Sygn. akt KIO 2308/16

WYROK
z dnia 19 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2016 r. przez wykonawcę: **S.G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A., (...),W.**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **P.P.L.K. S.A., (...) W.**

przy udziale wykonawcy: **f. Sp. z o.o., (...) W.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: S.G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A., (...), 02-486 W., i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: S.G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A., (...), 02-486 W. tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: ……...

Sygn. akt KIO 2308/16

Uzasadnienie

Zamawiający – P.P.L.K. S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Zakup i montaż monitoringu zużycia paliwa oraz lokalizacji położenia pojazdów samochodowych wraz z trzyletnią eksploatacją systemu monitoringu”,* numer referencyjny: ICZ2f-231-16/ 2016, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r., zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa”, „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 13 września 2016 r., nr 2016/S 176-317099.

Odwołujący – S.G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. z siedzibą w Warszawie – wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania, polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy f. Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dotyczące wskazania maksymalnego błędu pomiaru zużycia paliwa z zastosowaniem sondy,
2. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy f. Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której nie zostało wykazane spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

3. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez f. Sp. z o.o. mimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
4. zaniechaniu wezwania f. Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, podczas gdy cena całkowita oferty w zakresie podstawowym jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia w zakresie podstawowym powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp, co obligowało Zamawiającego do zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień,
5. wyborze oferty złożonej przez f. Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona z przyczyn wskazanych powyżej, zawierała nadto rażąco niską cenę i z tego powodu powinna również podlegać odrzuceniu,

6. bezpodstawnego zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

II. Odwołujący zarzucił czynnościom Zamawiającego naruszenie przepisów:
1. art. 24 ust. 2 pkt 17 w zw. z at. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy f. Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty, poprzedzonego ewentualnym żądaniem wyjaśnień dotyczących treści oferty w sytuacji, w której za zaoferowaną przez wykonawcę cenę nie jest możliwe zapewnienie maksymalnego błędu pomiaru zużycia paliwa z zastosowaniem sondy na poziomie 2%,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy f. Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty, poprzedzonego ewentualnym żądaniem wyjaśnień dotyczących treści oferty lub wezwaniem do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, w której ze złożonego przez wykonawcę oświadczenia w części IV lit. C Jednolitego Dokumentu Zamówienia „Zdolność techniczna i zawodowa" nie wynika, czego dotyczyły realizowane usługi, w szczególności czy świadczenie obejmowało również montaż systemu monitoringu zużycia paliwa – wyłącznie takie doświadczenie wykonawcy mogło być uznane za wyS.czające do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z brzmieniem pkt 8.6.2. SIWZ,
3. art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp przez zaniechanie wezwania f. Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, podczas gdy cena całkowita oferty w zakresie podstawowym jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia w zakresie podstawowym powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp, co obligowało Zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień,
4. art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się przez Zamawiającego do f. Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty, podczas gdy wykonawca ten nie przewidział w swojej ofercie użycia przepływomierzy do badania zużycia paliwa w pojazdach o S.szej konstrukcji, dodatkowo cena sondy paliwa wskazana w załączniku nr A do oferty (jedno urządzenie) jest analogiczna do ceny C. oraz sondy paliwa (a więc dwóch urządzeń),
5. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez f. Sp. z o.o. w sytuacji, gdy zawierała ona rażąco niską cenę, wykonawca przewidział w załączniku nr A cenę jednostkową sondy paliwa (jedno urządzenie) analogiczną jak cenę łączną C. oraz sondy (dwa urządzenia), dodatkowo kwota jaką wykonawca zamierza przeznaczyć na zakup sondy paliwa nie pokrywa jej wartości,
6. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez

f. Sp. z o.o., podczas gdy działanie takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku usług będących przedmiotem postępowania i oferowaniu ich świadczenia poniżej kosztów.

III. Interes Odwołującego doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący wniósł o:
1. unieważnienie czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez

f. Sp. z o.o.,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny ofert, a następnie wykluczenia f. Sp. z o.o. i odrzucenia złożonej przez ten podmiot oferty, ewentualnie: nakazanie Zamawiającemu wezwania f. Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, a także nakazanie Zamawiającemu zbadania konieczności użycia przez wykonawcę przepływomierzy oraz zweryfikowania zakładanych dokładności badania poziomu paliwa przy użyciu sond paliwa,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa.

IV. Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ w wypadku wykluczenia f. Sp. z o.o. z postępowania oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

V. Zawiadomienie o wyniku przetargu zostało przekazane przez Zamawiającego w dniu 24 listopada 2016 r., odwołanie należy uznać za wniesione w terminie.

Uzasadnienie odwołania.

W dniu 24 października 2016 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Na podstawie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert, Zamawiający ustalił, że oferty złożone przez f. Sp. z o.o. oraz Odwołującego odpowiadają wszystkim wymaganiom przewidzianym w Pzp oraz w SIWZ. Oferta złożona przez f. Sp. z o.o. została oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o podane w specyfikacji kryteria wyboru.

Oferty złożyli wykonawcy: 1. T.T. Sp. z o.o. – ustalił maksymalny błąd pomiaru zużycia paliwa z zastosowaniem sondy na 2% i cenę w zakresie podstawowym w wysokości 932 242,00 zł netto (1 146 657,66 zł brutto); 2. L. Sp. z o.o. – ustalił maksymalny błąd pomiaru zużycia paliwa z zastosowaniem sondy na 3% i cenę w zakresie podstawowym w wysokości 1 477 708,40 zł netto (1 780 681,33 zł brutto); 3. f. Sp. z o.o. – ustalił maksymalny błąd pomiaru zużycia paliwa z zastosowaniem sondy na 2% i cenę w zakresie podstawowym w wysokości 1 589 877,77 zł netto (1 955 549,66 zł brutto).

Odwołujący w toku postępowania złożył szereg zastrzeżeń, dotyczących ofert oraz zawnioskował o ich zbadanie pod kątem rażąco niskiej ceny, zgodności z SIWZ oraz możliwości osiągnięcia zakładanych poziomów błędów pomiaru paliwa przy użyciu sondy paliwa. Oferty złożone przez wykonawców T.T. Sp. z o.o. oraz f. Sp. z o.o. zostały odrzucone. Zamawiający nie podjął jednak odpowiednich działań weryfikacyjnych wobec f. Sp. z o.o. pomimo tego, że był zobligowany do ich przeprowadzenia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z protokołem otwarcia ofert, Zamawiający podał wartość zamówienia, która została oznaczona łącznie z prawem opcji na kwotę 3 903 950,67 zł netto (4 801 859,32 zł brutto), w tym na zakres podstawowy 2 415 500,95 zł netto (2 971 066,16 zł brutto). Kwota niższa od wzmiankowanej ceny brutto o 30% na zakres podstawowy wynosi 2 079 746,31 zł. Wykonawca f. Sp. z o.o. złożył ofertę na realizację zakresu podstawowego w wysokości 1 955 549,66 zł brutto, a więc o ponad 30% mniej, niż podana przez Zamawiającego wartość zamówienia.

Podejrzenie Zamawiającego co do realności wykonania zamówienia za zaproponowaną winno cenę skutkować uruchomieniem procedury wyjaśniającej. Obligatoryjną przesłanką wszczęcia procedury wyjaśniającej jest ustalenie, że cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp. Zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1a Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień o których mowa w ust 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W stanie faktycznym ziściła się obligatoryjna przesłanka, skutkująca koniecznością zwrócenia się przez Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Jednocześnie nie wystąpiły oczywiste okoliczności, mogące skutkować zaniechaniem przez Zamawiającego czynności badania oferty f. Sp. z o.o. pod kątem istnienia rażąco niskiej

ceny. Odwołujący wskazywał w pismach przekazywanych Zamawiającemu na nieścisłości w treści oferty f. Sp. o.o. wymagające wyjaśnienia, w szczególności odnoszące się do zastosowanych sond paliwa i możliwości osiągnięcia zadeklarowanych poziomów występowania błędów przy pomiarze paliwa. Odwołujący podkreślił dodatkowo, że obowiązek wykazania, że oferta f. Sp. z o.o. nie zawiera rażąco niskiej ceny, ciąży na wykonawcy. Przekazane wyjaśnienia winny być skonkretyzowane, spójne i szczegółowe, a ponadto poparte przekazaniem odpowiednich dowodów, korespondujących ze złożonym tłumaczeniem.
Z korespondencji prowadzonej przez Tomasza Krzemińskiego (przedstawiciela Odwołującego) z Piotrem Banasiakiem (przedstawicielem Zamawiającego) wynika, że f. Sp.

z o.o. przekazał wyłącznie dokument uzupełnienia oferty wraz z Jednolitym Dokumentem oraz informację z KUK dotyczącą podmiotu zbiorowego i członków zarządu wykonawcy. Nie zostały przekazane jakiekolwiek inne dokumenty, które odnosiłyby się do badania rażąco niskiej ceny.

W związku z tym Odwołujący uznał, że Zamawiający zaniechał, mimo jednoznacznego brzmienia art. 90 ust. 1a Pzp, wezwania f. Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny, wykonawca ten nie przekazał żadnych dodatkowych dokumentów lub informacji w tym zakresie. Okoliczności te winny implikować uwzględnienie odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2683/15 wskazała, że sam fakt zaniechania przez zamawiającego obligatoryjnych czynności *(podkreślenie Izby)* badania ceny oferty w kontekście jej poziomu do przedmiotu zamówienia, stanowi wyS.czającą podstawę konstruowania zarzutu odwołania w rozumieniu art. 180 ust. 1 Pzp, mimo nieprzedstawienia zarzutu naruszenia przepisów art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, stanowiących o konsekwencjach niezastosowania się przez wykonawcę do wezwania złożenia wyjaśnień wraz z dowodami i nieudowodnienia, że cena oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jednym z kryteriów oceny ofert była dokładność pomiaru zużycia paliwa z zastosowaniem sondy. Wykonawca f. Sp. z o.o. wskazał w ofercie, że maksymalny błąd pomiaru paliwa z zastosowaniem sondy wyniesie 2%. Odwołujący zwracał się do Zamawiającego o przeprowadzenie niezbędnych działań weryfikacyjnych w tym zakresie. Podana przez f. Sp. z o.o. wartość (2%) jawi się jako zaniżona.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotem zamówienia jest m.in. dostawa urządzeń służących do monitoringu paliwa. Zgodnie z brzmieniem cz. III ust. 3 opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, Zamawiający dopuścił w wyjątkowych przypadkach zastosowanie przepływomierzy różnicowych, które winny być odporne na trudne warunki pracy, w tym na drgania i zapylanie. Jednocześnie w cz. III ust. 1 lit. m pkt IV oraz V opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający przewidział odczyt danych poziomu paliwa oraz parametru *total fuel.* Praktycznie każda jednostka sterująca silnikiem posługuje się parametrem *„total fuel"* (licznik każdego mililitra paliwa, jakie fizycznie trafiło do silnika). Kontrolując ten parametr można dokładnie wyliczyć średnie spalanie pojazdu – ma on podstawowe znaczenie dla dokonania oceny prawidłowości wskazanego przez f. Sp. z o.o. maksymalnego błędu pomiaru zużycia paliwa.

Dla zachowania odpowiednich poziomów prawidłowych wskazań zużycia paliwa w postępowaniu, nie było wyS.czającym posłużenie się w każdym przypadku sondą paliwa. Dla pojazdów ciężarowych z roczników 1972-1999 oraz marek S., M.U., J., K., L. i maszyn Koparka T., użycie wyłącznie sondy do kontroli ilości paliwa

w zbiorniku, bez dodatkowego pomiaru za pomocą przepływomierza, nie pozwala na osiągnięcie poprawnych, wymaganych w SIWZ dokładności badania zużycia paliwa przez silnik pojazdu (w przypadku pojazdów z C. weryfikacja przeprowadzana jest za pomocą pompowtrysków).

Sonda paliwa bada tylko i wyłącznie poziom paliwa w zbiorniku. Bez posłużenia się dodatkowo przepływomierzem nie jest możliwa rzetelna weryfikacja parametru *„total fuel",* gdyż sama sonda nie analizuje zużycia paliwa przez jednostkę napędową, lecz wyłącznie poziom paliwa w zbiorniku. Odwołujący zwrócił uwagę, że w wymienionych typach pojazdów

pompa paliwa potrzebuje do poprawnego działania około 10 litrów paliwa w przewodach dolotowych – tym samym wskazana przez f. Sp. z o.o. dokładność pomiaru nie jest możliwa do osiągnięcia. W przypadku Koparki T., pompa paliwa pobiera ok. 20 litrów paliwa i po wyłączeniu zasilania paliwo to spływa do zbiornika. Pobranie takiej ilości paliwa do układu paliwowego skutkuje nieprawidłowościami w prezentacji zużycia paliwa. Kontrola prawidłowego zużycia w wymienionym przypadku powinna opierać się zarówno na badaniu zużycia paliwa przy użyciu przepływomierza, jak i weryfikacji ilości paliwa w zbiorniku. Dodatkowo, najczęstszym sposobem „oszukania" sondy paliwa (jednocześnie najłatwiejszym) w tych pojazdach, ze względu na konstrukcję układu paliwowego, jest zastosowanie tzw. trójnika zainstalowanego za pompą. Część paliwa pobiera silnik, a jego część wydostaje się przez trójnik przewodem do dodatkowo zainstalowanego zbiorniczka. Taki proceder powoduje brak identyfikacji kradzieży na sondzie paliwa, a brak kontroli zużycia paliwa przy wykorzystaniu przepływomierza nie pozwala ocenić czy taki proceder ma miejsce i jaką ma skalę.

W zestawieniu przygotowanym przez Zamawiającego wymieniono kilkadziesiąt pojazdów, których rzetelny pomiar paliwa wymaga zamontowania przepływomierza. F. Sp. z o.o., pomimo zadeklarowanej dokładności dokonywanych pomiarów, nie przewidział montażu przepływomierzy w ofercie. Był to natomiast element wpływający na wysokość ceny, jaką mógł zaoferować wykonawca. Oferta złożona przez Odwołującego zawierała cenę wyższą niż oferty pozostałych wykonawców, jednak wyłącznie wzmiankowany wykonawca przewidział konieczność zamontowania przepływomierzy do badania poziomu zużycia paliwa w określonych typach pojazdów. Pozostałe oferty są w tym zakresie sprzeczne z treścią SIWZ, zaś w zakresie wskazującym określone poziomy prawidłowości wskazań paliwa zawierają błędy, które winny je dyskwalifikować.
Odwołujący dodatkowo zauważył, że w liście pojazdów przedłożonej przez Zamawiającego jest kilka pojazdów, które w swej konstrukcji posiadają dwa zbiorniki paliwa, co implikuje konieczność zastosowania dwóch sond. F. Sp. z o.o. nie przewidział zaznaczonej kwestii w ofercie.

Odwołujący zwrócił uwagę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1084/12, w którym Izba podkreśliła, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w SIWZ, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w SIWZ. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w SIWZ oczekiwania. Przywołał stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach w wyroku z 23 lutego 2007 r.: *„(...) formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy. Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej S.anności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, jednocześnie spełniającej wymagania określone przez zamawiającego, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia."*

Zamawiający całkowicie pominął w przedstawionym zakresie wskazania Odwołującego, nie podjął jakichkolwiek czynności sprawdzających – mimo tego, że przepisy Pzp w art. 87 ust. 1 przewidują taką możliwość – i nie zbadał, czy zadeklarowany przez f. Sp. z o.o. poziom prawidłowości wskazań paliwa przy użyciu sondy może zostać rzeczywiście osiągnięty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że art. 87 ust. 1 Pzp należy odczytywać zarówno jako uprawnienie zamawiającego zależne od jego uznania, jak i prawo do żądania wyjaśnień powiązane z obowiązkiem ich zażądania w celu dochowania wymaganej S.anności w procedurze badania i oceny ofert. Uprawnienie do żądania wyjaśnień treści oferty przeradza się jednak w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy (wyroki KIO: z dnia 13 sierpnia 2009 r. KIO/UZP 992/09 i z dnia 3 grudnia 2009 r. KIO/UZP

1519/09; KIO/UZP 1520/09). Przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w każdym przypadku zamawiający obowiązany jest wyjaśnić wszelkie wątpliwości, a nawet powtórzyć czynności badania lub oceny oferty, nawet wówczas, gdy nie są one przedmiotem odwołania. W wyroku KIO z dnia 5 stycznia 2012 r. KIO 2743/11 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: *„Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej S.anności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia. Stwierdzić dalej należy, że w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie*

decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać, bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 Pzp stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp” (wyrok KIO 1514/11 z dnia 29 lipca 2011 r.).

Pomimo istniejących wątpliwości, obszernie opisywanych w pismach przekazywanych przez Odwołującego, Zamawiający nie podjął jakichkolwiek czynności badania oferty f. Sp. z o.o., które implikowałyby złożenie przez wykonawcę wyjaśnień w zakresie zgłaszanych zastrzeżeń. Zamawiający poprzestał na przekazanym przez wykonawcę Jednolitym dokumencie oraz zaświadczeniach z KRK.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że f. Sp. z o.o. w określonych pozycjach wykazu pojazdów (stanowiącym załącznik A do oferty) przewidział konieczność zastosowania 2 urządzeń – zarówno C., jak i Sondy. W tym przypadku cena ta jest analogiczna do ceny odnoszącej się do samej sondy paliwa – co stanowi istotną rozbieżność w treści oferty i może mieć wpływ na ocenę poprawności jej sporządzenia. Nie sposób uznać, że cena dwóch urządzeń jest analogiczna do ceny jednego urządzenia.

Zwrócił również uwagę, że cena samego urządzenia (lokalizatora GPS) wskazana w ofercie wynosi 751,14 zł, urządzenia zaś wraz z sondą 1016,97 zł (cena z montażem). Różnica więc pomiędzy urządzeniem z sondą oraz bez sondy oscyluje w granicach 266 zł. Kwota ta, zgodnie z brzmieniem oferty, stanowić miałaby wartość samej sondy – i to sondy gwarantującej na tyle precyzyjne działanie, że błąd w pomiarze paliwa winien wynosić nie więcej niż 2%. Takie wskazania gwarantowałoby użycie sond ciśnieniowych referencyjnych lub równoważnych, charakteryzujących się brakiem znaczących odchyleń w pomiarze z uwagi na zmiany temperatury. Sondy takie są jednak dużo droższe, niż wartość przyjęta przez wykonawcę. Wartość sondy do pomiaru paliwa firmy A. (i to w cenach hurtowych) nie jest niższa niż 400 zł (przy ilości zamówienia do 100 szt.). Przykładowa cena detaliczna takiej sondy dostępna jest pod adresem: https://sklephadron.pl/anteny-i-akcesoria-do-terminali-monitoringu/2948-sonda-poziomu paliwa-cs26u.html (w załączeniu).

W przypadku zastosowania wzmiankowanej sondy pomiar poziomu oleju napędowego realizowany jest z wykorzystaniem prostej zależności pomiędzy wysokością słupa cieczy, a wywołanym ciśnieniem hydrostatycznym. Elementem pomiarowym jest umieszczony na dnie zbiornika czujnik piezoelektryczny połączony z elektroniką w aluminiowej obudowie znajdującej się na zbiorniku za pomocą rurki stalowej. Odporność na zmiany temperatury jest bardzo wysoka w związku z faktem, że zmiana temperatury nie ma wpływu na ciśnienie wewnątrz zbiornika, a zmiana objętości oleju napędowego wraz z temperaturą powoduje

również zmianę jej gęstości, co bilansuje się, tym samym ciśnienie pozostaje to samo. Do zastosowania tego typu rozwiązania koniecznym jest jednak poniesienie przez wykonawcę kosztów na odpowiednio wysokim poziomie.

Zaproponowanie przez wykonawcę sondy objętościowej nie będzie stanowiło propozycji równoważnej zgodnie z brzmieniem SIWZ. Działanie takiej konstrukcji polega na pomiarze wysokości słupa cieczy w rurce stalowej. Koszt użycia tego rodzaju sondy jest niższy niż sondy ciśnieniowej (w zależności od producenta), na polskim rynku nie ma jednak oferty niższej niż 350 zł za taką sondę. Pozostałe rozwiązania dostępne na rynku, takie jak np. sonda ultradźwiękowa, są dużo droższe, a np. sonda kontaktronowa, dużo mniej dokładna. Stąd też uzasadnione wątpliwości budzi przyjęcie przez f. Sp.

z o.o. ceny związanej z zakupem oraz montażem jednej sondy na poziomie 266 zł. Dodatkowo występuje konieczność poniesienia niezbędnych kosztów prac instalacyjnych, które okazać się mogą istotnym czynnikiem kosztotwórczym przy realizacji usług objętych zamówieniem. Odwołujący nie posiada informacji, która z sond miałaby zostać użyta przy realizacji przedmiotu zamówienia. W tym jednak zakresie to na Zamawiającym ciążył obowiązek zbadania jakiego rodzaju sondy miałyby zostać zastosowane przez f. Sp. z o.o., czy przy ich użyciu możliwym jest osiągnięcie zakładanego poziomu maksymalnego błędu pomiaru zużycia paliwa na poziomie 2%, a także czy zaoferowana przez wzmiankowanego wykonawcę cena umożliwia pokrycie kosztów zakupu odpowiednich sond paliwa i dokonanie ich montażu przez wykwalifikowaną ekipę montażową.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z pkt 8.6.2 SIWZ w zakresie dotyczącym zdolności technicznej i zawodowej, Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), zrealizował należycie co najmniej dwie umowy, których przedmiotem był montaż systemu monitoringu zużycia paliwa oraz lokalizacji położenia pojazdów samochodowych wraz z eksploatacją systemu monitoringu przez okres co najmniej dwóch lat na co najmniej 200 pojazdach samochodowych w ramach każdej z umów. F. Sp. z o.o. w części IV lit. C Jednolitego Dokumentu Zamówienia „Zdolność techniczna i zawodowa" powołał się na wiedzę oraz doświadczenie, odnoszące się do wdrożenia autorskiego Systemu Wspierającego Zarządzanie Flotą Pojazdów FM.f.. Z oświadczenia tego nie wynika, czego dotyczyły realizowane usługi, w szczególności czy świadczenie obejmowało również montaż systemu monitoringu zużycia paliwa – wyłącznie takie doświadczenie wykonawcy może być uznane za wyS.czające do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt 8.6.2 SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu. Zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub

przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Katalog oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia znajduje się w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W § 2 ust. 7 rozporządzenia wskazano z kolei na możliwość odstąpienia od obowiązku żądania w określonych sytuacjach dokumentów, w tym potwierdzających brak podstaw do wykluczenia – jeżeli treść informacji przekazanych przez wykonawcę w jednolitym Dokumencie odpowiada zakresowi informacji, których zamawiający wymaga przez żądanie dokumentów, zamawiający może odstąpić od żądania tych dokumentów od wykonawcy. W takim przypadku dowodem spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz braku podstaw wykluczenia są odpowiednie informacje przekazane przez wykonawcę lub odpowiednio przez podmioty, na których zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega na zasadach określonych w art. 22a Pzp, w Jednolitym Dokumencie.

Z treści Jednolitego Dokumentu złożonego przez f. Sp. z o.o. nie wynika, aby ten wykonawca wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu wynikające z pkt 8.6.2 SIWZ. Wdrożenie autorskiego Systemu Wspierającego Zarządzanie Flotą Pojazdów FM.f. nie wskazuje w żadnym przypadku, co było przedmiotem usług świadczonych przez wykonawcę i nie daje odpowiedzi na pytanie, czy w zakres wzmiankowanych usług wchodził montaż systemu monitoringu zużycia paliwa oraz lokalizacji położenia pojazdów samochodowych wraz z eksploatacją systemu monitoringu. Stąd też należy uznać, że f. Sp. z o.o. nie wykazał udziału spełniania warunków w postępowaniu, co winno implikować jego wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a w konsekwencji odrzucenie oferty.

Reasumując, Odwołujący uznał, że po stronie Zamawiającego pojawiły się zaniechania, które stoją w sprzeczności z treścią Pzp. W szczególności Zamawiający nie przeprowadził odpowiedniego badania w zakresie wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie f. Sp. z o.o. Wykonawca ten nie wykazał nadto spełniania warunków udziału

w postępowaniu, zaś deklaracje odnoszące się do zapewnienia maksymalnego błędu pomiaru zużycia paliwa z zastosowaniem sondy na poziomie 2%, należy uznać za niemożliwe przy zakładanej cenie sondy paliwa. Zastosowanie droższej sondy paliwa winno implikować uznaniem zaoferowanej przez f. Sp. z o.o. ceny za rażąco niską.

Odwołujący uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

12

Odwołujący załączył do odwołania 3 strony wydruków ze strony internetowej (sklep) dotyczących zakupu sondy poziomu paliwa CS26/U, w tym ceny (A.).

Na rozprawie odwołujący złożył pismo z dnia 16 grudnia 2016 r. – w nawiązaniu do treści pisma wykonawcy Przystępującego z dnia 15 grudnia 2016 r. – podtrzymując wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu i wskazując, że okoliczności przywołane w piśmie złożonym przez f. Sp. z o.o., nie powinny mieć wpływu na uwzględnienie odwołania.

Odwołujący załączył do pisma:
1. Informacje internetowe o Firmie S.; Zarządzanie flotą samochodową – S.C. (łącznie 3 strony);
2. Wydruki korespondencji elektronicznej: 1) C.W. S.G. – P.B., T.K., oferta: podstawowe Sondy Ciśnieniowe; P.C. K.T. – C.W. S.G., oferta podstawowa, uzgodnienia co do treści informacji i jej formy – cennik lub indywidualna oferta; załącznik oferta K., cennik ważny od 11/2016 (7-9 grudnia 2016 r.); 2) C.W. S.G. – P.B., T.K., oferta na sondę ciśnieniową firmy A.s, pod KIO; warunki handlowe dla sond paliw CS-27 – hydrostatyczna sonda paliwa typu: CS-27/RS/U/0… (7 grudnia 2016 r.);
3. Cztery faktury: sprzedawca A. S.A. – nabywca S.G. Sp. z o.o., dotyczące: sonda poziomu paliwa CS27/U/0-800mm0N oraz 1100mm0N;
4. Opinia o innowacyjności (algorytmu paliwowego opracowanego przez firmę S.S.), wydana przez prof. dr hab. A.K., Szkoła Główna Handlowa w Warszawie (bez daty).

Zamawiający złożył na rozprawie odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej – z dnia 16 grudnia 2016 r., wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na jego niezasadność.

W uzasadnieniu wskazał jak niżej.
1. Zarzuty dotyczące zaniechania wezwania f. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz odrzucenia oferty złożonej przez f. sp. z o.o., w sytuacji gdy zawierała ona rażąco niską cenę.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania f. sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, podczas gdy cena całkowita oferty w zakresie podstawowym jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia w zakresie podstawowym o należny podatek od towarów i usług, co obligowało Zamawiającego do zwrócenia się do wzmiankowanego wykonawcy o złożenie wyjaśnień.

13

Wskazał: Odwołującemu uszło uwadze, że ze względu na konieczność poprawienia omyłek rachunkowych w treści kwestionowanej oferty, pierwotna wartość oferty na poziomie 1 955 549,66 zł brutto zwiększyła się do kwoty 2 145 080,36 zł, tym samym wartość ta jest niższa od szacunkowej wartości o mniej niż 30%. Dodatkowo wartość tej oferty jest o ponad 8% wyższa niż wartość wynikająca ze średniej arytmetycznej złożonych ofert, z uwzględnieniem również ceny oferty odrzuconej z powodu rażąco niskiej ceny.

Zarzuty dotyczące:
- braku posłużenia się dodatkowymi urządzeniami (przepływomierzami) poza sondą paliwa dla pojazdów ciężarowych z roczników 1972-1999 oraz marek S., M.U., J., K., L. i maszyn Koparka T. (30 pozycji),
- konieczności zastosowania dwóch sond z uwagi na posiadanie przez pojazdy dwóch zbiorników paliwa (2 pozycje),
- zastosowania tej samej ceny zarówno w przypadku dwóch urządzeń – C. i Sondy jak

i jednego urządzenia – samej Sondy (11 pozycji)

– dotyczą łącznie 43 pozycji na 811 wskazanych w Formularzu oraz łącznej kwoty 115 706,73 zł brutto przy cenie całkowitej zakresu podstawowego 2 145 080,36 zł brutto, co stanowi 5,394% zarówno wartości oferty jak i wszystkich pozycji zawartych w wykazie, przy czym wartość stanowiąca różnicę pomiędzy wartością, za którą Odwołujący uznałby możliwość wykonania zamówienia za realną dla powyższych pozycji, co wynika z odwołania, a sumą cen pozycji kwestionowanych, jest jeszcze mniejsza. Zatem, trudno mówić o zasadniczym wpływie kwestionowanych pozycji na wartość całkowitą oferty f. sp. z o.o. pod kątem badania rażąco niskiej ceny.

Dodatkowo zauważył, że z uwagi na konieczność wycofywania z użytku pojazdów ciężarowych z lat 1972-1999 i oczywistego braku potrzeby zakupu tego rodzaju pojazdów przez Zamawiającego, liczba pozycji podanych w Formularzu ofertowym, dla których Odwołujący wskazuje na konieczność badania także przy użyciu przepływomierzy, jest wartością maksymalną.

Ponadto, Zamawiający w treści SIWZ przedstawił swoje wymagania funkcjonalne wykazując jednocześnie w treści odpowiedzi na zadane pytania (m.in. odpowiedź z dnia 12 października 2016 r. – pismo nr ICZ 2f-231-4-16/15 – pytania nr 11, 12 i 13), że sposób realizacji zamówienia przez określenie jakiego typu urządzenia zamontuje na poszczególnych pojazdach oraz za jaką cenę jednostkową, określa wyłącznie wykonawca. Stąd też zarzuty dotyczące braku zamontowania dodatkowych przepływomierzy uznać należy za chybione – to wykonawca określał w swojej ofercie potrzebę lub brak potrzeby zamontowania określonych urządzeń.

2. Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut ten jest chybiony. Istotą zarzutu jest wskazanie, że z treści informacji podanych w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia przez f. sp. z o.o. nie wynika czego dotyczyły realizowane usługi, w szczególności czy świadczenie obejmowało również montaż systemu monitoringu zużycia paliwa. Po pierwsze, Zamawiający wskazał, że żadna norma prawna nie wymaga aby wykonawca literalne posłużył się w dokumencie składanym w celu potwierdzenia (wstępnego) spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokładnie tym samym określeniem co w danym warunku. Treść złożonego oświadczenia winna być interpretowana zgodnie z zasadami wykładni oświadczeń woli określonymi w Kodeksie cywilnym (na podstawie art. 14 ustawy Pzp).

Podanie przez f. sp. z o.o. w treści tabelki liczby pojazdów objętych systemem monitoringu zużycia paliwa oraz lokalizacji, położenia pojazdów samochodowych wraz z eksploatacją systemu monitoringu wskazuje, że przedmiotem wykazywanych usług był także montaż systemu monitoringu zużycia paliwa.

Za oczywiste uznać należy fakt, że (jednym z elementów wdrożenia systemów wspierających zarządzanie flotą pojazdów jest montaż określonych urządzeń.

3. Zarzut dotyczący wprowadzenia w błąd Zamawiającego.

Zarzut dotyczący wprowadzenia w błąd Zamawiającego w postaci przedstawienia informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, obarczony jest błędem formalnym.

Zobowiązanie wykonawcy w postaci złożenia oświadczenia: *„oferujemy: Maksymalny błąd pomiaru zużycia paliwa z zastosowaniem sondy wynosi 2 %”,* nie podlega kategoryzacji z punktu widzenia podania prawdy bądź nieprawdy (wprowadzenia w błąd Zamawiającego), ponieważ dotyczy deklaracji wykonawcy (zobowiązania) do wykonania zamówienia w określony sposób, a nie zaświadczania o faktach. Jest to zasadnicza różnica między np. wskazaniem przez wykonawcę wykonania jakiejś usługi, w przypadku gdy takiej usługi dany wykonawca nie wykonał.

Odwołujący w istocie zmierza do wykazania obiektywnego braku możliwości wykonania zamówienia (braku możliwości osiągnięcia zakładanych parametrów za podaną w ofercie cenę), co winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, z uwagi na fakt, że oferta zmierza do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe (art. 58 § 1 w związku z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego). Zamawiający podniósł, że umowa może być uznana za umowę o świadczenie niemożliwe także, jeśli dotyczy sposobu wykonania zamówienia (Komentarz do art. 387 Kodeksu cywilnego s. 648, Machnikowski, C.H. Beck, Kodeks Cywilny.

Komentarz pod red. prof. dr hab. E. Gniewek, wydanie 5).

Takie żądanie nie zostało przez Odwołującego postawione, co zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, uniemożliwia orzekanie Izby.

15

Na marginesie Zamawiający wskazał, że podane w ofercie f. Sp. z o.o. jakiejkolwiek wartości maksymalnego błędu pomiaru zużycia paliwa z zastosowaniem sondy, nawet równej wartości wskazanej w ofercie Odwołującego uznawanej przez Odwołującego za możliwą do dotrzymania na etapie realizacji, nie zmieniłoby klasyfikacji wykonawców, wartość ta pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Podkreślił, że w treści SIWZ określił jedynie maksymalny poziom błędu pomiaru zużycia paliwa z zastosowaniem sondy, nie określił natomiast minimalnego poziomu jaki mógł zaoferować wykonawca. Wartości wskazane przez poszczególnych uczestników postępowaniu, za wyjątkiem Odwołującego, są bardzo podobne i wynoszą:

- T.T. sp. z o.o. - 2%,
- f. sp. z o.o. - 2%,
- L. sp. z o.o. - 3%.

Zatem, skoro uczestnicy rynku wskazują na podobne wartości, nie sposób przyjąć, że są one niewiarygodne i obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia. Zamawiający nadmienił, że przyczyny odrzucenia ofert nie dotyczyły kwestionowanych poziomów maksymalnego błędu pomiaru zużycia paliwa.

Dodatkowo Zamawiający podniósł, że nie wskazywał na określony sposób wykonania zamówienia. Osiągnięcie zakładanych celów ma nastąpić dopiero na etapie realizacji zamówienia. Warte podkreślenia jest, że wartości te będą szczegółowo sprawdzane zgodnie z § 4 ust. 2: *„Wykonawca zobowiązuje się do doS.czenia, montażu urządzeń i wdrożenia systemu w terminie 60 dni od dnia podpisania Umowy. W tym terminie system przejdzie pozytywne testy, zgodnie z Rozdziałem II „Zakres prac" pkt 1) od f) do i) Opisu Przedmiotu Zamówienia".* Zgodnie natomiast z punktem 1 Opisu Przedmiotu Zamówienia:

„f) sprawdzenie przez Zamawiającego funkcjonowania systemu w danej jednostce organizacyjnej Zamawiającego przed podpisaniem protokołu zdawczo-odbiorczego na szczeblu danej jednostki organizacyjnej Zamawiającego. Minimalny okres sprawdzenia powinien wynosić 15 dni roboczych od dnia zamontowania systemu na wszystkich pojazdach danej jednostki organizacyjnej,

g) w okresie od daty podpisania protokołu na szczeblu danej jednostki organizacyjnej Zamawiającego, do daty podpisania ostatecznego protokołu zdawczo-odbiorczego na szczeblu Centrali Spółki system powinien działać co najmniej w trybie testowym (w ramach wynagrodzenia), chyba że Zamawiający z Wykonawcą umówią się inaczej,

h) w okresie prób eksploatacyjnych, system powinien funkcjonować zgodnie z przedmiotem zamówienia,

i) pozytywne opinie z prób eksploatacyjnych ze wszystkich jednostek organizacyjnych Zamawiającego są warunkiem koniecznym do podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego na szczeblu Centrali Spółki. W takim przypadku ostateczny protokół zdawczo-odbiorczy

16

---

na szczeblu Centrali Spółki zostanie podpisany nie później niż 7 dni od otrzymania ostatniej pozytywnej opinii z prób eksploatacyjnych."

Nie wymaga wyjaśnień, że próby eksploatacyjne mają na celu również sprawdzenie wiarygodności i osiągnięcia zakładanych poziomów błędu pomiaru zużycia paliwa. Brak osiągnięcia zakładanych wartości będzie powodował brak możliwości podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego, a w konsekwencji brak otrzymania płatności przez wybranego wykonawcę.

Ponadto, zgodnie z § 12 ust. 1 pkt e) Istotnych Postanowień Umowy „za niedotrzymanie parametrów maksymalnego błędu pomiaru zużycia paliwa określonych w par. 4 ust. 3 pkt 4 Umowy, Zamawiający naliczy karę za każdy stwierdzony przypadek, w wysokości 25% wartości wynagrodzenia miesięcznego brutto za eksploatację systemu należnego za dany pojazd.

Zgodnie z § 15 ust. 2 litera b): *„Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od niniejszej umowy w całości lub w części według swojego wyboru (...), w przypadku w którym Wykonawca wykonuje umowę w sposób wadliwy albo sprzeczny z Umową, mimo wezwania*

Zamawiającego do zmiany sposobu wykonania i wyznaczeniu mu w tym celu odpowiedniego, nie krótszego niż 7 dni, terminu – w terminie 30 dni od bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu."

W świetle powyższych opisów trudno uznać za racjonalne działanie wykonawcy, który miałby zobowiązać się celem uzyskania zamówienia, do osiągnięcia parametrów, które na etapie realizacji umowy byłyby parametrami niemożliwymi do osiągnięcia, co w konsekwencji nie tylko prowadziłoby do nieuzyskania żadnego wynagrodzenia a także zapłaty kar umownych.

Podsumowując Zamawiający wskazał: Odwołujący dąży do wykazania, że oferta f. Sp.z o.o. jest z jednej strony na tyle niejasna, że wymaga stosownych wyjaśnień, z drugiej jest obiektywnie niemożliwe osiągnięcie zakładanych parametrów za cenę wskazaną w ofercie. W ocenie Zamawiającego, twierdzenia te są nie udowodnione –Odwołujący wykazuje w istocie drobne rozbieżności (z czym Zamawiający się nie zgadza), które nie mają zasadniczego znaczenia z punktu widzenia realizacji całego zamówienia. Etap weryfikacji założonych rozwiązań pod kątem osiągnięcia zakładanych wartości pomiaru, winien następować na etapie realizacji zamówienia, także z uwagi na fakt, że Zamawiający zapewnił wykonawcom znaczną swobodę w zakresie konstruowania swoich ofert przez brak określenia minimalnych wartości błędu pomiaru oraz wskazanie, że to wykonawcy określają urządzenia konieczne do osiągnięcia zakładanych rezultatów. Konieczność wezwania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień, czy też odrzucenie oferty mogłoby nastąpić tylko w sytuacji oczywistej niemożliwości świadczenia, z czym nie mamy do czynienia w tym przypadku. Zamawiający nie widzi ponadto żadnych zagrożeń płynących

z zaproponowanego sposobu wykonania zamówienia przez wybranego wykonawcę, także z uwagi na mechanizmy kontrolne przewidziane w umowie. Cena oferty f. sp. z o.o. jest przy tym wyższa niż średnia arytmetyczna cen złożonych ofert. Zatem trudno twierdzić, że ma ona charakter ceny rażąco niskiej.

Z powyższych powodów odwołanie winno podlegać oddaleniu.

Wykonawca f. Sp. z o.o. w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z dnia 8 grudnia 2016 r., zakwestionował w całości stanowisko odwołującego przedstawione w odwołaniu. W dniu 15 grudnia 2016 r. wniósł pismo, w którym przedstawił merytoryczne stanowisko w przedmiocie zarzutów odwołującego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, złożył ofertę wyrażając tym zainteresowanie uzyskaniem zamówienia oraz mógłby ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wykonawca f. Sp. z o.o., wobec skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (spełnił wymagania co do formy zgłoszenia i wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił), stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 i 3 Pzp).

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania (art. 189 ust. 2 ustawy), rozpoznała odwołanie na rozprawie (art. 189 ust. 4 i 5 Pzp).

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego z uwzględnieniem zasad: 1) odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp); 2) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy); 3) odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienia odwołania (art. 180 ust. 3 ustawy); 4) strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 190 ust. 1 Pzp); 5) Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na

wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 Pzp – z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r. sygn. akt V Ca 3270/12 wynika, że Izba nie uwzględnia odwołania, jeżeli w wyniku powtórzonych czynności zamawiającego wykonawca sklasyfikowany na pierwszej pozycji pozostaje taki sam – ewentualne naruszenie przepisów ustawy nie ma istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia)

– Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Odnośnie do zarzutów, Izba uznała:

Ad 1. *Naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 (po poprawieniu) pkt 17 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy f. Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty, poprzedzonego ewentualnym* żądaniem *wyjaśnień dotyczących treści oferty w sytuacji, w której za zaoferowaną przez wykonawcę cenę nie jest możliwe zapewnienie maksymalnego błędu pomiaru zużycia paliwa z zastosowaniem sondy na poziomie 2% oraz*

Ad 4. *Naruszenie przepisów art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się przez Zamawiającego do f. Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty, podczas gdy wykonawca ten nie przewidział w swojej ofercie użycia przepływomierzy do badania zużycia paliwa w pojazdach o S.szej konstrukcji, dodatkowo cena sondy paliwa wskazana w załączniku nr A do oferty (jedno urządzenie) jest analogiczna do ceny C. oraz sondy paliwa (a więc dwóch urządzeń).*

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp o treści: *Z postępowania o udzielnie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia* – zobowiązujący zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania, wymaga wykazania i udowodnienia, że wykonawca przedstawił informacje w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadzające zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący, przedstawiając zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie wskazanych przesłanek, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy, był obowiązany do przedstawienia dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Odwołujący nie przedstawił dowodów, również uprawdopodobnienia, że uczestnik postępowania w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd z możliwością dalszych skutków określonych w przepisie.

Zarzut niemożliwości zapewnienia maksymalnego błędu pomiaru zużycia paliwa z zastosowaniem sondy na poziomie 2%, nie dotyczy informacji, o których stanowi przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Oświadczenie wykonawcy nie jest informacją, lecz oświadczeniem woli zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnie w wymaganiami przedstawionymi w SIWZ – maksymalnego błędu pomiaru zużycia paliwa z zastosowaniem sondy na poziomie 2%.

Uzasadnienie zarzutu sprowadza się w istocie do kwestionowania zaoferowania użycia sondy do kontroli ilości paliwa w zbiorniku, bez dodatkowego pomiaru za pomocą przepływomierza (poza określonymi typami pojazdów) oraz zaoferowania sond w pojazdach, które w swej konstrukcji posiadają dwa zbiorniki paliwa (dotyczy dwóch pozycji w Zestawieniu cenowym w ofercie uczestnika postępowania, liczącym 811 pozycji w załączniku A do Formularza Ofertowego/Załącznik 7 do Umowy – pn. *Zestawienie cenowe/Ceny jednostkowe)* – w kwocie odpowiadającej cenie jednej sondy. Wykonawca zaoferował ceny urządzeń: C. 751,14 zł; sonda 769,25 zł oraz 1016,97 zł; sonda, C. 1016,97 zł; dla dwóch pojazdów Koparka T. - podwójne zbiorniki zaoferował cenę sond dla każdego pojazdu 1016,97 zł.

Ceny jednostkowe w ofercie odwołującego dla urządzeń P./C. to kwoty 773,85 zł; natomiast dla Sonda, Przepływomierz (ok. 46 pozycji) 3 895,00 zł.

W zdecydowanej większości urządzeń oferowanych przez obu wykonawców, ceny co do wysokości kwot, są porównywalne.

Zamawiający wskazał w SIWZ (pkt 2 ppkt 2.3), że szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia stanowi załącznik nr 1 do SIWZ. W pkt III załącznika pt. *Wymagania dotyczące doS.czanych lokalizatorów GPS, urządzeń monitoringu paliw oraz akcesoriów dodatkowych, minimalne wymagania w stosunku do doS.czanych przez wykonawcę (…),* wskazał w pkt 2. Sondy paliwa: *Zamawiający dopuszcza sondy pomiaru paliw (…)* oraz w pkt 3. Przepływomierze, dopuszczając: *Przepływomierze różnicowe tylko w wyjątkowych przypadkach.*

W odpowiedziach na pytania dotyczące treści SIWZ, w szczególności odpowiedź z dnia 20.09.2016 r. nr 1 na pytanie o treści: *(...) proszę o podanie ilości pojazdów możliwych do montażu modułu C. i ilości pojazdów wyłącznie do doposażenia w sondę paliwa,* zamawiający odpowiedział: *Zamawiający informuje, że wykaz pojazdów objętych zamówieniem podstawowym stanowi Załącznik nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz Załącznik A do Formularza ofertowego. Zamawiający przedstawił w nich marki, modele pojazdów i inne niezbędne dla przygotowania oferty informacje o danym pojeździe. Zamawiający wymaga, aby na podstawie informacji zamieszczonych w ww. Załącznikach wykonawca określił jakiego typu urządzenie zamontuje na poszczególnych pojazdach oraz za jaką cenę jednostkową.*

Przedstawienie typów urządzeń (P.i, sondy, magistrale C., przepływomierze z zastrzeżeniem różnicowych tylko w wyjątkowych przypadkach) oraz cen jednostkowych, pozostawało wyłącznie w gestii wykonawców.

Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu zaoferowali, za wyjątkiem odwołującego, wyrównany poziom maksymalnego błędu pomiaru zużycia paliwa: dwóch wykonawców 2%, w tym uczestnik postępowania odwoławczego i trzeci wykonawca 3%.

Zamawiający nie wskazywał sposobu wykonania zamówienia w zakresie doboru odpowiednich urządzeń i ich ilości, natomiast oczekiwał osiągnięcia zakładanych celów na etapie realizacji zamówienia, co do których wprowadził odpowiednie instrumenty kontrolne, przedstawione na str. 16 i 17 uzasadnienia – streszczenie stanowiska zamawiającego.

Izba podzieliła ocenę, że okoliczności faktyczne zarzutu odnoszą się do zamiaru wskazania braku możliwości wykonania zamówienia – osiągnięcia parametrów za podaną cenę, jednakże podstawa prawna (nieodzowny element zarzutu) przeczy temu. Nie zostały wykazane okoliczności faktyczne do uznania naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o treści: *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści* – ma charakter fakultatywny, na co wskazuje zastosowane pojęcie: *zamawiający może* żądać.

Przepis ten nie zobowiązuje, lecz uprawnia zamawiającego do podjęcia czynności w toku badania ofert. W orzecznictwie przyjmuje się, że wyjaśnienia wykonawcy służą właściwej ocenie oferty i mogą dotyczyć potwierdzenia merytorycznego jej zakresu, niewynikającego wprost ze złożonych oświadczeń lub dokumentów.
Wykonawca wezwany do wyjaśnienia treści oferty może nie udzielić żądanych wyjaśnień, a jedyną konsekwencją takiego zaniechania będzie to, że zamawiający oceni ofertę wyłącznie na podstawie jej treści (m.in. wyrok z dnia 19 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 791/13).

Zważywszy na uprawniający, a nie zobowiązujący charakter przepisu art. 87 ust. 1 ustawy, należało przyjąć, że zarzut wskazujący czynności zamawiającego, czy zaniechanie czynności, do których zamawiający nie był zobowiązany na podstawie ustawy – w świetle przepisu art. 180 ust. 1 ustawy – nie ma niezbędnego substratu zaskarżenia (podobnie w wyroku z dnia 18 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1183/16).

W wyroku z dnia 3 października 2016 r. sygn. akt KIO 1694/16, Izba uznała: *(…)* żądanie *wyjaśnień jest uprawnieniem zamawiającego w razie powzięcia wątpliwości co*

do treści oferty, a nie obowiązkiem w rozumieniu art. 180 ust. 1 ustawy Pzp – nie stanowi naruszenia wskazanego w odwołaniu przepisu art. 87 ust. 1 ustawy.

W żadnym z przywołanych w odwołaniu orzeczeń, Izba nie nakazała zamawiającemu wdrożenia procedury wyjaśniającej na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, lecz wskazywała taką możliwość również jako kompetencje zamawiającego, przyjmując odpowiedni do okoliczności sprawy w kontekście czynności charakter zalecenia, zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Ad 2. *Naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy f. Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty, poprzedzonego ewentualnym* żądaniem *wyjaśnień dotyczących treści oferty lub wezwaniem do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, w której ze złożonego przez wykonawcę oświadczenia w części IV lit. C Jednolitego Dokumentu Zamówienia „Zdolność techniczna i zawodowa" nie wynika, czego dotyczyły realizowane usługi, w szczególności czy* świadczenie *obejmowało również montaż systemu monitoringu zużycia paliwa – wyłącznie takie doświadczenie wykonawcy mogło być uznane za wyS.czające do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z brzmieniem pkt 8.6.2 SIWZ.*

Wskazane przepisy art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 Pzp stanową: *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia; Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

Natomiast przepis art. 26 ust. 1 Pzp brzmi: *Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.*

Zamawiający, odpowiednio do regulacji ustawowych, opisał w pkt 8.2.3 SIWZ, że w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. W zakresie tego warunku wymagane jest wykazanie przez wykonawcę, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), zrealizował należycie

co najmniej dwie umowy, których przedmiotem był montaż systemu monitoringu zużycia paliwa oraz lokalizacji położenia pojazdów samochodowych wraz z eksploatacją systemu monitoringu przez okres co najmniej dwóch lat na co najmniej 200 pojazdach samochodowych w ramach każdej z umów.

Uczestnik postępowania odwoławczego przedstawił w załączniku nr 6 – Jednolity Dokument, w części IV C „Zdolność techniczna i zawodowa" – wykaz wykonanych usług, w sumie 4, opisanych jako wdrożenie autorskiego Systemu Wspierającego Zarządzanie Flotą Pojazdów FM.f., wykazując wymaganą liczbę pojazdów samochodowych (w ramach usług wskazanych w pozycjach przedstawionych w kolejności 1, 3, 4), objętych systemem monitoringu zużycia paliwa oraz lokalizacji położenia pojazdów samochodowych wraz z eksploatacją systemu monitoringu.

Odwołujący wskazał jako istotę zarzutu to, że z oświadczenia wykonawcy nie wynika, czego dotyczyły realizowane usługi, w szczególności czy świadczenie obejmowało również montaż systemu monitoringu zużycia paliwa, gdyż wyłącznie takie doświadczenie wykonawcy może być uznane za wyS.czające do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt 8.6.2 SIWZ.

Uczestnik postępowania złożył na rozprawie referencje wystawione przez odbiorców usług: T.O.K sp. z o.o. w Krakowie z dnia 21.04.2016 r.; P.S.G. Sp. z o.o. Oddział w Poznaniu z dnia 26.09.2016 r.; P.G. S.A. Oddział Skarżysko-Kamienna z dnia 04.10.2016 r., w których wyszczególniono etapy uruchomienia systemów, w tym montaż.

Zamawiający zamieścił w SIWZ na potrzeby postępowania definicję wdrożenia,

wskazując w załączniku nr 1 do SIWZ, załączniku nr 2 do Umowy, w części I. Informacje podstawowe, w pkt 2. Słowniczek użytych pojęć, definicje, w ppkt 5) *Wdrożenie do eksploatacji – jako ogół czynności polegających na instalacji urządzeń i systemów, dostosowaniu do wymagań użytkownika, a także migracji danych oraz testowaniu i uruchomieniu systemu.*

Montaż, zgodnie ze znaczeniem tego pojęcia – połączenie ze sobą różnych elementów, w świetle przedstawionych, niepodważonych dowodów i wyjaśnień złożonych na rozprawie – należało uznać jako element potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego przez zamawiającego.

Ad 3. *Naruszenie przepisów art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp przez zaniechanie wezwania f. Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, podczas gdy cena całkowita oferty w zakresie podstawowym jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia w zakresie podstawowym powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp, co obligowało Zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień.*

W postępowaniu o udzielenie zamówienia złożono 4 oferty z cenami:
1) T.T. Sp. z o.o. 1 146 657,66 zł
2) L. Sp. z o.o. 1 780 681,33 zł
3) uczestnik postępowania 2 145 080,36 zł (po niekwestionowanym poprawieniu ceny)
4) odwołujący 2 843 395,80 zł.

Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 1 978 953,79 zł.

Wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, została ustalona w kwocie 2 971 066,16 zł.

Cena oferty uczestnika postępowania stanowi 72,20% wartości zamówienia i 108,39% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający nie miał obowiązku, zgodnie ze wskazanym przepisem art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Nie potwierdził się skonstruowany na niewłaściwie ustalonym stanie faktycznym, co do ceny oferty uczestnika postępowania, zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp przez zaniechanie czynności przez zamawiającego.

Ad 5. *Naruszenie przepisów 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez f. Sp. z o.o. w sytuacji, gdy zawierała ona rażąco niską cenę, wykonawca przewidział w załączniku nr A cenę jednostkową sondy paliwa (jedno urządzenie) analogiczną jak cenę łączną C. oraz sondy (dwa urządzenia), dodatkowo kwota jaką wykonawca zamierza przeznaczyć na zakup sondy paliwa nie pokrywa jej wartości.*

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zastosowanie tego przepisu możliwe jest, zgodnie z przyjętą interpretacją i orzecznictwem, wyłącznie po uprzednim zwróceniu się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp.

W okolicznościach sprawy, ze względu na procentowy stosunek ceny wybranej oferty do wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego w sposób opisany w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert – stanowiący mniej niż 30%, nie występuje obligatoryjna przesłanka zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Zróżnicowanie cen jednostkowych w przedstawionych pozycjach załącznika A, wynika z zaoferowania różnych dopuszczonych do stosowania urządzeń.

Przykładowe obliczenia odwołującego cen urządzeń pomiaru poziomu zużycia paliwa w wybranej ofercie (5,39% ceny całkowitej oferty), nie może stanowić podstawy nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący, przedstawiając zarzut rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy takie domniemanie nie wynika z cytowanych przepisów ustawy, zobowiązany był do udowodnienia zarzutu.

Dowody załączone do odwołania i złożone na rozprawie:
-Informacje internetowe dotyczące zakupu sondy poziomu paliwa CS26/U, w tym ceny (A.);
-Informacje internetowe o Firmie S.; Zarządzaniu flotą samochodową – S.C.;
-Wydruki korespondencji elektronicznej: 1) C.W. S.G. – P.B., T.K., oferta: podstawowe Sondy Ciśnieniowe; P.C. K.T. – C.W. S.G., oferta podstawowa, uzgodnienia co do treści informacji i jej formy – cennik lub indywidualna oferta; załącznik oferta K., cennik ważny od 11/2016 (7-9 grudnia 2016 r.); 2) C.W. S.G. – P.B., T.K., oferta na sondę ciśnieniową firmy A.s, pod KIO; warunki handlowe dla sond paliw CS-27 – hydrostatyczna sonda paliwa typu: CS-27/RS/U/0… (7 grudnia 2016 r.);
-Cztery faktury: sprzedawca A. S.A. – nabywca S.G. Sp. z o.o., dotyczące: sonda poziomu paliwa CS27/U/0-800mm0N oraz 1100mm0N;
-Opinia o innowacyjności (algorytmu paliwowego opracowanego przez firmę S.S.), wydana przez prof. dr hab. A.K., Szkoła Główna Handlowa w Warszawie
– wskazują możliwości nabywcze odwołującego.
Niektóre dowody przygotowane na potrzeby postępowania odwoławczego (m.in. wskazane „pod KIO")

– nie uzasadniły zarzutu rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Ad 6. *Naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez f. Sp. z o.o., podczas gdy działanie takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku usług będących przedmiotem postępowania i oferowaniu ich* świadczenia *poniżej kosztów.*

Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zobowiązującego zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk stanowiącego, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku usług będących przedmiotem postępowania i oferowanie ich świadczenia poniżej kosztów – nie zostało wykazane.

Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu uzasadnienia zarzutu, również nie przedstawił argumentacji na rozprawie.

Nie został udowodniony zarzut naruszenia przepisów ustawy Pzp przez wybór oferty f. Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i przez bezpodstawne zaniechanie wyboru oferty odwołującego.

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł.

Przewodniczący: ……