił, też unieważniając pierwszy wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o odroczenie rozstrzygnięcia, ponieważ z uwagi na obszerny materiał dowodowy złożony na posiedzeniu i zawarty w nim szereg danych liczbowych, do których się nie może odnieść w bieżącej chwili, wniósł o udzielenie czasu na odniesienie się do przedłożonych materiałów, zwłaszcza co do wydziału kosztorysu oraz przedłożonych kalkulacji przez Przystępującego. Na tę chwilę potencjalnie składa wniosek o powołanie biegłego w branży elektronicznej celem oceny w kontekście wymogów SIWZ poziomu cen załącznika nr 2 do umowy.

Zamawiający wniósł o nieuwzględnienie wniosków, tj. o odroczenie rozprawy i powołanie biegłego. Materiały przedłożone zarówno przez Przystępującego jak i przez dział Zamawiającego nie wymagają odroczenia rozprawy. Może się do tego Odwołujący odnieść na rozprawie. Zamawiający przeprowadził szczegółowe postępowania wyjaśniające, co do cen jednostkowych z załącznika nr 2, sprawdził je dział kosztorysu i nie ma do tego żadnych wątpliwości. Co do okoliczności, w których po wyroku KIO 2189/19 wezwano do wyjaśnień Przystępującego w zakresie cen do załącznika nr 2. Zamawiający wobec złożenia 4 ofert na część 1 i 3 podjął decyzję o wezwaniu do wyjaśnień. Na 3 część były 4 oferty a na część 1 – 2 oferty. Zamawiający dla przejrzystości i równego traktowania wykonawców oraz prawidłowego traktowania, podjął decyzję, że wobec wszystkich wykonawców zastosuje wezwanie do złożenia wyjaśnień jeśli ich ceny jednostkowe będą niższe. W sytuacji

wykonawców, którzy dla poszczególnych cen jednostkowych mieli najniższą cenę. Wezwano do wyjaśnień cen jednostkowych z załącznika nr 2 też Odwołującego. Nie ma podstaw do odroczenia terminu rozprawy jak również od powołania biegłego - dowody, które złożył Odwołujący nie odnoszą się do wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego co do cen kwestionowanych, natomiast stanowią zbiór ofert od innych dostawców. W jego ocenie zawyżających cenę. W taki sposób Zamawiający odniósł się do wniosków dowodowych Odwołującego.

Przystępujący oświadczył, że wyjaśnienia, które złożył w postaci tabel, są odpowiednie do wyjaśnień, które złożyliśmy w postępowaniu przed Zamawiającym, a jedynie koszty pośrednie są rozłożone na elementy składowe, koszty ogólne, koszty sprzętu i rezerwa. Popiera wniosek, uważa, że ocena tego materiału nie wymaga wiadomości specjalnych oraz materiały się na tyle czytelne, że nie widzi podstaw do odroczenia rozprawy.

Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku o odroczenie terminu rozprawy jak również o powołanie biegłego z uwagi na to, że co do zasady Izba ocenia wyjaśnienia złożone na wezwanie zamawiającego oraz uwzględnia ewentualną kontynuację wyjaśnień lub kolejne dowody na potwierdzenie złożonych wyjaśnień. Złożone dowody w tym postępowaniu mają charakter danych liczbowych ofert, zestawień, które w ocenie Izby nie wymagają szczegółowego omawiania, tylko oceny ich przez Izbę. Również Izba nie widzi tutaj konieczności powoływania biegłego z powodu, że dane zawarte w złożonych czy to pismach, czy ofertach, czy fakturach, czy zestawieniach tabelarycznych nie wymagają oceny tych danych przez biegłego z uwagi na to, iż wycena miała być wykonana indywidualnie i dowody złożone przez Odwołującego nie podważają dowodów złożonych przez Przystępującego tylko stanowią przykłady innych możliwości wycen przez inne firmy.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba pozostawiła poza rozpoznaniem zarzut utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ponieważ przystępujący je udostępnił a zamawiający odtajnił wyjaśnienia, z którymi zapoznał się Odwołujący, który na posiedzeniu uznał je za bezprzedmiotowe

Izba przyjmuje argumentację zamawiającego za własną przy rozpoznaniu podniesionych zarzutów co do rażąco niskiej ceny, przedstawionych w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 18 lutego 2020 roku.

I tak

(b) treść oferty Sprint S.A. odpowiada treści SIWZ w zakresie kalkulacji własnej „Wyceny cen jednostkowych” określonych w pozycjach nr 6-12, 13, 18, 26, 28-1, 29-1, 37, 38, 39, 50 i 51 załącznika nr 2 do wzoru umowy.

Zdaniem Zamawiającego, za całkowicie bezzasadny należy uznać zarzut Odwołującego, w zakresie zarzutu z lit (b) Odwołania.

Zamawiający wymagał w SIWZ, aby „cena jednostkowa netto”, podana przez wykonawców zawierała: „koszty materiału, koszty robocizny, koszty sprzętu, koszty pośrednie, zysk, wzrost cen, inflację itp.”, z zastrzeżeniem, że cena ta nie ulegnie zmianie w trakcie kontraktu.

Powyższa okoliczność została sprawdzona przez Zamawiającego na podstawie wyjaśnień złożonych przez Sprint S.A. w pismach:

- (1) z dniach 20 grudnia 2019 r. (Numer dokumentu: PXs-WA-08565/PXs/2019/536) oraz
- (2) z dnia 27 stycznia 2020 r. (Numer dokumentu: PXs-WA-08565/PXs/2019/536).

W tabelach przedłożonych przy obydwu ww. pismach, Sprint S.A. konsekwentnie ceny jednostkowe podane w Załączniku nr 2 rozpiął na wszystkie wymagane pozycje cenowe, tj:

- (1) jednostka miary, (2) cena jednostkowa, (3) planowana roczna ilość, (4) oferowana roczna kwota, (5) koszt jednostkowy materiałów, (6) koszt całkowity materiałów, (7) stawka roboczogodziny, (8) koszt robocizny jednostkowy (RBH) jednostkowy, (9) całkowity koszt robocizny, (10) koszt sprzętu jednostkowy, (11) koszt sprzętu całkowity, (12) koszty pośrednie i (13) założony zysk.

Z powyższego wynika zatem niezbicie, iż Sprint S.A. uwzględnił w cenach jednostkowych wszystkie koszty, których uwzględnianie Zamawiający wymagał w SIWZ.

Powyższy zarzut z Odwołania jest również błędny z tego powodu, że Odwołujący próbuje swoje wyobrażenia (nie mające podstaw w dokumentacji przedmiotowego Postępowania) na temat wysokości cen jednostkowych i ich elementów składowych narzucić wybranemu Wykonawcy i Zamawiającemu, w sytuacji, gdy Zamawiający w SIWZ nie zawarł szczegółowych wytycznych, co do wyliczeń jednostkowych, za wyjątkiem powyższego wymogu uwzględnienia w nich określonych elementów, co zostało sprawdzone i dowiedzione w przypadku oferty Sprint S.A.

(c) i (d) Zamawiający przeprowadził pogłębioną i merytoryczną analizę wyjaśnień złożonych przez Sprint oraz prawidłowo ustalił, że oferta Sprint S.A. nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności za całkowicie chybiony należy uznać zarzut Odwołującego, że Zamawiający nie przeprowadził pogłębionej i merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Sprint S.A.

Przeczą temu obiektywne fakty, mające miejsce w przedmiotowym Postępowaniu, iż:

(1) w toku przedmiotowego postępowania Zamawiający 4- krotnie (!) zwracał się do Sprint S.A. o wyjaśnienia ceny oferty, w zakresie najpierw cen podanych w „Załączniku do formularza oferty (wezwanie do wyjaśnień oraz wezwanie do uzupełnienia wyjaśnień), a następnie po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2019 r. analogicznie w zakresie Załącznika nr 2;

(2) szczegółowość dokonanej przez Zamawiającego analizy wyjaśnień Sprint S.A. z dnia 20 grudnia 2019 r. (wraz z licznymi dowodami) potwierdza pismo Zamawiającego z dnia 21 stycznia 2020 r. (znak: ZDM/DZP/131/19/ZZ, ZDM-DZP.3411.54.2019. MSU), w którym Zamawiający zwrócił się do Sprint S.A. o „uszczegółowienie wyjaśnień w zakresie pozycji 1, 2, 5, 6, 26, 35, 41, 42, 43, 44 z załącznika nr 2 do SIWZ”, gdyż w wyjaśnieniach z dnia 20 grudnia 2019 r. „ujęto jedynie koszty paliwa, nie uwzględniono innych kosztów, które pociąga za sobą użytkowanie sprzętu mechanicznego, tj. amortyzacja, naprawy, koszty obsługi itp.”, ponadto, Zamawiający poprosił o szczegółowe wyjaśnienia pozycji 35 i 41-44 z pisma 20 grudnia 2019 r.

(3) jednocześnie, z uwagi na badanie wszystkich ofert pod kątem ich zgodności z SIWZ i prawidłowości podanych w nich cen ofert (w tym również cen jednostkowych), jak również zasadą równego traktowania uczciwej i uczciwej konkurencji, Zamawiający zwracał się o wyjaśnienia również do Odwołującego — Podkowa Sp. z o.o., np. pismo z dnia 16 grudnia 2020 r. (znak: ZDM/DZP/2524/19/ZZ, ZDM-DZP.3411.827.2019. MSU) dotyczącym: „Wezwania do wyjaśnienia cen istotnych części składowych oferty”.

Ponadto, do analizy oferty i wyjaśnień Sprint S.A. zostali zaangażowani członkowie komisji przetargowej oraz przedstawiciele Wydziału Zamówień Publicznych, Wydziału Sygnalizacji i Wydziału Kosztorysów Zarządu Dróg Miejskich.

Za chybiony należy również argument z Odwołania, podniesiony w zakresie pkt 6-12, 13, 28-1, 29-1, 38, 39, że Sprint S.A. dla pozycji „koszt sprzętu” przyjął wartość o, „co zdaniem Odwołującego jest wyraźnym zaburzeniem kalkulacji i niewykazywaniem istotnych kosztów, co ma wpływ na końcowe wyliczenie”.

Należy podkreślić, iż powyższą okoliczność dostrzegł w toku postępowania Zamawiający i w tej sprawie zwrócił się do Sprint S.A. z prośbą o doprecyzowanie wyjaśnień w przywołany powyżej piśmie z dnia 21 stycznia 2020 r.

Powyższa kwestia została wyjaśniona — zdaniem Zamawiającego — w sposób niebudzący wątpliwości w piśmie Sprint S.A. z dnia 27 stycznia 2020 r. w którym potwierdzono, że

„inne koszty użytkowania sprzętu mechanicznego (poza paliwem), O. amortyzacja, naprawy i koszty obsługi dla wszystkich wymienionych pozycji tj. 1, 2, 5, 6, 26, 35, 41-44) zostały ujęte w kosztach pośrednich”, ponadto Sprint S.A. na powyższą okoliczność przedstawił szczegółowe wyjaśnienia, zaprezentował „Zestawienie cenowe: Tabela 1 i Tabela 2” oraz załączył dowody w postaci raportu z Księgi Środków Trwałych w zakresie amortyzacji oraz wykazu kosztów całkowitych za rok 2019 w odniesieniu do: (1) podnośnika koszowego, (2) samochodu serwisowego, (3) samochodu dostawczego oraz (4) samochodu ciężarowego z HDS, wydruku ze strony internetowej w zakresie kosztów nabycia urządzenia do przecisków szwajcarskiej firmy TERRA AG — „TERRA HAMMER T 135 F2” oraz oferty Trafic Polska Sp. z o.o. dla Sprint S.A. w przedmiocie: „dostawy i montażu sterowników oraz ich programowania według przesłanego zapytania ofertowego”

Zdaniem Zamawiającego, na uwzględnienie nie zasługuje również pogląd Odwołującego, iż „wszystkie oferty od kontrahentów SPRINT datowane są pomiędzy 16 a 20 grudnia 2019 r. zatem w okresie pomiędzy wezwaniem tego podmiotu a dniem złożenia wyjaśnień” oraz „tymczasem dowiedzenie zastosowanych stawek winny dokumentować faktury i oferty, które rzeczywiście mogły posłużyć jako podstawa do dokonania kalkulacji ceny wskazanej w złożonej w Postępowaniu ofercie; przedłożone dokumenty co najwyżej dokumentują zaś, jak kształtowały się te ceny w grudniu 2019 r.”, jak również: „niemniej jednak już faktura VAT z 2075/2019 z dnia 12 czerwca 2018 roku jest dokumentem „starym”, więc dowodzić może jedynie jak kształtowały się ceny w okresie roku przed terminem składania ofert w sprawie”.

Powyższe stanowisko Odwołującego nie jest zasadne z następujących powodów:

(1) faktem notoryjnym jest, że wykonawcy ubiegający się o zamówienia publiczne (nie mając pewności, że ich oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza) nie zapewniają sobie faktur, ofert i nie zawierają umów z podwykonawcami lub dostawcami, związanych z realizacją danego zamówienia, a dowody na okoliczność prawidłowości kalkulowanej ceny gromadzą dopiero w przypadku konieczności udzielenia odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia ceny złożonej oferty w trybie przepisu art. 90 ustawy Pzp, przy czym dot. one zarówno dokumentów obrazujących ceny aktualne, jak i koszty wcześniej poniesione;

(2) przedkładanie dokumentów z dat nie pokrywających się z terminem składania ofert nie jest wcale obce samemu Odwołującemu, który przy wyjaśnieniach z dnia 20 grudnia 2019 r. (Nr. Dz. 1217/12/2019) przedłożył Zamawiającemu:

- jako załącznik nr 2 fakturę z dnia 12 października 2017 r. oraz dowód przyjęcia do magazynu z dnia 20 listopada 2017 r.
- a jako załącznik nr 3 informacje o zapisach na koncie dot. „usługi transportowej Warszawa — Neutał — Warszawa” za okres od 2018-01-01 — 2018-12-31 (!)

Należy również podkreślić, że Zamawiający nie miał żadnych podstaw do zarzucanych przez Odwołującego wątpliwości co do „rzetelności” przedłożonych przez Sprint S.A. dowodów co do zasadności zaproponowanych cen, w szczególności w zakresie sformułowanego w Odwołaniu zarzutu, iż: „Odwołujący posiada wiedzę „z pierwszej ręki”, że koszt zakupu przedmiotowej latarni sygnalizatory Futura i Mondial Firmy Swarco Futuritljest niemalże 1.5 razy wyższy niż przyjęty przez (Sprint S.A.), mimo przedstawionych dowodów, które Podkova uznaje za niewiarygodne.”.

Powyższe ceny sygnalizatorów zostały potwierdzone w oficjalnej ofercie Zakładu Inżynierii Ruchu W. S. i s-ka SJ z dnia 12 grudnia 2019 r. kierowanej do Sprint S.A., jak również w dowodzie 1.4 z 18 grudnia 2019r. tj. ofercie firmy Trafic Polska.

W zakresie zarzutu dot. pkt 26 — wymiana, dostosowanie kamer obrotowych monitoringu wizyjnego, Odwołujący przyjął, iż zgodnie z przedstawioną przez Sprint S.A. ofertą „koszt zakupu kamery wynosi 806, 84 euro (dowód 1.5 dołączony do wyjaśnień z dnia 20 grudnia 2019 roku)”.

Należy jednak zauważyć, że w dedykowanej dla Sprint S.A. ofercie Anixter Poland zakup kamery spełniającej wymagania Zamawiającego został wyceniony na kwotę: 517,13 euro, która to wartość została całkowicie pominięta w zarzucie Odwołującego, a była brana przez Zamawiającego przy ocenie wyjaśnień i dowodów złożonych przez Sprint S.A. Jednocześnie należy zauważyć, że Wykonawca Sprint S.A. posiada również wycenę przedmiotowej kamery w oparciu o ofertę firmy Trafic Polska stanowiącej dowód 1.4 z 18 grudnia 20191'.

Jednocześnie załączam i wnoszą o przeprowadzenie dowodu z pisma Wydziału Kosztorysów Zarządu Dróg Miejskich z dnia 20 lutego 2020 r. (znak: ZDM/UKO/2/2020/4), stosownie do którego Wydział Kosztorysów Zamawiającego, po szczegółowej analizie wyjaśnień wraz z dowodami złożonych przez Sprint S.A. (na prośbę Wydziału Sygnalizacji Zarządu Dróg Miejskich), w odniesieniu do wszystkich pozycji z Załącznika nr 2 zakwestionowanych w odwołaniu Podkova Sp. z o.o. z dnia 10 lutego 2020 r. nie stwierdził, że oferowane ceny jednostkowe są rażąco niskie albo niewystarczające do wykonania zlecanego zadania.

(e) Zamawiający dokonał wyboru oferty Sprint S.A. jako oferty najkorzystniejszej, zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania.

W świetle powyższych wyjaśnień Zamawiającego, jak również w świetle dokumentów zgromadzonych w przedmiotowym postępowaniu, oferta Sprint S.A. była zgodna z SIWZ i nie zawierała rażąco niskiej ceny, a więc jej wybór jako najkorzystniejszej był w pełni zgodny z zasadami równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o przedmiotowe zamówienia w zakresie części 1 i 3.

Reasumując Izba w niniejszej sprawie stwierdza.

Odwołujący w toczącym się postępowaniu odwoławczym nie udowodnił, że ceny jednostkowe zawarte w Zał. nr 2 do umowy noszą charakter rażąco niskiej ceny. Okoliczność przedstawionych w poczet dowodów ofert innych podwykonawców świadczą jedynie o możliwościach kalkulacyjnych ceny przez Odwołującego, a nie przez Przystępującego.

W postępowaniu obowiązywała zasada wyceny indywidualnej poszczególnego wykonawcy, a nie jak podnosił, również dowodowo Odwołujący, według wycen Secocenbudu.

Przystępujący w postępowaniu przed Zamawiającym przedstawił kalkulacje oparte na jego wewnętrznych kosztach. Przyznał, że określone pozycje jednostkowe mogą budzić wątpliwości ale wyjaśnił na wezwanie Zamawiającego, że budzące wątpliwość ceny jednostkowe były uwzględnione kosztowo w kosztach pośrednich, które zawarte są w kosztach ogólnych, a ewentualne niedoszacowanie ma rezerwę w zysku przedsiębiorstwa.

Istotną okolicznością jest również fakt czterokrotnego wzywania do wyjaśnień przez Zamawiającego najpierw dwukrotnie do cen jednostkowych ujętych w zał. do formularza ofertowego (usługa konserwacji i utrzymania sygnalizacji świetlnej) i dwukrotnie do cen jednostkowych zawartych w zał. nr 2 do umowy (usługa dostosowania sygnalizacji świetlnej do potrzeb użytkownika).

Z niezrozumiałych dla Izby względów Odwołujący po odtajnieniu wyjaśnień wyrokiem KIO 2189/19 do cen jednostkowych z zał. do formularza ofertowego nie zaskarżył ceny Przystępującego jako rażąco niskiej a w tym przypadku wezwanie Zamawiającego oparte było na art.90 ust.1a ustawy Pzp.

Z kolei w przedmiotowym odwołaniu zaskarżył ceny jednostkowe z zał. nr 2 do umowy, do wyjaśnień których Zamawiający jak oświadczył na rozprawie wezwał niejako z ostrożności

proceduralnej w oparciu o art.90 ust.1 ustawy Pzp, a czemu nie zaprzeczył Odwołujący, co Izba uznała za przyznane.

Tak jak wielokrotnie podnosił Przystępujący i Zamawiający jako dowód w sprawie Odwołujący przedstawiał inne oferty z rynku a nie uzasadnił zaniżenia cen po stronie Przystępującego, który wycenił prace według jego wewnętrznych kosztów przy uwzględnieniu zysku.

Oceniając całość sprawy, w świetle przedstawionych dowodów Przystępujący wykazał brak zaniżenia ceny a Zamawiający udowodnił staranność w badaniu ceny, a powyższego nie udowodnił Odwołujący.

W tym stanie rzeczy na mocy art.192 ust.2 ustawy Pzp Izba nie stwierdza naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów zarówno art.89 ust.1 pkt 2 jak i pkt 4 oraz art.90 ust.2 i 3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 złotych i zasądzając kwotę 3600,00zł. na rzecz Zamawiającego z tytułu poniesionego wynagrodzenia na pełnomocnika na podstawie przedłożonej faktury vat.

Przewodniczący: