

**WYROK**

**z dnia 7 kwietnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący – Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Krzysztof Wasilewski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 kwietnia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **25 marca 2016 r.** przez wykonawcę **DUORS Sp. z o.o., Gdańsk** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie Izbę Celną w Przemysłu,** przy udziale wykonawcy

**Sprint S.A., Olsztyn** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **DUORS Sp. z o.o z siedzibą w Gdańsku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **DUORS Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Olsztynie.**

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie przez Oddział w Olsztynie, Wydział Zamówień Publicznych „Bieżące utrzymanie i dostosowanie systemów preselekcji wagowej pojazdów w ruchu, wraz z ich kalibracją i testem sprawdzającym w ciągu drogi krajowej Nr 57 w km 39+000 po stronie lewej oraz w km 45+000 po stronie prawej”. Ogłoszenie opublikowano w DUUE 2015/S 240-435712

Odwołujący: DUORS Sp. z o.o. Gdańsk reprezentowany przez mec. Tomasza Siedleckiego wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie (dalej jako: „Sprint”) oraz oferty P.H.U. Telsat G.K. z siedzibą w Gryficach (dalej jako: „Telsat”), a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, podjętych w toku ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Sprint oraz Telsat pomimo tego, iż oferty te zawierały rażąco niską cenę;
- b) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Sprint oraz Telsat pomimo tego, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- c) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak też innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu Odwołania, w tym m.in. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego ujawnionymi w OPZ.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- b) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- c) przeprowadzenia ponownego badania oraz oceny ofert,
- d) odrzucenia oferty Sprint oraz Telsat jako ofert zawierających ceny rażąco niskie oraz stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji,
- e) dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W dniu 15 marca 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego doznał uszczerbku, bowiem w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferty Sprint i Telsat zostałyby odrzucone. W takiej sytuacji za ofertę najkorzystniejszą zostałyby uznana oferta złożona przez Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie na „bieżące utrzymanie i dostosowanie systemów preselekcji wagowej pojazdów w ruchu, wraz z ich kalibracją i testem sprawdzającym w ciągu drogi krajowej NrS7 w km 39+000 po stronie lewej oraz w km 45+000 po stronie prawej”.

Zgodnie z rozdziałem X SIWZ (vide: strona 11):

„10.1. Cena Oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Kosztorys ofertowy. Zamawiający zamieszcza w Tomie IV gotowy Kosztorys ofertowy i zaleca jego wykorzystanie. (...)

10.7. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II - IV SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Kosztorysie ofertowym nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Kosztorysie ofertowym. Wszelkie ewentualne rabaty (upusty) należy ująć w poszczególnych cenach jednostkowych.”

Wykonawcy byli zobowiązani wraz z ofertą przedłożyć uzupełniony Kosztorys ofertowy, zawierający następujące elementy:

Część I – Konserwacja.

1 Konserwacja i przeglądy (w zakresie nawierzchni, kompletności danych na serwerze w CZR Stryków oraz transmisja danych, przeglądów wszystkich elementów wyposażenia preselekcji, monitorowanie pracy wszystkich urządzeń wchodzących w skład systemu, usuwania rdzy, itp.) oraz wszelkie koszty, nie ujęte w kosztorysie, a wynikające z Opisu Przedmiotu Zamówienia – j.m. ryczał za kwartał – ilość 12 – cena jednostkowa i wartość netto z wartością razem netto, podatek 23% i wartość brutto.

Część II – Dostosowanie

2 Wyposażenie statycznych punktów kontroli pojazdów na parkingach MOP w m. SOPLE km 36+900 i Majdany Wielkie km 47+740: dostęp do bezprzewodowego Internetu

poprzez WiFi, szafy teletechnicznej z wyposażeniem, zasilanie, gniazda RJ 45, światłowód łączący punkt kontroli z dynamicznym punktem pomiarowym o długości około 5 km, prace nad zmianą oprogramowania, montaż zasilania awaryjnego podtrzymującego działanie systemów preselekcji na okres co najmniej 48 h, j.m. ryczałt, ilość jeden 1 Razem wartość netto, Podatek VAT 23%, wartość brutto

Część III - Naprawa z wymianą części zakupionych przez Wykonawcę i Inne roboty

- 1 Wymiana komputera wagowego szt. 2
- 2 Wymiana lub uzupełnienie kamery do wykonywania zdjęć całej sylwetki pojazdów szt. 4
- 3 Wymiana lub uzupełnienie kamery do rozpoznawania numerów rejestracyjnych z promiennikiem podczerwieni szt. 4
- 4 Wymiana lub uzupełnienie czujnika wysokości szt. 4
- 5 Wymiana skrzyni instalacyjnej szt. 2
- 6 Wymiana lub uzupełnienie obudowy z uchwytem montażowym kamer szt. 8
- 7 Wymiana czujników drogowych Kistler wraz z zalewą szt. 16
- 8 Wymiana pętli indukcyjnych wraz z badaniem indukcyjności i dostrojeniem pętli mb 130
- 9 Wykonanie pomiarów uziemienia ochronnego i pomiarów skuteczności ochrony przeciwporażeniowej częstotliwość 4
- 10 Wykonanie kalibracji wraz z testem stanowiska ważenia pojazdów w ruchu sprawdzający poziom detekcji, identyfikacji i klasyfikacji pojazdów ryczałt 6
- 11 Stworzenie bazy danych wraz z archiwizacją danych szt. 1
- 12 Wykonanie drobnych remontów w przypadku ubytków kruszywa i lepiszcza lub spękań na styku nawierzchni z czujnikami nacisku m2 50
- 13 Wykonanie drobnych remontów w przypadku ubytków kruszywa i lepiszcza lub spękań na styku nawierzchni z pętlami indukcyjnymi mb 200

Razem wartość netto, Podatek VAT 23%, Razem wartość brutto

Zgodnie z treścią specyfikacji kryterium cenowe zostało określone na poziomie 85 pkt. Najwyższa liczba punktów w ramach ww. kryterium miała zostać przyznana ofercie z najniższą ceną.

W postępowaniu oferty złożyło pięciu wykonawców (ceny brutto):

1. Sprint - z ceną 1 543 075,84 zł
2. Telsat - z ceną 1 954 859,42 zł
3. Odwołujący - z ceną 2 069 014,98 zł
4. APM PRO Sp. z o.o. - z ceną 2 094 259,50 zł
5. Konsorcjum firm ZABERD S.A. oraz Neurosoft Sp. z o.o. - z ceną 2 149 368,67 zł.

Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 2 694 559,25 zł brutto.

W ocenie Odwołującego oferty Sprint oraz Telsat zawierają ceny rażąco niskie. Odwołujący wskazuje, iż nie jest możliwym należyte wykonanie zamówienia za zaoferowane przez tych wykonawców ceny, co zostanie szczegółowo wykazane poniżej. W związku z tym Odwołujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający był zobowiązany odrzucić oferty tych wykonawców.

Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Sprint oraz Telsat pomimo tego, iż oferty te zawierały rażąco niską cenę

a) oferta Sprint:

Zaoferowana przez Sprint cena jest niższa o 42,73 % kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Zamawiający w dniu 25.02.2016 r. wezwał Sprint do wyjaśnień dotyczących elementów jego oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty. Wyjaśnienia miały na celu ustalenie czy złożona przez Sprint oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie powodów obniżenia swojej ceny oraz wskazanie stanu faktycznego powodującego obniżenie ceny, np. oszczędne metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, koszty pracy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, a także zakładany poziom zysku.

Zamawiający wskazał, że „wyjaśnienia i przyjęte do wyceny założenia powinny w szczególności dotyczyć następujących elementów oferty:

1. czy w dostosowaniu systemu poprzez wyposażenie statycznych punktów kontroli pojazdów na parkingu MOP w m. SOPLE km 36+900 i Majdany Wielkie km 47+740 uwzględnili Państwo wszystkie elementy wskazane w Opisie Przedmiotu Zamówienia (...)

2. czy w ramach wskazanej w kosztorysie „Część III - Naprawa z wymianą części zakupionych przez Wykonawcę i inne roboty" właściwie oszacowaliście Państwo koszty dla poniższych elementów:

- poz. 1: Wymiana komputera wagowego - 2 szt.;
- poz. 3: Wymiana lub uzupełnienie kamery do rozpoznawania numerów rejestracyjnych z promiennikiem podczerwieni - 4 szt.;
- poz. 6: Wymiana lub uzupełnienie obudowy z uchwytem montażowym kamer - 8 szt.;
- poz. 7: Wymiana czujników drogowych Kistler wraz z zalewą -16 szt.

- poz. 9: Wykonanie pomiarów uziemienia ochronnego i pomiarów skuteczności ochrony przeciwpożarowej - 4 razy;
- poz. 12: Wykonanie drobnych remontów w przypadku ubytków kruszywa i lepiszcza lub spękań na styku nawierzchni z czujnikiem nacisku - 50 m<sup>2</sup>;
- poz. 13: Wykonanie drobnych remontów w przypadku ubytków kruszywa i lepiszcza lub spękań na styku nawierzchni z pętlami indukcyjnymi - 200 mb."

Zgodnie z treścią wezwania Wykonawca był zobowiązany „dostarczyć wystarczający materiał do oceny przez Zamawiającego zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia". Zamawiający zwrócił się z prośbą o „przesłanie wszelkich informacji oraz dowodów dotyczących sposobu obliczenia przez Sprint ceny zamówienia, które uznają za istotne".

W dniu 3.03.2016 r. Sprint złożył wyjaśnienia, charakteryzujące się znaczną dozą ogólności oraz lakoniczności. Sprint w wyjaśnieniach wskazał, że:

jest firmą z wieloletnim doświadczeniem w realizacji zadań o zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia;

dysponuje doświadczoną i wykwalifikowaną kadrą o różnorodnych umiejętnościach, która gwarantuje rzetelne i terminowe wykonanie zadania;

jego siedziba firmy mieści się w Olsztynie - dzięki temu kalkulacja nie musiała uwzględniać kosztów transportu, diet, dojazdów, organizacji zakładu na miejscu wykonania zlecenia itp.

posiadana znajomość posiadanego przez Zamawiającego systemu preselekcji - co umożliwiło w ocenie Sprint rzetelne oszacowanie zarówno kosztów dostosowania, jak i utrzymania systemu;

korzysta z usług kontrahentów, z którymi wiązą go długoletnie relacje handlowe;

posiada możliwość wynegocjowania korzystnych warunków z dostawcami i współpracownikami, w tym rabatów za świadczone na jego rzecz usługi i dostarczone towary;

nie ma potrzeby posiłkowania się kredytem bankowym w celu realizacji zamówienia.

Szczególnego podkreślenia wymaga, iż Sprint nie przedłożył żadnych kalkulacji, chociażby prostych wyliczeń matematycznych uprawdopodobniających, że zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion rażąco niskiej ceny.

Podkreślenia wymaga, iż wskazane przez Sprint okoliczności były brane pod uwagę przy kalkulacji przez wszystkie firmy, które zdecydowały się na udział w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu były wyselekcjonowane i pozwalały na wzięcie udziału w postępowaniu jedynie wykonawcom, którzy posiadają bogate doświadczenie oraz zaplecze kadrowe. Pomimo tego, żaden z wykonawców nie zaoferował ceny tak niskiej jak Sprint.

Powyższe stawia pod wątpliwość rzetelność oraz skrupulatność kalkulacji oferty tego wykonawcy.

W niniejszym stanie nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż Sprint nie przedłożył wraz z wyjaśnieniami żadnych dowodów, które potwierdzałyby prawdziwość jego wyjaśnień takich, jak oferty handlowe z kontrahentami czy potwierdzenie o uzyskanych rabatach. W związku z tym Zamawiający nie miał realnej możliwości zbadania czy Sprint jest w stanie należycie zrealizować zamówienie za kwotę wskazaną w ofercie.

Sprint zawarł w wyjaśnieniach „zestawienie” przygotowane na podstawie postępowań na konserwację systemów WIN przez różne oddziały GDDKiA wskazujące, iż ceny wykonania porównywalnych projektów, realizowanych przez inne firmy, nie odbiegały od ceny oferty Sprint.

W tym miejscu Odwołujący pragnie wskazać, iż wykonane przez Sprint zestawienie nie daje możliwości potwierdzenia wysnuwanych przez niego twierdzeń. Po pierwsze w zestawieniu brak jest nazwy postępowań - w związku z tym nie wiadomo jakie postępowania zostały wykorzystane do zestawienia, jaki był ich zakres (czy faktycznie analogiczny jak w przedmiotowym postępowaniu), jak również nie jest możliwym jednoznaczne stwierdzenie czy wskazane wartości umów oraz ceny przeliczone na jedną stację WIM są prawdziwe (brak jest bowiem odnośników do postępowań).

W ocenie Odwołującego powyższe jednoznacznie dowodzi, iż Sprint nie dochował ciężącego na nim obowiązku wykazania, iż zaoferowana przez niego cena nie zawiera znamion rażąco niskiej ceny.

Wskazać należy, iż zgodnie z utrwalonym poglądem orzecznictwa i piśmiennictwa już samo wezwanie do złożenia wyjaśnień co do zaproponowanej ceny oferty buduje domniemanie ceny rażąco niskiej, zaś zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 Pzp: „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.”

Odwołujący przytacza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, odniesione do zaistniałego stanu faktycznego: • „Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.” (KIO 1492/15)

• Wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.” (KIO 1375/15; KIO 1391/15)

• „Nie liczy się wielość stron zapisanych, czy też wielość argumentacji przytoczonej w piśmie wykonawcy, a merytoryczna wartość przedstawionych wyjaśnień, które zgodnie z przepisem

art. 90 ust. 1 pzp., muszą być poparte dowodami. Czymże bowiem byłyby dowolne wyjaśnienia wykonawcy, jeżeli nie można by było ich zweryfikować. Jedynie stanowiskiem strony, ukształtowanym w postępowaniu na przekonanie drugiej strony, co do swojego spojrzenia na sprawę. Weryfikację natomiast można przeprowadzić wyłącznie o przedstawione dowody. Czynność zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz czynność złożenia wyjaśnień wraz z dowodami ma charakter czynności jednokrotnej, analogicznie jak możliwość zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 p.z.p. Zamawiający nie może bowiem w sposób nieskończony prowadzić niejako negocjacji, poprzez wielokrotne wzywanie do wyjaśnień." (KIO 1147/15)

Brak spełnienia przez Sprint wymogom wyjaśnienia i udowodnienia powodów zaproponowania kwestionowanej przez Zamawiającego wezwaniem do wyjaśnień ceny oferty, samo w sobie powoduje konieczność odrzucenia tej oferty, czego Zamawiający zaniechał.

Tym niemniej, niezależnie od powyższego o zaniżeniu ceny oferty świadczy analiza poszczególnych cen. W tym celu przytoczenia wymaga orzeczenie w brzmieniu:

„Istotne znaczenie przy ocenie rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny należy przypisać porównaniu ocenianej wartości z cenami usług i dostaw porównywalnych do przedmiotu zamówienia, występujących na tym samym rynku. Najlepszym odzwierciedleniem cen rynkowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia jest porównanie badanych cen z cenami pozostałych wykonawców biorących udział w tym samym postępowaniu." (KIO 2824/14; KIO 12/15)

Okoliczności świadczące, o tym, że oferta Sprint zawiera rażąco niską cenę - porównanie do ofert innych wykonawców / cen rynkowych:

Zgodnie z Częścią I pkt 1 formularza cenowego Sprint zaoferował za Wykonanie oraz konserwacje i przeglądów za cenę 207.387,00 zł. Zaoferowana cena jest dwukrotnie mniejsza (a w odniesieniu do oferty Odwołującego prawie trzykrotnie mniejsza) od innych ofert złożonych w postępowaniu. Ubiegając argumentację, która zapewne zostanie poczyniona przez Sprint, iż okolicznością umożliwiającą zmniejszenie kosztów jest fakt posiadania siedziby w miejscu realizacji zamówienia oraz zatrudnienia pracowników, którzy „są na miejscu” Odwołujący wskazuje, iż nie neguje, iż powyższe wpływa na wysokość wydatków, ale w jego ocenie nie pozwala na ich obniżenie o ponad połowę.

Warto w tym miejscu przytoczyć stanowisko KIO w brzmieniu: „Wykonawca, który realizuje zamówienie w bliskiej odległości od swojej siedziby, nie pozbywa się dzięki temu wszystkich kosztów związanych z tzw. zapleczem budowy, czyli organizowaniem sprzętu, kosztów przejazdu, kosztów dostawy materiałów budowlanych. To, że odległość siedziby wykonawcy od miejsca realizacji zamówienia jest bliska nie oznacza, że kosztów związanych z dowozem



pracowników, maszyn, materiałów budowlanych, tzw. organizacja zaplecza budowy wykonawca nie będzie ponosić w ogóle." (KIO 1058/15)

Wątpliwości budzi m.in. również Część III np.:

a. poz. 7 - Jak wynika z kosztorysu cenowego załączonego do oferty Sprint, firma ta przyjęła cenę za wymianę jednego sensora dla systemu preselekcji wagowej w kwocie 8.437,50 zł netto. Zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, w cenie tej wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia wszystkich kosztów związanych z wymianą zainstalowanych obecnie na stacjach preselekcji wagi w ruchu, wadliwie działających sensorów produkowanych przez firmę KISTLER lub równoważnych, jeśli wykonawca zamierza zastosować inne. Z tym, że jeśli wykonawca zamierza zainstalować inne, równoważne, zobowiązany jest podać nazwę producenta i parametry sensorów. Uwzględniając wymagane przez Zamawiającego parametry pomiaru, oraz typ zastosowanych w instalacji wzmacniaczy i komputera wagowego, należy zauważyć, że w tym wypadku, w praktyce nie ma sensorów alternatywnych dla tych produkowanych przez firmę KISTLER.

Przy szacunkowej kalkulacji tej czynności należało, zgodnie ze sztuką inżynierską, przyjąć, że konieczne będzie wykonanie czasowej organizacji ruchu na czas wykonania robót drogowych. Konieczne będzie również wyłączenie pasa ruchu na okres nie krótszy niż 24 godziny, wykonanie prac związanych z usunięciem starego sensora oraz prac związanych z montażem nowego, wraz z wykonaniem uszczelnień przy użyciu specjalistycznej masy uszczelniającej, dedykowanej przez producenta sensorów.

Cena ofertowa sensora produkowanego przez szwajcarską firmę KISTLER wynosi ponad 4 700,00 CHF, plus masa zalewowa dla posadowienia jednego sensora oraz roboty budowlano - drogowe niezbędne do wykonania w/w czynności, to koszt ponad 5 000,00 PLN.

Jak z powyższej, szacunkowej kalkulacji wynika, minimalny koszt wymiany jednego sensora nie może być niższy niż około 18 424,47 PLN (4700,00 CHF) + 5 000,00 PLN = 23 000,00 PLN. Należy przy tym zauważyć, że te minimalne, szacunkowe koszty nie zawierają kosztów zakupów, kosztów przejazdów oraz kosztów ogólnych firmy.

Jak zatem wynika z porównania ceny zaproponowanej przez Sprint tj. 8.437,50 zł i minimalnej ceny szacunkowej, która wynosi ponad 23 000,00 zł, cena zaproponowana przez Sprint wyczerpuje definicję ceny rażąco niskiej, a zatem zgodnie z przepisami art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu. Konkurencji oferowali wykonanie zamówienia w granicach nie niższych niż 30 000 zł.

b. poz. 6 - Wymiana lub uzupełnienie obudowy z uchwytem montażowym kamer - Sprint zaofertował wykonanie zamówienia określonego w tej pozycji za 720,00 zł przy czym Telsat

(oferta druga w „rankingu”) zaoferował cenę ponad dwa razy większą, a pozostali wykonawcy nawet kilkakrotnie większą;

c. poz. 12 - Wykonanie drobnych remontów w przypadku ubytków kruszywa i lepiszcza lub spękań na styku nawierzchni z czujnikami nacisku - wykonawcy biorący udział w przetargu zaoferowali wykonanie zamówienia w ww. zakresie w granicach 5 000-6 000 zł. Sprint zaoferował 500 zł;

d. poz. 13 - Wykonanie drobnych remontów w przypadku ubytków kruszywa i lepiszcza lub spękań na styku nawierzchni z pętlami indukcyjnymi - wykonawcy zaoferowali wykonanie ww. czynności od 8 000 zł do 20 000 zł. Sprint zaoferował cenę 2 000 zł.

W związku z powyższym w ocenie Odwołującego oferta Sprint bez wątpienia nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Wykonawca ten nie jest w stanie zrealizować należycie zamówienia za zaoferowaną przez niego cenę. Nie powinno zatem budzić żadnych wątpliwości, iż oferta Sprint winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zgodnie ze stanowiskiem KIO: „Rażąco niską ceną oferty jest cena niewiarygodna, nierealistyczna, odbiegająca wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z należytą starannością oraz cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub cen rynkowych, tj. cena, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Cena rażąco niska jest więc ceną nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.” (KIO 932/15.)

W ocenie Odwołującego zaoferowana przez Sprint cena literalnie wpisuje się w powyższej wskazanej definicję ceny „rażąco niskiej”.

#### b) oferta Telsat

W ocenie Odwołującego znamiona ceny rażąco niskiej nosi również oferta Telsat, która zajęła drugie miejsce w „rankingu ofert.” Telsat zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 1.954.859,42, co stanowi 72% kwoty jaką zamawiający przeznaczyć na realizację zamówienia. Pomimo tego, iż w ww. sytuacji nie została przekroczona ustawowa przesłanka 30%, to Zamawiający po dokonaniu analizy przedłożonego formularza cenowego winien powziąć wątpliwości, co do tego, czy wykonawca ten jest w stanie zrealizować zamówienie

za wskazaną powyżej kwotę i wezwać go do wyjaśnień w zakresie istnienia przesłanek rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego w szczególności o tym, iż cena Telsat nosi takowe znamiona, wskazują ceny zaproponowane w Część III Formularza cenowego. Dla przykładu:

- a. poz. 1 - Wymiana komputera wagowego - wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia oferowali za dwie sztuki za kwotę od 24 000 zł do 120 000 zł zaś Telsat zaoferował realizację zamówienia w ww. zakresie za 1.000 zł (!).
- b. poz. 2 - Wymiana lub uzupełnienie kamery do wykonywania zdjęć całej sylwetki pojazdów - ceny złożonych ofert opiewały na kwoty od 9 200 zł do 20 000 zł. Telsat zaproponował 1200 zł.
- c. poz. 3 - Wymiana lub uzupełnienie kamery do rozpoznawania numerów rejestracyjnych z promiennikiem podczerwieni - w ofertach wykonawców wskazywano kwoty od 14.000 do 20.000 zł. Telsat zaoferował 4.800 zł.
- d. poz. 4 - Wykonawcy oferowali od 4.000 do 36.000 zł, Telsat -1.600 zł.
- e. poz. 7 - Wymiana czujników drogowych Kistler - gdzie Telsat zaoferował 11000 zł za wymianę jednego czujnika wraz z montażem, podczas gdy cena samego czujnika to kwota ponad 18 000 zł, nie licząc kosztów montażu.

Cała zaś realizacja zadania III wyceniona została na kwotę 421 729,12 zł czyli ponad dwukrotnie taniej od oferty każdej innej oferty w tym postępowaniu.

Z posiadanej przez Odwołującego wiedzy wynika, iż nie jest możliwym zrealizowanie ww. czynności za wskazane przez Telsat ceny. W przypadku udzielenia zamówienia temu wykonawcy nie miałyby on możliwości uzyskania zysku w związku z jego wykonaniem. W związku z tym mamy tutaj do czynienia z ceną nierealistyczną, nieadekwatną do przedmiotu oraz zakresu zamówienia.

W ocenie Odwołujące powyższe zdaje się dowodzić, że oferta Telsat jest rażąco niska, a w konsekwencji winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Sprint oraz Telsat pomimo tego, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp:

„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”

W orzecznictwie wskazuje się bowiem, że:

..W formule oceny ofert nawiązującej do ceny jednostkowej jako podstawy oceny ofert (np. opartej na zasadzie wynagrodzenia kosztorysowego, gdy nie znamy rzeczywistej ilości dostaw czy usług, jaka będzie przedmiotem dostawy, zarówno w takiej postaci, jak aktualnie

została wyrażona w SIWZ, jak i przy właściwej formule uwzględnienia ilości planowanych badań), te ceny jednostkowe mogą i powinny podlegać refleksji z perspektywy ich poprawnej kalkulacji, zarówno przez pryzmat ceny rażąco niskiej, jak i w kategorii czynu nieuczciwej konkurencji." (KIO 1205/15)

Jak również:

„Ustalenie cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby uzyskać zamówienie, narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie za czyn nieuczciwej konkurencji uznać należy takie zachowanie wykonawcy, który swoim działaniem (które może w pewnych okolicznościach być uznane za co najmniej niezgodne z zasadami współżycia społecznego lub przepisami prawa) utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku” (KIO 825/15)

Warto wskazać również na orzeczenie Izby zgodnie z którym:

„Z uwagi na to, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna zostać obliczona w sposób realny, rynkowy. Przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego." (KIO 1844/14).

Jak zostało wykazane w ramach niniejszego odwołania zarówno Sprint jak Telsat zaoferowali wykonanie poszczególnych elementów zamówienia za kwoty nieprzystające do realiów rynkowych, które w sposób znaczący - czasami kilkukrotnie - odbiegający od ofert pozostałych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Dokonane przez tych wykonawców kalkulacje uniemożliwiają im osiągnięcie zysku w wyniku realizacji umowy zawartej z Zamawiającym. W związku z tym Odwołujący ma uzasadnione podstawy do tego, aby twierdzić iż zaoferowane przez nich ceny są cenami dumpingowymi. Takie działanie niewątpliwie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i stanowi przesłankę do odrzucenia ofert tych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego ujawnionymi w OPZ.

Zaoferowane w obydwu ofertach ceny, wskazują również na niezgodność treści oferowanego świadczenia z wymaganiami specyfikacji. Skoro bowiem nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia przy tak skalkulowanej ofercie, oznacza to, iż wykonawca przewidział wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od wymaganego w

SIWZ. W szczególności dotyczy to zastosowanych komponentów, urządzeń i usług konserwacji, wskazanych powyżej.

Ad. zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp stanowi konsekwencje naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w niniejszym odwołaniu. Na gruncie zamówień publicznych szczególną rolę odgrywa zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Na gruncie niniejszego stanu faktycznego, w ocenie Odwołującego, zasady te zostały naruszone. Zamawiający w sposób preferencyjny potraktował wykonawców, który w sposób nieprawidłowy dokonali kalkulacji cen. Ceny te nie są cenami rynkowymi i nie pozwalają na należyte wykonanie zamówienia, stawiając w gorszej sytuacji wykonawców, którzy rzetelnie oraz skrupulatnie wyliczyli poszczególne elementy składowe ceny.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że odwołujący nie ma możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nie wypełnił obligatoryjnych przesłanek umożliwiających mu skuteczne złożenie odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy pzp).

Wskazał, że otrzymał pięć z cenami: Telsat G.K. – 1.954.859,42 zł,

APM PRO sp. z o.o. – 2.094.259,50 zł,

Konsorcjum ZABERD S.A. i Neurosoft sp. z o.o. – 2.149.368,67 zł,

Sprint S.A. – 1.543.075,84 zł i

DUORS sp. z o.o. – 2.069.014,98 zł.

Na etapie badania i oceny ofert zamawiający ustalił, że oferta Sprint stanowi 57,27% wartości zamówienia i 78,64% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wobec jednoznacznego obowiązku z art. 90 ust. 1 ustawy pzp wystosował wezwanie do wykonawcy Sprint, który przesłał 3 marca 2016 t. swoje wyjaśnienia; te zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające i wybrał ofertę tego wykonawcy. Drugie miejsce w rankingu ofert zajmuje oferta Telsat, a DUORS trzecie. Zamawiający stwierdził przy tym, że w niniejszym postępowaniu miało miejsce zawyżenie wartości szacunkowej.

Odnosząc się do żądań odwołania zamawiający podkreślił, że zwłaszcza w stosunku do oferty Telsat żądanie nie może być spełnione. Cenę tego wykonawcy uznał za rynkową i wskazał na brak podstaw wszczynania procedury z art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Wskazał iż odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 musi być poprzedzone procedurą z art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

W przypadku oferty Telsat nie było potrzeby takiego wyjaśnienia, cena oferty stanowi 99,63% średniej wszystkich ofert oraz 72,55% wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego – 2.694.559,25 zł. Cena tej oferty stanowi 94,48% ceny odwołującego, co przy tak niewielkiej różnicy potwierdza brak podstaw badania pod względem niskiej ceny. Biorąc to pod uwagę odwołujący nie ma możliwości wykazać interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta jest mniej korzystna od oferty Telsat, a także oferty Sprint, co do której złożono właściwe wyjaśnienia.

Z ostrożności zamawiający przedstawił stanowisko odnośnie merytorycznej treści odwołania.

W zakresie zarzutu ceny rażąco niskiej dwóch kolejnych ofert zamawiający wskazał na porównanie cen poszczególnych ofert do średniej arytmetycznej wszystkich ofert i do wartości zamówienia. Zauważając, że różnica pomiędzy średnią cen wszystkich ofert, a wartością zamówienia wynosi 732.443,57 zł stwierdził, że jego szacunek jest zawyżony i nie odpowiada rynkowym (niższym) kosztom wykonania zamówienia, a właściwym punktem odniesienia dla sprawdzenia realności ceny było przyjęcie do porównań cen ofertowych, a nie kwoty oszacowania zamawiającego.

Zauważył, że cena Sprint jest niższa o 21,36% od średniej cen wszystkich ofert, co w jego ocenie stanowi normalny przejaw konkurencji między wykonawcami. Procedura z art.90 ust. 1 została wszczęta wyłącznie na podstawie jednej przesłanki tj. relacji do wartości szacunkowej.

Przywołał treść wyjaśnień wykonawcy, w tym znajomość posiadanego przez zamawiającego systemu preselekcji, która to wiedza pozwoliła na obniżenie kosztów modernizacji oraz utrzymania systemu WIM.

Zamawiający potwierdził, że Sprint wykonał w 2012 r. na jego rzecz system preselekcji wagowej pojazdów w ciągu drogi krajowej S7 km 39 po stronie lewej oraz km 45 po stronie prawej z trzyletnią gwarancją, a system funkcjonował bez poważnych usterek. Wskazuje to na możliwą optymalizację kosztów, co miało wpływ na obniżenie kosztów całej oferty.

Zamawiający stwierdził także, że wbrew twierdzeniom odwołującego istotne znaczenie ma też lokalizacja firmy wobec potrzeby ciągłego monitorowania i przeglądów urządzeń w terenie. Sprint z siedzibą w Olsztynie ma spośród wykonawców najkrótszą odległość do utrzymywanych obiektów, co oznacza niższe koszty transportu, diet, dojazdów, organizacji zakładu na miejscu wykonania zlecenia. Wykonawca wskazał także, że wartość kosztów pracy nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. W wyjaśnieniach przedstawiono zestawienie przetargów na konserwację systemów preselekcji w różnych oddziałach GDDKiA z zakresami zbliżonymi do niniejszego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wywodzi, że zaproponowana cena przez Sprint nie odbiega od cen porównywalnych projektów, czyli ma charakter rynkowy.

Zwraca też uwagę, że odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykazuje się potencjałem podmiotów trzecich, co wskazuje, że sam nie jest doświadczonym wykonawcą w zakresie przedmiotu zamówienia, zatem jego wycena może odbiegać od optymalnych kosztów wyliczonych przez Sprint.

Zamawiający przypomniał, że oprócz wskazanych w odwołaniu zapisów siwz dotyczących sposobu obliczenia ceny w pkt 10.1 i 10.7 zamawiający nie wskazywał żadnych metod, wzorów ani proporcji pomiędzy cenami poszczególnych elementów rozliczeniowych, jakimi powinni posługiwać się wykonawcy przy kalkulacji ceny oferty. Mieli w tym zakresie pełną swobodę. Z pkt 10. IDW wynikało, że ceny jednostkowe mogą się różnić znacznie między sobą u wykonawców. Porównywanie poszczególnych elementów nie dowodzi zaniżenia całkowitej ceny oferty.

Zauważył, że twierdzenie o rażąco niskiej cenie Telsat sformułowano dopiero w odwołaniu, w odróżnieniu od wcześniejszych uwag wobec Sprint. Zamawiający stwierdził, że twierdzenie o cenie Telsat opiera się wyłącznie na porównaniu tej ceny z wartością zamówienia oszacowaną przez zamawiającego oraz porównaniu kilku wybiórczo wybranych pozycji kosztorysu ofertowego.

Zamawiając podtrzymuje stanowisko, że obiektywny obraz sytuacji można uzyskać porównując ceny ofertowe do średniej cen wszystkich ofert. Z porównania wynika, że cena oferty Telsat stanowi 99,63% średniej wszystkich ofert i 94,48% ceny odwołującego. Tak niewielkie różnice mają wskazywać na rynkowy i realny poziom ceny Telsat.

Zamawiający wskazuje na brak dowodów w odwołaniu co do nierealności ceny Telsat oraz wybiórczą analizę zaledwie 5 spośród 12 pozycji kosztorysu ofertowego. Stwierdza, że nie wymienionej w odwołaniu pozycji Część II – Dostosowanie, wartość w ofercie Telsat jest o 126,53% wyższa od wartości w ofercie odwołującego.

Zamawiający kwestionuje zarzut czynu nieuczciwej konkurencji w złożeniu dwóch konkurujących z odwołującym ofert. Wskazuje w szczególności na brak dowodu, że ceny są dumpingowe i zauważa, że dla poz. Jw. To odwołujący zaoferował cenę dumpingową.

Za bezzasadny uznaje zamawiający zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wobec braku jakichkolwiek dowodów na poparcie stanowiska, że wykonawca przewiduje wykonanie zamówienia w sposób odmienny od wymaganego w siwz.

W konsekwencji za bezzasadny uznaje także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący poparł odwołanie oraz stanowisko zwarte w złożonym piśmie i załączonymi dowodami. Stwierdził, że także w stosunku do wykonawcy TELSAT zachodziły przesłanki żądania przez zamawiającego wyjaśnień co do wysokości zaoferowanej ceny. Przypomniał, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, ciężar dowodu co do poprawności ceny obciąża wykonawcę. Zauważył, że pomimo prawidłowej treści wezwania zamawiającego skierowanego do wykonawcy złożone wyjaśnienia nie zawierały oczekiwanych odpowiedzi. W złożonym piśmie procesowym przystępujący w niewielkim zakresie uzupełnił wyjaśnienia, jest to jednak czynność spóźniona. Wskazał na potrzebę analizy wysokości poszczególnych elementów cenotwórczych, jak i wartości każdej z trzech części kosztorysu ofertowego, co ma znaczenie, także ze względu na sposób rozliczenia umowy. Wskazał na brak dowodów na okoliczności wskazane w piśmie przystępującego, w szczególności dotyczące kosztów wymiany czujników drogowych).

Podtrzymał zarzuty wobec oferty TELSAT i zauważył jak w odwołaniu, że 5 wskazanych pozycji zostało znacząco zaniżonych pod względem cenowym. Przypomniał, że rażące zniżenie dotyczy wartości części 3 kosztorysu. Wniósł o nieuwzględnienie dowodów zgłoszonych przez przystępującego polegających na wskazaniu informacji z innych postępowań jako nieporównywalnych i nieprzydatnych w szczególności z uwagi na zakresy prac określonych w niniejszym postępowaniu jako „Dostosowanie”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i podtrzymał stanowisko zawarte w złożonej odpowiedzi na odwołanie. Przypomniał o przepisie art. 192 ust. 2 Pzp, który mógłby mieć zastosowanie w przewidzianych tam okolicznościach. Złożył do akt wydruki ze stron internetowych oddziałów GDDKiA w celu potwierdzenia, że zaoferowana cena przystępującego jest realną ceną rynkową. Zamawiający zauważył, że w odwołaniu nie postawiono zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy TELSAT do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, a jedynie w uzasadnieniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty stwierdzono, iż nie żądano wyjaśnień.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania wskazując na porównywalność innych wskazanych postępowań, które dotyczyły analogicznego, chociaż nie tożsamego przedmiotu zamówienia. Podtrzymał informacje o dysponowaniu niezbędnym zapasem serwisowym pozyskanym na szczególnie korzystnych warunkach finansowych z uwagi na znaczące wielkości zakupu. Zakwestionował dowód numer 5 przedstawiony przez odwołującego, jako nie dotyczący komputera wagowego.



Po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, a także treść ofert, których dotyczą zarzuty odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego co do braku interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp po stronie odwołującego w uzyskaniu zamówienia przez ten podmiot. Zakładając hipotetycznie zasadność zarzutów podniesionych wobec dwóch ofert, odrzucenie ich prowadziło do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Skład orzekający stwierdza także, że przeprowadzenie dowodu na okoliczność, iż cena oferta jest rażąco niska może być oparte także na dowodach wskazujących na rażące zaniżenie wartości poszczególnych elementów (składników) cenotwórczych tj. metodą zastosowaną przez odwołującego.

Izba uznaje też za właściwe stanowisko odwołującego, że przesłanki zastosowania procedury z art. 90 ust. 1 ustawy pzp w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert nie są jedynymi, przy których zaistnieniu zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień. W każdej bowiem 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, obowiązkiem zamawiającego jest żądanie od wykonawcy złożenia wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny.

W sprawie rozpatrywanej zamawiający zwrócił się do wykonawcy Sprint S.A. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wskazując, że cena oferty jest niższa o 42,73% od wartości zamówienia. Poprosił o wyjaśnienie, czy w cenie zostały uwzględnione wszystkie elementy wskazane w Opisie Przedmiotu Zamówienia zawartym w tomie III siwz. Jednocześnie wymienił elementy kosztorysu ofertowego, co do których na leżało wyjaśnić, czy są uwzględnione przy kalkulacji kosztów. Przypomniał, iż ciężar dowodu w przedmiotowym zakresie, stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy pzp spoczywa na wykonawcy.

W odpowiedzi wykonawca zauważył, że wartość wszystkich pozostałych ofert również znacząco odbiega od kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, a skoro średnia wartość pozostałych ofert odbiega od tej kwoty o ponad 20%, to może to świadczyć o przeszacowaniu wartości zamówienia w stosunku do aktualnych rynkowych stawek jego wykonania, przy założeniu ustalenia ceny ofertowej w sposób rzetelny tj. gwarantujący wykonawcy określoną stopę zysku. Wykonawca stwierdził w swoim piśmie, iż uwzględnił wszystkie wskazane w opz elementy, w szczególności wymienione w zapytaniu zamawiającego, a nadto oszacował właściwie elementy w części III oferty.

Sprint w wyjaśnieniach wskazał, że: jest firmą z wieloletnim doświadczeniem w realizacji zadań o zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia; dysponuje doświadczoną i wykwalifikowaną kadrą o różnorodnych umiejętnościach, która gwarantuje rzetelne i terminowe wykonanie zadania; jego siedziba firmy mieści się w Olsztynie - dzięki temu kalkulacja nie musiała uwzględniać kosztów transportu, diet, dojazdów, organizacji zakładu na miejscu wykonania zlecenia, posiadana znajomość posiadanego przez Zamawiającego systemu preselekcji - co umożliwiło w ocenie Sprint rzetelne oszacowanie zarówno kosztów dostosowania, jak i utrzymania systemu; korzysta z usług kontrahentów, z którymi wiąże go długoletnie relacje handlowe; posiada możliwość wynegocjowania korzystnych warunków z dostawcami i współpracownikami, w tym rabatów za świadczone na jego rzecz usługi i dostarczone towary; nie ma potrzeby posiłkowania się kredytem bankowym w celu realizacji zamówienia.

Jak słusznie zauważył odwołujący, w swoich wyjaśnieniach Sprint nie przedłożył żadnych kalkulacji wskazujących na właściwe oszacowanie ceny oferty.

W tym miejscu należy zauważyć, że zamawiający, poza oczekiwaniem uzyskania potwierdzenia, że w cenie uwzględniono określone elementy nie sformułował żądania przedstawienia wyjaśnienia w określonej formie np. w postaci kalkulacji cenowej, cenników dla określonych elementów, co w konsekwencji oznaczało, że sposób wyjaśnienia i udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska został wybrany przez wykonawcę,

W ocenie składu orzekającego istotne znaczenie w sprawie ma fakt, że Sprint zawarł w wyjaśnieniach zestawienie przygotowane na podstawie postępowań na konserwację systemów WIN przez różne oddziały GDDKiA wskazujące, iż ceny wykonania porównywalnych projektów, realizowanych przez inne firmy, nie odbiegały od ceny oferty Sprint. Okoliczność tę potwierdził zamawiający w toku rozprawy stwierdzając, że dokonał sprawdzenia cen w kontraktach wskazanych w zestawieniu i faktu porównywalności tych przedmiotów zamówienia z opisanym w niniejszym postępowaniu. Izba uznaje tę ocenę za wiarygodną i potwierdzającą, że w szczególności oferowana przez przystępującego kwota w przeliczeniu na jedną stację nie jest zaniżona i potwierdza jej rynkowy charakter.

Tym samym wykonawca sprostą ciężącemu na nim ciężarowi dowodu, stosownie do art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy pzp, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odnosnie ceny oferty Telsat należy zauważyć, że stanowi ona 99,63% średniej wszystkich ofert i 94,48% ceny odwołującego. Są to różnice jedynie potwierdzające na rynkowy i realny poziom ceny Telsat niezależnie od faktu, iż różnice cen niektórych elementów wskazanych w odwołaniu są znaczące; nie zmienia to jednak zasadności stwierdzenia o rynkowym charakterze ceny całościowej. Taką okoliczność przewidywano

również w siwz, bowiem z pkt 10. Instrukcji dla Wykonawców wynikało, że ceny jednostkowe mogą się różnić znacznie między sobą u wykonawców.

Wobec uznania, że ceny dwóch kwestionowanych ofert nie są rażąco niskie, w konsekwencji zarzut czynu nieuczciwej konkurencji w złożeniu tych ofert, oparty na tezie o rażąco niskiej cenie, nie znajduje potwierdzenia.

Brak jest również dowodu co do zasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wobec braku przesłanek do twierdzenia, że wykonawca przewiduje wykonanie zamówienia w sposób odmienny od wymaganego w siwz.

W takim stanie rzeczy zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu nie znalazł potwierdzenia w toku postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:**

.....