

Sygn. akt: KIO 2509/17

## WYROK

z dnia 27 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2017 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A+V spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i Studiotech Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Gdański**, przy udziale **wykonawcy 4Visions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa**,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy oferta wykonawcy 4Visions zawiera rażąco niską cenę i wykonawca nie udzielił wyjaśnień obalających domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i nakazuje unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego - 4Visions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa,

powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie nie uwzględnia zarzutów odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Uniwersytet Gdański i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania,

3. zasądza od Zamawiającego - Uniwersytetu Gdańskiego na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A+V spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i Studiotech Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, kwotę 18 600,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz.1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący: .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Uniwersytet Gdański – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa, montaż i uruchomienie „Laboratorium symulacji nagrań telewizyjnych i dokumentacji filmowej Uniwersytetu Gdańskiego w Gdańsku – adaptacja oraz wyposażenie na potrzeby kierunków o profilu praktycznym”, nr A120-211-130/17/SK. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 sierpnia 2017 r. pod numerem 2017/S 162-333837.

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2017 poz. 1579 ze zm.) – dalej jako „ustawa Pzp”, wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, dotyczących dostaw.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A+V spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i Studiotech Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Warszawie – wniósł w dniu 27 listopada 2017 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami Ustawy polegające na:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy oferta wykonawcy 4Visions zawiera rażąco niską cenę i wykonawca nie udzielił wyjaśnień obalających domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej;
- art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec wykonawcy 4Visions, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy 4Visions jako najkorzystniejszej;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- odrzucenia oferty 4Visions jako zawierającej rażąco niską cenę;
- wykluczenia wykonawcy 4Visions z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

- wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia w toku postępowania przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, utracił on możliwość ubiegania się o uzyskanie zamówienia i osiągnięcia z tego tytułu zysku. Ponadto, w związku z dokonaniem ww. naruszeniem prawa, Odwołujący poniósł, że może ponieść dodatkową szkodę w postaci kosztów przygotowania oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zostały złożone trzy oferty. Oferta Odwołującego sklasyfikowana została na drugim miejscu, oferta firmy 4Visions została wybrana jako najkorzystniejsza. Wybór oferty poprzedzony został wezwaniem tego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie to zostało wystosowane w dniu 13.10.2017 r. W treści wezwania Zamawiający określił jakich wyjaśnień oczekuje od wykonawcy, zażądano też złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Powodem wezwania była znacząca rozbieżność ceny oferty wykonawcy 4Visions od średniej ceny pozostałych ofert.

Następnie Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na to wezwanie wykonawca złożył w dniu 17.10.2017 r. pismo z dnia 16.10.2017 r. stanowiące wyjaśnienie w zakresie rażąco niskiej ceny. W ogólnikowym i lakonicznym wyjaśnieniu wykonawca nie przedstawił żadnych okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powołano się jedynie na „przysługujące rabaty”, „nieznajomość cen jednostkowych i rozwiązań technologicznych innych oferentów”, oraz posiadanie przez wykonawcę zabezpieczeń kursów walut. Wykonawca nie uściślił, jaki wpływ na jakie elementy zamówienia mają te okoliczności, nie złożono żadnej szczegółowej kalkulacji, jak również nie przedstawiono żadnych dowodów na poparcie tych argumentów. Powoływanie się przez wykonawcę na rzekome istnienie znaczących rabatów u przewoźników krajowych nie ma żadnego wpływu na możliwość zaoferowania wykonania zamówienia po znacznie zaniżonej cenie. Przedmiotem zamówienia nie są usługi transportowe czy spedycyjne, w skali całego zamówienia transport towarów stanowi znikomą wartość - na poziomie kilku tysięcy złotych. Poza tym przyjęte na rynku jest, że cena zakupu towarów zawiera już koszt dostawy do miejsca instalacji. Ewentualne rabaty na transport udzielane są wszystkim liczącym się na rynku kontrahentom. Do wykonania przedmiotowego zamówienia niezbędny będzie zakup niewielkich ilości materiałów budowlanych, jednak oczywistym jest, że ich transport odbywać się będzie ze składów budowlanych zlokalizowanych w pobliżu miejsca wykonywania zamówienia - koszt ich transportu będzie zatem również znikomy lub zerowy.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Zdaniem Odwołującego wykonawca 4Visions nie wywiązał się z tego obowiązku w sposób, który mógłby przekonać Zamawiającego, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący przywołał orzecznictwo Izby i sądów okręgowych. Ponadto Odwołujący wskazał, że wybrany wykonawca jako jedyny w postępowaniu zaoferował wydłużenie terminu gwarancji do 48 miesięcy, zamiast wymaganych minimalnych 36 miesięcy. Okoliczność ta powinna nieść za sobą, w ocenie Odwołującego, znaczne podniesienie ceny oferty ze względu na konieczność wykupu u producentów dłuższych gwarancji, czy zakupu licencji na oprogramowanie na kolejny rok. Wykonawca w ramach kryterium oceny ofert nr 3 ma obowiązek świadczenia usługi serwisu i konserwacji wszystkich zamontowanych systemów, urządzeń, i instalacji wraz z materiałami eksploatacyjnymi, których serwisowanie i konserwacja są wymagane przepisami i zaleceniami producenta w celu utrzymania ciągłej sprawności i zachowania warunków gwarancyjnych - w okresie udzielonej gwarancji. Tymczasem wykonawca 4Visions zaoferował w ramach tego kryterium cenę 31 778,90 zł brutto za 6 miesięcy świadczenia usługi serwisu i konserwacji. Pozostali wykonawcy zaoferowali w tym kryterium odpowiednio 100 000,00 zł i 57 564,00 zł za 6 miesięcy.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp polega na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy 4Visions, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie się przez Wykonawcę wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej dwóch dostaw, każda polegająca na dostarczeniu, zamontowaniu i uruchomieniu urządzeń, systemów, wyposażenia studia TV lub auli audiowizualnej lub centrum konferencyjnego, wykonanych w technologii HD lub 4K zrealizowanych na kwotę nie mniejszą niż 2 500 000.00 PLN brutto każda (Rozdział V ust. 1 pkt 3a SIWZ - strona 5 SIWZ).

W ocenie Odwołującego, żadna z wymienionych w wykazie dostaw nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego. Co więcej, dostawa wymieniona w poz. 3 jest zasobem podmiotu trzeciego, na który wykonawca powołał się w trybie art. 22a ustawy PZP. Wykonawca nie udowodnił, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu, w szczególności przedstawiając zobowiązanie do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Złożone przez 4Visions zobowiązanie z dnia 27.10.2017 r. do udostępnienia zasobów nie potwierdzało rzeczywistego dostępu do tych zasobów. W związku z tym Zamawiający pismem z dnia 9.11.2017 zażądał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP uzupełnienia tego dokumentu. W odpowiedzi wykonawca 4Visions złożył „Umowę o współpracy” z dnia 9.10.2017 r., która w dalszym ciągu nie

potwierdza rzeczywistego dostępu do zasobów podmiotu trzeciego. Zgodnie z par. 1 ust. 3 tej umowy firma Eureka udostępniająca zasoby ma w przypadku uzyskania zamówienia „zapewnić projekt dostosowania pomieszczeń do funkcji studia TV oraz wykonanie niezbędnych prac budowlanych i instalacyjnych oraz dostarczyć do studia niezbędne instalacje audiowizualne”. Oznacza to, że firma ta nie będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w zakresie w jakim udostępniła swoje zasoby, tj. w dostarczeniu, zamontowaniu i uruchomieniu urządzeń, systemów, wyposażenia studia TV lub auli audiowizualnej lub centrum konferencyjnego, wykonanych w technologii HD lub 4K. Ponadto w umowie o współpracy nie określono sposobu wykorzystania doświadczenia tego wykonawcy. W związku z brakiem możliwości kolejnego wzywania do uzupełnienia tego samego dokumentu, tj. zobowiązania do udostępniania zasobów, Zamawiający winien wykluczyć tego wykonawcę z postępowania.

W dniu 19 grudnia 2017 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie domagając się oddalenia odwołania w całości.

W dniu 1 grudnia 2017 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawca 4Visions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, oraz przedłożone dowody, ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wykonawca wykazał także interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem ubiegającym się o udzielenie rozpoznawanego zamówienia publicznego i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane Zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia.

Skład orzekający Izby podziela interpretację przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp dokonaną w wyroku z dnia 3 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. KIO 2395/16, gdzie Izba uznała, że odwołujący, który złożył ofertę z ceną wyższą niż kwota przeznaczoną przez

zamawiającego na sfinansowanie zamówienia spełnia przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Po pierwsze, materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania wynikające z przywołanego przepisu powinny być rozważane w związku z zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Czynnością kwestionowaną rozpoznawanym odwołaniem jest wybór najkorzystniejszej oferty, wadliwy w ocenie Odwołującego z tego powodu, że oferta powinna być odrzucona przez Zamawiającego, a wykonawca, który tę ofertę złożył, podlega wykluczeniu. W tej sytuacji oddalenie odwołania nastąpiłoby nie z powodów oceny wyrażonej do kwestionowanej czynności.

Oddalenie odwołania z uwagi na hipotetyczne unieważnienie postępowania w przyszłości na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, którego Zamawiający miałby dokonać w sytuacji uwzględnienia odwołania i wyboru oferty Odwołującego, nie znajduje oparcia w przepisach ustawy. Nie bez znaczenia jest, że w sytuacji wyboru oferty, której cena jest wyższa niż kwota przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, Zamawiający, może zwiększyć tę kwotę i nie unieważniać postępowania o udzielenie zamówienia.

Po drugie, wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania. W orzeczeniu wydanym w sprawie C-689/13 (odwołującym się do wcześniejszego orzeczenia wydanego w sprawie C100/12) Trybunał Sprawiedliwości UE wyraził pogląd, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia takiego środka miałyby być unieważnienia postępowania. Trybunał uznał, że wówczas wykonawcy mogą ubiegać się o te zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu, w którym każdy z oferentów mógłby wziąć udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Istota tego poglądu sprowadza się do utożsamiania zamówienia publicznego, jako umowy na określony przedmiot, przy przyjęciu, że uzyskanie tego zamówienia w tym postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, ma charakter wtórny.

Izba uznała również skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę 4Visions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa.

Jak wynika z akt postępowania pismem z dnia 13 października 2017 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wzywa Przystępującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, stosownie do złożonej w dniu 9.10.2017 r. oferty. Następnie Zamawiający wskazał, że ze względu na fakt, iż Przystępujący złożył ofertę z ceną, która jest niższa o co najmniej 30%

od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający wzywa Przystępującego do złożenia pisemnych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w tym w szczególności w zakresie wskazanym w pkt 1) do 5) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W dalszej części wezwania Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o potwierdzenie, że wynagrodzenie, o którym mowa w ofercie Przystępującego pokrywa wszystkie zobowiązania wynikające z zamówienia, a także wszystko co może być konieczne dla właściwego wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SIWZ wraz z załącznikami, jak również wszystkie zobowiązania Wykonawcy względem Zamawiającego, wynikające z zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący wskazał na „zmiennie czynniki kalkulacji oferty”, tj.:

1. „Cena zakupu zaoferowana przez Producenta — kwota oparta na aktualnych cennikach handlowych, uwzględniających rabaty przysługujące Oferentowi, ważna w dniu składania oferty cenowej do Zamawiającego, przedstawiana w walucie właściwej dla danego Producenta.” Przystępujący nie załączył dowodu postaci aktualnego cennika handlowego, nie podał nawet przykładowych kwot z tego cennika, ani wysokości rabatu.
2. „Koszty transportu od Producenta do Zamawiającego — cena kalkulowana na bazie ofert otrzymanych od firm świadczących usługi transportowe, uwzględniające rabaty przysługujące Oferentowi, ważne w dniu składania oferty cenowej do Zamawiającego, przedstawiana w walucie właściwej dla danego Przewoźnika. 4visions posiada poziomy rabatów sięgające 60-70% u uznanych przewoźników krajowych i zagranicznych oraz posiada rozbudowaną flotę aut służbowych przeznaczonych do przewozu towarów.” Przystępujący nie załączył żadnych dowodów w postaci ofert od firm świadczących usługi transportowe.
3. „Cena zakupu waluty obcej, w jakiej Oferent dokonuje płatności do Producenta — rzeczywisty kurs waluty na dzień zapłaty ceny do Producenta. 4visions jest w trakcie realizacji kilku dużych kontraktów, posiada zabezpieczenie kursów waluty EURO/USD/GBP na satysfakcjonującym poziomie, co pozwala nam usunąć z kalkulacji pkt. 3 analizy cenowej.” – Przystępujący również i w tym zakresie nie wskazał żadnych dowodów.
4. „Szacunkowej ceny zakupu waluty obcej, przyjmowanej do kalkulacji na dokonanie płatności do Producenta oraz za transport — szacunkowy kurs waluty na dzień przygotowania oferty do Zamawiającego, wymagane jest przedstawienie oferty w walucie złoty polski ( PLN ). 4visions ma zabezpieczenie kursowe. Nie musi szacować niepewnego kursu waluty, gdyż ma walutę euro zakupioną po korzystnej cenie i przeliczenie na złoty polski nie jest obciążone ryzykiem kursowym.”



Następnie Przystępujący wskazał, że „Analiza sumy wymienionych powyżej punktów, składa się na końcową kalkulację ceny.” Przystępujący pozostał w gotowości do dalszych wyjaśnień oraz zakończył wyjaśnienia oświadczeniem o treści: „Jednocześnie potwierdzamy, iż wynagrodzenie, o którym mowa w naszej ofercie (Łączna cena oferty w PLN brutto za kompleksowe wykonanie przedmiotu zamówienia) pokrywa wszystkie Nasze zobowiązania wynikające z zamówienia, a także wszystko co może być konieczne dla właściwego wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SI WZ wraz z załącznikami, jak również wszystkie Nasze zobowiązania względem Zamawiającego, wynikające z zamówienia.”

Podczas rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że przesłanka o której mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp nie zaszła, wezwanie zostało skierowane z ostrożności, aby wyeliminować wszelkie ewentualne wątpliwości. Zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak i w czasie rozprawy, Zamawiający wskazał, że cena zaoferowana przez Przystępującego była niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o 29,3939%, a zatem była bliska wartości 30%. Zamawiający ponadto wyjaśnił, że dowody nie były mu potrzebne - zadowolił się oświadczeniem Przystępującego, że zaoferowana przez niego cena obejmuje wszystko. Dodatkowo w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że wezwanie z dnia 13 października 2017 r. nie odnosiło się do szczegółowej wyceny. Zamawiający w SIWZ nie przewidział złożenia wraz z ofertą szczegółowej wyceny poszczególnych elementów oferty, dlatego w wezwaniu do wyjaśnień ograniczył się jedynie do wymogu złożenia wyjaśnienia odnoszącego się do podanej przez Przystępującego łącznej ceny. Następnie Zamawiający wskazał, że w jego ocenie udzielonymi wyjaśnieniami Przystępujący udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską oraz wskazał, że zaoferowana przez niego cena obejmuje wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Ponadto Zamawiający odwołał się do kosztorysu sporządzonego na zlecenie Zamawiającego, przez podmiot trzeci, tj. „SYMIOZA” A. G. . Kosztorys ten został zlecony przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał, że wartość netto wynikająca z tego opracowania wynosi 4.249.574,19 zł, natomiast wartość netto oferty Przystępującego to 4.216.000,00 zł.

Izba ustaliła, że ww. kosztorys został sporządzony w dniu 8 marca 2017 r. Jak wynika z protokołu postępowania sporządzonego na druku ZP-PN szacunkowa wartość zamówienia została ustalona w dniu 3 sierpnia 2017 r. na podstawie kosztorysu z grudnia 2016 r. opracowanego przez „SYMIOZA” A. G., zaktualizowanego kosztowo przez „SYMIOZA” A. G. 8 marca 2017 r. oraz aktualizacji ceny dokonanej z dnia 27 lipca 2017 r. przez J. Ł. . Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia podana na druku ZP-PN wynosi 4.249.574,19 zł.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na pozytywnej ocenie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień nie została dokonana w sposób prawidłowy.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w istocie cena zaoferowana przez Przystępującego nie odbiega w sposób znaczący od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, natomiast od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert odbiega o 29,3939%. Sam Zamawiający dostrzegł, że różnica ta sięga prawie 30%.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego jakoby nie zaszyły przesłanki zobowiązującego do wszczęcia procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ ww. różnica nie wyniosła rzeczywiście co najmniej 30% Izba zwraca uwagę na niespójność w argumentacji Zamawiającego. Sam bowiem Zamawiający podtrzymał na rozprawie swoje twierdzenie z odpowiedzi na odwołanie, że wezwanie skierował z ostrożności, gdyż chciał się upewnić, że cena została przez przystępującego dobrze skalkulowana. Zatem w ocenie Izby Zamawiający miał wątpliwości co do prawidłowości zaoferowanej ceny, a z treści skierowanego wezwania wprost wynika, że miał wątpliwości, czy Przystępujący w tej cenie oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SIWZ, co również w świetle treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obliguje Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej.

Z wystosowanego przez Zamawiającego wezwania z dnia 13 października 2017 r. wprost wynika, że Zamawiający obok wyjaśnień wezwał Przystępującego również do złożenia dowodów. Bezsprzeczne jest, że Przystępujący do złożonych wyjaśnień nie załączył żadnych dowodów. Żadne dowody w tym zakresie nie zostały również przedstawione przez Przystępującego podczas rozprawy, mimo, że zgodnie z treścią art. 190 ust. 1 a. pkt 1) ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W tym miejscu Izba wskazuje, że mimo, że Przystępujący wskazał na czynniki cenotwórcze, to zrobił to w sposób bardzo ogólny. Dodatkowo, jak zostało już wskazane powyżej, Przystępujący nie załączył żadnych dowodów, nie wskazał też, jak przytoczone przez niego okoliczności wpływają na obniżenie zaoferowanej przez niego ceny. Złożone wyjaśnienia są zbyt ogólne i nie wynikają z ich treści żadne szczególne okoliczności, które uzasadniałyby zaproponowaną przez Przystępującego cenę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odnosząc się do stanowiska Przystępującego prezentowanego podczas rozprawy, zgodnie z którym wezwanie z dnia 13 października 2017 r. stanowiło dokładny cytat z ustawy, a zamawiający nie wskazał dokładnej materii do której przystępujący miał się odnieść w swoich wyjaśnieniach oraz że wystosowana przez Przystępującego odpowiedź na wezwanie stanowiła ekonomiczne uzasadnienie ceny, natomiast posiadana przez niego szczegółowa kalkulacja, którą musiał wykonać na potrzeby przygotowania oferty jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa dlatego uznał, że nie musi jej przedstawiać Zamawiającemu - Izba

wskazuje, że rzeczywiście wezwanie wystosowane przez Zamawiającego ma dość duży stopień ogólności, niemniej jednak nie przeszkodziło to Przystępującemu do udzielenia wyjaśnień w zakresie „ekonomicznego uzasadnienia ceny”. Przystępujący nie dostrzega, że wyjaśnienia były zbyt ogólne i niepoparte żadnymi dowodami. Izba wskazuje, że z treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wprost wynika, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Przystępujący mógł w bardzo prosty sposób udowodnić twierdzenia zawarte w odpowiedzi na wezwanie – załączając stosowne dowody. Przystępujący jednak tego nie uczynił ani w odpowiedzi na wezwanie ani podczas rozprawy mimo deklaracji, że takie dowody posiada. W tym miejscu Izba wskazuje, że ustawa Pzp przewiduje możliwości zabezpieczenia się przed ujawnieniem niektórych dokumentów czy informacji poprzez ich zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący również i z takiej tajemnicy nie skorzystał. Tym samym wobec braku konkretnych danych ocena zasadności zaoferowanej przez Przystępującego ceny jest niemożliwa. Twierdzenia niepoparte żadnymi dowodami pozostają gołosłownymi twierdzeniami. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby: „W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdzą powyższe okoliczność. (...)” (vide: wyrok z dnia 29.04.2016 r. sygn. KIO 596/16). Izba wskazuje również, że nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego zgodnie z którym nie potrzebował on dowodów lecz wystarczyło mu zapewnienie, że cena oferty została dobrze skalkulowana, jak bowiem wskazuje się w orzecznictwie Izby: „Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może

uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.” (vide wyrok Izby z dnia 4.10.2016 r. sygn. KIO 1709/16).

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że w zaistniałym stanie faktycznym nie zaszyły również przesłanki do nakazania Zamawiającemu kontynuowania procedury o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonym w opinii „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji” (źródło: [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)), w zakresie ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień, które skład orzekający również podziela: „Takie żądanie jest dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy złożone na wcześniejsze wezwanie zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Z pewnością ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę „na pierwsze wezwanie”. Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień jeżeli wykonawca nie rozwiął jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy bowiem uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ciężaru dowodu.”. Taka sytuacja w ocenie składu orzekającego miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

W tym stanie rzeczy dokonany wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego ocenić należy jako wadliwy, a oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Tym samym potwierdziły się zarzuty odwołania dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy oferta wykonawcy 4Visions zawiera rażąco niską cenę i wykonawca nie udzielił wyjaśnień obalających domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec Przystępującego, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Izba wskazuje co następuje.

Odwołujący wskazał, że jego wątpliwości budzi doświadczenie wskazane przez Przystępującego w załączniku nr 6 do SIWZ stanowiącym wykaz dostaw. Zamawiający żądał wykazania się przez wykonawców biorących udział w postępowaniu wykonaniem dwóch

dostaw, każda polegająca na dostarczeniu, zamontowaniu i uruchomieniu urządzeń, systemów, wyposażenia studia TV lub auli audiowizualnej lub centrum konferencyjnego, wykonanych w technologii HD lub 4K zrealizowanych na kwotę nie mniejszą niż 2 500 000,00 PLN.

Odwołujący miał następujące zastrzeżenia do załączonego przez Przystępującego wykazu dostaw i referencji: dostawa wskazana w pkt 1 wykazu - z opisu zamieszczonego w wykazie ani z załączonych referencji nie wynika, aby wykonawca dokonał uruchomienia dostarczonych urządzeń i systemów, ponadto brak informacji jaki jest udział wartościowy wymaganych przez Zamawiającego prac w całości zamówienia. W zakresie drugiej z dostaw odwołujący wskazał, że nie dotyczyła ona studia TV lub auli audiowizualnej lub centrum konferencyjnego, nie obejmowała technologii HD lub 4K, nie wynika też aby wykonawca dokonał zamontowania i uruchomienia urządzeń/systemów. Natomiast w zakresie prac wskazanych w poz. 3 wykazu Odwołujący wskazał, że zadanie to obejmowało roboty budowlane a nie dostawy i że podana wartość obejmuje wybudowanie dwóch budynków – dydaktycznego i administracyjnego. Ponadto robota ta jest zasobem podmiotu trzeciego a z przedłożonej przez Przystępującego umowy o współpracy nie wynika, że rzeczywisty dostęp do zasobów tego podmiotu, ponieważ podmiot trzeci zobowiązał się zapewnić projekt dostosowania pomieszczeń do funkcji studia TV oraz wykonanie niezbędnych prac budowlanych i instalacyjnych oraz dostarczyć do studia niezbędne instalacje audiowizualne. Oznacza to w ocenie Odwołującego, że podmiot trzeci nie będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia w takim zakresie, w jakim udostępnił swoje zasoby.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił że wziął pod uwagę tylko dostawy wskazane w poz. 1 i 3 wykazu dostaw. Zamawiający w zakresie poz. 1 wyjaśnił ogólnie, że poza wykazem dostaw i referencjami przedstawionymi przez przystępującego posiadał informacje o tej realizacji ponieważ postępowanie to zostało przeprowadzone w rybie przetargu nieograniczonego i Zamawiający zapoznał się z OPZ oraz warunkami przetargu. Przedmiot zamówienia i wartość odpowiadają warunkowi postawionemu przez Zamawiającego. Jednak Zamawiający nie wskazał dokładnie wartości wymaganych przez Zamawiającego prac w całości zamówienia. Również Przystępujący nie wskazał na tę wartość. Podczas rozprawy został złożony dowód w postaci kopii umowy o zamówienie z której wynika, że dostawa ta obejmowała uruchomienie dostarczonych urządzeń i systemów, natomiast z umowy tej nie wynika jaki był udział wartościowy wymaganych przez Zamawiającego prac w całości zamówienia. Jednocześnie Izba wskazuje, że wobec okoliczności, iż oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp brak jest podstaw do wezwania Przystępującego do uzupełnienia oferty w tym zakresie.

W zakresie realizacji wskazanej w pkt 3 wykazu wyjaśnienia Zamawiającego zasługują na uwzględnienie. Zamawiający w sposób dostateczny wykazał, że dokonana przez niego ocena tej realizacji jest prawidłowa. Zamawiający wskazał, że realizacja ta dotyczyła również dostaw i że udział wartościowy wymaganych przez Zamawiającego prac w całości zamówienia odpowiada wymogowi Zamawiającemu. W sposób dostateczny została również wyjaśniona kwestia polegania na zasobie podmiotu trzeciego.

Z tych względów odwołanie podlegało częściowemu uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 3 pkt 1, § 3 pkt 2 lit. b) oraz § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: .....