Sygn. akt KIO 1730/12

WYROK

z dnia 28 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 sierpnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2012 r.

przez wykonawcę: **„Finder" Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „T-matic Systems" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, SMT Software Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „T-matic Systems" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SMT Software S.A. z siedzibą we Wrocławiu.**

2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego: Pocztę Polską S.A. z siedzibą w Warszawie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr**

Sygn. akt KIO 1730/12

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: „Finder" S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego: Poczty Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **odwołującego: „Finder" S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1730/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi za pośrednictwem swojego Centrum Infrastruktury w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp"

lub „pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Usługę lokalizacji i monitorowania pojazdów samochodowych za pomocą urządzeń systemu GPS z bezpośrednią transmisją danych w oparciu o wykonany i wdrożony przez Wykonawcę Moduł raportowania i rozliczeń eksploatacyjnych* (oznaczenie sprawy: C7/12/2012).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 28 kwietnia 2012 r. pod nr 2012/S_83-1136458, natomiast 30 kwietnia 2012 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Centrum Infrastruktury oraz na swojej stronie internetowej (www.poczta-polska.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z." lub „SIWZ").

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 27.146.430,68 zł, co stanowi równowartość 7.073.829,12 euro.

3 sierpnia 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał faksem Odwołującemu – Finder S.A. z siedzibą w Warszawie – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „T-matic Systems" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SMT Software S.A. z siedzibą we Wrocławiu (zwanych dalej również w skrócie „Konsorcjum") .

13 sierpnia 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej cenę rażąco niską.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003 Nr 153, poz. 1503) polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub

świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Powtórzenia czynności badania ofert i odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum z uwagi na istniejące okoliczności wypełniające dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 pzp/
3. Dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert zgodnie z przyjętymi kryteriami.

Odwołujący nadto sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniające wniesienie odwołania.

Na wstępie Odwołujący podał, że najbardziej istotne elementy świadczenia stanowiącego przedmiot zamówienia stanowią: po pierwsze – uruchomienie i udostępnienie Zamawiającemu na okres 48 miesięcy systemu przesyłania danych na serwer wykonawcy i ich przechowywanie oraz udostępnianie Zamawiającemu danych skonfigurowanych zgodnie z określonymi wymaganiami, tzw. *Modułu raportowania i rozliczeń eksploatacyjnych* (wykonanie systemu – 6 miesięcy, utrzymanie systemu wraz z lokalizacją i monitorowaniem oraz przekazywaniem określonych parametrów stanu pojazdu z wykorzystaniem GPS przez okres 48 miesięcy od daty jego uruchomienia); po drugie – zamontowanie na 4750 pojazdach samochodowych zestawów urządzeń dedykowanych dla pojazdu służących do ich lokalizacji i monitorowania oraz przekazywania określonych parametrów stanu pojazdu z wykorzystaniem GPS. Przy czym po zakończeniu umowy (po 48 miesiącach od uruchomienia systemu) urządzenia przechodzą na własność Zamawiającego. Oprócz tego fakultatywnie, w ramach opcji, Zamawiający w terminie 12 miesięcy przed terminem zakończenia umowy może zobowiązać wykonawcę do zainstalowania, skonfigurowania i uruchomienia na serwerach Zamawiającego tzw. *Modułu lokalizacji pojazdów wraz z rejestrowaniem zdarzeń.* Odwołujący wskazał dalej, że adekwatnie do powyższej specyfikacji podstawowych elementów przedmiotu zamówienia Zamawiający żądał od wykonawców

skalkulowania ceny ofertowej zgodnie z załączonym wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do s.i.w.z. W sporządzanej kalkulacji wykonawcy zobowiązani byli określić: po pierwsze – cenę za wykonanie systemu – modułu raportowania i rozliczeń eksploatacyjnych; po drugie – jednostkowe ceny abonamentu miesięcznego za jeden pojazd/urządzenie pracujące w systemie (przy czym zgodnie ze strukturą i rodzajem pojazdów należało dokonać kalkulacji tych cen odrębnie dla każdego z pięciu rodzajów pojazdów oznaczonych jako grupy od A do E, które zostały zdefiniowane w s.i.w.z. i wzorze umowy); po trzecie – cenę za moduł lokalizacji pojazdów wraz z rejestrowaniem zdarzeń. Zdaniem Odwołującego oznacza to

ukształtowanie przez Zamawiającego wynagrodzenia odpowiednio: w pierwszym i trzecim przypadku – jako ryczałtowego, natomiast w drugim przypadku – przez wskazanie podstaw do określenia należnego wynagrodzenia dla pojazdów należących dla każdej z pięciu grup (na zasadzie art. 536 kodeksu cywilnego). W tym ostatnim przypadku zakres ilościowy (liczba pojazdów w poszczególnych grupach) nie jest możliwy do dokładnego i jednoznacznego sprecyzowania, na co wskazuje § 11 umowy, zgodnie z którym *Zamawiający zastrzega sobie prawo, pod warunkiem pisemnego poinformowania Wykonawców do jednostronnego zmniejszenia ilości pojazdów pracujących w Systemie, przy czym zmniejszenie nie może przekroczyć 30% ilości pojazdów…*

Istotą podnoszonych zarzutów według Odwołującego jest to, że ceny jednostkowe podane przez wybrane Konsorcjum w odniesieniu do wszystkich pięciu grup pojazdów (od A do E) są rażąco niskie, co stanowi okoliczność wskazaną w art. 89 ust.1 pkt 4 pzp i zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia tej oferty. Kwoty abonamentów miesięcznych dla pojazdów kwalifikowanych do każdej z pięciu grup, uwzględniając zakres świadczenia, wskazują również na naruszenie przepisu art.15 ust.1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawca zobowiązał się do sprzedaży wyrobów i świadczenia usług poniżej kosztów wytworzenia i kosztów świadczenia, celem uniemożliwienia dostępu do zamówienia innym wykonawcom, w tym zwłaszcza Odwołującemu. Okoliczność ta powinna skutkować odrzuceniem przez Zamawiającego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią złożonej oferty Konsorcjum zobowiązuje się do dostarczenia Zamawiającemu zestawu urządzenia (urządzenie wraz z innymi koniecznymi elementami jak sonda paliwa, czytnik kart RFID, wyświetlacza LCD i in.), dokonanie montażu tych elementów w pojeździe samochodowym za łączną kwotę od 288 zł do 384 zł za pojazd przez okres 4 lat (cen jednostkowe mieszą się w przedziale od 6 zł do 8 zł miesięcznie za pojazd). Odwołujący – opierając się zarówno na własnej wiedzy, wynikającej z dużego doświadczenia w realizacji tożsamych przedmiotowo zamówień, jak i na dokonanym rozeznaniu rynkowym cen urządzeń i elementów oraz innych kosztów niezbędnych tylko do zainstalowania, uruchomienia i utrzymywania w sprawności montowanych urządzeń – stwierdził, że nie jest możliwe wykonanie świadczenia w wymaganym zakresie za powyższe kwoty. Zdaniem Odwołującego łatwo można to wykazać uwzględniając tylko ceny i koszty podstawowych, najbardziej istotnych elementów wyposażenia i robót obejmujących: 1) koszt urządzenia wraz z anteną gsm, anteną gps, procesorem i zasilaczem, 2) koszt sondy paliwa, 3) czytnik kart RFID, 4) wyświetlacz LCD, 5) koszt montażu urządzeń, 6) miesięczne opłaty za korzystanie z map, 7) miesięczne opłaty za kartę SIM. Przy czym, przy rzetelnie dokonywanej kalkulacji ceny jednostkowych każdy

wykonawca winien wziąć pod uwagę również następujące fakty: po pierwsze – Zamawiający dysponuje ponad dziesięcioma markami pojazdów, co utrudnia w określonym stopniu montaż urządzeń; po drugie –Zamawiający przewiduje, iż w 3000 pojazdów (co stanowi ponad 63% wskazanej liczby pojazdów) konieczny będzie demontaż zainstalowanych urządzeń i powtórny ich montaż w innych pojazdach (pkt 3.2.7. s.i.w.z.). A to oznacza, że każdy koszt jednostkowy montażu powinien być blisko dwukrotnie zwiększony, jako że w trakcie umowy wykonawca zapewne wykona ok. 7700 czynności montażowych (4750 wykazanych pojazdów + 3000 w nowych pojazdach) oraz ok. 3000 czynności demontażu

urządzeń. Zdaniem Odwołującego gdyby nawet przyjąć założenie, że Zamawiający nie dysponuje dostateczną wiedzą na temat cen rynkowych wymaganych urządzeń wraz z innymi niezbędnymi elementami oraz kosztów innych koniecznych prac, jego uwagę winien zwrócić już tylko sam fakt, że ceny jednostkowe oferowane przez Konsorcjum stanowią średnio zaledwie od 5% do 11% cen jednostkowych oferowanych przez trzech pozostałych wykonawców, co oznacza że są od 10 do 20 razy niższe. W ocenie Odwołującego okoliczności te wskazują, że ceny, za jakie wybrane Konsorcjum oferuje wykonanie zamówienia w zakresie dostawy i montażu wymaganych zestawów urządzeń są cenami ukształtowanymi poniżej kosztów zakupu urządzeń lub kosztów świadczenia usług, co stanowi o zaistnieniu przesłanki wskazanej przesłanki art.89 ust.1 pkt 3 pzp i winno skutkować odrzuceniem oferty wybranego Konsorcjum.

Zdaniem Odwołującego, który przywołał w odwołaniu definicję ceny wynikającą z art. 2 pkt 1 pzp, zapewne nie jest sporne, że cenę jako kwotę do zapłaty przez Zamawiającego, wykonawcy jednoznacznie określali w odniesieniu do pozycji 2 i 3 kalkulacji cenowej (załącznik nr 1 do s.i.w.z.). Oznacza to, że – zgodnie ze sprecyzowanym we wzorze umowy (§ 6 *Wartość umowy i wynagrodzenie)* charakterem świadczenia oraz sposobem dokonywania rozliczeń – płatność we wskazanej kwocie zostanie dokonana po wykonaniu świadczenia i potwierdzeniu przez Zamawiającego odbioru. W ocenie Odwołującego nie może być również sporne, że w zakresie świadczenia ujętego w pozycji 1 kalkulacji cenowej oferty – wartości podane w kolumnie 6 i 8 nie stanowią ceny w jej prawnym rozumieniu. Zdaniem Odwołującego wskazuje na to także sam Zamawiający, gdyż unika nieuprawnionego pojęcia *cena* w odniesieniu do tych wartości, tytułując kolumny 6 i 8, odpowiednio – *wartość netto, wartość brutto.* W przypadku pozycji 1 cenę stanowią podane ceny jednostkowe (w wartości netto) za abonament miesięczny za jeden pojazd i jedno urządzenie w odniesieniu do każdej z pięciu grup pojazdów. Według Odwołującego takie ukształtowanie formularza cenowego było konieczne aby w ogóle możliwe było dokonanie porównania ofert w zakresie przyjętych kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej: *cena*

abonamentu oraz Modułu raportowania i rozliczeń eksploatacyjnych" (waga 95%) oraz „cena *Modułu lokalizacji pojazdów wraz z rejestrowaniem zdarzeń* (waga 5%). Tezę, że to podane ceny jednostkowe mają charakter ceny, ma wprost potwierdzać także przyjęty sposób określania wynagrodzenia (ustęp y od 1 do 5 § 6 umowy), a także algorytm naliczania kar umownych za zwłokę w montażu lub usuwaniu wad urządzeń – odnoszący się do każdego pojedynczego urządzenia.

Według Odwołującego potwierdzeniem zasadności jego rozważań są następujące fragmenty uzasadnień wyroków Izby [wytłuszczenia Odwołującego]:

- „Zamawiający *nie przyjął zatem mechanizmu rzeczywistego ryczałtu, polegającego na wskazaniu przez wykonawcę kwoty za wykonywane przez okres trzech lat oczyszczanie letnie i zimowe miasta w poszczególnych rejonach, który to ryczałt zostałby odpowiednim algorytmem rozłożony na poszczególne okresy rozliczeniowe (przykładowo miesięczne) i w tej wysokości rozliczany z tytułu wykonywania umowy. W analizowanej sprawie powyższa sytuacja nie ma miejsca. Zamawiający wyraźnie podał w (...) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że* ***podstawą płatności będzie cena jednostkowa, skalkulowana prze wykonawcę za jednostkę obmiarową dla odpowiedniej usługi.*** *Powyższy zapis nie budzi wątpliwości. (...) Powyższe wskazuje, że* ***ceną za wykonanie zamówienia nie jest łączna cena podawana w ofercie za wykonanie ogółu usług (określona ceną oferty) w ilości przyjętej wg obmiarów (założonych w formularzach cenowych) (...), ale cena za odpowiednią usługę rozpatrywaną samodzielnie...) W tych warunkach ceny jednostkowe mają zatem cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych usług składających się na złożone zamówienie.*** [wyrok z 18 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2407/10]
- *Zamawiający wymaga (i konsekwentnie: przyjął do porównania ofert) usług i urządzeń,* ***których szczegółowa, rzeczywista ilość nie jest możliwa do całkowitego przewidzenia.*** *Postawił zatem graniczne ilości nabywanych w tym postępowaniu usług i urządzeń, wymagając podania cen jednostkowych za te usługi oraz urządzenia. W tym kontekście każdorazowo, przedmiotem nabycia z perspektywy Zamawiającego (a ściślej: konkretnej jednostki, na rzecz której nabywana jest usługa) będzie pewna ilość urządzeń*

(telefonów, modemów) wraz z usługą telefonii, wyrażającą się koniecznością zapłaty abonamentu oraz kosztów wykonanych rzeczywiście usług (np. połączeń). W przedmiotowym postępowaniu, cena to nie płacona ryczałtem wartość za ogół opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (formularzu cenowym) usług i urządzeń, ale ceny jednostkowe za poszczególne usługi i urządzenia wchodzące w zakres zamówienia, których płatności są uzależnione od rzeczywistego ich

zrealizowania. (…)
Z powyższego wynika, że w przedmiotowym ***postępowaniu ceny jednostkowe to nie ceny o wewnętrznym, technicznym znaczeniu, które miałyby co najwyżej zobrazować sposób kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, albo służyć jedynie prezentacji elementów, jakie składają się na cenę za wykonanie zamówienia, ale ceny rzeczywiste jakie będzie Zamawiający*** *(jednostki, na rzecz których działa)* ***ponosił.*** [wyrok z 27 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2680/11]

Odnośnie rażąco niskiego charakteru podanych przez Konsorcjum ryczałtowych cen jednostkowych Odwołujący powołał się na dokonywaną w praktyce wykładnię pojęcia *cena rażąco niska:*

- *za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi.* [opinia Urzędu Zamówień Publicznych]
- *O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotą.* [wyroku Sąd Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07]
- *cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc.* [wyrok Izby z 4 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 601/12].

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

16 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Konsorcjum, którego oferta została wybrana.

Przy braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz wobec dokonania zgłoszenia

przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia Konsorcjum do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego w charakterze uczestnika tego postępowania (przystępującego).

W zgłoszeniu przystąpienia Przystępujący odniósł się między innymi w następujący sposób do zarzutów odwołania:

Przystępujący nie zgodził się z tezami odwołania odnośnie tego, co wykonawcy zobowiązani byli określić w ramach 3-elementowej kalkulacji oferty, w szczególności w zakresie konieczności ujęcia w cenie abonamentu kosztu urządzenia wraz z dodatkowymi elementami. Odwołujący jest w błędzie, gdyż zgodnie z § 1 ust. 1 umowy (stanowiącej

załącznik nr 6 do s.i.w.z.): *Przedmiotem umowy jest świadczenie w jednostkach organizacyjnych Zamawiającego usługi lokalizacji i monitorowania pojazdów samochodowych za pomocą urządzeń systemu GPS z bezpośrednią transmisją danych, w oparciu o wdrożony przez Wykonawcę Moduł raportowania i rozliczeń eksploatacyjnych wraz z jego dokumentacją, określoną w Załączniku nr 12 do Umowy, zwanego dalej Systemem, na warunkach określonych w niniejszej umowie.* Zdaniem Odwołującego oznacza to, że sprzęt (pojazdy) wchodzą w skład *Systemu,* identyfikowanego jako system GPS, na który składa się moduł raportowania i rozliczeń eksploatacyjnych wraz z jego dokumentacją oraz urządzeniami. W § 1 ust. 2 umowy Zamawiający określił, co w szczególności obejmuje przedmiot umowy: zamontowanie zestawów urządzeń, uruchomienie systemu przesyłania danych z urządzeń, przeszkolenie pracowników Zamawiającego przed uruchomieniem systemu, opracowanie i przekazanie Zamawiającemu dokumentacji przed uruchomieniem systemu, dokonanie montażu/demontażu urządzeń wymagających przeniesienia na inne pojazdy, przeprowadzenie przeglądów konserwacyjnych i gwarancyjnych, uruchomienie oprogramowania, przygotowanie modułu raportowania i rozliczeń eksploatacyjnych do współpracy z systemami eksploatowanymi w Poczta Polska S.A. Przystępujący podkreślił, że zamawiający – w żadnym miejscu s.i.w.z. – nie wskazał, że cena abonamentu ma obejmować koszt: zamontowania zestawów urządzeń, uruchomienia systemu przesyłania danych z urządzeń, przeszkolenia pracowników Zamawiającego przed uruchomieniem systemu, opracowania i przekazanie Zamawiającemu dokumentacji przed uruchomieniem systemu, dokonania montażu/demontażu urządzeń wymagających przeniesienia na inne pojazdy, przeprowadzenia przeglądów konserwacyjnych i gwarancyjnych. Wręcz przeciwnie – jako kryterium oceny ofert – Zamawiający określił łącznie cenę abonamentu oraz modułu raportowania i rozliczeń

eksploatacyjnych (stanowiącą 95% wagi kryteriów oceny ofert). Zamawiający pozostawił wykonawcom kalkulację wewnętrzną ceny za elementy sprzętowe, gdyż w s.i.w.z. nie została ona określona, ani wyszczególniona w ramach odrębnego kryterium oceny, jak również w ramach odrębnej pozycji w formularzu ofertowym. Przystępujący stwierdził, że w swojej kalkulacji określił bardzo dokładnie ceny za poszczególne urządzenia oraz marżę (zysk) w stosunku do Zamawiającego, jak również zawarł w niej wszystkie istotne możliwe koszty, które może ponieść przy realizacji zamówienia.

Przede wszystkim jednak – zdaniem Przystępującego – błąd Odwołującego polegać ma na przyjęciu, że kwestia rażąco niskiej ceny powinna być odnoszona do cen jednostkowych. Tymczasem, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, należy ją odnieść do ceny za przedmiot zamówienia. Odwołujący – przywołując się definicję ceny w pzp oraz ogólnie wskazując § 6 wzoru umowy – nie uwzględnił, że § 6 ust. 1 umowy odnosi się przede wszystkim do łącznej wartości przedmiotu umowy, a to ona jako wartość przedmiotu zamówienia – powinna być rozpatrywana w kontekście rażąco niskiej ceny. Przystępujący stwierdził, że jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych nie pozostawia wątpliwości w tym zakresie, o czym świadczyć mają między innymi przywołane fragmenty uzasadnień [wytłuszczenia i podkreślenia Przystępującego]:

- *Nie można zgodzić się z twierdzenia Konsorcjum, że o „rażąco niskiej" cenie świadczy fakt wskazania przez Konsorcjum dzierżawy wagonów (...) ceny dzierżawy zdecydowanie odbiegających od cen innych wykonawców.* ***Uszło bowiem uwadze Konsorcjum, że kryterium do ustalania ceny „rażąco niskiej" nie są poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena za całość usługi będącej przedmiotem zamówienia.*** [wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10]
- *oceny zaoferowania ceny rażąco niskiej należy dokonywać w konkretnym przypadku uwzględniając specyfikę danego zamówienia. Dla uznania, że cena jest rażąco niska nie jest wystarczające jedynie matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość od ceny innego wykonawcy.* ***Każdy wykonawca kieruje się inną strategią w prowadzeniu działalności i innymi kryteriami w obliczaniu zysku i rentowności firmy, na co składają się nie tylko czynniki finansowe.*** *Duże firmy generujące więcej kosztów, nie są być może zorientowane na minimalny zysk, który dla małej firmy może mieć istotne znaczenie.* [wyrok Izby z 18 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1422/12]
- *(…)* ***przedmiotem badania na podstawie art. 90 ust 1 ustawy p.z.p. winna być cena***

oferty za realizacje całego przedmiotu zamówienia a nie cena za pojedynczy element. *Nie ma wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie zamawiający decydując się na odrzucenie oferty odwołującego oparł się jedynie na przekonaniu że cena jednostkowa*

Sygn. akt KIO 1730/12

wykonania słupka przystankowego jest rażąco zaniżona. W tym miejscu należy wskazać, iż przy ocenie ceny oferty należy brać pod uwagę ogólną cenę oferty, a nie opierać się – w tym stanie faktycznym wybiórczo – na poszczególnych cenach jednostkowych. (…) W ocenie Izby, w tym konkretnym przypadku nie sposób uznać aby cena zaoferowana przez odwołującego za cały przedmiot zamówienia była rażąco niska. Opieranie się przez zamawiającego na tym że cena wykonania np. kompletnego słupka przystankowego u odwołującego jest rażąco niska w stosunku do cen u Innych wykonawców natomiast cena montażu takiego słupka jest u odwołującego zawyżona w stosunku do Innych ofert nie może prowadzić do odrzucenia tak skonstruowanej oferty. [wyrok Izby z 9 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1601/11]

- (...) *zgodnie z powyżej wskazanymi przepisami, w świetle ugruntowanego orzecznictwa, podstawą uznania rażąco niskiej ceny oferty nie mogą być ceny jednostkowe, co podnosił zamawiający w odpowiedzi na odwołanie I na rozprawie, wskazując na ceny w trzech pozycjach kosztorysu ofertowego. W zakresie wątpliwości, co do ceny jako rażąco niskiej, badaniu podlega cena oferty, a nie poszczególne składniki tejże oferty. Odniesienie się do poszczególnych cen jednostkowych, czyli wyodrębnionych elementów nie stanowi o niewłaściwym sposobie obliczenia ceny oferty. Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach w stosunku do Innych ofert, nie jest dowodem, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Konieczność odniesienia do ceny oferty, a nie do cen jednostkowych wynika z przywołanych wyżej przepisów ustawy, które zobowiązują zamawiającego do podjęcia określonych czynności związanych z oceną oferty (m.in. wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO 1055/10).* [wyrok Izby z 22 lipca 2012 r. sygn. akt KIO 1452/11]
- *Również zarzut rażąco niskiej ceny pozostaje chybiony. Protestujący zarzucił, że cena jednego pojazdu wskazana w ofercie przystępującego jest rażąco niska, tymczasem jak słusznie zauważył przystępujący, w tym zakresie należy brać pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie ceny jednostkowe. Określone przez wykonawcę ceny jednostkowe, nie mogą stanowić podstawy do oceny, czy złożono ofertę z rażąco niską ceną, gdyż przepis art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp wskazuje na cenę, a nie cenę jednostkową, O rażąco niskiej cenie można mówić w przypadku, gdy całkowita cena oferty odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku. Powyższe potwierdza ugruntowane orzecznictwo KIO. Zamawiający ponadto zauważył, że rozpatrywanie ceny jednostkowej dostawy pojazdu, w oderwaniu od pozostałych kosztów uwzględnionych w ofercie, takich jak cena świadczeń dodatkowych oraz przede wszystkim koszt leasingu pojazdu, nie jest*

Sygn. akt KIO 1730/12

obiektywnym badaniem ceny oferty. Rozbieżność cenowa w złożonych ofertach wynika raczej z przyjętej przez wykonawców marży finansowej w ramach kosztów leasingu, która z uwagi na długi czas finansowania znacznie zwiększa cenę oferty protestującego. Zamawiający analizując ofertę stwierdził, że zaproponowana cena odpowiada cenom rynkowym i jest wiarygodna. [wyrok Izby z 11 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 977/09]

- *Nawet jeżeli przyjąć by, że ceny niektórych pozycji uległy zaniżeniu, to w ocenie Izby decydujące znaczenie (przy tak sformułowanych zapisach SIWZ) ma cena całkowita oferty. W orzecznictwie przyjęło się, że dla oceny, czy rozpatrywana oferta zawiera rażąco niską cenę – co do zasady – należy badać ogólną cenę oferty, a nie jej wyodrębnione elementy, np. ceny jednostkowe, pozycje asortymentowe (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z 24 marca 2005 r., sygn. akt II Ca 425/04). Nie można więc zakwestionować – jako wycenionego rażąco nisko – jednego czy kilku elementów*

przedmiaru robót i w konsekwencji odrzucić całą ofertę wykonawcy, w sytuacji gdy łączna cena za przedmiot zamówienia nie będzie odbiegała od cen rynkowych (wyrok ZA z 23 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-297/07; wyrok ZA z 16 lutego 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-242/05; wyrok ZA z 5 sierpnia 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1209/04; wyrok ZA z 30 czerwca 2005 r.; sygn. akt UZP/ZO/0-1561/05; wyrok ZA z 16 stycznia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-34/06). Ponadto, nie jest możliwe odrzucenie oferty z powodu zawierania rażąco niskiej ceny oceniając tylko wybrane elementy oferty, ponieważ art. 89 ust 1 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. [wyrok Izby z 11 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 661/10]

• *Zamawiający nie narzucał sposobu kalkulowania stawek jednostkowych, Każdy z wykonawców, w zależności od własnego potencjału i możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, dokonywał kalkulacji stawek jednostkowych dla poszczególnych pozycji wchodzące w skład zamówienia. Nawet gdyby któreś z tych cen jednostkowych nie pokrywały kosztów świadczenia danej części robót, to stawiane zarzuty nie dotyczą zaniżenia wszystkich cen jednostkowych, (składających się na cenę oferty za przedmiot zamówienia), które łącznie jako cena oferty, mogą być kalkulowane na poziomie pozwalającym na wypracowanie zysku za całość zamówienia. Liczy się wyłącznie cena całkowita oferty, przyjmowana do porównania ofert. Stanowisko takie wynika z ugruntowanego i przeważającego poglądu doktryny oraz orzecznictwa, I co zasady pozostawało niekwestionowane przez odwołującego. Odwołujący nie zaprzeczył dowodom przedstawionym przez przystępującego, iż również w jego kosztorysie -*

---

zestawieniu cen jednostkowych robót objętych przedmiotem zamówienia, występują pozycje cen jednostkowych, w wysokości niższej niż podają oferty konkurencyjne. Okolicznością przyznaną przez odwołującego I potwierdzoną dowodami stanowiło, Iż ceny robót obiektów mostowych w ofertach odwołującego oraz przystępującego zostały określone na wyrównanym poziomie.
Należy podkreślić, Iż kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części oferty – nawet gdyby hipotetycznie założyć, iż odbiegałaby od cen rynkowych, i była zaniżona w stosunku do kosztów jej świadczenia, nie mogłaby świadczyć o rażąco niskiej cenie całej oferty. Kalkulacja własna ceny jest prawem, a jednocześnie obowiązkiem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak, zatem jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym „z elementów ceny" (wyrok z 27 lipca 2009 r. KIO/UZP 878/09). Stosownie do poglądów, wynikających z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwa Sądów Okręgowych np. postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu sygn. akt II Ca 2194/05, w którym Sąd ten stwierdził, Iż „oceniając tylko ten jeden element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty", wyroku z dnia 24 marca 2005 r. Sygn. akt II Ca 425/04 Sądu Okręgowego w Lublinie uznającego również, że „ocena oferty – przedstawienia rażąco niskiej ceny, powinna być odnoszona do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę." [wyrok Izby z 8 września 2010 r., sygn. akt KIO 1823/10]

• *Kalkulacje przedłożone w toku rozprawy przez Odwołującego, jak również jego argumentacja prezentowana na piśmie w ramach środków ochrony prawnej, opierają się wyłącznie, bądź na odniesieniu do sposobu ustalenia cen jednostkowych przez Przystępującego co do kalkulacji przyjętej przez Odwołującego – co w żaden sposób nie może być miarodajne dla przyjęcia, że ceny jednostkowe Veolia stanowią czyn nieuczciwej konkurencji, bądź na wyszczególnieniu, czy też na nieuwzględnieniu w kalkulacji cen jednostkowych Przystępującego, określonych elementów cenotwórczych. Kalkulacje te nie okazały się przekonujące dla Izby. Odwołujący przyjmuje bowiem, że Przystępujący w poszczególnych cenach jednostkowych nie uwzględnił w każdym przypadku konkretnych kosztów. Przyjęte przez Odwołującego założenie nie jest spójne.* [wyroku Izby z 2 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1951/09]

• *istotne jest, (...), czy wykonawca jest zdolny wykonać cały przedmiot zamówienia za*

zaoferowaną cenę, nie zaś czy jest możliwe wykonanie poszczególnych czynności za

zaoferowane ceny jednostkowe, w niniejszym czy też w innych postępowaniach. Niezależnie od narzuconego przez Zamawiającego sposobu obliczenia ceny istotnym, w kontekście zarzutu naruszenia art. 90 ust 1 ustawy Pzp, jest znaczenie pojęcia rażąco niskiej ceny w stosunku do całego przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zatem badaniu podlega możliwość realizacji przedmiotu zamówienia za łączne wynagrodzenie, którego życzy sobie wykonawca.

Przystępujący podsumował, że Odwołujący powinien był udowodnić nierealność ceny całkowitej za wykonanie zamówienia, a nie wskazywać ceny jednostkowe za podstawę odrzucenia oferty.

W ocenie Przystępującego przywołane w odwołaniu okoliczności nie wskazują na to, że złożenie przez niego oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze – koszt urządzeń został ujęty w innym elemencie oferty niż abonament – w powyższym zakresie nie było przeciwwskazań w s.i.w.z. Po drugie – Przystępujący uwzględnił w cenie montaż urządzeń na różnych markach samochodów a stwierdzenie przeciwne jest nieudowodnionym stanowiskiem Odwołującego. Po trzecie – koszt demontażu i ponownego montażu urządzeń został ujęty w innym elemencie oferty niż abonament. Po czwarte – Odwołujący nie zdaje sobie sprawy, że udowodnienie czynu nieuczciwej konkurencji – nawet gdyby udowodnił, że ceny zaoferowane przez Przystępującego są poniżej kosztów wytworzenia – wymaga udowodnienia, że działanie to nakierowane było na eliminację z rynku innych wykonawców. W tym ostatnim zakresie Przystępujący przywołał tezy z dwóch orzeczeń Izby:

• *Niezależnie od powyższego, jako zamiar wyeliminowania innych przedsiębiorców (będący elementem koniecznym czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) nie może być postrzegane działanie ukierunkowane na wygranie przetargu, poprzez złożenie możliwie najtańszej oferty. Konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert w celu wygrania postępowania i otrzymania zamówienia jest bowiem istotą postępowań o zamówienia publiczne. Ponadto podkreślić należy, że przedsiębiorca jest uprawniony do samodzielnej kalkulacji ceny i dokonuje jej na własne ryzyko. Swoboda ustalania ceny jest jednym z instrumentów konkurencji rynkowej, a zamawiający nie może bez podstawy prawnej wkraczać w tę swobodę. Niezależnie od wartości poszczególnych składników ceny, znaczenie z punktu widzenia postępowania o zamówienie publiczne ma cena ofertowa brutto, która podlega ocenie i wiąże wykonawcę.* [wyrok z 23 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 281/11]

• *Odwołujący nie wykazał również by przystępujący, poza konkurowaniem przez obu*

wykonawców w uzyskiwaniu zamówień, podjął jakiekolwiek czynności, które utrudniają odwołującemu dostęp do rynku, w rozumieniu art. 15 ust 1 pkt 1 uoznk. [Wyrok z 12 kwietnia 2012 r. , sygn. akt KIO 691/11]

Zdaniem Przystępującego doszło do sytuacji, w której Odwołujący dokonał własnej interpretacji s.i.w.z. i stwierdził, że według jego zasad kalkulacji oferty cena w ofercie Przystępującego nosi znamiona rażąco niskiej oraz złożenie oferty przez Przystępującego nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie uwzględnił, że jego interpretacja s.i.w.z. – nie jest *jedyną słuszną,* a poszczególne elementy kosztowe – niekoniecznie muszą znajdować się w miejscach przez niego wskazanych.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe

stanowiska, natomiast Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, popierając argumentację Przystępującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego do postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę z drugim w kolejności bilansem kryteriów cenowych służących wyłonieniu najkorzystniejszej oferty. Wobec podniesienia zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w chwili wnoszenia odwołania Odwołujący miał realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie zaniechanie przez Zamawiającego czynności objętej zarzutami naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Przystępującego, a także pism Zamawiającego i Przystępującego kierowanych w toku badania i oceny ofert, w szczególności dotyczących kwestii wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Izba wzięła także pod uwagę złożone przez Przystępującego pismo pn. *Szacunkowy koszt świadczenia usługi raportowania i rozliczeń eksploatacyjnych wraz z kosztami nabycia i montażu podstawowych urządzeń* wraz z załącznikami.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba zważyła, że choć Odwołujący wskazał w odwołaniu na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5 pzp, to okoliczności podniesione w odwołaniu pozwalają na stwierdzenie, że zasadniczym zarzutem odwołania jest określenie przez Przystępującego wysokości abonamentu (ryczałtowego miesięcznego wynagrodzenia netto za jeden pojazd/urządzenie pracujące w systemie) na poziomie rażąco niskim w sposób niezgodny z treścią s.i.w.z. Izba uznała ten zarzut za potwierdzony, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z pkt 4 pzp.

Przystępujący określił w swojej ofercie (kolumna 5 tabeli *Formularza cenowego)* wspomniany abonament dla poszczególnych grup pojazdów na następującym poziomie (w nawiasie dodatkowo podano liczebność danej grupy pojazdów wynikającą z kolumny 4 tabeli): 6, 00 zł dla pojazdu z *Grupy C* (154) i *Grupy D* (10), 7,00 zł dla *Grupy B* (3566) o oraz 8,00 zł dla *Grupy A* (705) i *Grupy E* (315), co łącznie dało wartość brutto 2.013.618,24 zł dla poz. 1 tabeli (wynikającą z powiększonej o kwotę podatku VAT sumy iloczynów abonamentów, liczby sztuk pojazdów i 48 miesięcy). Ponadto Przystępujący określił wartość brutto *ceny Modułu raportowania i rozliczeń eksploatacyjnych* na 12.146.250,00 zł, co dało łącznie kwotę 14.159.868,24 zł jako *cenę łączną abonamentu i Modułu raportowania i rozliczeń.* Łączna cena oferty, z uwzględnieniem kwoty 885,60 zł za opcjonalny *Moduł lokalizacji pojazdów wraz z rejestrowaniem zdarzeń* – wyniosła 14.160.753,84 zł. Jednocześnie Przystępujący w pkt 77 załącznika nr 1 do tego formularza (stanowiącego jednocześnie załącznik nr 3 do umowy) potwierdził, przez wpisanie odręcznie słowa *tak,*

specyfikację funkcjonalną *Systemu* w zakresie następującego wymagania: *Ponoszenie przez Zamawiającego w cyklach miesięcznych zryczałtowanych opłat abonamentowych w cyklach miesięcznych, które obejmować będą w szczególności następujące koszty: przesyłania danych GPRS, pozycjonowania pojazdów GPS, infolinii serwisowej czynnej 24 godz. na dobę przez 7 dni w tygodniu, korzystnie z aplikacji, zestawu urządzeń stanowiących wyposażenie pojazdu, prawidłowych danych zawartych w zestawieniach i sprawozdaniach.*

Przystępujący przyznał jednak w toku postępowania odwoławczego, że *de facto* w ramach abonamentu nie uwzględnił nie tylko kosztu urządzeń, ale również kosztów związanych z ich montażem i demontażem. Wynika to także wprost ze szczegółowej kalkulacji ceny oferty przekazanej Zamawiającemu w ramach wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny oferty. W wartościach netto dla całego okresu realizacji umowy koszty zakupu sprzętu określono tam na poziomie ponad 5 mln zł, a koszty montażu i demontażu na kwotę około 2,5 mln zł – tymczasem łączna wartość netto abonamentu przez 48 miesięcy dla 4750 pojazdów wynosi 1.637.088,00 zł. Zdaniem Izby tym samym Przystępujący potwierdził, że w zakresie świadczeń objętych abonamentem złożył ofertę niezgodną z treścią s.i.w.z., a także zaoferował wykonywanie przez 54 miesiące przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską.

Wbrew twierdzeniom Przystępującego, postanowienia s.i.w.z. nie pozostawiały wykonawcom swobody w określeniu jakie elementy przedmiotu zamówienia mają być objęte wynagrodzeniem w postaci abonamentu. Przede wszystkim według warunków wzoru umowy zasadniczym wynagrodzeniem za wykonanie przedmiotu zamówienia – zdefiniowanego w ust. 1 § 1 jako *świadczenie w jednostkach organizacyjnych zamawiającego usługi lokalizacji i monitorowania pojazdów samochodowych za pomocą urządzeń GPS z bezpośrednią transmisją danych w oparciu o wdrożony Moduł raportowania i rozliczeń eksploatacyjnych wraz z jego dokumentacja, zwanego dalej Systemem…* – jest abonament. Z uregulowań § 6 umowy – dotyczącego wartości umowy i wynagrodzenia wykonawcy – wynika ścisłe przyporządkowanie elementów wynagrodzenia do poszczególnych świadczeń opisanych w § 1 ust. 2-5. Pomijając opcjonalny zakres zamówienia, dotyczący modułu lokalizacji pojazdów wraz z rejestrowaniem zdarzeń (ust. 4 § 1), za co, według ust. 5 § 6, należy się odrębne wynagrodzenie ryczałtowe – wyłącznie świadczenia wskazane w ust. 3 § 1, czyli zainstalowanie modułu raportowania i rozliczeń eksploatacyjnych na serwerach Zamawiającego, przeniesienie danych gromadzonych od dnia uruchomienia systemu, jego aktualizacja do końca obowiązywania umowy, przekazanie dokumentacji tego modułu oraz udzielenie licencji na korzystanie z niego i dokumentacji, mogą być objęte wynagrodzeniem innym niż abonament. Gdyż zgodnie z ust. 4 § 6 za wykonanie czynności, o których mowa

Sygn. akt KIO 1730/12

w § 1 ust. 3, w tym za udzielenie licencji na korzystanie z modułu raportowania i rozliczeń eksploatacyjnych, wykonawca otrzyma odrębne wynagrodzenie ryczałtowe. Oznacza to, że wynagrodzenie abonamentowe z ust. 2 i 3 § 6 dotyczy całego zakresu zamówienia opisanego w ust. 2 § 1. W pkt od 1 do 8 wymieniono tu następujące świadczenia. Po pierwsze – *zamontowanie zestawów urządzeń (niezbędnych do spełnienia wymagań specyfikacji Systemu określonych w Załączniku nr 3 do Umowy) zgodnie z harmonogramem realizacji Umowy, stanowiącym załącznik nr 15 do Umowy … (poz. 2), w 4750 pojazdach wskazanych przez Zamawiającego… Po zakończeniu umowy zestawy urządzeń przechodzą na własność Zamawiającego.* Przy czym obowiązujące zestawy urządzeń dedykowanych dla poszczególnych grup pojazdów opisano w ust. 5 przez podanie zakresu danych rejestrowanych w funkcji czasu oraz zakresu przekazywanych informacji o zdarzeniach i danych. Po drugie – *uruchomienie i udostępnienie oraz utrzymanie przez Wykonawcę przez okres 48 miesięcy, zgodnie z Harmonogramem (poz. 20), Systemu przesyłania wszystkich danych wymienionych w Załączniku nr 3 do Umowy, z urządzeń zamontowanych w pojazdach (…), na serwer Wykonawcy, ich przechowywanie oraz udostępnianie z określonymi Zamawiającemu danych skonfigurowanych zgodnie wymaganiami w Załączniku nr 3 do Umowy poprzez szyfrowane z wykorzystaniem certyfikatu 256 bitowego wystawionego przez uprawniony urząd certyfikujący połączenie internetowe.* Po trzecie –

przeszkolenie przed uruchomieniem Systemu na warunkach i w terminach uzgodnionych z Zamawiającym: a) do 400 pracowników Zamawiającego pełniących funkcje użytkownika w zakresie obsługi Systemu, b) 25 pracowników Zamawiającego pełniących funkcje administratorów i trenerów, w zakresie obsługi Systemu i administracji Systemem. Po czwarte – *opracowanie i przekazanie Zamawiającemu przed uruchomieniem Systemu: a) instrukcji użytkowania dla każdego zamontowanego w pojeździe urządzenia lub zestawu urządzeń, b) podręcznika użytkowania Systemu w liczbie 400 szt. w wersji papierowej oraz elektronicznej, c) podręcznika administratora Systemu w liczbie 25 szt. w wersji papierowej oraz elektronicznej, d) pełnej dokumentacji technicznej umożliwiającej właściwą, zgodną z przeznaczeniem instalację, konfigurację i eksploatację systemu w pełnym zakresie jego funkcjonalności umożliwiającą samodzielną eksploatację systemu przez Zamawiającego, e) dokumentacji bezpieczeństwa tj.: polityka bezpieczeństwa systemu i procedury bezpiecznej eksploatacji.* Po piąte – *dokonanie przez Wykonawcę demontażu/montażu (na jego koszt) zestawów urządzeń z pojazdu pracującego w Systemie na inny pojazd (np. w przypadku awarii pojazdu, jego eliminacji). Liczba tego typu operacji nie będzie większa niż 3000 w całym okresie obowiązywania Umowy.* Po szóste – *przeprowadzenie przez Wykonawcę przeglądów konserwacyjnych i gwarancyjnych zestawów urządzeń (…) zgodnie*

z wymaganiami producenta, nie rzadziej, niż co 6 miesięcy. Po siódme – *uruchomienie przez Wykonawcę zgodnie z Harmonogramem (poz. 4) w infrastrukturze teleinformatycznej Zamawiającego i na jego serwerach oprogramowania zawierającego dane wolnozmienne (serwera map) z automatyczną aktualizacją.* Po ósme – *przygotowanie Modułu raportowania i rozliczeń eksploatacyjnych do współpracy z systemami eksploatowanymi w Poczta Polska S.A.* Z ust. 6 i 8 § 6 wynika, że Zamawiający nie dopuścił żadnego dodatkowego wynagrodzenia, poza opisanym w ust. 2-5, a kwoty tam określone mają zawierać wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, w tym wartość wszystkich prac, urządzeń i zestawów urządzeń, kosztów przesyłania danych (m. in. kart SIM), szkoleń, podręczników użytkownika – niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy. Skoro wynagrodzenie z ust. 4 i 5 § 6 dotyczy ściśle określonego w ust. 3 i 4 § 1 zakresu świadczeń, to abonament z ust. 2 i 3 § 6 jest wynagrodzeniem za wszystkie pozostałe świadczenia objęte przedmiotem zamówienia.

O ile zatem w swoim piśmie Przystępujący adekwatnie zidentyfikował zasadniczy zakres zamówienia, o tyle błędnie wywiódł, że z s.i.w.z. nie wynikało jakie koszty ma pokrywać abonament. Co prawda w pkt 12 s.i.w.z. dotyczącym sposobu obliczenia ceny, Zamawiający odesłał jedynie do formularza ofertowego, jednak załącznik ten koresponduje z opisanymi powyżej postanowieniami umowy. Nie ma zatem wątpliwości, że abonament z poz. 1 tabeli stanowi wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 2 pkt 1-4 i ust. 3 § 6 umowy. Natomiast cena modułu raportowania i rozliczeń eksploatacyjnych z poz. 2 formularza cenowego odpowiada wynagrodzeniu z ust. 4 § 6 umowy. Z pewnością Zamawiający mógł te zależności wyrazić w sposób bardziej przejrzysty, chociażby przez dopisanie w poz. 2 tabeli, że chodzi tu o koszt jednorazowy wykupu modułu po zakończeniu umowy, jak to uczynił w dokumencie dotyczącym ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Tym niemniej w ocenie Izby przywołane postanowienia s.i.w.z. odzwierciedlają koncepcję realizacji zamówienia, która klarownie została opisana w skierowanym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawiadomieniu o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata. W tym piśmie z 26 kwietnia 2012 r. Zamawiający wskazał, że realizacja umowy będzie składać się z 2 zasadniczych etapów. Pierwszego – 6-miesięcznego, który ma polegać na montażu urządzeń w pojazdach Zamawiającego, przygotowaniu dedykowanego oprogramowania i szkolenia pracowników. W tym okresie Zamawiający miał nie ponosić żadnych kosztów realizacji umowy. Drugi etap – 48-miesięcy, obejmuje realizację usług: monitoringu pojazdów, sporządzania raportów i zestawień dotyczących pojazdów, administrowania systemem i jego doskonalenia, demontażu i ponownego montażu urządzeń w nowych pojazdach. Na tym etapie przewidziano ponoszenie zryczałtowanej opłaty miesięcznej

z tytułu realizacji tych usług. Wreszcie Zamawiający wskazał, że ma zamiar zawrzeć umowę na okres dłuższy niż 48 miesięcy, gdyż ze względu stosunkowo wysoki koszt urządzeń zamontowanych w pojazdach, jest dla niego korzystne wydłużenie czasu ich amortyzacji. Koszt amortyzacji urządzeń, które po zakończeniu umowy będą stanowiły własność Zamawiającego, miał z kolei stanowić istotny element przewidywanej opłaty miesięcznej. Założenia te znalazły odzwierciedlenie w formularzu ofertowym w ten sposób, że poz. 1 dotyczy etapu finansowanego z abonamentu (a zatem zarówno etapu 6 miesięcy przygotowawczego, jak i etapu 48 miesięcy świadczenia usług). Pozostałe pozycje obejmują pozostałe kluczowe etapy realizacji zamówienia, niewyspecyfikowane w powyższym piśmie, w szczególności poz. 2 dotyczy wynagrodzenia za odkupienie modułu raportowania i rozliczeń eksploatacyjnych pod koniec realizacji umowy. Ponadto wbrew twierdzeniom Przystępującego, w udostępnianych wszystkim wykonawcom wyjaśnieniach treści s.i.w.z. Zamawiający potwierdził, że koszty dojazdu pracowników wykonawcy, noclegów, sal szkoleniowych, posiłków oraz prowadzenia szkoleń pokrywa wykonawca i należy uwzględnić je w ramach miesięcznego abonamentu (odpowiedź na pytanie 87 w piśmie z 28 maja 2012 r. i odpowiedź na pytanie 188 w piśmie z 28 czerwca 2012 r.).

Postanowienia umowy ustanawiają również wiążący harmonogram realizacji zamówienia (załącznik nr 15 do umowy), precyzując dokładnie kiedy w ramach danego etapu mają być realizowane poszczególne świadczenia. W zakresie świadczeń objętych § 1 umowy wygląda to następująco (przy czym w harmonogramie miesiąc podpisania umowy oznaczono jako 0). 6-miesięczny etap wdrożenia systemu obejmuje: zamontowanie zestawów urządzeń (§ 1 ust. 2 pkt 1), szkolenie pracowników Zamawiającego (§ 1 ust. 2 pkt 3) – w ciągu pierwszych 6 miesięcy, z tym, że dla 5 wybranych jednostek organizacyjnych już wciągu pierwszych 2 miesięcy (odpowiednio poz. 2 i 1 oraz 6 i 5 harmonogramu); uruchomienie u Zamawiającego serwera map (§ 1 ust. 2 pkt 7) – w ciągu pi dwóch miesięcy i dwóch tygodni. Oprócz tego w tym etapie przewidziano szereg innych czynności związanych z wdrożeniem systemu. Wykonawca ma w ciągu pierwszych dwóch miesięcy (poz. 3 harmonogramu) opracować system zgodnie ze specyfikacją funkcjonalną (wspomniany załącznik nr 1 do formularza ofertowego, stanowiący jednocześnie załącznik nr 3 do umowy). W ciągu następnych dwóch tygodni mają być prowadzone testy akceptacyjne służące weryfikacji gotowości systemu do eksploatacji próbnej w 5 wybranych jednostkach organizacyjnych Zamawiającego (poz. 8 harmonogramu). Po ich przeprowadzeniu w tych jednostkach ma zostać uruchomiona i udostępniona do eksploatacji wersja testowa systemu, natomiast począwszy od 5 miesiąca w pozostałych lokalizacjach ma funkcjonować wersja demonstracyjna, umożliwiająca zapoznanie się z funkcjonalnością i obsługą systemu (poz. 9

---

i 10 harmonogramu). Na podstawie uzupełnionej przez Zamawiającego specyfikacji wymagań systemu (poz. 12 harmonogramu) – wykonawca ma przygotować do końca 5 miesiąca nową wersję systemu (poz. 14 harmonogramu). Następnie w okresie pierwszych dwóch tygodni szóstego miesiąca maja być przeprowadzone kolejne testy akceptacyjne (poz. 16 harmonogramu). Oprócz tego przed oboma etapami testów wykonawcę obciąża obowiązek przygotowania scenariuszy ich prowadzenia (poz. 7 i 15 harmonogramu). Ostatnich dwa tygodnie etapu wdrożenia są przewidziane na wprowadzenie danych do systemu, który po zgłoszeniu ma być odebrany w ostatnim tygodniu tego etapu (poz. 17-19 harmonogramu). Czynności związane z wdrożeniem systemu zostały szczegółowo opisane w załączniku nr 9 do umowy pn. *Procedura odbioru Systemu.* Zgodnie z koncepcją Zamawiającego, przez cały 6-miesięczny okres wdrożenia systemu wykonawca nie otrzyma żadnego wynagrodzenia. Począwszy od 7 miesiąca do 55 miesiąca następuje etap eksploatacji ciągłej systemu (poz. 20 harmonogramu), a zatem uruchomienie, udostępnienie oraz utrzymanie systemu z § 1 ust. 2 pkt 2 umowy. Dopiero na tym etapie Zamawiający rozpocznie wypłatę wynagrodzenia w postaci comiesięcznego abonamentu, którego wysokość w przeliczeniu na pojazd wykonawca podał w poz. 1 formularza ofertowego. Miesięczne wynagrodzenie będzie uzależnione od liczby pojazdów objętych systemem, przy czym założono, że będzie to 4750 pojazdów, jednocześnie gwarantując, że nie będzie ich niż 3325. Na tym etapie występują jednak także dodatkowe świadczenia, za które nie należy się odrębne wynagrodzenie, pomimo że część z nich związana jest z przygotowaniem do samodzielnej eksploatacji przez Zamawiającego modułu raportowania i rozliczeń

eksploatacyjnych. Również tutaj przewidziano zainstalowanie i udostępnienie do celów testowych, przeprowadzenie testów (poz. 23 i 24 harmonogramu). Odrębne wynagrodzenie z poz. 2 formularza oferty będzie wypłacone po jego odbiorze przez Zamawiającego, co ma nastąpić dopiero w ostatnich dwóch tygodniach 55 miesiąca realizacji umowy.

Ustalając odpowiednio do tych założeń wartość zamówienia, Zamawiający przewidział, że szacunkowo miesięczny abonament na pojazd wyniesie 120 zł (brutto), co przy zakładanej liczbie 4750 pojazdów oznaczało wydatkowanie łącznie przez 48 miesięcy 27.360.000,00 zł (stąd wyliczono wartość szacunkową za ten element zamówienia na kwotę 22.243.902,44 zł). Natomiast koszt jednorazowego wykupu na zakończenie umowy modułu raportowania i rozliczeń eksploatacyjnych został oszacowany na poziomie 3.155.000,00 zł (2.565.040,65 zł netto). Wreszcie koszt wykupu na zakończenie umowy opcjonalnego modułu lokalizacji pojazdów wraz z rejestrowaniem zdarzeń przewidziano w wysokości 2.881.900,00 zł (2.343.008,13 zł netto). W ten sposób Zamawiający na dzień 12 kwietnia 2012 r. oszacował wartość szacunkową całego zakresu zamówienia na łączną kwotę

27.151.951,22 zł, co dało kwotę brutto 33.396.900,00 zł potrzebną na sfinansowanie zamówienia. W protokole postępowania wpisano jednak nieznacznie niższą wartość szacunkową według stanu na dzień 23 grudnia 2011 r., to jest daty wewnętrznego wniosku o wszczęcie postępowania. Według protokołu bezpośrednio przed otwarciem ofert podano wykonawcom kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 33.402.408,90 zł.

Zamawiający pismem z 27 lipca 2012 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 pzp, wezwał Konsorcjum do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w złożonej ofercie, *ze szczególnym uwzględnieniem: 1) montażu urządzeń (koszty urządzeń oraz serwisu – montaż, kalibracja szkolenie stanowiskowe dla kierowcy), 2) serwisu urządzeń w trakcie trwania umowy, 3) przełożenia urządzeń z pojazdów na inne pojazdy (ok. 3000 szt.), 4) szkoleń, 5) terminu pierwszej płatności (poz. 20 załącznika nr 15 do projektu umowy), 6) testów systemu, 7) kar umownych związanych z nie sprawnością urządzeń i systemu, 8) rozwoju systemu w trakcie trwania umowy, 9) wymiany urządzeń w okresie trwania umowy, 10) serwisu całego systemu po okresie trwania umowy.* Zamawiający podał jako motyw wystosowania wezwania rażąco niską cenę całej oferty w stosunku do ustalonej przez siebie wartości szacunkowej. Przystępujący udzielił wyjaśnień, które uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż zawierają informacje będące przedmiotem umów z dostawcami sprzętu i usług, które to umowy zobowiązywać go miały do zachowania poufności. Przystępujący udzielił odpowiedzi według systematyki punktów z wezwania, wyjaśniając, mniej lub bardziej dokładnie, co wziął pod uwagę przy kalkulacji kosztów. Oprócz tego przedstawił tabelę kalkulacji wartości netto oferty, wyszczególniając koszt jednostkowy, marżę, cenę sprzedaży, liczbę szt. i wartość netto dla: 11 sprzętowych pozycji kosztowych (centralka GPS, przewód komunikacyjny służący do połączenia terminala kabinowego z centralką GPS, terminal kabinowy z uwzględnieniem licencji na system nawigacji satelitarnej, przycisk cichego alarmu antynapadowego, kontaktronowy czujnik otwarcia drzwi, sonda paliwa, radiowy pilot uruchamiania cichego alarmu, cyfrowo-analogowy interfejs paliwa, kamera, miesięczny koszt karty SIM, miesięczny koszt licencji serwera mapowego) – razem 5.309.208,50 zł; 12 usługowych i serwisowych pozycji kosztowych (montaż centralki GPS, montaż przewodu komunikacyjnego między terminalem kabinowym a centralką GPS, montaż terminalu kabinowego, montaż przycisku alarmowego, montaż czujnika otwarcia drzwi, montaż sondy paliwa, montaż radiowego pilota cichego alarmu, montaż cyfrowo-analogowy interfejsu paliwa, montaż kamery, przekładka kompletnego zestawu pojazdowego, dodatkowy budżet na działania nocne oraz dni wolne, przeglądy okresowe pojazdów grupy E) – razem 3.754.069,26 zł; 6 innych pozycji

kosztowych (serwis urządzeń, szkolenia, testy, ryzyko projektowe, rozwój systemu) – razem 1.026.343,11 zł. Przy czym z uszczegółowionej kalkulacji wynika, że na pozycjach

usługowych i serwisowych Przystępujący nie przewiduje żadnej marży, została ona natomiast wykazana w konkretnej wysokości przy pozycjach sprzętowych. Niezależnie od tego po zsumowaniu wszystkich trzech grup pozycji, zostały one uznane koszt, a ogólna marża na poziomie 12% miałaby wynikać z różnicy pomiędzy tą kwotą a wartością netto oferty.

Zamawiający oceniając te wyjaśnienia nie wziął pod uwagę, że prezentują one sposób finansowania zamówienia odmienny niż przewidziany w s.i.w.z., jednocześnie potwierdzając rażące zaniżenie miesięcznych stawek abonamentu. Wyjaśnienia w ogóle nie korespondują ze wskazanym w formularzu ofertowym podziałem na abonament oraz cenę modułu raportowania i rozliczeń eksploatacyjnych. W szczególności nie da się na ich podstawie precyzyjnie ustalić, co w rzeczywistości zostało objęte abonamentem, można jedynie przypuszczać, że miesięczny koszt karty SIM i miesięczny koszt licencji serwera mapowego. Kluczowe znaczenie mają także wyjaśnienia Przystępującego dotyczące wątpliwości Zamawiającego związanych z terminem pierwszej płatności, czyli rozpoczęciem wypłacania wynagrodzenia w postaci abonamentu. Przystępujący poinformował, że w ramach oferty wdroży system SATIS, który posiada *wiążącą opinię innowacyjnej technologii IT* (załączonej do wyjaśnień), co z kolei ma dać Zamawiającemu możliwość odliczenia od podstawy podatku CIT 50% wartości nabytych licencji. Nie wiadomo jednak na jakiej podstawie Przystępujący wyliczył wartość tego odpisu na *blisko 940 000 zł netto.* Następnie zamieszczono tabelę, w której zestawiono cenę zakupu w wysokości łącznej 467.400,00 zł z ceną z oferty, to jest wartością netto ceny abonamentu ogółem z poz. 1 formularza ofertowego, przy czym w tabeli określono, że dla pojedynczego pojazdu z każdej grupy cena zakupu wynosi 2,05 zł. Z kolei pod tabelą zamieszono następujące zdanie: *Ponadto część wynagrodzenia za wdrożenie i utrzymanie dostarczonego rozwiązania stanowią zryczałtowane abonamenty miesięczne.* [Ponieważ powyższe informacje dotyczą oprogramowania własnego SMT Software, o którego cechach, w tym innowacyjności potwierdzonej zamieszczoną do wglądu i pobrania opinią, spółka sama informuje na stronie internetowej www.satisgps.com.pl, według przywołanego oświadczenia własnego Przystępującego nie wchodzą one w zakres informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.] W ocenie Izby podane informacje w większości nie mają związku z podniesioną przez Zamawiającego wątpliwością. Nie wiadomo również czego dokładnie dotyczy i co obrazuje cena zakupu, o której mowa w tabeli. Z kolei fakt możliwości dokonania w przyszłości przez Zamawiającego odliczenia podatkowego nie jest czynnikiem, który wpływa na możliwość

---

obniżenia ceny oferty przez Konsorcjum. Jednakże Przystępujący potwierdził wprost, że łączna kwota uzyskana z abonamentów nie wystarczy na pokrycie kosztów wdrożenia i utrzymania systemu. Tymczasem zgodnie z powyżej omówionymi postanowieniami umowy nie tylko te koszty miały być sfinansowane z abonamentu. Z kolei w pkt 1 wyjaśnień Przystępujący stwierdził, że zamieszcza fragmenty korespondencji potwierdzającej wysokość cen zakupu pozycji sprzętowych. Wbrew tej deklaracji nie poparł jednak takim dowodem wykazanych na niskim poziomie miesięcznych kosztów: karty SIM i licencji serwera mapowego (odpowiednio 2,05 zł i 2,30 zł), choć to na nich miałby rzekomo uzyskiwać największą procentowo marżę, przy cenach sprzedaży odpowiednio 2,87 zł i 3,22 zł (wszystkie kwoty zostały podane jako netto).

Izba zważyła, że Zamawiający ustalając koncepcję realizacji zamówienia założył, że wykonawca zamówienia przez pierwsze 6 miesięcy nie otrzyma żadnego wynagrodzenia. Z tego względu wypłacany od 7 miesiąca abonament miał nie tylko pokrywać bieżące miesięczne koszty świadczenia usługi lokalizacji i monitorowania pojazdów, ale również stopniowo pokryć koszty wdrożenia systemu poniesione w okresie poprzedzającym, a także koszty związane z utrzymaniem i doskonaleniem systemu. W rezultacie po upływie 48 miesięcy świadczenia usługi wykonawca powinien co najmniej pokryć wszystkie dotychczasowe koszty realizacji. Tymczasem Przystępujący zamierzał przez 54 miesiące wykonywać zamówienie z rażącą stratą, gdyż ustalony przez niego abonament w najlepszym razie mógłby wystarczyć na pokrycie stałych comiesięcznych kosztów realizacji usługi lokalizacji i monitorowania pojazdów. Pomijając nawet okoliczność, że jest to niezgodne z treścią s.i.w.z., Przystępujący nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach jaki obiektywny czynnik umożliwia mu przez tak długi okres świadczenie usługi poniżej kosztów, które sam

wskazał na poziomie ponad 10 milionów zł netto. Tymczasem Przystępujący przy stałej liczbie 4750 pojazdów po 48 miesiącach funkcjonowania systemu maksymalnie uzyskałby z abonamentu wpływy w wysokości nieco ponad 2 mln zł. Niewykazania realności wykonywania zamówienia za taką kwotę przez ponad 54 miesiące nie usuwa okoliczność, że w 55 miesiącu realizacji umowy Zamawiający miałby zapłacić za prawa do samodzielnej eksploatacji przeniesionego na jego serwery modułu raportowania i rozliczeń eksploatacyjnych kwotę ponad 12 mln zł. Co prawda jest to kwota dziesięć razy wyższa niż wyceniona przez Odwołującego i 4 razy wyższa niż oszacowana przez Zamawiającego, jednakże Odwołujący przed wykupem mógłby uzyskać z abonamentu wynagrodzenie na poziomie ponad 19 mln zł, a Zamawiający szacował wydatki z tego tytułu na poziomie ponad 27 mln zł. W przypadku pozostałych dwóch wykonawców kwoty te są jeszcze wyższe i wynoszą: ponad 33 mln zł (Elte Monitoring sp. z o.o) oraz ponad 39 mln zł (Asseco Poland

S.A). Z kolei łączna cena oferty Przystępującego za abonament i moduł raportowania (14.159.869,24 zł) odbiega w rzeczywistości bardziej od cen pozostałych ofert (Odwołujący: 20.341.775,13 zł; Elte: 33.239.283,84 zł; Asseco: 47.874.492,96 zł) i szacunków Zamawiającego (30.515.000,00 zł), niż wskazuje na to samo zestawienie kwot nominalnych. Wszyscy pozostali wykonawcy i Zamawiający przewidzieli wysokość miesięcznego abonamentu na poziomie co najmniej 10-krotnie wyższym, zatem w mniejszym stopniu będą narażeni na niekorzystny wpływ inflacyjnego spadku realnej wartości wynagrodzenia podczas wieloletniej realizacji zamówienia. Z uwagi na specyficzne uwarunkowania związane z realizacją przedmiotu zamówienia dla rozstrzyganej sprawy nieadekwatne są przywołane przez Przystępującego orzeczenia wskazujące na dotyczące konieczność brania pod uwagę całościowej ceny oferty, a nie jedynie ceny za część przedmiotu zamówienia (choć i ta w przypadku Przystępującego jest znacznie niższa od i tak niskiej – na tle cen pozostałych ofert i wartości oszacowanej przez Zamawiającego – ceny oferty Odwołującego). Na to, że w konkretnym stanie faktycznym bazowanie wyłącznie na cenie łącznej cenie oferty może być niewystarczające i prowadzić do mylnych wniosków zwróciła uwagę Izba w uzasadnieniu wyroku z 8 kwietnia 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 320/10 i KIO/UZP 467/10). W przywołanej sprawie, choć na tle innego stanu faktycznego, Izba również stwierdziła, że oferta może podlegać odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę za wyodrębnioną część przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy prowadzi to jednocześnie do niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z.

W ocenie Izby Zamawiający powinien negatywnie zweryfikować złożoną przez Przystępującego ofertę z uwagi na rażąco niską cenę wynagrodzenia z tytułu abonamentu w stosunku do przedmiotu zamówienia jaki miał być z niego sfinansowany, która jednocześnie stanowiła ustalenie tego wynagrodzenia w sposób niezgodny z treścią wiążących postanowień s.i.w.z. Zamawiający nieprawidłowo ocenił złożone przez Przystępującego wyjaśnienia, a także odstąpił od egzekwowania obowiązującej według s.i.w.z. koncepcji realizacji zamówienia. Tymczasem dążenie do uzyskania jak najniższej ceny nie powinno przysłonić podstawowego celu Zamawiającego, którym jest zapewnienie sobie realnej możliwości świadczenia usług na przestrzeni ponad 4 lat.

Odwołujący nie przedstawił natomiast żadnych odrębnych okoliczności wskazujących na to, że złożenie przez Przystępującego oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 obowiązującej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba zważyła, że poza przywołaniem tego przepisu w uzasadnieniu odwołania brak wykazania, że oferta została skonstruowana w powyżej opisany sposób w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Z tego względu Izba uznała, że zasadność zarzutu

naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp nie została przez Odwołującego wykazana.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1

i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisami § 3 pkt 1 i 2 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), obciążając Odwołującego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby – na podstawie przedstawionych odpowiednio: faktury VAT i biletu kolejowego.

Przewodniczący: ……