

Sygn. akt: KIO 2599/15

WYROK
z dnia 14 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2015 r. przez wykonawcę TRAX elektronik A. M., M. T., L. T. Sp. j., ul. Ks. Truszkowskiego 54, 31-352 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Lotnicza 24, 54-155 Wrocław

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Electronic Control Systems S.A. i M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Mark Electronics” M. K., ul. Krakowska 84, 32-083 Balice zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża TRAX elektronik A. M., M. T., L. T. Sp. j., ul. Ks. Truszkowskiego 54, 31-352 Kraków i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TRAX elektronik A. M., M. T., L. T. Sp. j., ul. Ks. Truszkowskiego 54, 31-352 Kraków tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Lotnicza 24, 54-155 Wrocław wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2013r., poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp usługi pod nazwą: Naprawa, konserwacja, przeglądy drogowych stacji meteorologicznych, stacji pogodowych, ptaków zmiennej treści, stacji monitorowania ruchu i kamer zlokalizowanych przy autostradzie AA na odcinku od węzła Krzywa do węzła Bielany Wrocławskie w ramach Systemu Osłony Meteorologicznej i Zarządzania Ruchem z. wyłączeniem tablic TD13E, TD14E (znak postępowania: O.WR.D-3.2413.146.2015).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz. U./S. S167 — 305187-2015-PL w dniu 29 sierpnia 2015r.

W postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców: Konsorcjum Electronic Control System S.A. (Lider) i Mark ELECTRONICS M. K. (partner), APM PRO sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku - Białej oraz Odwołujący: TRAX elektronik A. M., M. T., L. T. sp. j., ul. Ks. Truszkowskiego 54, 31-352 Kraków.

Według obliczeń Zamawiającego, szacunkowa wartość zamówienia przekraczała kwoty wyrażone w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, co pozwalało na przeprowadzenie przedmiotowego postępowania w procedurze unijnej.

W dniu otwarcia ofert, Zamawiający powiadomił również o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, która wynosiła 3 079 335,16 zł (brutto).

Z informacji z otwarcia ofert wynikało, że wykonawcy zaproponowali następujące ceny:

- 1) Konsorcjum Electronic Control System -1 854 077,40 zł brutto,
- 2) APM PRO sp. z o.o. - 4 959 683,84 zł brutto,
- 3) Odwołujący - 2 773 299,70 zł brutto.

W związku z tym, że kwota wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia zaoferowana przez Konsorcjum Electronic Control System odbiegała o 39,80 % od

szacunkowej wartości zamówienia oraz o 42% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający w dniu 14 października 2015r. wezwał Konsorcjum do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Konsorcjum Electronic Control System złożyło wyjaśnienia (zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa) na wezwanie Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 21 października 2015r. ponownie wezwał Konsorcjum do wyjaśnień na tej samej podstawie prawnej, wskazując na konkretne pozycje cenowe zawarte w formularzu cenowym, tj. kosztu regeneracji tablicy TD i MD, koszty urządzenia transmisyjnego, wideo serwera oraz wymiany uszkodzonej pętli.

Po uzyskanych wyjaśnieniach, Zamawiający w dniu 18 listopada 2015r. zawiadomił wykonawców o czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Electronic Control System oraz o czynności odrzucenia oferty APM PRO sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 27 listopada 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo, iż powinna podlegać odrzuceniu, zgodnie z zarzutami wskazanymi w niniejszym odwołaniu, a zatem w sposób sprzeczny z zasadami oceny ofert;

2) naruszenie art 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Electronic Control System S.A. (Lider) i Mark ELECTRONICS M. K. (partner) zwane dalej „Konsorcjum Electronic Control System”, pomimo, iż kalkulacja ceny oferty została dokonana w sposób błędny przez tego wykonawcę,

3) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Electronic Control System, ze względu na rażąco niską cenę, jaką zawiera oferta tego wykonawcy,

4) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503), zwanej dalej uznk, ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Electronic Control System, pomimo, iż złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ Konsorcjum zaoferowało sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia,

z ostrożności

5) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Electronic Control System, pomimo, iż wykonawca nie przewidział wszystkich prac niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami wnosił o:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2) dokonanie odrzucenia oferty Konsorcjum Electronic Control System na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp ze względu na rażąco niską cenę,

3) dokonanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Electronic Control System na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o znk ze względu na czyn nieuczciwej konkurencji,

4) odtajnienie wyjaśnień Konsorcjum Electronic Control System złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,

z ostrożności

5) dokonanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Electronic Control System na podstawie art 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp ze względu na jej niezgodność z SIWZ,

6) dokonania czynności ponownej oceny ofert z pominięciem oferty Konsorcjum Electronic Control System oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Ponadto wnosił o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości, księgowości na okoliczność, że cena zaproponowana w ofercie przez Konsorcjum Electronic Control System jest ceną rażąco niską, nie uwzględniającą wszystkich kosztów prac i materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, nierealną i odbiegającą od cen rynkowych w branży.

Odnosząc się do zarzutu nr 2, tj. naruszenia art 7 ust. 1 i 3 w zw. z art 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Electronic Control System S.A. (Lider) i Mark ELECTRONICS M. K. (partner) zwane dalej „Konsorcjum Electronic Control System”, pomimo, iż kalkulacja ceny oferty została dokonana w sposób błędny przez tego wykonawcę, Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem 10 Tomu I SIWZ - ID W, pkt. 10.1. wykonawca, uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w niniejszej SIWZ, powinien był w cenie ofertowej ująć wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym również koszty towarzyszące, takie jak: koszty ubezpieczenia, koszty zatrudnienia personelu, koszty utrzymania biura i zapewnienia

wymaganego sprzętu, itp., niezbędne dla kompleksowego i prawidłowego wykonania zamówienia.

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum Electronic Control System sporządziło kalkulację ceny oferty w sposób niezgodny z wyżej wymienionym postanowieniem SIWZ, tj. nie uwzględniając wszystkich kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że błędne obliczenie ceny, nieuwzględniające wszystkich kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, doprowadziło jednocześnie do zaproponowania rażąco niskiej ceny w złożonej ofercie oraz czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący stanął na stanowisku, iż zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Electronic Control System ze względu na błędy w obliczeniu ceny, stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i w związku z powyższym, zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu nr 3, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Electronic Control System, ze względu na rażąco niską cenę, jaką zawiera oferta tego wykonawcy oraz zarzutu nr 5, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, co następuje.

Odwołujący stwierdził, że przeanalizował stosunek cen ofert złożonych w postępowaniu oraz kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, co pozwoliło mu na dokonanie oceny, czy domniemanie występowania rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum Electronic Control System było zasadne, a tym samym, czy Zamawiający miał podstawy do wystosowania wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący w swoim odwołaniu zaprezentował tabelę, obrazującą wysokość cen proponowanych w ofertach złożonych przez wykonawców, biorących udział w przedmiotowym postępowaniu.

Powyższa analiza – według Odwołującego - wskazuje, że w porównaniu z kwotą przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, oferta Konsorcjum w znacznym stopniu, tj. o 39,80% odbiega od tej wartości.

Zwrócił uwagę, że odniesienie ceny Konsorcjum Electronic Control System do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wykazuje, że cena Konsorcjum jest

niższa o 42% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Według Odwołującego taki procentowy poziom odniesienia ofert do wartości szacunkowej zamówienia oraz pozostałych cen ofert daje podstawę do przyjęcia, że w stosunku do ceny zaoferowanej przez Konsorcjum Electronic Control System występuje domniemanie rażącego jej zaniżenia, uzasadniającego wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym zakresie, Odwołujący zgodził się z czynnościami podjętymi przez Zamawiającego, w szczególności zaś z wezwaniem Konsorcjum Electronic Control System do złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny.

Jednakże, Odwołujący przypomniał, że w chwili, gdy Zamawiający wzywa wykonawcę na podstawie art 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, ciężar dowodu, iż cena zawarta w ofercie nie jest rażąco niską spoczywa na wykonawcy.

W ocenie Odwołującego, w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z sytuacją, w której Konsorcjum Electronic Control System nie obalił domniemania co do rażącego zaniżenia ceny jego oferty, a tym samym wobec jego oferty aktualizuje się przesłanka odrzucenia ze względu na art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący w swoim odwołaniu przedstawił również zestawienie cen wskazanych przez wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu w formularzach cenowych stanowiących element ich ofert.

W ocenie Odwołującego z powyższego zestawienia wynika jednoznacznie, że w szczególności wątpliwości budzi pozycja cenowa Konsorcjum Electronic Control System w zakresie napraw urządzeń wg wyceny po przeglądzie wg Załącznika nr 2 do Formularza cenowego.

Zauważył, że cena zaprezentowana w tej pozycji znacznie odbiega od oferty Odwołującego i drugiego wykonawcy APM PRO Sp. z.o.o. Wartość oferty Odwołującego w stosunku do ceny Konsorcjum Electronic Control System w zakresie pozycji na naprawy urządzeń stanowi 273%.

Nie ulega wątpliwości Odwołującego, że cena Konsorcjum zaproponowana w tym zakresie ma wpływ na ostateczną kalkulację ceny oferty, a tym samym w ostateczności w sposób rażąco zaniża wartość złożonej przez Konsorcjum oferty.

Odwołujący, zwrócił uwagę, że zgodnie z literalną wykładnią art 90 ust, 1 ustawy Pzp, ocenie Zamawiającego podlega nie tylko całościowa cena oferty, ale również jej poszczególne elementy, które mają wpływ na ostateczną wysokość zaproponowanej przez wykonawcę kwoty.

Zaznaczył, że art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje na przykładowe elementy ceny oferty, toteż nie jest wykluczone wskazanie na inne, niewymienione w przepisie części składowe ceny oferty, które mają wpływ na jej ostateczną wysokość.

Odwołujący stanął na stanowisku, iż w przypadku Konsorcjum Electronic Control System największy wpływ na cenę całościową oferty miały pozycje cenowe: regeneracja tablic MD i TD.

Jego wątpliwości, co do poprawności wyceny zgodnej z Opisem Przedmiotu Zamówienia oraz SIWZ wzbudziła różnica kwoty zaproponowanej przez Konsorcjum z pozostałymi oferentami, gdzie dla tablic MD cena regeneracji Konsorcjum Electronic Control System jest 3,8 razy mniejsza od ceny Odwołującego i 7,29 krotnie mniejsza od ceny APM PRO Sp. z o.o. Z kolei dla tablic TD cena regeneracji Konsorcjum jest 6 krotnie mniejsza od ceny Odwołującego i 12,7 razy mniejsza od ceny APM PRO Sp. z o.o.

Powyższe, zdaniem Odwołującego - może świadczyć, iż Konsorcjum Electronic Control System złożyło ofertę niezgodną z SIWZ, bądź ofertę z rażąco niską ceną.

W swoim odwołaniu przedstawił w formie tabelarycznej zestawienie cen zaproponowanych przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu za poszczególne usługi: regenerację tablic MD i tablic TD obrazuje poniższa tabela:

Zastrzeżenie Odwołującego wzbudził fakt, że dla dwóch różnych tablic - różnych urządzeń Konsorcjum Electronic Control System zaoferowało usługę regeneracji w tej samej kwocie.

Dla porównania wskazał i przedstawił tabelarycznie, że tablica TD posiada prawie 2 krotnie większą powierzchnię pakietów diodowych.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z OPZ pkt 2.2.1q wykonawcy byli zobowiązani do dokonania wizji lokalnej celem zapoznania się z parametrami przeznaczonymi do wymiany elementów oraz do zapewnienia zgodnie z OPZ pkt 3.6 parametrów znaków i tablic zmiennej

treści zgodnie z obowiązującymi przepisami tj:

- chrominacja - klasa C2 wg PN-EN 12966,
- luminacja - klasa L3 wg PN-EN 12966,
- kontrast - klasa R2 (minimum), R3 (zalecane) wg PN-EN 12966,
- kąt rozsyłu światła - klasa B3 (odcinek prosty), B5 — B6 (luk poziomy) wg PN-EN 12966,
- praca w temperaturach T1 i T3 wg PN-EN 12966.

Ponadto, wskazał, że Zamawiający dodatkowo wymagał (OPZ pkt. 3.b.1) przesyłania informacji na stronę internetową dla GDDKiA Oddział we Wrocławiu w przypadku znaku zmiennej treści:

- treść wyświetlania na znaku,
- kolorystykę wyświetlanej treści,
- status techniczny znaku,
- aktualną jasność świecenia modułu,
- stan zasilania sieci,
- stan zasilania baterii.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego nr 14 z dnia 1 października 2015r.: „Wykonawca w ramach świadczonej usługi, ma obowiązek monitorowania pracy wszystkich urządzeń objętych umową oraz podstawić cotygodniowy raport sprawności urządzeń uwzględniający nieprawidłowości w działaniu urządzeń oraz usuwania wskazanych nieprawidłowości.

Według Odwołującego z powyższym wymaganiem koresponduje wymaganie Opisu Przedmiotu Zamówienia, aby wykonawca miał możliwość zdalnego kontrolowania ilości uszkodzonych diod LED.

Po przeprowadzonej wizji, Odwołujący, jako producent znaków i tablic objętych przeprowadzonym przetargiem, mający również doświadczenie w utrzymywaniu, naprawie urządzeń innych producentów stwierdził, że dla przywrócenia tablic TD i MD do prawidłowej funkcjonalności tak, aby spełniały normę PN-EN 12966-1:2005+A1:2013 oraz wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ, niezbędne jest wykonanie w ramach regeneracji wymiany elementów świetlnych, tj. wszystkich pakietów PCB z diodami LED.

Wyjaśnił, że w celu wykonania takiej operacji niezbędne jest przeprowadzenie następujących czynności:

1. Demontaż tablicy;
2. Zabezpieczenie ruchu na czas demontażu tablicy;

3. Transport tablicy do siedziby fkmy;
4. Wymiana wszystkich pakietów diodowych - płyt PCB z diodami LED;
5. Kontrola stanu technicznego czołówki oraz obudowy tablicy;
6. Wymiana sterowników tablicy;
7. Przeprowadzenie testów tablicy w siedzibie Wykonawcy;
8. Zabezpieczenie ruchu na czas montażu tablicy;
9. Transport tablicy z siedziby firmy na miejsce instalacji;
10. Przeprowadzenie testów tablicy w lokalizacji docelowej.

Zdaniem Odwołującego obecne tablice nie posiadają funkcjonalności „statusu technicznego znaku” ze względu na zastosowane układy scalone do sterowania diodami LED - MBI 5028 oraz MBI 5170 - układy te nie posiadają detekcji błędów, a także nie spełniają również oczekiwanego parametru chrominancji C2 zgodnie z normą PN-EN 12966 ze względu na czas eksploatacji tablic od 2006 roku.

Wobec powyższego w opinii producenta i po przeprowadzonej wizji lokalnej regeneracja powinna polegać co najmniej na wymianie wszystkich pakietów — płyt PCB z diodami.

Według Odwołującego jest to główny czynnik cenotwórczy dla pozycji dotyczącej regeneracji tablic TD i MD.

Przyznał, że Zamawiający dopuszczał również wymianę urządzeń na nowe - Odwołujący jednak kierując się dobrem finansów publicznych przyjął opcję tańszą, a więc regenerację.

Odwołujący w swoim odwołaniu przedstawił kalkulacje kosztów regeneracji tablic MD i tablic TD, w tym kalkulacje kosztów pakietów LED-płyt PCB z diodami dla tablicy MD i tablicy TD uwzględniające – według jego twierdzeń - jedynie wartość materiałów oraz minimalny koszt robocizny.

Przedstawił również koszt regeneracji tablic: materiały + robocizna bezpośrednia, bez kosztów pośrednich, zysku, ryzyk i dla minimalnej stawki za r-h, który – jego zdaniem – wynosi dla MD 11 835,62 zł i dla TD 20 989,30 zł.

Odwołujący wyjaśnił, że do powyższej kalkulacji cenowej celowo nie uwzględniono zysków, wartości prac sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami, kosztów pośrednich, zysku kalkulacyjnego oraz ryzyka, w celu wykazania, że oferta Konsorcjum Electronic Control

System zawiera rażąco niską cenę, a wartość oferty została skalkulowana w sposób sprzeczny z wymaganiami SIWZ.

W przekonaniu Odwołującego nie ma możliwości wykonania poprawnie i zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego przedmiotu Zamówienia w kwocie zaoferowanej przez Wykonawcę, bowiem wykazane koszty w przypadku tablicy MD są ponad 1,5 krotnie większe od ceny Konsorcjum (7000 zł), a w przypadku tablicy TD niemal 3 krotnie - przy czym są to jedynie koszty materiałów i robocizny bezpośredniej.

Według Odwołującego koszty konkurenta nie uwzględniają czynności, napraw które mogą okazać się niezbędne po zdemontowaniu tablic, a których nie da się określić podczas wizji lokalnej, takich jak: degradacja płyty czołowej (należy dokonać pomiarów optycznych po wymianie pakietów diodowych LED), czy rozszczelnienie obudowy.

Odwołujący nadmienił również, że Konsorcjum zaoferowała gwarancję przez okres 48 miesięcy, co oznacza, że po wykonanej regeneracji zapewniają poprawną pracę tablic, w tym zachowanie również ich parametrów optycznych we wskazanym okresie. Wobec powyższego odwołujący stoi na stanowisku, że podana przez Konsorcjum cena za regenerację tablic TD i MD uniemożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ oraz stanowi czyn rażąco niskiej ceny, jako główny czynnik cenotwórczy dla całej oferty.

Podniósł, że jego stanowisko w tym zakresie potwierdza również opinia merytoryczna dotycząca sposobu wykonania przedmiotu zamówienia w przetargu „Naprawa, konserwacja, przeglądy drogowych stacji meteorologicznych, stacji pogodowych, znaków zmiennej treści, stacji monitorowania ruchu i kamer zlokalizowanych przy autostradzie AA na odcinku od węzła Krzywa do wizja Bielany Wrocławskie w ramach Systemu Osłony Meteorologicznej i Zarządzania Ruchem z wyłączeniem tablic TD13E, TD14E” w zakresie następujących pozycji Formularza Cenowego (załącznik 1 i 2 do SIWZ): regeneracja tablicy TD, regeneracja tablicy MD pogodowej autorstwa Pana A. K. z dnia 26 listopada 2015r.

W ocenie Odwołującego opinia ta potwierdza wymagany zakres prac konieczny dla zapewnienia standardów dla znaków zmiennej treści, zgodnych z obowiązującymi przepisami oraz wymaganiami Zamawiającego, co jednocześnie potwierdza konieczność dokonania wyceny tychże prac i uwzględnienia ich przy szacowaniu wysokości ceny oferty.

Nadto Odwołujący zauważył, że występowanie rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum potwierdzają również ceny występujące w postępowaniu GDDKiA Oddział Kraków postępowania, pn.: „Konserwacja i bieżące utrzymanie urządzeń telematyki

drogowej wraz z przesyłem danych z tych urządzeń oraz dostarczanie informacji o czasie przejazdu dla podróżujących po drodze krajowej nr 7 i 47 na odcinku Kraków - Myślenice - Rabka-Zdrój - Nowy Targ – Zakopane”, gdzie przedmiotem zamówienia było m.in. utrzymanie i naprawa tablic.

Wskazał, że Konsorcjum Electronic Control System zaoferowało następujące ceny napraw: regeneracja obudowy 1m - 500,00 zł, moduł sterowania tablicą - 1 500,00 zł, 1m2 wymiany pakietów diodowych - 2 500,00 zł.

Przedstawił również kalkulację kosztów regeneracji tablic MD i TD.

Według Odwołującego z powyższej tabeli wynika, że w przypadku tablicy MD z uwzględnieniem regeneracji obudowy, cena regeneracji według cen Konsorcjum w postępowaniu GDDKiA Oddział w Krakowie, przekroczyła ponad 2 krotnie cenę oferty w przedmiotowym postępowaniu, a bez regeneracji obudowy przekroczyła 1,5 krotnie.

Natomiast dla tablicy TD, cena z regeneracją obudowy jest wyższa ponad 3,5 krotnie od ceny wskazanej w przedmiotowym postępowaniu, zaś bez regeneracji obudowy 2,7 krotnie wyższa.

Odwołujący zauważył również, że ceny elektroniki w przeciągu miesiąca nie obniżyły się tak znacząco, aby wykonawca mógł obniżyć ceny do tego stopnia, wręcz przeciwnie kurs dolara i euro w ostatnim czasie wzrósł, zaś ceny elementów elektronicznych zależą od kursów tych właśnie walut.

Poza tym Odwołujący powołał się również na dowody w postaci faktur oraz ofert za usługi związane z regeneracją tablic MD oraz TD, które – według niego – potwierdzają przedstawione wyliczenia (faktury na diody i układy scalone z wysokością cen elementów elektronicznych, niezbędnych do regeneracji tablic, faktury za transport tablic oraz za usługę tymczasowego zabezpieczenia ruchu drogowego z wysokością kosztów związanych z regeneracją tablic, które powinny być uwzględnione przez wykonawcę kalkulującego cenę za usługę regeneracji tablic TD i MD, oferty Telway oraz Zakładu Elektroniki i Automatyki Przemysłowej Aster za usługę regeneracji tablic MD pogodowych oraz regeneracji tablic TD).

Zdaniem Odwołującego przedstawione dowody wskazują, iż cena zaoferowana przez Konsorcjum Electronic Control System jest ceną rażąco zaniżoną, odbiegającą od rynku, nieadekwatną, nieuwzględniającą wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Zauważył, że kolejnym elementem mającym wpływ na wysokość ceny jest cena zawarta w pozycji formularza cenowego A4 odc. Bielany Wrocławskie - Krzywa załącznik nr 2: poz. 27 Budziszów TD9, GT7/ Opis usterek/prac niezbędnych do wykonania: uszkodzona pętla najazdowa (pętla indukcyjna 1 szt.).

Zaznaczył, że wysokość ceny wskazanej przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, była następująca: Konsorcjum Electronic Control System - 200 zł, Odwołujący - 4 665,20 zł, APM PRO Sp. z o.o. - 0,00 zł.

Dla porównania cen rynkowych, w ofercie z dnia 4 września 2015 r. w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA za identyczną usługę Odwołujący wskazał, że zaoferowane zostały następujące ceny: Konsorcjum Electronic Control System - 1 800,00 zł, ALUMBRADOS - 3 400,00 zł, Odwołujący - 1 800,00 zł.

Nadto zaznaczył, że podobna sytuacja ma miejsce w przypadku porównania cen urządzeń transmisyjnych dla przedmiotowego postępowania: Konsorcjum Electronic Control System - 1000 zł, Odwołujący - 2 263,00 zł, APM - 827,00 zł.

Wskazał również, że w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA Kraków pn.: „Konservacja i bieżące utrzymanie urządzeń telematyki drogowej wraz z przesyłem danych z tych urządzeń oraz dostarczanie informacji o czasie przejazdu dla podróżujących po dk 7 i 47 na odc. Kraków- Myślenice - Rabka Zdrój - Nowy Targ- Zakopane” wykonawcy zaoferowali następujące ceny: Konsorcjum Electronic Control System - 2500 zł, Odwołujący - 2150,00 zł, ALUMBRADOS - 2800,00 zł.

W związku z powyższym, Odwołujący podtrzymał stanowisko, iż wskazane wyżej elementy, do których wyjaśnienia wzywał Zamawiający, miały wpływ na końcową kalkulację ceny oferty, prowadząc do jej rażącego zaniżenia.

Odwołujący stwierdził, iż cena zaoferowana przez Konsorcjum Electronic Control System odbiega od poziomu cen rynkowych, co oznacza również cenę nierealną lub nieuwzględniającą wszystkich kosztów.

Odwołujący stanął na stanowisku, iż Konsorcjum musiało pominąć wiele prac związanych z usługą regeneracji tablic ID i MD, przedstawiając okrojoną kalkulację.

W przekonaniu Odwołującego cena zaproponowana przez Konsorcjum Electronic Control System odpowiada definicji rażąco niskiej ceny opracowanej przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

W ocenie Odwołującego, niezależnie od treści wyjaśnień Konsorcjum, wobec spornej oferty aktualizuje się przesłanka odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ nie jest możliwym, aby usługa regeneracji tablic TD i MD została zrealizowana za cenę 7 000 zł, co potwierdzają badania rynku i kalkulacje przeprowadzone przez Odwołującego.

Odnosząc się do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art 15 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503), ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Electronic Control System, pomimo, iż złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum zaoferowało sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia.

Odwołujący stoi na stanowisku, że działanie Konsorcjum Electronic Control System stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony w 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503), tj. stanowi o sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia, przy czym działanie to zmierza do utrudnienia konkurencji w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W uzasadnieniu niniejszego odwołania, Odwołujący wskazał, iż kalkulacja ceny dokonana przez Konsorcjum Electronic Control System prawdopodobnie nie uwzględnia kosztów wszystkich prac i materiałów niezbędnych do regeneracji tablic TD oraz MD, bądź drastycznie zaniża uwzględnione koszty. Jednocześnie, działanie Konsorcjum może prowadzić do sytuacji, w której nie oferuje on Zamawiającemu całości prac składających się na przedmiot zamówienia, co z pewnością stanowi również o czynie nieuczciwej konkurencji.

Według Odwołującego nie jest słusznym, aby zamówienie uzyskał wykonawca, który przeprowadził nieprawidłowo kalkulację ceny, pomijając niezbędne prace lub zaniżając ceny za materiały lub stawki robocizny.

W ocenie Odwołującego, takie działanie nie zasługuje na aprobatę i z tego względu należy uznać, że w stosunku do Konsorcjum Electronic Control System znajduje zastosowanie również przesłanka odrzucenia na podstawie art 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Ostatecznie Odwołujący zarzucił, iż wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Electronic Control System na wezwania Zamawiającego wystosowane w 14 października 2015r. oraz 21 października 2015r. zostały niesłusznie zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w niniejszym postępowaniu nie mogły być zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący przy tym zauważył, że formularz cenowy przedstawiający ceny jednostkowe składające się na całościową cenę oferty były wyszczególnione w formularzu cenowym, który Konsorcjum pozostawiło jawnym.

W związku z powyższym, Odwołujący oświadczył, że ma wiedzę, na temat poszczególnych elementów cenowych wyliczonych przez Konsorcjum Electronic Control System.

Jednocześnie, stwierdził również, że ceny jednostkowe przedstawione w formularzu ofertowym są dla Odwołującego znane również z rynku oraz innych postępowań, w których uczestniczyło także Konsorcjum Electronic Control System.

Pismem z dnia 3 grudnia 2015r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca – Konsorcjum: Electronic Control System S.A. (Lider) i Mark ELECTRONICS M. K. (partner), zwany dalej Przystępującym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Przystępującego, odwołania wraz z załącznikami, wezwań Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 14 i 21 października 2015r. oraz z dnia 9 listopada 2015r., odpowiedzi tego Przystępującego na powyższe wezwania z dnia 19 i 22 października 2015r. oraz z dnia 13 listopada 2015r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 14 grudnia 2015r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 11 grudnia 2015r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Niemniej jednak Izba doszła do przekonania, że zarzut Odwołującego naruszenia art. 8 ust.1 i art.86 ust.4 ustawy Pzp w związku z art.11 ust.4 ustawy o znk zostały zgłoszony z naruszeniem przepisu art. 182 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp, a jako taki należało uznać za podniesiony po terminie.

Stosownie do powyższego przepisu ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Izba ustaliła, że Odwołujący pismem z dnia 30 października 2015r. wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o przekazanie mu wyjaśnień Przystępującego dotyczących rażąco niskiej ceny.

W następstwie powyższego wniosku Zamawiający w dniu 3 listopada 2015r. przekazał Odwołującemu powyższe wyjaśnienia jedynie w części nieobjętej zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z powyższych względów Izba potraktowała ten zarzut, jako spóźniony z tego powodu, że bieg terminu do wniesienia środka ochrony prawnej rozpoczął się w dniu następującym po powyższej dacie i upłynął w dniu 13 listopada 2015r., podczas gdy odwołanie zostało wniesione w dniu 27 listopada 2015r.

Dalej rozstrzygając przedmiotową sprawę Izba, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego, nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3, art.89 ust.1 pkt. 2, 3, 4, 6, art.90 ust. 3, art.91 ust.1 ustawy Pzp oraz art.15 ust.1 pkt. 1 ustawy o znk.

Podstawowymi, istotnymi zagadnieniami wymagającymi rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie były kwestie oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny i z powodu sprzeczności treści jego oferty z treścią SIWZ, a także z powodu złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, jak i oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale 10 Tomu I SIWZ – IDW w pkt. 10.1. uregulował postanowienie dotyczące opisu sposobu obliczenia ceny oferty zgodnie, z którym wykonawca, uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w

niniejszej SIWZ, powinien był w cenie ofertowej ująć wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym również koszty towarzyszące, takie jak: koszty ubezpieczenia, koszty zatrudnienia personelu, koszty utrzymania biura i zapewnienia wymaganego sprzętu, itp., niezbędne dla kompleksowego i prawidłowego wykonania zamówienia.

Ponadto Zamawiający w pkt. 10.2 wprowadził postanowienie, że cena podana w formularzu cenowym (Formularz 2.1.) powinna być ustalona przez Wykonawcę w oparciu o kalkulację własną wykonawcy. Zamawiający nie ustanawia obligatoryjnych podstaw ustalenia ceny.

Poza tym Izba stwierdziła, że Przystępujący na stronie 1 w pkt. 3 oferty zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 1 854.077, 40 zł.

Dodatkowo Przystępujący złożył na stronach od 4 do 12 formularz cenowy zawierający ceny jednostkowe za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Przechodząc do omówienia zarzutu złożenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny, Izba uznała ten zarzut za bezzasadny.

Według zapatrywania Izby Odwołujący nie mając dostępu do wyjaśnień odnoszących się do oferty Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny nie mógł w ogóle sformułować zarzutu wystąpienia błędu w obliczeniu ceny, opierając się jedynie na własnych rachubach i przypuszczeniach.

Dodatkowo należy wskazać, że Odwołujący w swoim odwołaniu nie udowodnił, że Przystępujący w ofercie nie uwzględnił wszystkich kosztów świadczenia i nie wykazał, na czym polegały owe błędy w obliczeniu ceny, a także w ogóle nie wskazał, jakie konkretne powołane wyżej ceny kwestionuje i dlaczego. Przedstawił on jedynie własne kalkulacje cenowe.

Z racji podniesienia przez Odwołującego zarzutu sprzeczności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ Izba uznała, że nie udowodnił on wystąpienia tej kolizji polegającej na niespełnieniu przez ofertę wymagania opisu sposobu obliczenia jej ceny.

Rozpoznając zarzut istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego wynikającej z treści odwołania.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Rozpatrując problem rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego należy przede wszystkim wskazać, że cena jego oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia i jest niższa o ponad 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wobec powyższego stanu rzeczy Zamawiający mógł skorzystać z cyt. wyżej przepisu prawa.

Jednocześnie w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Według Izby Przystępujący wykonał należycie powyższy obowiązek przedstawiając szczegółowe kalkulacje do zaoferowanych cen jednostkowych na stronach 13 – 25 wyjaśnień z dnia 19 października 2015r., gdzie do każdej pozycji cenowej formularza ofertowego wyliczył poszczególne koszty pracownika, koszty dojazdu pracownika, koszty zakupu materiałów, koszty produkcji materiałów, pozostałe koszty prac, zabezpieczenie prac, marżę.

Wymaga również zauważenia, że Przystępujący wykazując brak istnienia rażąco niskiej ceny wykazał istnienie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia

dostępnych dla wykonawcy (posiadanie własnego zakładu produkcyjnego) oraz oszczędność metody wykonania zamówienia w postaci know how regeneracji tablic, zamiast automatycznego ich kwalifikowania do wymiany w całości.

Izba uznała, że Przystępujący w ramach szczegółowych zapytań dotyczących poszczególnych zagadnień kosztowych udzielił wyczerpujących wyjaśnień Zamawiającemu, co pozwala na przyjęcie, że wykona on zamówienia za cenę zadeklarowaną w ofercie.

Nadto należy wskazać, że cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych innych wykonawców, niegwarantująca wykonania przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby z porównania złożonych ofert nie można wnioskować o istnieniu takiej ceny, bowiem występujące różnice cenowe oferty Odwołującego i Przystępującego nie są drastyczne – oferta Przystępującego jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert o 42%, a oferta Odwołującego o 13,2%.

Izba również stanęła na stanowisku, że ceny jednostkowe w ofercie, nie przesądzają o istnieniu rażąco niskiej ceny, lecz decyduje o tym dopiero wartość całkowita przedmiotu zamówienia.

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że zaoferowana przez Przystępującego cena nie stanowiła rażąco niskiej ceny, a zatem brak było przesłanek do odrzucenia oferty na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Powyższego zapatrywania Izby nie zmieniły dowody przedstawione przez pełnomocnika Odwołującego, które mogą, co najwyżej potwierdzać kalkulacje oferty Odwołującego, natomiast nie mają one związku z kalkulacjami i danymi przedstawionymi przez Przystępującego.

Innymi słowy propozycje ofertowe przedstawione Odwołującemu nie przesądzają o możliwościach ofertowych Przystępującego.

Dowody złożone przez Odwołującego mogą, co najwyżej ilustrować część rynku tego rodzaju zamówień, które nie mają jednak charakteru zamkniętego.

W związku z powyższym Izba uznała wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości, księgowości na okoliczność, że cena zaproponowana w

ofercie przez Konsorcjum Electronic Control System jest ceną rażąco niską, nieuwzględniającą wszystkich kosztów prac i materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, nierealną i odbiegającą od cen rynkowych w branży za powołany jedynie dla zwłoki, w warunkach, gdy zebrany w sprawie materiał dokumentacyjny jest wystarczający do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Izba nie uwzględniła również wniosku dowodowego z dokumentu prywatnego Odwołującego – opinii inż. A. K. byłego pracownika Odwołującego, bowiem przeprowadzona przez niego próba została dokonana w warunkach sprzecznych z normą PN - EN 12966, która przewiduje dla tego rodzaju czynności temperaturę otoczenia $20^{\circ} \text{C} \pm 3^{\circ} \text{C}$, co potwierdził sam autor opinii.

Ostatecznie z powyższych względów Izba przyjęła zapatrywanie, że nie potwierdził się również zarzut złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji z powodu zaferowania świadczenia poniżej jego kosztów, ponieważ Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia za kwotę zaproponowaną w ofercie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....