

WYROK
z dnia 10 października 2017r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Ernest Klauziński
Marek Koleśnikow
Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2017 r. przez Odwołującego – wykonawcę P.P.U.H.P. sp. j. B.P. z siedzibą w W., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, przy udziale wykonawcy S. S.A. z siedzibą w O., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego izalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:
.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na bieżące kompleksowe utrzymanie sygnalizacji świetlnych na drogach krajowych zarządzanych przez GDDKiA O/Warszawa, znak sprawy GDDKiA.O.WA.D-3.241.29.2017, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 czerwca 2017 r. pod nr 2017/S 120-242849.

19 września 2017 r. Zamawiający rozstrzygnął Postępowanie wybierając ofertę wykonawcy S. S.A. z siedzibą w O. (dalej „Wykonawca S”).

28 września 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wniesione zostało odwołanie wykonawcy – P.P.U.H.P. sp. j. B.P. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy S z ceną ofertową 15.676.963,16 zł brutto, pomimo że oferta zawierała rażąco niską cenę,
2. zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy S, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę,
3. objęcie wyjaśnień Wykonawcy S udzielonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp

poufnością, pomimo że nie zostały spełnione przesłanki z art. 8 ust. 3 Pzp, tj. wykonawca ten nie zastrzegł nie później niż w terminie składania ofert, że nie mogą one być udostępniane oraz nie wykazał, jakoby zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy S, pomimo że oferta ta zawierała rażąco niską cenę, a w wyniku powyższego naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej

2

dalej „Znk”, przez uznanie za najkorzystniejszą ofertę Wykonawcy S, skalkulowaną poniżej kosztów wytworzenia usług,

2. art. 8 ust. 3 i 4 Pzp przez nieuzasadnione ograniczenie Odwołującemu wglądu do wyjaśnień Wykonawcy S, pomimo że nie zostały spełnione przesłanki do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy S jako najkorzystniejszej,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem przesłanek określonych w art. 90 ust. 1-3 Pzp oraz odrzucenie oferty Wykonawcy S zawierającą rażąco niską cenę,
3. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej z poprawnie złożonych.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, jest bowiem uczestnikiem procedury przetargowej aktywnie działającym w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący sporządził i złożył ofertę, prawidłową pod względem formalnym, zgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) oraz zawierającą prawidłowo skalkulowaną i realną cenę wykonania, zawierającą w sobie również niezbędną marżę za wykonanie przedmiotu zamówienia. Z uwagi na pominięcie przez Zamawiającego faktu, że złożona przez Wykonawcę S oferta oparta została na inżynierii cenowej, tzn. zbudowana została na cenach rażąco niskich, niemożliwych do uzyskania i skalkulowanych poniżej kosztów nabycia materiałów, zaś – przy równej ocenie kryteriów „doświadczenie kierownika ds. utrzymania sygnalizacji świetlnych” oraz „czas reakcji” – kryterium ceny zadecydowało o uznaniu przez Zamawiającego oferty Wykonawcy S.

Odwołujący podkreślił ponadto, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów Pzp może ponieść bezpośrednią szkodę majątkową w postaci pozbawienia go możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia i uzyskania wynagrodzenia. Szkoda Odwołującego, obejmująca utracone korzyści za niezrealizowane zamówienie, pozostawałaby przy tym w związku przyczynowym ze wskazywanymi powyżej naruszeniami Pzp, a w szczególności zasady uczciwej konkurencji. Utrzymanie w mocy bezprawnego wyboru oferty Wykonawcy S jako najkorzystniejszej spowodowałoby pozbawienie Odwołującego możliwości wygrania przedmiotowego przetargu i uzyskania zamówienia.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że w Postępowaniu zostało złożonych pięć ofert. Kryterium oceny ofert stanowiły: cena – 60%, doświadczenie kierownika ds. utrzymania sygnalizacji świetlnych – 10% oraz czas reakcji – 30%. Wszystkie

3

złożone oferty zostały wycenione identycznie pod względem „doświadczenia kierownika ds. utrzymania sygnalizacji świetlnych” oraz „czasu reakcji”. Odwołujący zaoferował cenę brutto za wykonanie zamówienia na poziomie 16.033.380,13 zł brutto, zaś Wykonawca S – 15.676.963,16 zł brutto. Po otwarciu ofert Odwołujący przeanalizował oferty pozostałych wykonawców i podczas analizy formularza ofertowego – część „B” m.in. Wykonawcy S powziął istotne wątpliwości co do rzetelności przyjętych przez niego cen jednostkowych, o czym poinformował Zamawiającego.

Następnie, Zamawiający – pismem z 19 września 2017 r. – poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy S. Odnosząc się do sygnalizowanego przez Odwołującego rażącego zaniżenia ceny, Zamawiający poinformował, że wystosował do

Wykonawcy S wezwanie do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp, który w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego udzielił ich, zastrzegając jednocześnie treść wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający (obligatoryjnie) odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazać należy, że „rażąco niska cena” jest pojęciem autonomicznym na gruncie Pzp, w szczególności nie jest tożsama z ceną dumpingową. Z rażąco niską ceną mamy do czynienia, gdy cena ta jest nienaturalnie niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w ten sposób, że za taką cenę rozsądnie postępujący wykonawca nie może wykonać zamówienia nie ponosząc straty.

Co prawda, jak zauważył Odwołujący, wobec dominującego w orzecznictwie stanowiska, w przypadku badania ceny rażąco niskiej odnieść należy się do ceny finalnej, jednakże w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z sytuacją odmienną: podane w części „B” formularza cenowego, stanowiącego element oferty Wykonawcy S, ceny jednostkowe usług wraz z materiałem zostały w wielu miejscach drastycznie zaniżone, w taki sposób, że jako ceny poniżej kosztów zakupu samego materiału są nierealne do uzyskania na rynku, a zatem w ten sposób wykonawca ten wpłynął na wartość całkowitej ceny ofertowej.

Odnosząc się do szczegółów oferty cenowej wykonawcy S. S.A. Odwołujący wskazał, że została ona oparta w trzech punktach na cenach skalkulowanych w całkowitym oderwaniu od realiów rynkowych, nie pozwalających nawet na pokrycie części kosztów materiałów potrzebnych do wykonania tych elementów robót.

Ad 1) Cena paneli do urządzeń sterowniczych sygnalizacji świetlnej.

W poz. „montaż paneli w sterowniku” (formularz cenowy część B inne prace) konieczne było podanie ceny jednostkowej dla dostawy i montażu paneli do sterowników

4

sygnalizacji świetlnej (nazywanych również przez producentów komponentami lub modułami).

Tytułem wstępu wyjaśnić należy, że panel jest specjalistycznym urządzeniem elektronicznym, służącym do realizacji założeń prac programu sygnalizacji świetlnej. Jego konstrukcja oparta jest na płycie, na której zainstalowane są liczne podzespoły elektroniczne, która dopasowana jest do stelaża sterownika. Typy paneli i ich cena uzależniona jest od przeznaczenia. Wyróżnia się więc panele: nadzoru, obsługi serwisowej, wykonawcze itp. W praktyce kontraktów utrzymaniowych to Zamawiający decyduje o konieczności montażu lub wymiany danego panelu i określa przeznaczenie nowego, koniecznego do zamontowania na podstawie zmian w programie sygnalizacji świetlnej. Duży wpływ na zmiany paneli mają zmiany organizacji ruchu, narzucane na danym skrzyżowaniu przez Zarządcę Drogi. Wobec powyższego zakupu paneli dokonuje się pod konkretne potrzeby sytuacyjne.

W formularzu cenowym Zamawiający określił zapotrzebowanie na panele na liczbę 260 sztuk, bez zróżnicowania typów poszczególnych paneli. W treści SIWZ (Tom III: „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt II, ppkt 6) Zamawiający zawarł wymaganie, zgodnie z którym „Wykonawca zobowiązany jest stosować przy naprawach części zamiennie i materiały eksploatacyjne spełniające normy zalecane przez producentów sprzętu. Materiały oraz części zamiennie muszą być fabrycznie nowe, nie noszące śladów uszkodzeń”.

Odwołujący zaznaczył, że parametrem decydującym o przydatności danego panelu do urządzenia sterującego jest jego zgodność z typem (modelem) sterownika. Na drogach krajowych administrowanych przez Zamawiającego zainstalowane są wyłącznie urządzenia sterujące (sterowniki) dwóch producentów w następujących proporcjach: 82,15% □ D.P. sp. z o.o. (poprzednie nazwy: P.T. sp. z o.o. i I.P. sp. z o.o.) z siedzibą w M. oraz 17,85 % □ M.T.Z.S.S.R.D. sp. z o.o. z siedzibą w W.. W związku z powyższym, jedynymi producentami paneli, które pasują i mogą być wykorzystane w tego typu urządzeniach są właśnie ww. firmy, u których Odwołujący stale zaopatruje się w materiały. Podkreślić należy, że nie istnieje możliwość wykorzystania w urządzeniach sterujących ww. producentów paneli innych producentów, przy czym zaznaczyć trzeba że do sterowników danego producenta można zamontować jedynie panele jego produkcji (nie można ich używać zamiennie ponieważ nie są uniwersalne). Zupełnie na marginesie wskazać należy, że są inni producenci sterowników jednakże ich panele nie są kompatybilne z ww. sterownikami

zabudowanymi na drogach krajowych Zamawiającego.

Wykonawca S wycenił dostawę i montaż paneli na 297,00 zł/szt. (77.220,00 zł całość), Odwołujący na 1.900,00 zł/szt. (494.000,00 zł całość), wykonawca E.E.P.

5

sp. z o.o. – 2.000,00 zł/szt. (520.000,00 zł całość), a wykonawca E.C.S. S.A. – 5.000,00 zł/szt. (1.300.000,00 zł całość).

Według dostępnych ofert rynkowych producentów paneli przedziały cenowe samego materiału, tj. paneli do sterowników, w zależności od ich typów wahają się od 450,00 zł do 5.400,00 zł. W związku z tym, że sterowników firmy

D.P. sp. z o.o. na drogach objętych Zamówieniem jest 138 szt. (82,15%) a M.T. jest 30 szt. (17,85%) do poprawnej kalkulacji potrzebne jest wyciągnięcie średniej ważonej.

Podkreślić należy, że dystrybucja specjalistycznych paneli do urządzeń sterowniczych odbywa się bezpośrednio przez ich producentów, z którymi Odwołujący się stale współpracuje z racji bieżącego wykonywania działalności gospodarczej w branży sygnalizacji świetlnej.

Co prawda wyjaśnienia udzielone przez Wykonawcę S zostały utajnione, jednak Odwołujący podkreśla, że nie jest możliwe uzyskanie przez tego wykonawcę ceny materiałów w wysokości 297,00 zł za jeden panel wraz z usługą montażu. Trzeba mieć również na uwadze, że cena materiału jest tylko jednym z elementów wyceny pozycji kosztorysowej „montaż paneli w sterowniku” i nie uwzględnia koniecznych kosztów: dojazdu, robocizny wyspecjalizowanej osoby, posiadającej uprawnienia elektryczne w zakresie eksploatacji, czy utylizacji wymienianego panelu. W ocenie Odwołującego, wycena tego kluczowego technologicznie elementu robót, stanowiła oczywistą manipulację cenową Wykonawcy S.

Co więcej, biorąc pod uwagę, że Wykonawca S w ostatnim czasie zaangażowany był na kilku kontraktach jako wykonawca, podwykonawca lub konsorcjant, a także brał udział w przetargach na utrzymanie sygnalizacji świetlnej Odwołujący wystąpił do obu wymienionych powyżej producentów paneli z zapytaniem o ewentualną wielkość zakupów lub zapytań ofertowych ze strony Wykonawcy S i innych oferentów występujących w tych postępowaniach, wytypowanych przez Odwołującego na podstawie lokalizacji prowadzonych robót oraz znajomości lokalnych rynków, jako potencjalnych partnerów dotyczących przedmiotowych paneli.

W odpowiedzi Odwołujący uzyskał informację, że ani Wykonawca S, ani współpracujący z nim kooperanci nie składali zamówień do producentów paneli, ani nawet zapytań ofertowych, które choć w części mogłyby przybliżyć się do wymaganej przez Zamawiającego ilości 260 paneli.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, udowodnione ponad wszelką wątpliwość jest, że Wykonawca S nie skalkulował oferowanej przez siebie ceny jednostkowej za „montaż paneli w sterowniku” na zasadach odpowiadających warunkom rynkowym,

6

a zatem, że zaoferowana przez niego cena jest niemożliwa do uzyskania i w konsekwencji rażąco zaniżona.

Rozważając uzasadnienie rynkowe ceny za powyższy element robót, z uwzględnieniem średniej ceny paneli nawet tańszego z ww. producentów, w tym przypadku firmy M.T., tj. 1.600,00 zł, Odwołujący wskazał, że w ramach zaoferowanej za 260 paneli ceny, Wykonawca S mógłby zakupić najwyżej 48 paneli. Oznaczałoby to, że pozostałe 212 paneli musiałyby posiadać w zapasie, co jak wykazano wyżej, nie jest prawdą.

Odwołujący dodał, że powyższe obliczenia zostały dokonane w sposób najbardziej korzystny dla Wykonawcy S i nie uwzględniają ani ceny robocizny, ani zysku, a w szczególności faktu, że sterowniki firmy M.T. stanowią jedynie 17,85% łącznej ilości sterowników zainstalowanych na drogach objętych zamówieniem.

Mając na względzie przedstawione obliczenia wskazać należy, że już tylko rzetelna kalkulacja przez Wykonawcę S omawianego elementu oferty na (minimalnym) poziomie rynkowym w zakresie zakupu samego materiału (i bez uwzględnienia kosztów robocizny), zwiększyłaby – przy przemnożeniu średniej ceny jednostkowej panela przez ilość 260 szt. –

jego cenę ofertową do wartości 416.000,00 zł netto (tj. 511.680,00 zł brutto), a więc o 338.780,00 zł netto (tj. 416.699,40 zł brutto) wyższą od oferty Odwołującego, biorąc pod uwagę tylko tę jedną pozycję kosztorysu „montaż paneli w sterowniku”.

Przekładając powyższe na łączną cenę ofertową Wykonawcy S oznaczałoby to konieczność jej zwiększenia do kwoty brutto 16.093.662,56 zł, co uzasadnia wniosek, że korekta wyłącznie tego jednego elementu ofertowego spowodowałaby, że oferta Odwołującego byłaby tańsza od oferty Wykonawcy S o 60.282,43 zł brutto.

Ad. 2) Cena kabli sygnalizacyjnych i zasilających oraz wykonanie pętli indukcyjnych

Na drogach będących w zarządzie GDDKiA Oddział Warszawa ułożone są kable sygnalizacyjne typu YKSY 37 x 1,5mm² oraz YKSY 48 x 1,5mm², które stanowią zdecydowaną większość ilościową, przewidzianą przez Zamawiającego w Formularzu cenowym („montaż kabli sygn. lub zasilających”). Podkreślić należy, że ta pozycja formularza cenowego powinna uwzględniać zarówno zakup kabla (po cenie rynkowej), jak i jego montaż.

Z kolei, w pozycji kosztorysowej „montaż lub naprawa pętli indukcyjnej” Zamawiający zawarł całokształt czynności, zmierzających do osiągnięcia rezultatu w postaci wykonania w nawierzchni drogi pętli indukcyjnej, regulującej cykl pracy sygnalizacji świetlnej w przypadku najeżdżania na nią pojazdu.

7

Wykonanie pętli indukcyjnej poprzedzone jest koniecznością dopełnienia czynności projektowo-administracyjnych: wdrożenia projektu czasowej organizacji ruchu zgodnie z wymaganiami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 23 września 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków zarządzania ruchem na drogach oraz wykonywania nadzoru nad tym zarządzaniem (Dz.U. 2017.784 j.t.).

Kolejnym etapem jest wykonanie cięcia po uprzednim wyznaczeniu obrysu pętli na jezdni za pomocą pił tarczowych z tarczami diamentowymi równomiernego rowka na głębokość 5-7 cm w nawierzchni drogi, zgodnie z przyjętymi zasadami bezpieczeństwa w tym m.in. konieczności prowadzenia w/w prac przez dwóch pracowników.

W następnej fazie robót, w wyciętym i wyprofilowanym otworze w drodze oczyszczonym dmuchawą umieszcza się na wstępnie przygotowanym podłożu piaskowym kilka zwoi przewodów tworzących pętlę kablową, zabezpieczając ją uprzednio wsypanym do środka szczeliny piaskiem.

Wreszcie, końcowa faza instalacji pętli indukcyjnej polega na zalaniu otworu wraz z ułożonym już kablem specjalną masą zalewową.

Zaznaczyć przy tym należy, że występują różne typy pętli indukcyjnych, wpływające na czasochłonność ich wykonywania: od najprostszej – regularnego kwadratu 2 x 2 m, przez podłużne 20 x 1m, aż po skomplikowane podwójne trapezy, wykonywane na potrzeby pojazdów jednośladowych. Czas wykonywania takich pętli waha się – w zależności od typu – od około 2h (pętla 2 x 2m) do 5h (pętla 20 x 1m), przy założeniu pracy specjalistycznej ekipy składającej się z co najmniej 2 osób. Konieczne jest także prawidłowe podłączenie wykonanej pętli oraz jej sprawdzenie (wykonanie prób końcowych).

Porównując złożone przez Wykonawcę S w obu ww. pozycjach oferty cenowe z ofertami pozostałych (niewykluczonych) wykonawców, wskazać należy, że oferty te przedstawiają się następująco:

Lp. Ilość (mb.) Wykonawca S Odwołujący EEP. ECS.

Montaż kabli sygnałowych 16,20 zł 39,00 zł 18,00 zł 50,00 zł

3.800 lub (61.560,00 zł) 148.200,00 zł 68.400,00 zł 190.000,00 zł

zasilających

Montaż lub naprawa 11,70 zł 39,00 zł 32,00 zł 45,00 zł

pętli 4.800 56.160,00 zł 187.200,00 zł 153.600,00 zł 216.000,00 zł indukcyjnych

Cennik dla kabli sygnalizacyjnych lub zasilających typu YKSY 37 x 1,5mm² oraz YKSY 48 x 1,5mm² Odwołujący załączył do odwołania. Minimalne ceny tych kabli wahają się w granicach 18,69 zł – 23,00 zł netto za metr bieżący. Zgodnie z wymaganiem

8

Zamawiającego konieczne było wycenienie ułożenia kabli sygnalizacyjnych i/lub zasilających, co nie jest tożsame z ułożeniem tzw. przewodu, który jest tańszy i nie nadaje się do instalacji w ziemi.

Tym samym, nie jest możliwe realne wykonanie ułożenia specjalistycznych, sygnalizacyjnych kabli typu YKSY za zaproponowaną przez Wykonawcę S cenę 16,20 zł netto za mb.

Z kolei, odnosząc się do kosztów montażu lub naprawy pętli indukcyjnych, wskazać należy, że zgodnie z Tomem III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt 1.2 ppkt 7, 9, 10, 12, Zamawiający wymagał wykonywania ich montażu w porze nocnej.

Wobec kalkulacji pracy przy powyższego, dokonując jedynie kosztów wykonaniu najmniejszej pętli indukcyjnej (o wymiarach 2 x 2m, czyli 8 mb pętli), tj. mnożąc minimalną stawkę godzinową wynagrodzenia pracownika 13 zł brutto (z ewentualnym dodatkiem za pracę w porze nocnej) x minimalną ilość godzin do wykonania pętli 2h oraz dodając do tego niezbędne koszty: farby bądź innego materiału do wyznaczenia obrysu pętli na jezdni, paliwa zasilającego do piły, zużycia tarczy diamentowej, oczyszczenie wyciętego rowka pętli dmuchawą, ułożenia kabla wraz z materiałem, koniecznych surowców (piasku i zalewy), jak też transportu, oznakowania na czas robót i mażę stwierdzić należy, że minimalny koszt wykonania takiej pętli indukcyjnej to około 300,00 zł netto.

Wobec powyższego nie było możliwe przyjęcie za wiarygodnego podanego przez Wykonawcę S kosztu 11,70 zł za metr bieżący, jako całkowicie oderwanego od realiów rynkowych. Przy takiej stawce za metr bieżący pętli, koszt wykonania najmniejszej pętli 2 x 2m wynosiłby: 8 mb x 11,70 zł = 93,60 zł netto za całą pętlę indukcyjną. Zaznaczyć przy tym należy, że pętla kwadratowa o rozmiarach 2 x 2 m jest najmniejszą, najmniej skomplikowaną i czasochłonną ze spotykanych na drogach Zamawiającego, zaś w przypadku wykonywania pętli podłużnej o wymiarach 20 x 1m, koszty te byłyby o wiele wyższe.

W ocenie Odwołującego, zaoferowanie tak niskich, kluczowych dla ostatecznego ukształtowania ceny ofertowej, cen jednostkowych, w szczególności wobec udowodnienia nieadekwatności tych cen do ofert rynkowych oraz cen oferowanych przez pozostałych wykonawców, musiało uzasadniać dokonanie przez Zamawiającego czynności określonych w przepisie art. 90 Pzp, a więc zwrócenie się do Wykonawcy S o udzielenie stosownych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, z uwzględnieniem wyłącznie obiektywnych czynników, w szczególności wymienionych w art. 90 ust. 2 Pzp, a w razie uznania tych wyjaśnień za nieprzekonywujące – odrzucenie oferty, stosownie do art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Tymczasem z pisma Zamawiającego z 19 września 2017 r. wynika, że co prawda formalnie zwrócił się do Wykonawcy S o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, jednakże jego odpowiedź jest nieweryfikowalna z powodu jej sprzecznego z przepisami Pzp utajnienia. Odwołujący wyraził jednak pewność, że –

wobec przedstawionych powyżej wyliczeń i dowodów – zasadny jest zarzut, że Zamawiający nie dokonał oceny wyjaśnień Wykonawcy S pod kątem kryteriów, wyszczególnionych w art. 90 ust. 3 Pzp, w tym rzeczywistych kosztach materiałów, surowców oraz robocizny. Nie dokonanie takiej analizy przez Zamawiającego stanowi ewidentne naruszenie przepisów Pzp, gdyż procedura przewidziana w art. 90 Pzp ma charakter obligatoryjny.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien w sposób szczegółowy przeanalizować wszystkie wyjaśnienia, dowody i obliczenia, i w sposób obiektywny (tj. z uwzględnieniem powyżej wskazanych kryteriów rynkowych), rzetelność sporządzonej kalkulacji cenowej. Nawet przy wykazaniu ewentualnych oszczędności w wykonaniu zamówienia (np. przez mażę w zakupie materiałów), nie jest możliwe wykonanie wskazanych elementów zamówienia poniżej kosztów nabycia materiałów i robocizny. Krytyczna analiza wyjaśnień powinna w sposób jednoznaczny wykluczyć rzetelność zaoferowanej przez Wykonawcę S oferty, względnie potwierdzić złożenie oferty poniżej progu opłacalności, co uzasadnia odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Stosownie do art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zgodnie z wytyczną z art.

7 ust. 1 Pzp, Zamawiający winien przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W ocenie Odwołującego, z uwagi na niejako usankcjonowanie przez Zamawiającego oferty Wykonawcy S, opartej na cenach rażąco niskich, powyższa zasada została w sposób ewidentny naruszona.

Odwołujący podał również, że stosownie do art. 8 ust. 2 Pzp, Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, 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 o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

10

Odwołujący przytoczył wyrażone w orzecznictwie Izby poglądy na pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa i obowiązki wykonawcy chcącego zastrzec określone informacje i wskazał, że lektura dostępnej oferty Wykonawcy S uzasadnia wniosek, że żaden z warunków skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie został spełniony. W szczególności wykonawca ten do upływu terminu składania ofert nie dokonał stosownego zastrzeżenia, nie wykazał wystąpienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w znaczeniu art. 11 ust. 4 Znk, jak również nie wskazał, jakie informacje mają podlegać tajemnicy przedsiębiorstwa.

Na poparcie zarzutów odwołania Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. pisma Odwołującego z 14 września 2017 r. do D.P. sp. z o.o.,
2. pisma Odwołującego z 14 września 2017 r. do M.T.Z.S.S.R.D. sp. z o.o.,
3. pisma D.P. sp. z o.o. z 20 września 2017 r., stanowiącego odpowiedź na pismo Odwołującego,
4. pisma M.T.Z.S.S.R.D. sp. z o.o. z 19 września 2017 r., stanowiącego odpowiedź na pismo Odwołującego,
5. dokumentacji fotograficznej (10 zdjęć) obrazującej wykonanie pętli indukcyjnej,
6. faktury VAT FV/1427/LE1 z 21 marca 2017 r. na zakup kabli.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując w następujący sposób.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy S Zamawiający podał, że pismem z 28 sierpnia 2017 r. wezwał Wykonawcę S do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Jak wskazano w ww. piśmie wątpliwości Zamawiającego co do możliwości realizacji wzbudziła część składowa ceny oferty tj. cena jednostkowa pozycji „Montaż paneli w sterowniku” kosztorysu ofertowego cz. B.

Zamawiający zwrócił uwagę, że cena całkowita oferty Wykonawcy S (15.676.963,16 zł) nie budziła wątpliwości, ponieważ nie odbiegała znacząco od ceny całkowitej oferty Odwołującego, tj. 16.033.380,13 zł (różnica cen obu ofert wynosiła zaledwie 2,22%). Ponadto, cena całkowita oferty Wykonawcy S była o 25,06% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem Postępowania, jak również o 8,22% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, wobec czego Zamawiający nie miał obowiązku zwracania się o udzielenie wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp.

11

Wątpliwości Zamawiającego wzbudził jedynie element składowy oferty, tj. cena jednostkowa pozycji „Montaż paneli w sterowniku” kosztorysu ofertowego cz. B. Według posiadanych przez Zamawiającego informacji panele są produkowane jedynie przez producentów sterowników do sygnalizacji świetlnych, panele pochodzące od jednego producenta nie są kompatybilne ze sterownikami innych producentów, brak jest możliwości zakupu paneli „nieoryginalnych”, jak również nie ma możliwości zakupu części zamiennych z innych źródeł niż u producenta sterownika.

W konsekwencji Zamawiający uznał, że z uwagi na specjalistyczny charakter tej części zamówienia możliwości uzyskania przez wykonawców oszczędności w wykonaniu tej części zamówienia są bardzo ograniczone. Ponadto różnica wartości tylko tej pozycji kosztorysowej pomiędzy dwoma najtańszymi ofertami była znaczna, wobec czego Zamawiający uznał, że ta pozycja miała wpływ na wysokość ceny ofertowej.

1 września 2017 r. Wykonawca S udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający po jej analizie oraz załączonych do pisma dokumentów uznał, że Wykonawca S wywiązał się z obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 2 Pzp wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. W związku z tym w ocenie Zamawiającego nie wystąpiły okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty Wykonawcy S na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający podkreślił, że ze względu na objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, pełne stanowisko w zakresie przedmiotowego zarzutu zawarł w załączniku nr 1 do odpowiedzi na odwołanie.

Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że jego wątpliwości nie wzbudziła wskazana w ofercie cena jednostkowa za montaż kabli sygnalizacyjnych lub zasilających oraz montaż lub naprawę pętli indukcyjnych. Zamawiający wziął pod uwagę fakt, że są to produkty ogólnodostępne na rynku, które można nabyć u wielu producentów. Produkcja ich może być również jednym z przedmiotów działalności wykonawcy, dzięki czemu on sam może ustalać, za jaką kwotę zaoferuje ten produkt Zamawiającemu. Ponadto, różnica u obydwu wykonawców, tj. Odwołującego i Wykonawcy S w cenach jednostkowych tych dwóch pozycji nie była tak znacząca, żeby zaważyć na łącznej cenie ofertowej i na ostatecznym wyborze wykonawcy, dlatego też nie wystąpiono z zapytaniem o wyjaśnienie cen wskazanych w kosztorysie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 i 4 Pzp Zamawiający stwierdził, że w świetle orzecznictwa Izby dopuszczalne jest zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa także na późniejszym etapie postępowania, w odniesieniu do informacji przekazywanych po upływie terminu składania ofert. W ocenie Zamawiającego użyte w treści przepisu art. 8 ust. 3 Pzp pojęcie „wykazał” należy rozumieć, jako „rzeczowo uzasadnił”. Nie budzi wątpliwości

12

fakt, że oświadczenie jest także środkiem dowodowym, za pomocą którego można wykazać określone okoliczności, jeśli zawiera rzetelną, logiczną i rzeczową argumentację, z powołaniem się na obiektywne fakty podlegające weryfikacji.

Wykonawca S w wyjaśnieniach przedstawionych w piśmie 1 września 2017 r. zastrzegł, że przedmiotowe wyjaśnienia wraz z załącznikami stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. W związku z tym, w ocenie Zamawiającego został dochowany termin na zastrzeżenie informacji. Ponadto Zamawiający uznał za przekonujące przedstawione przez Wykonawcę

S uzasadnienie zastrzeżenia informacji. W ocenie Zamawiającego Wykonawca S wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż w świetle jego oświadczenia podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji, w szczególności podpisując stosowne umowy z pracownikami spółki, jak również informacje te stanowią wartość gospodarczą dla Wykonawcy S, gdyż ujawniają samodzielnie wypracowaną metodę wyceny kosztów realizacji kontraktu i kalkulacji ceny ofertowej.

W załączniku do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający odniósł się do treści zastrzeżonych przez Wykonawcę S wyjaśnień wskazując na przedstawienie mu oferty kontrahenta Wykonawcy S.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca S, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba stwierdziła, że przystąpienie spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 Pzp, wobec czego postanowiła o dopuszczeniu Wykonawcy S (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Przystępujący w piśmie procesowym z 9 października 2017 r. przedstawił następujące stanowisko.

W zakresie zarzucanego Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Wykonawca S podniósł, że Zamawiający słusznie ocenił złożone przez niego wyjaśnienia dotyczące ceny zaoferowanej w zakresie pozycji „montaż paneli w sterowniku” jako wykluczające możliwość odrzucenia oferty na podstawie ww. przepisu. Stosownie do wezwania ze strony Zamawiającego Przystępujący dokonał rozbicia ceny jednostkowej w tej pozycji na poszczególne elementy cenotwórcze tj. koszt materiału, koszt robocizny, zysk.

Rzetelność tej kalkulacji została potwierdzona załączoną do wyjaśnień ofertą

otrzymaną od dostawcy. Zaoferowana przez niego cena nie budziła wątpliwości Przystępującego. Po otrzymaniu wezwania do wyjaśnienia wyceny ww. pozycji dostawca został poproszony o potwierdzenie zaoferowanej ceny. W odpowiedzi wskazał, że w związku z aktualną realizacją przez siebie usług utrzymania sygnalizacji na terenie Miasta Szczecina oraz ZDW, w tym utrzymania sterowników użytkowanych przez Zamawiającego, posiada na stanie znaczącą liczbę paneli do montażu w sterownikach, co m.in. umożliwiło mu

13

zaoferowania wskazanej ceny jednostkowej. Przystępujący nie miał podstaw do zakwestionowania tych wyjaśnień.

Niezależnie od żądania przedstawienia rozbicia ceny jednostkowej pozycji „montaż paneli w Wykonawca S uczynił zadość kolejnemu żądaniu sterowniku” Zamawiającego, tj. sposobu wyliczenia przedstawienia całościowej

ceny oferty.

Przystępujący przedstawił kalkulację wyliczenia tej ceny wraz z podaniem założeń do jej obliczenia. Również wyjaśnienia w tym zakresie obalały możliwość przyjęcia, że wycena pozycji „montaż paneli w sterowniku” skutkuje powstaniem rażąco niskiej ceny.

Istotne znaczenie dla uznania wyjaśnień Przystępującego jako obalających podejrzenie rażąco niskiej ceny w związku z zaoferowaną dla pozycji „montaż paneli w sterowniku” ceną miała okoliczność wykazania przez niego uwzględnienia w kalkulacji cenowej kontraktu stosownej rezerwy cenowej w pozycjach zysk oraz „nieprzewidziane wydatki”. Wartość tych pozycji, nawet przy uwzględnieniu wskazywanego przez Odwołującego, jako właściwego, kosztu pozycji „montaż paneli w sterowniku” wynoszącego 1.600 zł, uniemożliwia przyjęcie, że wykonanie zamówienia przez Przystępującego spowoduje po jego stronie stratę.

Wykonawca S zwrócił uwagę na specyfikę przedmiotu zamówienia, która winna była zostać uwzględniona przez wykonawców przy kalkulacji ceny oferty. W odniesieniu do części B nie został określony zakres rzeczowy zamówienia. Jak wynika z pkt IV.2 OPZ „Ilości poszczególnych pozycji kosztorysu B stanowią jedynie podstawę do wyliczenia kwoty całościowej kosztorysu, a więc wyczerpanie się jednej z pozycji asortymentowych nie oznacza, że nie można jej zlecać do wykonania”. Zatem zgodnie z warunkami umowy Zamawiający może zamawiać dowolne ilości usług/dostaw wymienionych w kosztorysie dla części B, a granicą w tym zakresie jest jedynie wartość całej oferty. Stosownie do § 3 ust. 4 projektu umowy „w przypadku wyczerpania kwoty wynagrodzenia w ust. 1 przed terminem zakończenia umowy określonym w § 2, Umowa ulega rozwiązaniu”. Zakres części B (ilości) nie jest choćby w najmniejszym stopniu gwarantowany. Zamawiający może zatem w ogóle nie skorzystać z pozycji kosztorysowych części B. Konsekwencje powyższego przekładają się na trudność z ustaleniem wartości kosztorysowej, co widać szczególnie wyraźnie w przypadku pozycji „montaż paneli w sterowniku”. Zamawiający nie określił bowiem typów paneli objętych przedmiotową pozycją. Z kolei, choćby w oparciu o dowody złożone przez Odwołującego widać, że wartość wyjściowa paneli dla sterowników tylko dwóch producentów sterowników (M. oraz D.) mieści się w przedziale 450 zł – 5.400 zł. Uwzględniając warunki zamówienia Zamawiający z jednej strony uprawniony jest do zamówienia wyłącznie najdroższych paneli, z drugiej natomiast strony może zamówić włącznienajtańsze panele.

14

W tych okolicznościach niezasadne jest twierdzenie Odwołującego, że wartość przedmiotowej pozycji winna była zostać skalkulowana na poziomie nie niższym niż 1.600 zł.

Zarzut Odwołującego, że cena ofertowa w omawianej pozycji może nie pokryć kosztów w zakresie realizacji tego zakresu zamówienia odnosi się analogicznie do oferty Odwołującego. Zaoferowana przez niego cena 1.900 zł również jest nieadekwatna do kosztu niektórych typów paneli, jakie Zamawiający może zamawiać, a które w ofercie dla Odwołującego skalkulowane zostały przez producenta na kwotę 5.400 zł. Okoliczności te potwierdzają wybiórczy charakter argumentacji Odwołującego.

Uwzględniając wskazaną wyżej specyfikę zamówienia uzasadnione było powoływanie się przez Przystępującego w złożonych wyjaśnieniach na założony zysk dla całości zamówienia przy wykazywaniu braku istotnego znaczenia wyceny przedmiotowej pozycji na wyliczenie ceny.

Wykonawca S dodał, że nie występuje osobna pula środków dla części A i B zamówienia – mamy do czynienia z jednym wynagrodzeniem będącym sumą wartości wskazanych w ofercie dla obu części. Stosownie do § 3 ust. 4 projektu umowy w przypadku wyczerpania kwoty wynagrodzenia (a nie danej części wynagrodzenia, które z resztą nie są wyodrębniane) przed terminem zakończenia umowy określonym w § 2, umowa ulega rozwiązaniu. Skoro rozliczenie za prace dotyczące „montażu paneli w sterowniku” odbywać się ma w ramach jednej kwoty (cena oferty – sumy wartości za części A i B), to uzasadnionym jest odnoszenie zysku przewidzianego choćby dla części A również do kosztów realizacji części B.

Przystępujący stwierdził ponadto, że Odwołujący w sposób nierzetelny, nieuwzględniający postanowień SIWZ, przedstawia jego zdaniem właściwy poziom cenowy pozycji „montaż paneli w sterowniku”.

Zauważył, że jako najniższy dopuszczalny poziom wyceny pozycji „montaż paneli w sterowniku” Odwołujący przyjął wartość 1.600 zł, stanowiącą średnią cenę paneli firmy M.T., obliczoną w oparciu o ofertę otrzymaną od tego producenta. Podanie tej wartości jest przykładem nierzetelności Odwołującego. Należy bowiem zauważyć, że SIWZ w ogóle nie określa jakie typy paneli należało wycenić w przedmiotowej pozycji. Już choćby w oparciu o przedstawioną przez Odwołującego ofertę z firmy M. (450 zł – cena wyjściowa najtańszego panelu) możliwe jest przyjęcie dopuszczalności wyceny 1 panelu na poziomie 423 zł netto (450 zł - 6% rabatu), a nie jak wskazuje Odwołujący 1.600 zł. Podstawą do takiego przyjęcia jest ustalenie, że w świetle SIWZ nie można wykluczyć sytuacji, w której Zamawiający zamawiał będzie wyłącznie najtańsze panele ZSI. Z kolei, ewentualna okoliczność

15

zamawiania droższych typów paneli stanowiła typowe ryzyko gospodarcze wykonawcy, które podjął nie tylko Przystępujący, ale i Odwołujący.

Zarówno kwota ofertowa Odwołującego 1.900 zł, jak i podawana przez niego w odwołaniu kwota 1.600 zł zostały przyjęte w sposób arbitralny, a żadna z nich nie zapewnia pokrycia kosztów droższych modeli paneli.

Niewątpliwie z zestawienia kwot podawanych przez Odwołującego i przyjętej przez niego wyceny jednoznacznie wynika, że dopuszczał on i sam zastosował wycenę paneli poniżej cen rynkowych znacznej części modeli. Odwołujący podjął więc pewnego rodzaju ryzyko gospodarcze, które sprowadza się do tego, że założył, że nie będzie realizowany najdroższy teoretycznie możliwy scenariusz. Możliwość kalkulowania realizacji zamówienia, przy przyjęciu przez wykonawcę ryzyka gospodarczego jest oczywista. Nie można bowiem oczekiwać, że w warunkach konkurencji każdy wykonawca przyjmie takie same maksymalnie bezpieczne założenia kalkulacyjne. Co więcej, analizując treść SIWZ, można uznać, że na ryzyko takie godził się Zamawiający, by nie powiedzieć, że sugerował jego podjęcie. Wniosek taki wynika z analizy formularza cenowego. Zamawiający bowiem, mimo istnienia na rynku wielu modeli paneli, przewidział tylko jedną pozycję, tj. „montaż panela w sterowniku” i możliwe było podanie tylko jednej ceny za tą usługę. Przy braku jakichkolwiek bardziej precyzyjnych danych co do ilości poszczególnych rodzajów paneli i co do sposobu uśrednienia ceny, wykonawcy byli zmuszeni do wyceny z przyjęciem elementu ryzyka.

Przystępujący dodał, że w świetle treści SIWZ możliwą jest sytuacja, w której w oparciu o przedmiotową pozycję Zamawiający zamawiał będzie panele do innych sterowników niż wyłącznie D. oraz M. Przykładowo, jeżeli w ramach realizacji usług utrzymaniowych (cz. A), czy innych (cz. B) Przystępujący zainstaluje nowy sterownik, np. firmy A., to oczywistym jest, że w odniesieniu do niego możliwe będą w dalszej kolejności prace polegające na montażu paneli, w oparciu o wynagrodzenie kosztorysowe. Nierzetelnym było zatem przyjęcie przez Odwołującego do wzorcowej wyceny wyłącznie paneli do konkretnych modeli sterowników, których ceny rynkowe są zresztą niższe niż podane przez Odwołującego.

Przystępujący zakwestionował ponadto podawane przez Odwołującego ceny paneli do sterowników M. oraz D..

Wskazał, że ceny te pochodzą z ofert uzyskanych po terminie składania ofert, a zatem na użytek zakwestionowania wyceny sporządzonej przez Przystępującego. Ponadto, skoro Odwołujący zaoferował cenę 1.900 zł za panel, a co należy przyjąć w świetle treści odwołania, obliczył tę cenę według średniej ważonej cen paneli do sterowników M. oraz D.,

która przy uwzględnieniu przedstawionych cen wyjściowych winna wynosić ok. 2.800 zł, to tym samym Odwołujący potwierdził, że w odniesieniu do sterowników M. oraz D. możliwym jest uzyskanie rabatu na poziomie co najmniej 32%. Przy uwzględnieniu takiego poziomu rabatu Odwołujący sam potwierdził, że możliwym jest zakupienie panelu do sterownika M. po cenie ok. 303 zł netto. Jest to kolejna okoliczność, która wyklucza możliwość przyjęcia, że cena Przystępującego 297 zł netto/szt. jest rażąco niska.

Przystępujący dodał, że faktyczna wysokość rabatów dostępnych u producentów sterowników jest znacznie wyższa, co tym bardziej uzasadniało zaoferowaną przez niego cenę paneli z montażem w kwocie 297 zł netto.

Podkreślił również, że niezależnie od treści udzielonych przez niego wyjaśnień kwestionowana przez Odwołującego wycena pozycji kosztorysu tj. „montaż paneli w sterowniku”, jako niestanowiąca istotnej części składowej zamówienia, nie może leżeć u podstaw odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Uzasadniając powyższe podał, że choćby w oparciu o ceny przedstawione przez Odwołującego możliwe jest zakupienie modułów (paneli) do sterowników po cenie wyjściowej (bez rabatu) 450 zł netto. Przyjmując z ostrożności tę wycenę „nieoszacowanie” kosztów Przystępującego dla tej pozycji wynosiłoby 39.780 zł netto. Wartość ta stanowi jedynie 0,31% cenyofertowejPrzystępującego.

Ponadto, gdyby nawet przyjąć do wyceny wartość podaną przez Odwołującego (1.600 zł), przy uwzględnieniu możliwego do uzyskania w świetle dowodów Odwołującego rabatu (32%), tj. kwotę 1.080 zł/szt., to niedoszacowanie kosztów Przystępującego wynosiłoby 203.580 zł. Kwota ta stanowi z kolei jedynie 1,59% ceny oferty Przystępującego. Ponadto, gdyby nawet nie uwzględnić wskazanego wyżej rabatu przy cenie za panel wynoszącej 1.600 zł, to niedoszacowanie kosztów wynosiłoby 416.000 zł, tj. 3,2% ceny oferty Przystępującego.

Uwzględniając wskazane wyżej wartości nie sposób przyjąć, że wartość pozycji „montaż paneli w sterowniku” stanowi istotną część składową ceny całej oferty. Uzasadniają to dodatkowo następujące okoliczności.

Po pierwsze – Zamawiający nie określił zakresu przedmiotowego pozycji, gdyż ilość 260 sztuk podana została wyłącznie w celu obliczenia wartości kosztorysowej. Zamawiający może zamówić zarówno więcej jak i mniej paneli.

Po drugie – Zamawiający nie określił poszczególnych rodzajów/modeli paneli, które mają być montowane.

Przystępujący podniósł, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z powołaniem się na rażąco niską cenę jednej z pozycji kosztorysowych warunkowane jest wykazaniem istotności tej pozycji. Nie jest wystarczające w tym zakresie wykazanie, że wartość dowolnej pozycji kosztorysowych została obliczona poniżej realnych kosztów wykonawcy. W sytuacji, gdy wartość takiej pozycji jest marginalna dla całości wartości zamówienia nie sposób mówić o jej istotności. Warunkiem odrzucenia oferty w tych okolicznościach jest zatem wykazanie, że zaniżenie wyceny danej pozycji skutkować będzie poniesieniem przez wykonawcę straty na całym kontrakcie. Okoliczności tej Odwołujący nie wykazał.

Odwołujący nie wykazał ponadto, że gdyby Przystępujący rzetelnie oszacował koszty ww. pozycji, to cena jego oferty byłaby wyższa od ceny oferty Odwołującego. Przystępujący wykazał z kolei, że kwota 1.600 zł za panel przyjęta jest w sposób dowolny, a ponadto podana ilość zamawianych paneli, które zostaną zamówione (260 sztuk) również jest dowolna, gdyż Zamawiający w ogóle nie określił zakresu rzeczowego dla tej pozycji.

Nie może również ująć uwadze, że cena oferty Wykonawcy S stanowi 97,77% ceny oferty Odwołującego. Różnica jest więc nieznaczna, co dowodzi, że cena oferty Przystępującego nie jest ceną rażąco niską. W przeciwnym razie również cena oferty Odwołującego byłaby ceną rażąco niską. Co więcej, w sytuacji, gdy całościowe ceny obu ofert są do siebie tak zbliżone to oczywistym jest, że w ofercie Odwołującego występują pozycje, których wartość jest niższa niż w ofercie Przystępującego. Stosując „jednostkowe” podejście Odwołującego także i jemu można by postawić zarzut rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wielu pozycji oferty. Stwierdzić zatem należy, że występują różnice cenowe

między ofertami, ale nie rażąco niska cena. Powyższe jest po prostu wynikiem zastosowania odmiennych metod kalkulacji ceny oferty.

W kwestii zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk Wykonawca S stwierdził, że przesłanki zastosowania ww. przepisu Znk nie zostały wypełnione z kilku względów.

Po pierwsze, jak wykazano powyżej, nie miało miejsca oferowanie realizacji usług poniżej kosztów ich wytworzenia.

Po drugie, utrudnianie dostępu do rynku nie może ograniczać się w jednostkowej transakcji. Jednostkowy przypadek nie może stanowić utrudnienia do dostępu do rynku, jako całości. Naturalnym jest, że w mechanizmie konkurencji, wykonawcy ubiegają się o zamówienie publiczne i z natury rzeczy uzyskanie zamówienia przez jednego wykonawcę łączy się z brakiem możliwości jego uzyskania przez innego. W przeciwnym razie,

18

za utrudnienie do rynku należałoby uznać, każdy przypadek złożenia oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, czyn nieuczciwej konkurencji może być popełniony wyłącznie umyślnie, ma on bowiem charakter kierunkowy (celowy), ukierunkowany na eliminację z rynku innego przedsiębiorcy. Tymczasem Odwołujący nie wykazał winy umyślnej Przystępującego, a tym bardziej celowego działania.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali przedstawione powyżej stanowiska w sprawie.

Wykonawca S wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści oferty kontrahenta mającej dowodzić wysokości dostępnych mu opustów i możliwości wykorzystania do realizacji zamówienia paneli pochodzących od producentów innych niż D. i M. (dokument zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa).

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i pismo procesowym Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści: SIWZ, oferty Przystępującego, pisma Zamawiającego z 28 sierpnia 2017 r. (wezwanie do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp), pisma Wykonawcy S z 1 września 2017 r. (odpowiedź na wezwanie Zamawiającego). Dokumenty te potwierdzają, że okoliczności sprawy (stan faktyczny) zostały przedstawione przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego w sposób adekwatny i nie wymagający dalszego omówienia.

Rozpoznając sprawę w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp) Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów Pzp uzasadniającego uwzględnienie odwołania (art. 192 ust. 2 Pzp), wobec czego podlegało ono oddaleniu, pomimo że potwierdził się jeden z zarzutów odwołania.

Skład orzekający uznał, że Zamawiający naruszył przepis art. 8 ust. 3 Pzp niewłaściwie oceniając skuteczność dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia wyjaśnień jako mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji – odmawiając Odwołującemu prawa do zapoznania się z ich treścią.

19

Na wstępie zaznaczyć należy, że przywołana powyżej regulacja, jakkolwiek umożliwia przedsiębiorcy ochronę informacji wrażliwych, stanowiąc wyłom od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym niemniej warunkuje skorzystanie z tego przywileju wykazaniem (podkreślenie Izby), że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do projektu nowelizacji, która weszła w życie 19 października 2014 r. (ustawa z 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, Dz.U.2014.1232) stwierdzono wręcz, że zmiana przepisu art. 8 ust. 3 Pzp ma przeciwdziałać patologicznemu nadużywaniu przez wykonawców instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa, „którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze

skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego.” (uzasadnienie do projektu ustawy z 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk nr 1653, Sejm RP VII Kadencji).

W konsekwencji stwierdzić należy, że aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia, w opinii składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w zakresie wykazania zasadności zastrzeżenia należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wezwania, udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia.

Zaznaczyć na marginesie należy, że rolą zamawiającego nie jest już aktualnie prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z tajemnicy przedsiębiorstwa, co było charakterystyczne dla postępowań o udzielanie zamówień publicznych w poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania i dopuszczenie możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień na wezwanie stanowiłoby zaprzeczenie wspomnianemu *ratio legis* komentowanego przepisu.

Poszukując znaczenia użytego w art. 8 ust. 3 Pzp pojęcia „wykazania” Izba za zasadne uznała odniesienie się do instytucji wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ przepisy regulujące tą kwestię również posługują się pojęciem „wykazania” (zob. przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp).

20

Podkreślenia wymaga, że na taki zabieg interpretacyjny pozwala § 10 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U.2016.283 j.t.), zgodnie z którym do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami.

Z przepisów dotyczących wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu wynika, że następuje ono przez złożenie oświadczenia o ich spełnianiu w określonej formie (por. art. 25a ust. 1 i 2 Pzp), a nadto – jeżeli Zamawiający żądał dokumentów potwierdzających informacje zawarte w oświadczeniu (art. 26 ust. 1 i 2 Pzp) – również w drodze złożenia dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126).

Zdaniem Izby z powyższej analizy, wbrew twierdzeniom Przystępującego, wynika, że pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, w określonych okolicznościach, przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku potwierdzania dowodami zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 Znk. Trudno bowiem wyobrazić sobie, przykładowo, wykazanie w powyższy sposób technologicznego charakteru zastrzeżonych informacji, wobec czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem, że może ono podlegać weryfikacji zamawiającego). Także poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.).

Ad casum lakoniczna treść poczynionego przez Wykonawcę S zastrzeżenia informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach nie pozwala na uznanie, że nastąpiło wykazanie zasadności objęcia informacji w nich zawartych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Opisano w nim jedynie charakter zastrzeżonych informacji i zawarto stwierdzenie o ich istotnej dla Przystępującego wartości gospodarczej. Nie sposób jednak nie zauważyć, że Wykonawca S – odwołując się do podjętych działań w celu zachowania poufności informacji (podpisania umów zobowiązujących pracowników do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa) – nie przedstawił, mimo obiektywnej możliwości złożenia stosownych

21

dokumentów, dowodów potwierdzających tą okoliczność. W tym zakresie, jak wspomniano, wykazanie nie może polegać li tylko na złożeniu oświadczenia o określonej treści.

W konsekwencji Zamawiający powinien był uznać przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach za nieskuteczne i udostępnić Odwołującemu ich treść.

Powyższą konkluzją należało objąć również treść samego uzasadnienia. W jego przypadku trudno bowiem doszukać się spełniania którejkolwiek z przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 Znk.

Jedynie na marginesie skład orzekający wskazuje, że nie podziela prezentowanej przez Odwołującego interpretacji, zgodnie z którą Wykonawca S nie zachował terminu na skuteczne zastrzeżenie informacji zawartych w wyjaśnieniach. Należy mieć na uwadze, że w przypadku informacji, które przekazywane są zamawiającemu po upływie terminu składania ofert wykonawca zachowuje możliwość objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa, pod warunkiem, że uczyni to jednocześnie z przedstawieniem takich informacji. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania byłoby nieracjonalne, jako że zmuszałoby wykonawcę do przewidywania jeszcze przed złożeniem oferty czy i jakiego rodzaju informacje będzie przekazywał zamawiającemu w toku badania i oceny ofert i zastrzegania informacji *pro futuro*, niezależnie od tego, czy zajdzie w ogóle potrzeba posłużenia się nimi w postępowaniu.

Pozostałe zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Zarzut naruszenia przepisu art. 8 ust. 4 Pzp był chybiony o tyle, że nie znajduje on zastosowania w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, co *explicite* wynika z jego treści.

Skład orzekający nie stwierdził również naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp uznając, że cena zaoferowana przez Wykonawcę S nie nosi znamion rażąco niskiej. Pod tym pojęciem, mającym ugruntowane w doktrynie i orzecznictwie znaczenie, kryje się cena odbiegająca od realiów rynkowych, czy taka, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

W kwestii zaoferowanych przez Przystępującego cen paneli do urządzeń sterowniczych sygnalizacji świetlnej istotna była niesporna między stronami okoliczność, że – po pierwsze – Zamawiający nie określił szczegółowo rodzajów paneli, które wykorzystane zostaną przy realizacji zamówienia, ani – po drugie – minimalnej liczby paneli, które użyte zostaną w wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jedynym obowiązkiem wykonawcy było *de facto* wskazanie ceny jednostkowej za bliżej niesprecyzowany panel. Przy tak liberalnym podejściu Zamawiającego do wyceny tej pozycji kosztorysowej,

22

szczególnego znaczenia przy ocenie zarzutu odwołania nabrać musiała kwestia zasadności podjęcia przez Przystępującego określonego ryzyka kalkulacyjnego. Nie można bowiem odmówić wykonawcy uprawnienia do przyjmowania założeń odnośnie wysokości kosztów realizacji danego elementu przedmiotu zamówienia, zwłaszcza w sytuacji, w której zamawiający nie wskazuje konkretnych danych mogących określać ramy swobody kalkulacji ceny oferty. Zaznaczyć jednocześnie należy, że w każdym przypadku ową granicą będzie możliwość wykonania zamówienia za oferowaną cenę, zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, której brak, co do zasady, uzasadniać będzie twierdzenie o rażąco niskiej cenie oferty.

Skład orzekający, po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez Wykonawcę S, stwierdził – co przyznał sam Przystępujący – że poczynił on wprawdzie ryzykowne założenie co do kosztu zakupu paneli do sterowników, tym niemniej był do tego uprawniony z następujących, obok wskazanego powyżej, względów.

Po pierwsze – Wykonawca S załączył do wyjaśnień ofertę kontrahenta

omawianej kosztorysowej
kwestionowanej odwołaniem wysokości.

Po drugie – wyliczenia Odwołującego odnośnie kosztów zakupu paneli u producentów D. i M. oraz przedstawione na tą okoliczność dowody (korespondencja Odwołującego z ww. podmiotami) skład orzekający uznał za niewiarygodne. Z pism producentów paneli wynika bowiem, że załączono do nich standardowe cenniki zakupu tych komponentów. Nie mogą stanowić one zatem rzetelnej podstawy kalkulacji kosztów wykonania tej części zamówienia, bowiem nie uwzględniają czynników cenotwórczych takich jak chociażby wolumen zamawianych komponentów, czy zdolności negocjacyjne Przystępującego, bądź jego kontrahenta.

Po trzecie – nawet gdyby przyjąć arbitralnie określony przez Odwołującego średni koszt zakupu sterownika (1.600 zł), to – chociażby w kontekście wyliczonego w wyjaśnieniach przewidywanego zysku z realizacji zamówienia, czy ujętej w nich pozycji obejmującej rezerwę na nieprzewidziane wydatki – dodatkowy koszt będący pochodną przyjęcia przez Wykonawcę S zbyt optymistycznych założeń odnośnie tej części zamówienia mógłby zostać pokryty ze wskazanych części wynagrodzenia Przystępującego. Nie daje to podstaw do twierdzenia o braku możliwości realizacji zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, będącego asumptem do rozważań o rażąco niskiej cenie oferty Wykonawcy S.

W konsekwencji przedstawionych zapatrywań za irrelevantną Izba uznała okoliczność czy Przystępujący, bądź jego kontrahenci zaopatrywali się uprzednio u

23

producentów paneli w niezbędne do wykonania zamówienia komponenty. Z tej też przyczyny skład orzekający stwierdził nieprzydatność przedstawionego przez Wykonawcę S na rozprawie dowodu.

W kwestii pozycji obejmujących montaż kabli sygnałowych lub zasilających oraz montaż lub naprawę pętli indukcyjnych Izba wskazuje, że argumentacja Odwołującego sprowadzona została zasadniczo do twierdzenia o wyłącznie poprawnym skalkulowaniu ich kosztów przez samego Odwołującego. Potwierdzeniem tej tezy jest dowód w postaci faktury VAT obejmującej koszty zakupu niezbędnych materiałów, które Odwołujący określił mianem minimalnych. W ocenie składu orzekającego nie może on stanowić potwierdzenia, że Wykonawca S nie jest w stanie uzyskać niższych cen na rynku – w tym zakresie przedstawił w wyjaśnieniach ofertę kontrahenta podważającą twierdzenia zawarte w odwołaniu.

Odwołujący dodatkowo opisał i zobrazował proces technologiczny związany z montażem (naprawą) pętli indukcyjnej, tym niemniej nie wyjaśnił w jaki sposób kwestia ta przekłada się na koszty realizacji tej części zamówienia. Przedstawione w tym zakresie dowody w postaci dokumentacji fotograficznej uznane zostały za nieprzydatne do rozstrzygnięcia o zarzucie odwołania, bowiem nie poparto ich szczegółowymi wyliczeniami kosztów wykonywania omawianego typu prac.

W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut związany z zarzutem rażąco niskiej ceny zarzut popełnienia przez Wykonawcę S czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk.

Zgodnie z przywołanym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, to Izba uznała, że nie zostało udowodnione zaistnienie przesłanek wynikających z treści tej regulacji. Abstrahując od okoliczności, że brak jest potwierdzenia dla tezy o nieuprawnionym zaniżeniu przez Przystępującego cen poszczególnych elementów kalkulacyjnych składających się na przedmiot zamówienia (czy też, generalnie, ceny całkowitej), to powołany przepis wymaga, aby określony przedsiębiorca podejmował szereg działań stwarzających innym uczestnikom obrotu przeszkody w prowadzeniu działalności gospodarczej (tak bowiem, zdaniem Izby, należy tłumaczyć użyte w omawianej regulacji sformułowanie „utrudnianie”) oraz aby ich celem było wyeliminowanie konkurenta, co z kolei zakłada działanie z powziętym z góry zamiarem. W konsekwencji za wątpliwe uznać należy – zdaniem Izby – jakoby samo złożenie w określonym postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego oferty tańszej od innego przedsiębiorcy wyczerpywało ww. znamiona.

Reasumując, jakkolwiek potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, tym niemniej, jak wspomniano, nie mógł on stanowić podstawy uwzględnienia odwołania z uwagi na fakt, że nie miał (i nie może mieć) istotnego wpływu na wynik Postępowania. Skoro bowiem nieuzasadniony był zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy S jako zawierającej rażąco niską cenę, to – niezależnie od nieuzasadnionego nieudostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Przystępującego – wynik Postępowania (wybór oferty Wykonawcy S) został przez Zamawiającego ustalony prawidłowo, tj. zgodnie z przepisami Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 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.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....