

Sygn. akt KIO 2112/17
KIO 2113/17

Symonko wale
porozumienie
z dnia 8 listopada
2017 r. w sprawie
pkt 11.3.2) sentencji
wyroku
J. Matek

WYROK

Opis wyroku

z dnia 27 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 9 października 2017 r. przez wykonawcę: **Robert Gos** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **KAR-GOS Robert Gos** z siedzibą w **Sulejówku** (sygn. akt KIO 2112/17),
- B. w dniu 9 października 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Robert Gos** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **KAR-GOS Robert Gos** z siedzibą w **Sulejówku** oraz **Julian Malarecki i Bartłomiej Malarecki** przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej **Przedsiębiorstwo Drogowe „Bruker” s.c.** **Julian Malarecki, Bartłomiej Malarecki** z siedzibą w **Sulejówku** (sygn. akt KIO 2113/17),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa** w imieniu i na rzecz którego działa **Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie**

przy udziale:

- 1) wykonawcy **Reklamex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w **Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2112/17,
- 2) wykonawcy **PKP Energetyka Spółka Akcyjna** z siedzibą w **Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2113/17,

orzeka:

I. Sygn. akt KIO 2112/17:

1. Oddala odwołanie;

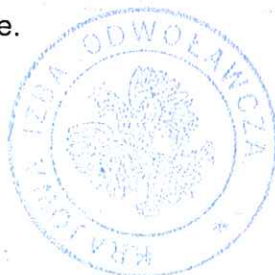
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

II. Sygn. akt KIO 2113/17:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie uwzględnionego zarzutu, w tym wezwanie wykonawcy PKP Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę.
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża PKP Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza kwotę 18 690 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt złotych zero groszy) od PKP Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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





Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej

Magdalena Grabarczyk

Sygn. akt: KIO 2112/17

KIO 2113/17

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Dróg Miejskich (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie M. St. Warszawy, obejmująca 4 rejony na terenie dzielnic Rembertów, Śródmieście, Mokotów i Ursynów na ulicach krajowych, wojewódzkich, powiatowych i gminnych, w okresie 01.01.2018 - 30.11.2020 r.” - numer postępowania: DPZ/54/PN/48/17 (dalej jako „Postępowanie”). Zamówienie zostało podzielone na 4 części. Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2112/17 dotyczy części 3: „Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie Dzielnicy Mokotów - Rejon XII”, natomiast odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2113/17 dotyczy części 2: „Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie Dzielnicy Śródmieście - Rejon XI”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 czerwca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 105-210059.

KIO 2112/17

I. Robert Gos, przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KAR-GOS Robert Gos z siedzibą w Sulejówku (dalej jako „Odwołujący”) w dniu 9 października 2017 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu w zakresie części 3: „Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie Dzielnicy Mokotów - Rejon XII”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) /dalej jako „ustawa Pzp”/:

- art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia całości wyjaśnień z dnia 7 sierpnia 2017 r. w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Reklamex sp. z o.o. (dalej także jako „Przystępujący Reklamex” lub „Reklamex”), mimo iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia [zarzut nr 1 - oznaczenie zarzutów nadane w treści uzasadnienia przez skład orzekający Izby];

- art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego Reklamex, pomimo iż złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia z dnia 7 sierpnia 2017 r. w zakresie rażąco niskiej ceny są niewystarczające do uznania, iż cena nie została zaniżona [zarzut nr 2];
- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego Reklamex, pomimo zaoferowania przez tego wykonawcę oferty zawierającej rażąco niską cenę [zarzut nr 3];
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia /dalej także jako „rozporządzenie”/, poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego Reklamex do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie [zarzut nr 4];
- art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Mieczysława Wasilewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BUDWEX” Mieczysław Wasilewski, dalej jako „Wykonawca Budwex”, do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, mimo iż cena oferty ww. wykonawcy jest zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia [zarzut nr 5];
- art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Budwex do udzielenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów, pomimo iż załączone do oferty dokumenty budzą wątpliwości i nie potwierdzają posiadania przez ww. wykonawcę wymaganej w Postępowaniu zdolności technicznej i zawodowej [zarzut nr 6];
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia niniejszego Odwołania [zarzut nr 7].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
- odtajnienia wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego Reklamex;
- odrzucenia oferty Przystępującego Reklamex, a w przypadku nieuwzględnienia żądania odrzucenia oferty Przystępującego Reklamex - wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie;

- wezwania Wykonawcy Budwex do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny;
- wezwania Wykonawcy Budwex do wyjaśnień ewentualnie uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie przez ww. wykonawcę wymaganej w Postępowaniu zdolności technicznej i zawodowej;
- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał w szczególności, co następuje:

Zarzut nr 1:

Z udostępnionej Odwołującemu dokumentacji Postępowania wynika, iż wbrew nakazowi art. 8 ust. 3 Pzp, w ofercie Przystępującego Reklamex nie wykazano zasadności zastrzeżenia części wyjaśnień ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Za nieprawidłowe należy uznać gołosłowne zastrzeżenie informacji zawartych w ofercie bez przedstawienia zamawiającemu dowodów potwierdzających spełnianie przesłanek z art. 11 ust. 4 uznk (por. wyrok KIO z dnia 10 lipca 2015 KIO 1185/15, KIO 1189/15, KIO 1191/15, KIO 1199/15, KIO 1208/15, KIO 1209/15, KIO 1211/15). Z treści wyjaśnień z dnia 8 sierpnia 2017 r. wynika, że Przystępujący Reklamex wyłącznie ogólnikowo wskazał w pkt X pisma na zasadność zastrzeżenia części wyjaśnień ceny jako tajemnicy - wykonawca ten bowiem powołał się na wydane w innej sprawie orzeczenie Izby oraz stwierdził, że zastrzeżone dokumenty posiadają wartość gospodarczą, nie były ujawnione do wiadomości publicznej, a wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie poufności informacji. Treść zastrzeżenia jest niewystarczająca do uznania, że rzeczywiście objęte tajemnicą informacje podlegają ochronie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący Reklamex w szczególności nie uwiarygodnił, że informacje te posiadają jakąkolwiek wartość gospodarczą, czy też, że wykonawca ten stosuje jakąkolwiek politykę bezpieczeństwa pozwalającą zachować informacje w poufności - Przystępujący Reklamex nie wskazał konkretnie na podjęte przez niego działania, jak również - jak wynika z dokumentów udostępnionych Odwołującemu - nie przedstawił w tym zakresie jakichkolwiek dowodów. Nie jest zasadne podtrzymywanie utajnienia tych informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, które dotyczą wskazanych w ewentualnej kalkulacji opisów pozycji kosztowych wynikających wprost z opisu przedmiotu zamówienia (w szczególności tych kategorii kosztów, które są niezbędne do poniesienia w związku z realizacją zamówienia opisanych w niniejszym odwołaniu) lub oczywistych dla każdego wykonawcy biorącego udział w Postępowaniu (np. zysk, koszty pracy itp.). Jeżeli chodzi o zastrzeżone faktury za zakup materiałów to nie stanowią tajemnicy informacje o rodzaju towaru jakiego dotyczą jak również wysokości ceny (ewentualną informacją stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa w tym zakresie będą sformułowania dotyczące nazwy kontrahenta, od którego Przystępujący Reklamex nabył określony towar/usługę). Podkreślić

należy, iż nie jest zasadne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa ogólnie całości dokumentu, jedynie ze względu na fakt, iż niektóre zawarte w nim informacje mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa - wykazanie przestanków uzasadniających zastrzeżenie konieczne jest w odniesieniu do każdej z pojedynczych informacji zawartych w przedmiotowym dokumencie.

Zarzut nr 2 i 3:

Treść udostępnionych wyjaśnień wskazuje, że Przystępujący Reklamex nie wykazał, iż jego cena pokrywa wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie ma dostępu do kalkulacji kosztów i faktur za zakup materiałów, jednak analiza udostępnionej części wyjaśnień Przystępującego Reklamex z dnia 8 sierpnia 2017 r. potwierdza, że ww. podmiot nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Wyjaśnienia z dnia 8 sierpnia 2017 r. udostępnione przez Zamawiającego wskazują, że są one ogólnikowe, lakoniczne i nie zawierają jakichkolwiek konkretnych informacji pozwalających na dokonanie oceny, że cena Przystępującego Reklamex jest ceną rynkową. Odnosząc się do treści przedmiotowych wyjaśnień należy stwierdzić, że:

- a. Nie jest okolicznością nadzwyczajną w stosunku do pozostałych wykonawców posiadanie własnego doświadczenia i prowadzenie działalności przez kilkanaście lat. Analogiczne wnioski należy odnieść do argumentacji dotyczącej:
 - posiadania własnego sprzętu - nie jest to nietypowe, iż wykonawca posiada określony sprzęt. Fakt, iż wykonawca posiada określony sprzęt nie powoduje, że brak jest kosztów związanych z jego eksploatacją, co oznacza, że wykonawcy powinni wliczyć w cenę oferty koszty jego pracy - np. koszty związane z serwisem, amortyzacją etc.
 - doświadczenia w wyniku zrealizowania wcześniejszych zamówień.
- b. W zakresie twierdzenia Przystępującego Reklamex o możliwości uzyskania rabatów/upustów - każdy z wykonawców ma swoich stałych kontrahentów, z którymi współpracuje i uzyskuje rabaty. Argumentacja w przedmiotowym zakresie pozostaje również gołosłowna, bowiem poza ogólnym oświadczeniem Przystępujący Reklamex nie udowodnił, iż rzeczywiście jest w stanie uzyskać rzeczony rabaty/ upusty, jak również nie wskazał, jakiego rzędu rabaty może otrzymać, i jakie to ma przełożenie na cenę zaoferowaną w tym konkretnym postępowaniu.
- c. Argumentacja dotycząca możliwości wliczania przez pozostałe podmioty przewidywanych kar umownych również nie może być uwzględniona. Należy wskazać, że w tym zakresie Przystępujący Reklamex nie może mieć wiedzy w jaki sposób pozostali wykonawcy kalkulowali ceny swoich ofert w związku z czym, twierdzenie o zawyżeniu cen przez innych wykonawców przez wliczenie kar umownych nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w przedmiotowym stanie faktycznym.

d. Bezzasadne są przy tym twierdzenia o efekcie skali z uwagi na realizację zamówień polegających na konserwacji oświetlenia ulicznego w dzielnicach Targówek i Białołęka - również pozostali wykonawcy mogą pochwalić się realizacją zamówień w innych dzielnicach (np. Odwołujący - Wola), jednak nie uzasadnia to zaniżenia ceny w niniejszym Postępowaniu. W przypadku zaoferowania tak niskiej jak w przypadku Przystępującego Reklamex ceny świadczy to o możliwości finansowania przedmiotowego zamówienia z innych kontraktów. Potwierdzeniem takiego stanowiska jest treść wyjaśnień ww. wykonawcy, który w pkt VIII wprost stwierdził, że koszty takie jak utrzymanie własnej nieruchomości przeznaczonej na bazę, koszt zakupu lub odnowienia (amortyzacji) sprzętu oraz koszt utrzymania własnego biura są pokrywane z przychodów z realizacji na rzecz Zamawiającego zamówień na konserwację oświetlenia ulicznego w rejonie Targówka i Białołęki, Powyższe potwierdza, że ww. koszty nie zostały uwzględnione w wycenie niniejszego zamówienia, a to oznacza, że cena oferty Przystępującego Reklamex jest niedoszacowana.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że wobec ogólnikowej treści wyjaśnień ceny złożonych Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 31 lipca 2017 r. brak jest podstaw do wystosowania ewentualnego powtórnego wezwania Przystępującego Reklamex do wyjaśnienia ceny.

Cena zaoferowana w niniejszym Postępowaniu przez Przystępującego Reklamex, wskazuje na to, iż ma ona charakter rażąco niski. Zaoferowanie przez ww. podmiot stawki wskazanej w ofercie (4,49 zł brutto) uniemożliwia pokrycie wszystkich kosztów świadczonej usługi, co świadczy o rażąco niskim charakterze ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, zaproponowana przez Przystępującego Reklamex cena nie ujmuje wszystkich kosztów niezbędnych do rzetelnego wykonania usług zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Biorąc pod uwagę konieczność realizacji zamówienia w Rejonie Mokotowa należy wskazać na następujące koszty:

a. koszty pracownicze - w cenę przedmiotu zamówienia dla Części 3 należy wliczyć koszty wynagrodzenia osób realizujących umowę zgodnie z treścią SIWZ - Zamawiający wymagał w Postępowaniu wykazania przez wykonawców legitymowaniem się kierownikiem budowy, brygadzystą oraz aż 8 osobami na stanowisku elektromontera (pkt 7.2.1.2 SIWZ). Zakładając, że wszystkie ww. osoby będą otrzymywać minimalne wynagrodzenie (ok. 2000 zł brutto), to w okresie jednego miesiąca realizacji przedmiotu zamówienia koszt samych wynagrodzeń będzie wynosił minimum 20176,70 zł brutto. Podkreślenia wymaga fakt, że jest to założenie minimalne i nie uwzględnia faktu, że wynagrodzenie kierownika budowy oraz brygadzysty znacznie przewyższa minimalne wynagrodzenie. Co więcej, w treści

wyjaśnien cen Przystępujący Reklamex oświadczył, że wynagrodzenie pracowników tego wykonawcy jest wyższe niż minimalne.

- b. koszty pracy sprzętu - w przedmiotowym postępowaniu w pkt 7.2.1.3 IDW Zamawiający wymagał od wykonawców, aby wykazali się posiadaniem podnośnika koszowego, dźwigu lub samochodu typu HDS oraz samochodu pogotowia (osobowy, van lub podobny). Biorąc pod uwagę najniższe stawki pracy przedmiotowego sprzętu określone w Sekocenbud (zeszyt 41/2017, III kwartał 2017 r.), tj. dla podnośnika koszowego - 75 zł netto/1h, dla dźwigu - 55 zł netto/1h oraz dla samochodu pogotowia - 45 zł netto/1h, jak również uwzględniając szacowaną ilość godzin pracy przedmiotowego sprzętu należy stwierdzić, że koszty jednego miesiąca pracy sprzętu wynoszą ok. 44 000 zł netto (54 120 zł brutto).
- c. koszty materiałów - biorąc pod uwagę ceny minimalne określone w Sekocenbud (zeszyt 40/2017, III kwartał 2017 r.) zadeklarowana wymiana jednego słupa to koszt 572 zł netto, natomiast koszt zużycia źródeł światła (np. powszechnie używanych WLS 150W) to 1162,51 zł netto. Uwzględniając dodatkowo do kosztów zużycia materiałów pomocniczych (np. stateczniki, wkładki bezpiecznikowe, tabliczki słupowe etc.) na poziomie 0,5% ogólnej ilości opraw w rejonie dzielnicy Mokotów, to miesięczny koszt materiału niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia wynosi 1821,24 zł netto (2240,12 zł brutto).

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej koszty, które są kosztami minimalnymi, jakie należy ponieść w związku z realizacją umowy na rzecz Zamawiającego, należy stwierdzić, że w stosunku miesięcznym będą one wynosić ok. 76 536,82 zł brutto. Uwzględniając fakt, że Przystępujący Reklamex zaoferował Zamawiającemu cenę w wysokości 4,49 zł brutto za konserwację 1 oprawy oświetleniowej, to miesięczne wynagrodzenie w zakresie szacowanej liczby opraw dla tego wykonawcy wyniesie ok. 50 750,47 zł brutto. Strata w skali miesiąca dla tego wykonawcy wynosi zatem aż 25 786 zł. Warto porównać, iż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w Części 3 wynosi 4 865 941,50 zł. Dzieląc przedmiotowe wynagrodzenie przez okres obowiązywania umowy wynagrodzenie miesięczne przewidziane przez Zamawiającego wynosi 139 026 zł. To z kolei oznacza, że miesięczne wynagrodzenie Przystępującego Reklamex stanowi zaledwie 36% wynagrodzenia oszacowanego przez Zamawiającego.

Zarzut nr 4:

Na potwierdzenie należytego wykonania usługi dotyczącej warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w pkt 7.2.2.1 IDW (w odniesieniu do Części 3) Przystępujący Reklamex przedstawił dokument referencji wystawiony 12 października 2016 r., potwierdzający należyte wykonywanie umów, które na dzień wystawienia referencji były nadal realizowane. Biorąc pod uwagę fakt, iż z treści wykazu zamieszczonego w JEDZ wynika, że realizacja przedmiotowych umów została już zakończona (data zakończenia: 30 listopada 2016 r.), to Przystępujący

Reklamex powinien pozyskać referencje potwierdzające należyte wykonanie umów (już po zakończeniu ich realizacji). Brak przedstawienia Zamawiającemu dowodu potwierdzającego należyte wykonanie całości umów może świadczyć o tym, iż po dniu wystawienia referencji zostały np. naliczone kary umowne lub, że umowa nie była wykonywana należycie. W związku z powyższym, zasadne i konieczne jest wezwanie Przystępującego Reklamex do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówień wskazanych w wykazie, bowiem dokument przedstawiony Zamawiającemu w toku postępowania jest nieprawidłowy.

Zarzut nr 5:

Odwołujący stwierdził, iż zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy Budwex do wyjaśnień zaoferowanej ceny stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zaniedbanie przez Zamawiającego obowiązku wyjaśnienia okoliczności, które budzą wątpliwości, co do rzetelności i prawidłowości przygotowania oferty i kalkulacji ceny stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązującego Zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający poszanowanie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców. W ocenie Odwołującego zaszyły podstawy do wezwania Wykonawcy Budwex do udzielenia wyjaśnień ceny. Wykonawca ten zaoferował Zamawiającemu cenę w wysokości 6 zł brutto za konserwację jednej oprawy oświetleniowej. Tak określona cena nie pozwoli Wykonawcy Budwex na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z SIWZ i bez poniesienia straty. W tym zakresie Odwołujący powtórzył argumentację podniesioną w ramach uzasadnienia do zarzutu nr 2 i 3, w odniesieniu do zestawienia kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia (koszty pracownicze, koszty pracy sprzętu oraz koszty materiałów).

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej koszty, które według Odwołującego są kosztami minimalnymi, Odwołujący stwierdził, że w stosunku miesięcznym będą one wynosić ok. 76 536,82 zł brutto. Uwzględniając fakt, że Wykonawca Budwex zaoferował Zamawiającemu 6 zł brutto za konserwację 1 oprawy oświetleniowej, to miesięczne wynagrodzenie w zakresie szacowanej liczby opraw dla tego wykonawcy wyniesie 50 750,47 zł brutto. Strata w skali miesiąca dla tego wykonawcy wynosi zatem ok. 8 718,82 zł. Podkreślił, że wymienione przez Odwołującego koszty są obiektywne, tzn. oparte o stawki minimalne zgodnie z Sekocenbud, jak również uwzględniają tylko minimalne wynagrodzenie pracowników wynikające z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Warto dodatkowo porównać, iż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w Części 3 wynosi 4 865 941.50 zł. Dzieląc przedmiotowe wynagrodzenie przez okres obowiązywania umowy wynagrodzenie miesięczne przewidziane przez Zamawiającego wynosi 139 026 zł. To z kolei oznacza, że miesięczne wynagrodzenie Wykonawcy Budwex stanowi ok. 48% wynagrodzenia

oszacowanego przez Zamawiającego, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i być podstawą do wezwania Wykonawcy Budwex do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zarzut nr 6:

Aby uznać, iż wykonawca legitymuje się należyty doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego zgodnie z pkt 7.2.2.1 IDW (w odniesieniu do Części 3), powinien on wykazać, że w okresie jednego roku w ramach jednej umowy lub kilku umów łącznie zrealizował konserwację 10 000 sztuk opraw.

Wykonawca Budwex wskazał w JEDZ wykonanie następujących umów:

- na rzecz Gminy Leszno - w okresie 1.01.15 - 31.01.15 - 1890 szt. opraw;
- na rzecz Gminy Izabelin - w okresie 1.01.15 - 31.01.15 - 2017 szt. opraw;
- na rzecz Gminy Błonie - w okresie 18.08.14 - 18.08.17 - 3335 szt. opraw;
- na rzecz Gminy Stare Babice - w okresie 1.01.15 - 31.12.15 - 2791 szt. opraw.

Łącznie: 10 033 sztuk opraw.

Powyższe zestawienie nie potwierdza spełniania warunku udziału w Postępowaniu przez Wykonawcę Budwex. Zamówienia wykonywane na rzecz Gminy Leszno i Gminy Izabelin trwały jedynie 1 miesiąc, co oznacza, że nie powinny być brane pod uwagę do oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu. Przez okres jednego roku Wykonawca Budwex, zgodnie z oświadczeniem złożonym w wykazie, może się legitymować konserwacją co najwyżej 6126 opraw (umowy wykonywane na rzecz Gminy Błonie i Gminy Stare Babice), co jest niewystarczające do uznania, iż ww. wykonawca spełnia warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Zakładając nawet z ostrożności, iż doszło do omyłki pisarskiej i ww. usługi świadczone na rzecz Gminy Izabelin i Leszno były świadczone przez 1 rok (1.01.15-31.12.15) - choć poprawienie wykazu w tym zakresie będzie wymagało jego uzupełnienia - to Wykonawca Budwex w dalszym ciągu nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu. Odnosząc się do zamówienia na rzecz Gminy Stare Babice należy stwierdzić, że faktycznie trwało ono 1 rok, jednak obejmowało jedynie 2791 sztuk opraw. Usługi świadczone na rzecz Gminy Błonie były natomiast wykonywane w okresie 18.08.14 - 18.08.17, co oznacza, że wykraczały poza rok 2015, w którym łącznie Wykonawca Budwex powinien wykazać się realizacją konserwacji co najmniej 10 000 szt. opraw (zgodnie z warunkiem udziału w Postępowaniu wykonawca miał wykazać się doświadczeniem polegającym na wykonaniu w okresie 12 m-cy konserwacji oświetlenia obejmującego minimum 10 000 sztuk opraw). Tym samym, Wykonawca Budwex powinien co najmniej wyjaśnić, ile opraw w 2015 r. było konserwowanych w ramach umowy realizowanej na rzecz gminy Błonie. Z wykazu zamieszczonego przez Wykonawcę Budwex w treści JEDZ wynika, że wykonawca ten nie legitymuje się wymaganym doświadczeniem w związku z czym, wezwanie do uzupełnienia

dokumentów lub ewentualnie do ich wyjaśnienia na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp jest konieczne i uzasadnione.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie. Sprecyzował wniosek zawarty w odwołaniu w ten sposób, że w przypadku uwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia części wyjaśnień zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wniósł o nierozpoznawanie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Reklamex z uwagi na rażąco niską cenę tej oferty jako zarzutu przedwczesnego. W tym zakresie powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej przedstawione w wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 807/15. Stwierdził, że wobec częściowego zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty nie mógł zapoznać się z istotnymi informacjami, pozwalającymi na odpowiednie sformułowanie zarzutów w tym zakresie. Udostępnienie tych informacji zmieniłoby jego sytuację procesową, albowiem umożliwiłoby mu wykazanie, że kalkulacja sporządzona przez Przystępującego Reklamex nie uwzględnia wszystkich kosztów. Przypominał, iż ciężar dowodowy w zakresie podniesionego zarzutu dotyczącego rażąco niskiej cenie obciąża Przystępującego.

Pismem z dnia 23 października 2017 r. odpowiedzi na odwołanie udzielił Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Uzasadniając swoje stanowisko w sprawie Zamawiający w szczególności stwierdził, co następuje:

Zarzut nr 1:

Zdaniem Zamawiającego, Przystępujący Reklamex zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, a tym samym skutecznie zastrzegł: (1) wyliczenie kosztów (kosztorys) oraz (2) faktury, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy.

Po pierwsze, Przystępujący Reklamex zastrzegł tylko część wyjaśnień dotyczących składników cenowych swojej oferty. Zastrzeżone (i udowodnione) jako tajemnica przedsiębiorstwa Przystępującego Reklamex informacje, w zakresie wyliczeń (kosztorysu księgowego) i faktur, rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, gdyż dotyczą najbardziej niewrażliwych danych biznesowych, związanych ze strategią cenową, wysokością posiadanych rabatów oraz źródłami dostaw i cenami dostaw materiałów, niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Informacje te stanowią o przewadze konkurencyjnej Przystępującego Reklamex w ubieganiu się o zamówienia na konserwację oświetlenia udzielane m.in. przez m. st. Warszawa, czego potwierdzenie stanowi fakt, iż zarówno w aktualnym, jak również w poprzednich postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, Przystępujący Reklamex uzyskiwał zamówienia publiczne na konserwację oświetlenia zlokalizowanego w różnych częściach

m. st. Warszawy. Ponadto, prawidłowość założeń cenowych, a więc ich istotne znaczenie dla pozycji konkurencyjnej tego wykonawcy, znajduje potwierdzenie w prawidłowej realizacji po stawkach określonych w ofertach, dotychczas udzielonych przez Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie temu wykonawcy zleceń w zakresie konserwacji oświetlenia.

Po drugie, Przystępujący Reklamex wykazał, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż spełniają wszystkie przesłanki, które zostały określone w definicji legalnej: „tajemnicy przedsiębiorstwa” z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby kwestionować wykazanie przez Przystępującego Reklamex, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, gdyż zaprezentowane informacje były wiarygodne, spójne i przekonujące.

Po trzecie, z dokonanej przez Zamawiającego analizy orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika jednoznacznie, że zastrzeżone przez Przystępującego Reklamex informacje, odnoszące się do strategii kosztowej, upustów, rabatów, źródeł zaopatrzenia itp. są traktowane jak tajemnica przedsiębiorstwa.

Zarzut nr 2 i 3:

Zamawiający działając z należytą starannością oraz zgodnie z przepisami ustawy Pzp zarówno wezwał Przystępującego Reklamex do wyjaśnienia ceny złożonej oferty, jak również dokonał oceny złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, jako wystarczających do wyjaśnienia ceny jego oferty.

Należy podkreślić, że wyłączną przyczyną wezwania Przystępującego Reklamex do wyjaśnienia ceny oferty, była stwierdzona przez komisję przetargową okoliczność, że cena tej oferty jest niższa o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej ofert złożonych w części 3 Postępowania na rejon Mokotów, a tym samym, że w świetle art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany wystąpić z takim wezwaniem. Należy jednak podkreślić, że powyższa średnia arytmetyczna została obiektywnie zawyżona przez cenę oferty Swarco Traffic Polska, której wysokość — 13,52 złotego jest dwukrotnie wyższa w stosunku do poprzedzającej ją oferty Odwołującego w wysokości — 6,88, oraz jest ceną wyjątkowo wysoką na tle cen złożonych w Postępowaniu.

Jeżeli przy obliczeniu powyższej średniej Zamawiający pominąłby ofertę Swarco Traffic Polska, to średnia arytmetyczna cen pozostałych trzech ofert wyniosłaby: 5,79, a 70% średniej arytmetycznej tych trzech ofert wyniosłaby: 4,05, co oznacza, że cena oferty Przystępującego Reklamex byłaby wyższa od poziomu, od którego w świetle ustawy Pzp zachodzi obowiązek wyjaśniania ceny oferty, a więc Zamawiający nie byłby zobowiązany do wzywania Przystępującego Reklamex do jej wyjaśnienia. Możliwość pominięcia ceny oferty Swarco

Traffic Polska przy obliczeniu średniej arytmetycznej znajduje potwierdzenie w brzmieniu przepisu art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. W omawianych okolicznościach obiektywne zawyżenie ceny oferty Swarco Traffic Polska w stosunku do innych ofert złożonych w części III może być traktowane jako nie wymagająca wyjaśnień okoliczność, która powoduje, że cena Przystępującego Reklamex jest niższa od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert o co najmniej niż 30%. Zamawiający jednak postanowił pominąć tę okoliczność i postępując z należytą starannością wezwał Przystępującego Reklamex do złożenia wyjaśnień, o czym świadczy pismo z dnia 31 lipca 2017 r. (znak: ZDM/DPZ/1901/17/ZZ).

Z ustaleń komisji przetargowej wynika, że powodem wezwania Reklamex do wyjaśnienia ceny nie było zaniżenie ceny tej oferty o więcej niż 30% w stosunku do szacunkowej wartości konserwacji jednej oprawy oświetleniowej, powiększonej o podatek od towarów i usług, którą Zamawiający szacował na wartość: 4,15 złotych netto, tj. 5,10 złotych brutto (dowód: email Naczelnika Wydziału Sygnalizacji i Oświetlenia do Sekretarza Komisji Przetargowej z dnia 24 lipca 2017 r. (zał. nr 2). 70% z 5,10 złotych brutto (szacowanej przez Zamawiającego wartości za 1 oprawę) wynosi 3,57 złotych brutto, a więc cena oferty Przystępującego Reklamex w wysokości 4,49 złotych brutto jest znacząco od niej wyższa i wynosi około 88,04 % szacowanej przez Zamawiającego wartości brutto konserwacji za jedną oprawę oświetleniową miesięcznie.

Szacunkowa wartość za konserwację 1 oprawy oświetleniowej na poziomie 4,15 zł netto (5,10 złotych brutto) jest wynikiem wyliczenia zgodnie z przepisami ustawy Pzp tj. na podstawie podobnych zamówień (usług) z ostatnich 3 lat z uwzględnieniem zmian ilościowych. Zamawiający wyliczając powyższą kwotę zsumował stawki netto za konserwację 1 oprawy oświetleniowej obowiązujące w latach 2013-2016 i wyliczył średnia arytmetyczną.

Należy również podkreślić, że Zamawiający w odniesieniu do poszczególnych rejonów posługiwał się dwiema wartościami: (1) wartością przedmiotu zamówienia (bez VAT), która dla części 3 została oszacowana na wartość: 1 876 298,00 złotych (449 423,46 euro) oraz (2) kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia na dzień składania wniosku wynosząca: 4 865 941,50 złotych [dowody: pkt 8 i 9 (s. 3) wniosku o udzielenie zamówienia publicznego (znak: DPZ/54/PN/48/17), (zał. nr 3); Informacja z otwarcia ofert z dnia 19 lipca 2017 f. (znak: ZDM/DPZ/1819/17/ZZ) w Części III — Mokotów, (zał. nr 4); s. 2 pkt 4 ppkt 3) protokołu postępowania o udzielenie zamówienia; oznaczenie sprawy: DPZ/54/PN/48/17 - dla części 2,3 i 4. (zał. nr 5)].

Powyższa różnica wynikała z faktu, iż Zamawiający za szacunkową wartość przedmiotu zamówienia brał szacowane wynagrodzenie wykonawcy wynikające — stosownie do par. 3 wzoru umowy DPZ/54/PN/48/17 (Rozdział IV SIWZ Wzór umowy z załącznikami) z iloczynu

liczby oprav na danym rejonie (objętym zasadniczo wynagrodzeniem stanowiącym 100% stawki) i 100% stawki wynagrodzenia za konserwację 1 oprawy oświetleniowej w powyższej wysokości 4,15 złotych netto/5,10 złotych brutto. Natomiast, kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia była uwzględniona w zdecydowanie wyższej wartości, ponieważ w zamierzeniu Zamawiającego miała ona obejmować również koszty niemożliwe do przewidzenia przez Zamawiającego w związku z naprawami awaryjnymi lub eksploatacyjnymi, które zostały przewidziane w par. 9 ust. 1 i 2 wzoru umowy. Wynagrodzenie wykonawcy z tytułu wykonania robót awaryjnych i eksploatacyjnych nie było uwzględniane przez Zamawiającego w szacunkowej wartości zamówienia, a w konsekwencji przez wykonawców w miesięcznej cenie brutto konserwacji jednej oprawy oświetleniowej (a tym samym również cenie złożonej oferty), gdyż: (1) zarówno Zamawiający, jak i wykonawcy nie są w stanie ustalić ilości tego rodzaju robót, a przede wszystkim (2) Zamawiający w par. 9 ust. 4 - 7 wzoru umowy przewidział szczególne zasady rozliczenia tego rodzaju robót w postaci dodatkowego wynagrodzenia należnego wykonawcy, opartego na protokole konieczności oraz kosztorysie, sporządzonym po wykonaniu tych robót na podstawie KNR, KNNR oraz stawek za materiały, sprzęt i robociznę kosztorysową według średnich stawek netto SEKOCENBUD, obowiązujących dla stolicy województwa mazowieckiego w okresie wykonania tych robót.

W związku z powyższym za całkowicie chybioną, gdyż opartą na porównaniu wartości dotyczących innego zakresu przedmiotowego, a więc nieporównywalnych, należy uznać argumentację Odwołującego zawartą na s. 10 (pkt I. 17) i s. 13 (pkt III. 7), w której Odwołujący porównuje powyższą wartość: 4 865 941 50 (kwota podana przez Zamawiającego na otwarciu ofert, jako kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która obejmuje również odrębnie rozliczane prace awaryjne i eksploatacyjne) z wartością wynagrodzenia Przystępującego Reklamex i wykonawcy Budwex, opartych wyłącznie na ryczałtowej cenie konserwacji jednej oprawy oświetleniowej.

Przedłożone przez Przystępującego Reklamex wyjaśnienia dotyczące elementów cenowych oferty z uwagi na ich kompletność, szczegółowość, jak również załączenie do nich stosownych dowodów nie budziły najmniejszych wątpliwości komisji przetargowej Zamawiającego. Gdyby bowiem było inaczej, Zamawiający zwróciłby się do tego wykonawcy o dodatkowe wyjaśnienia.

Powyższe wyliczenia Przystępującego Reklamex obejmują wszystkie składniki kosztowe (w tym również wskazywane przez Odwołującego w odwołaniu). W ocenie Wydziału Kosztorysów Zarządu Dróg Miejskich, wyjaśnienia do ceny oferty Przystępującego Reklamex:

- dla przyjętych wielkości i przedstawionych faktur wielkości cenowe są prawidłowe;
- wyceny oprav, słupów i zegarów astronomicznych są porównywalne z cenami innych oferentów;

- przy księgowym podejściu do sprawy wyceny sprzętu nie ma podstaw do zarzucania nieprawidłowości wyliczenia tych wartości dotyczących kosztów pracy sprzętu,
- szacowany koszt zatrudnienia pracowników — przy przyjętych stawkach jest adekwatny do zakresu prac związanych z konserwacją oświetlenia w rejonie Mokotów.

Dowód: pismo Naczelnika Wydziału Kosztorysów ZDM z dnia 16 października 2017 r. (znak KKO/11/2017) - (zał. nr 9).

Następnie Zamawiający odniósł się do poszczególnych głównych pozycji kalkulacji Przystępującego Reklamex wraz z argumentacją będącą w ocenie Zamawiającego uzasadnieniem dla uznania, iż cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie może zostać uznana za rażąco niską [częściowo odwołując się do informacji zastrzeżonych przez Przystępującego Reklamex jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w sposób naruszający tej tajemnicy].

Zarzut nr 4:

Odnosnie kwestionowanych przez Odwołującego referencji z dnia 12 października 2016 potwierdzających należyte wykonywanie usług w zakresie konserwacji oświetlenia ulicznego w rejonie Pragi Północ, Targówka, Białoleki oraz Tunele jezdne, kładki dla pieszych i znaków 6, Zamawiający wskazał, że powyższe zamówienia zostały zrealizowane na rzecz Zamawiającego — m. st. Warszawy Zarządu Dróg Miejskich.

W związku z powyższym, Zamawiający w toku badania oferty Przystępującego Reklamex dysponował wystarczającą wiedzą oraz dokumentami, potwierdzającymi, że te zamówienia zostały wykonane należycie, a tym samym powołanie się na realizację tych umów miało posłużyć Przystępującemu Reklamex do skutecznego wykazania spełniania warunków w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (warunek wiedzy i doświadczenia). Powołanie na treść referencji z dnia 12 października 2016 r., protokołów zdawczo – odbiorczych z dnia 30 listopada 2016 r., referencji z dnia 24 sierpnia 2017 r. oraz treść przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut nr 5:

W ocenie Zamawiającego prawidłowo nie wzywał on do wyjaśnień ceny Wykonawcy Budowlanego, gdyż cena oferty tego wykonawcy nie budziła wątpliwości Zamawiającego oraz nie wydawała się rażąco niska, gdyż:

1. w tej części Postępowania Zamawiający przeprowadził szczegółowe badanie oferty Przystępującego Reklamex na podstawie złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, które na jego przekonanie, że skoro cena 4,49 obejmuje wszystkie

- i przynosi zysk wykonawcy, to tym bardziej nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną w przypadku oferty wykonawcy Budwex, która opiewała na kwotę 6,00 złoty brutto,
2. cena ta jest wyższa od ceny Przystępującego Reklamex, tj. jest wyższa o 25% oraz stanowi około 90% kolejnej oferty w Postępowaniu, tj. ceny oferty Odwołującego,
 3. jeżeli pominąć obiektywnie zawyżoną cenę Swarco, to cena Wykonawcy Budwex — 6,00 złotych brutto jest wyższa od średniej arytmetycznej ofert złożonych w tym Postępowaniu, tj. 5,79 złowego brutto,
 4. cena ta jest wyższa od 5,10 złotych brutto, tj. szacunkowej ceny za konserwację jednej oprawy oświetleniowej, ustalonej przez Zamawiającego, powiększonej o należny podatek VAT,
 5. cena ta była również porównywalna z ceną złożoną przez Wykonawcę Budwex w części IV Postępowania na konserwację w rejonie — Ursynów, tj. 6,40 złotych brutto,
 6. dotychczas Wykonawca Budwex prawidłowo realizuje konserwację oświetlenia w rejonie Mokotów.

Z ostrożności procesowej Zamawiający podniósł, iż nawet jeśli zachodziła konieczność wezwania Wykonawcy Budwex do wyjaśnienia ceny złożonej oferty, to ewentualne zaniechanie przez Zamawiającego nie miało wpływu i nie mogło mieć wpływu na wynik Postępowania.

Zarzut nr 6:

W toku przeprowadzonego postępowania, Zamawiający nie był zobowiązany do wzywania Wykonawcy Budwex do udzielenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział w SIWZ i następnie zastosował po złożeniu ofert przez wykonawców procedurę odwróconą z art. 24aa ustawy Pzp. W konsekwencji powyższego, zgodnie z przepisami ustawy PZP oraz postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający nie był zobowiązany oraz nie badał JEDZ Wykonawcy Budwex pod kątem potwierdzenia spełniania przez tego Wykonawcę warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Zarzut nr 7:

Zamawiający zgodnie z przepisami ustawy Pzp, i postanowieniami SIWZ prawidłowo dokonał wyboru oferty Przystępującego Reklamex, jako oferty najkorzystniejszej w części III Postępowania. Tym samym, Zamawiający przestrzegał w trakcie prowadzenia Postępowania zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w następstwie powyższego udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Na rozprawie Zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie. Dodatkowo złożył do akt sprawy dowód w postaci oświadczenia własnego (Wydział Sygnalizacji i Oświetlenia ZDM) z dnia 20.10.2017 r. na potwierdzenie należytego wykonania usługi przez Przystępującego Reklamex.

III. W terminie przewidzianym przepisami ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Reklamex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia ww. wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 23 października 2017 r. Przystępujący Reklamex przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów podniesionych w stosunku do jego oferty, Przystępujący Reklamex stwierdził w szczególności co następuje:

Zarzut nr 1:

Przystępujący zastrzegł cały dokument wyliczenia kosztów oraz faktury, gdyż stanowią one zbiór informacji niepodlegających ujawnieniu, a praktyczne rozdzielenie informacji podlegających zastrzeżeniu od innych jest istotnie utrudnione. Również dane, które pozornie nie noszą miana tajemnicy przedsiębiorstwa mogą tę tajemnicę ujawniać. Tym samym nawet układ graficzny dokumentu faktury czy jej oznaczenie, nawet z usuniętym oznaczeniem sprzedającego może pozwolić na swobodne ustalenie sprzedającego.

Stwierdził, iż zasada jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma charakteru bezwzględny. Ustawodawca nakazuje, aby wykonawca jednocześnie z dokonaniem zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Przystępującego celem wyjaśnień jest przede wszystkim udowodnienie realnego poziomu ceny oferty i na tym musi się skupić wykonawca. Oczekiwanie złożenia większej ilości wytłumaczeń i dowodów przez wykonawcę dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa niż samych kosztów realizacji zamówienia jest irracjonalne i niezgodne z celem tego postępowania.

Ujawnienie sposobu kalkulacji ceny oraz ceny jaką Przystępujący uzyskuje u dostawców podmiotom konkurencyjnym mogłoby wpłynąć niekorzystnie na konkurencyjność działalności Przystępującego. Po pierwsze, informacje te wskazują na poziom kosztów Przystępującego, a tym samym i możliwość obniżenia ceny w innych postępowaniach. Po drugie, informacje te pokazują kondycję finansową Przystępującego i prognozowane zyski. Po trzecie, informacje te mogą służyć innemu podmiotowi w celu podjęcia próby uzyskania niższych cen od tych

samych dostawców. Informacje te nie są ujawniane do wiadomości publicznej. Informacje te pozostają jedynie w dyspozycji osób zarządzających spółką oraz, w przypadku faktur, księgowej. Informacje te, w sytuacjach takich jak niniejsza, są zawsze przekazywane z zastrzeżeniem konieczności zachowania poufności.

Zarzut nr 2 i 3:

Odpowiedź Przystępującego na wezwanie Zamawiającego dotyczące wyjaśnienia ceny oferty w żadnej mierze nie była ogólnikowa jako całość. Sam Odwołujący w niewielkim zakresie przedstawił jak według niego kształtują się realne koszty realizacji zamówienia (pkt 1.16 i 1.17 odwołania). Nie wskazał jak według niego wyglądają realne koszty pracownicze wymaganych przez zamawiającego pracowników. Założył jedynie poziom minimalnego wynagrodzenia za pracę, dodatkowo wskazując, że „wynagrodzenie kierownika budowy oraz brygadzysty znacznie przewyższa minimalne wynagrodzenie”. Ogólnikowość jest, jak widać, raczej domeną twierdzeń odwołania niż wyliczeń Przystępującego. Co do kosztów pracy sprzętu Odwołujący również ich nie przedstawił. Trudno bowiem nazwać wskazanie stawek Sekocenbudu pokazaniem jak naprawdę kształtują się koszty pracy sprzętu. Stawki te nie określają kosztów, a jedynie „pozycje cennikowe”. Jest jasne, że jedno i drugie to nie to samo. Nie dość, że wykonawcy robót budowlanych skostorysując pracę sprzętu są w stanie uzyskać cenę o kilkadziesiąt procent niższą od szacowania przy zachowaniu zysku, to zazwyczaj mieści się tam również zysk podwykonawców, którzy de facto świadczą usługi przy pomocy skostorysowanego sprzętu. Równie niedookreślone są twierdzenia co do ilości godzin pracy sprzętu jaka będzie niezbędna do należytego wykonania zamówienia. Otóż Odwołujący takiej wartości nie podaje. Jest to o tyle problem, że Odwołujący nie odnosi się do miesięcznych kosztów paliwa i utrzymania sprzętu, a próbuje pokazać jaki jest godzinowa cena (nie koszt) pracy sprzętu. Tylko że następnie nie udziela informacji jak te ceny godzinowe przełożył na swój wynik, tj. 44 000 zł netto. Po prostu widzimy, że tyle mu wyszło.

A już sama pobieżna analiza nasuwa wątpliwości co do prawidłowości uzyskanego wyniku. Suma cen jednej godziny pracy każdego wymienionego sprzętu to 175 zł. Dzieląc 44 000 zł przez 175 (nie wiemy w jakich proporcjach Odwołujący porozdzielał godziny pracy pomiędzy poszczególne sprzęty) otrzymujemy 251,5 godziny. Można tylko przypuszczać, że po tyle godzin miałby miesięcznie pracować każdy sprzęt: podnośnik koszowy, dźwig lub samochód typu HDS-I oraz samochód pogotowia. To więcej niż 8 godzin pracy sprzętu każdego dnia miesiąca, łącznie z dniami świątecznymi. To wartość niewiarygodna w odniesieniu do czasu pracy samochodu pogotowia i samochodu typu HDS, i znacznie zawyżona. Zamawiający nie wymagał posiadania wskazanego sprzętu do nieustannego użytku. Jest on niezbędny na wybranych etapach świadczenia usługi, stąd konieczność dysponowania nim przez wykonawcę.

Zamawiający rozlicza wykonawcę ze skuteczności zapewnienia świecenia — przeprowadza kontrolę świecenia, a następnie nakłada karę umowną odpowiednią do procentu nieczynnych opraw i źródeł światła, który to procent uznaje się jako reprezentatywny dla całej świadczonej usługi. Tym samym kontrola, choć wyrwykowa, dotyka ewentualnymi karami w zakresie wynikającym z całej ilości opraw będących pod opieką wykonawcy. Jednocześnie, jak wskazał w swoich wyjaśnieniach Przystępujący średnia wysokość miesięczna kar umownych naliczanych mu przez zamawiającego z tytułu uchybień w zapewnieniu świecenia wszystkich opraw oświetleniowych oraz innych podstaw naliczania kar umownych dla jednego rejonu to ok. 200 zł miesięcznie. Tym samym widać, iż przyjęty przez Przystępującego sposób pracy, choć zakłada znacznie mniejsze nakłady pracy niż te przewidywane (a przynajmniej wskazywane w odwołaniu) przez Odwołującego, jest skuteczny i pozwala na minimalizowanie ilości nieczynnych opraw i źródeł światła. Jednocześnie trzeba pamiętać, że całkowite wyeliminowanie nieczynnych opraw i źródeł światła jest niemożliwe, z uwagi na losową naturę zgaśnień, które mogą wystąpić w dowolnym momencie realizacji umowy, w szczególności krótko przed przeprowadzoną kontrolą stanu świecenia.

Wyliczenie minimalnych kosztów realizacji zamówienia zawarte w odwołaniu jest zastanawiające również z innych powodów. Po pierwsze, zgodnie z tym wyliczeniem nawet cena oferowana przez Odwołującego może wydawać się rażąco niska. Odwołujący wyliczył miesięczne koszty realizacji zamówienia w wysokości 76 536,82 zł. Jednocześnie sam zaoferował cenę, która oznaczałaby uzyskiwanie przez niego miesięcznego przychodu w wysokości 77 764,64 zł. Biorąc pod uwagę wysokość kar umownych nakładanych przez zamawiającego oraz nieprzewidziane okoliczności, taki niski zapas też „może budzić wątpliwości” co do należytego wykonania zamówienia przez odwołującego. Po drugie, Odwołujący dwukrotnie uwzględnił koszty płacowe realizacji zamówienia. Odwołujący najpierw wylicza minimalne koszty zatrudnienia pracowników, a następnie korzysta ze stawek cennikowych Sekocenbud dla wskazania kosztów pracy sprzętu. Jest to o tyle pozbawione sensu, iż w kosztach pracy sprzętu jest już wyceniona praca kierowcy/operatora. Tym samym znaczna część kosztów w wyliczeniach Odwołującego została wskazana podwójnie. Jest to kolejny sygnał, iż wyliczenia odwołującego nie są wiarygodne, a jedynie ukierunkowane na podbicie kosztów do wysokości ceny oferowanej przez Odwołującego.

W ocenie Przystępującego koszt wykonania zamówienia jest podstawowym kryterium badania ceny czy nie jest rażąco niska. Tenże poziom kosztów został wskazany w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu. Z ostrożności procesowej Przystępujący powołał się na treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2014 r. (sygn. akt KIO 1833/14).

W punkcie 1.14.d. odwołania została zawarta teza, iż przystępujący zamierza finansować przedmiotowe zamówienie z innych kontraktów. Nie jest to jednak prawdą. Czym innym jest

realizowanie jednego zamówienia ze stratą i jej pokrywanie z zysku osiągniętego przy realizacji innych zamówień, czym innym jest zaś jest realny wykazywany poziom kosztów, który zależy od innych świadczonych jednocześnie zamówień. Opisane w wyjaśnieniach koszty: utrzymania własnej nieruchomości przeznaczonej na bazę, koszt zakupu lub odnowienia (amortyzacji) sprzętu oraz koszt utrzymania własnego biura są już pokrywane z przychodów z realizacji na rzecz zamawiającego umów konserwacji oświetlenia ulicznego w rejonach dzielnic Białoleka i Targówek i nie wzrosną w związku z realizacją zamówienia w dodatkowym rejonie. Wyjaśnienia ceny służą zbadaniu kosztów ponoszonych przez wykonawcę i weryfikacji czy nie przekraczają one zaoferowanej ceny. W tym zakresie zasadne jest zbadanie na ile wzrosną koszty przystępującego z tytułu utrzymania bazy sprzętowo-materiałowej oraz biura w wyniku realizacji usług na rzecz zamawiającego w dodatkowym rejonie. Otóż te koszty nie wzrosną. Obecna infrastruktura jest wystarczająca w celu realizacji również dodatkowego zamówienia. Nie będą konieczne żadne inwestycje, by spełniać wymogi realizacji nowego zadania.

Odwołanie się przez Przystępującego w wyjaśnieniach do miesięcznej ceny brutto konserwacji jednej oprawy oświetleniowej oferowanej w postępowaniu w przedmiocie *konserwacji oświetlenia ulicznego na terenie m. st. Warszawy, obejmującej 15 rejonów na terenie dzielnic na ulicach krajowych, wojewódzkich, powiatowych i gminnych oraz 19 rejon tunele jezdne, kładki i przejścia dla pieszych i znaki D-6 zasilane energia elektryczną, w okresie 01.12.2016 — 30.11.2020 r.* (znak postępowania DPZ/85/PN/73/16) — pierwotnym postępowaniu — jest uzasadnione. Cena ta powinna być traktowana jako realny wyznacznik dla niniejszego postępowania. Przystępujący uzyskał to zamówienie w rejonach dzielnicy Targówek oraz dzielnicy Białoleka. W obu zaoferowana cena brutto za miesięczną konserwację jednej oprawy oświetleniowej wyniosła 4,29 zł. W niniejszym Postępowaniu zaoferowana przez Przystępującego cena wynosi 4,49 zł. Wskazane ceny z poprzedniego postępowania dotyczą tego samego okresu realizacji co w niniejszym Postępowaniu — do listopada 2020 r. Skoro są to stawki dla tego samego okresu oraz są to stawki zweryfikowane przez Zamawiającego, oraz przez samą rzeczywistość realizacji zamówienia, pod kątem tego, że umożliwiają należyłą realizację zamówienia, to również stawka zaoferowana w niniejszym Postępowaniu nie może budzić wątpliwości co do możliwości właściwej realizacji zamówienia.

Zarzut nr 4:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż ten bezpodstawnie nie wezwał Przystępującego do uzupełnienia referencji odnoszących się do wykonanych usług na rzecz Zamawiającego obejmujących konserwację oświetlenia ulicznego w czterech rejonach. Należy jednak zwrócić uwagę, iż referencje te dotyczyły usługi wykonywanej na rzecz Zamawiającego, to jest usługi co do której Zamawiający posiadał najlepszą wiedzę czy została wykonana należycie.

Odwołujący domaga się, by Zamawiający oczekiwał dowodu należytego wykonania zamówienia, podczas gdy tak naprawdę ten dowód jest Zamawiającemu zbędny, bo to on był stroną przedmiotowej umowy. Co więcej, zdaniem Odwołującego, takim dowodem miałyby być oświadczenie sporządzone przez samego Zamawiającego. Powołał się na treść art.25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz § 10 ust. 1 i 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz treść komentarza praktycznego „Kiedy wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów, mimo ich żądania przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia” autorstwa M. Głazowskiej-Pawłowskiej.

Na rozprawie Przystępujący Reklamex podtrzymał stanowisko w sprawie przedstawione w ww. piśmie procesowym.

KIO 2113/17

I. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Robert Gos, przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KAR-GOS Robert Gos /Lider Konsorcjum/ oraz Julian Malarecki i Bartłomiej Malarecki - przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Przedsiębiorstwo Drogowe „Bruker” s.c. Julian Malarecki, Bartłomiej Malarecki /Partner Konsorcjum/ (dalej jako „Odwołujący”) w dniu 9 października 2017 r. wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań podjętych przez Zamawiającego w toku Postępowania w zakresie Części 2: „Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie Dzielnicy Śródmieście - Rejon XI”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący PKP Energetyka” albo „Przystępujący”), mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, ewentualnie: art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego PKP Energetyka do udzielenia wyjaśnień dotyczących spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej [zarzut nr 1];
- art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego PKP Energetyka do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, mimo iż cena oferty ww. wykonawcy budzi wątpliwości i jest zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia [zarzut nr 2];

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia niniejszego Odwołania [zarzut nr 3].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w ramach Części 2 Postępowania:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
- wezwanie Przystępującego PKP Energetyka do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
- wykluczenie Przystępującego PKP Energetyka z Postępowania;
- ewentualnie - wezwanie PKP Energetyka do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp;
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał w szczególności, co następuje:

Zarzut nr 1:

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.1.1. IDW Przystępujący PKP Energetyka wskazał w treści JEDZ zamówienie obejmujące „Konserwację oświetlenia ulicznego na terenie miasta Kielc (15 646 punktów świetlnych" realizowane od 1.05.2012 r. do 30.04.2015 r.). Zamawiający zakwestionował wskazane powyżej doświadczenie z uwagi na fakt, iż ww. umowa nie była realizowana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert i w związku z tym Zamawiający wystosował w dniu 31 lipca 2017 r. do Przystępującego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający jednoznacznie w treści wezwania stwierdził, że zgodnie z SIWZ doświadczenie powinno obejmować okres pomiędzy 17.07.2014 r. a 17.07.2017 r., a z przedstawionych dokumentów wynika, że Przystępujący prowadził konserwację oświetlenia do 30.04.2015 r. (9,5 miesięcy od dnia 17.07.2014 r.). W odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący wyjaśnił, iż posługiwanie się doświadczeniem zdobytym w wyniku realizacji usług na rzecz Miasta Kielce jest prawidłowe, jednak z ostrożności wykonawca uzupełnił wykaz z JEDZ, w którym wskazano następujące zamówienia:

- a) „Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie miasta Kielce" realizowana od 1.05.2012 r. do 30.04.2015 r. wykonana na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg w Kielcach,

- b) „Konserwacja sieci oświetlenia ulicznego Gminy Miasta Tychy” realizowana od 1.01.2015 r. do 31.12.2015 r. na rzecz Urzędu Miasta Tychy,
- c) „Konserwacja urządzeń oświetlenia ulic w celu utrzymania ich w należytym stanie technicznym” wykonana w okresie 1.01.2015 r. - 31.12.2015 r. na rzecz Gminy Miasto Stargard,
- d) „Konserwacja sieci oświetlenia ulicznego w Tychach” realizowana od 1.01.2014 r. do 31.12.2014 r. na rzecz Urzędu Miasta Tychy.

Wskazane doświadczenie nie potwierdza spełniania przez Przystępującego PKP Energetyka sformułowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

Konserwacja w Kielcach. Zgodnie z treścią załączonej referencji poświadczającej należyte wykonanie robót, zakres konserwacji obejmował 15 646 sztuk punktów świetlnych w okresie od 01.05.2012 r. do 30.04.2015 r. Zamawiający prawidłowo uznał, że przedmiotowa usługa nie może potwierdzać spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w IDW - konserwacja wykonana w Kielcach została zakończona 30 kwietnia 2015 r., co oznacza, że obejmowała wyłącznie 9,5 miesiąca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym Postępowaniu. Przystępujący PKP Energetyka nie skorzystał ze środków ochrony prawnej i nie wniósł odwołania wobec bezzasadnego - w jego opinii - wezwania. W związku z tym decyzję Zamawiającego o nieuznaniu przedstawionego dokumentu za potwierdzającego doświadczenie Wykonawcy wymagane w SIWZ należy uznać za całkowicie słuszną i uzasadnioną. W konsekwencji, usługa zrealizowana przez Przystępującego PKP Energetyka nie potwierdza spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu.

Konserwacje w Tychach. Zgodnie treścią referencji mających potwierdzać należyte wykonanie zamówień w tym zakresie usługi konserwacji oświetlenia ulicznego realizowane przez Przystępującego PKP Energetyka były wykonywane w ramach Konsorcjum wraz z Przedsiębiorstwem Usługowo - Handlowym ELMAX Jan Żywicki, Tychy (dalej jako „P.U.H. ELMAX”). W związku z tym, z treści dokumentów przedstawionych przez Przystępującego PKP Energetyka w toku postępowania nie wynika, czy to ten wykonawca zrealizował prace związane z konserwacją punktów świetlnych, a tym samym czy nabył on doświadczenie wymagane przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu. Powołał się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. C-387/14). Zwrócił również uwagę na fakt, że usługa z poz. 4 wykazu zamieszczonego w JEDZ Przystępującego dotyczy zamówienia zrealizowanego w 2014 r. i w związku z tym okres jej realizacji nie pokrywa się z realizacją pozostałych usług wskazanych w wykazie tego wykonawcy - zamówienia realizowanego na rzecz Miasta Tychy w 2015 r. i zamówienia realizowanego na rzecz Gminy Miasta Stargard w 2015 r.

Konserwacja w Stargardzie. Zgodnie z informacjami zawartymi w wykazie oraz wynikającymi z treści złożonej referencji, Przystępujący PKP Energetyka w roku 2015 świadczył usługi konserwacji oświetlenia ulicznego w zakresie 2390 sztuk opraw. Wskazana powyżej liczba opraw jest niewystarczająca w świetle warunku udziału w Postępowaniu z pkt 7.2.1.1. IDW i nie może stanowić podstawy do uznania, że ww. wykonawca posiada wymagane doświadczenie.

Biorąc pod uwagę fakt, iż Przystępujący PKP Energetyka był już wzywany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, w wyniku czego wykonawca ten uzupełnił wykaz, wskazując aż 3 nowe zamówienia brak jest podstaw do wystosowania ponownego wezwania w tym samym zakresie. Takie działanie stanowiłoby naruszenie nie tylko art. 26 ust. 3 Pzp, który umożliwia tylko jednokrotne wezwanie do uzupełnienia dokumentu (por. wyrok KIO z 4 kwietnia 2017 r. KIO 572/17), ale również zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 Pzp. W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie zaszła przesłanka do wykluczenia Przystępującego PKP Energetyka z Postępowania. Ewentualnie, z ostrożności w przypadku braku uwzględnienia tego żądania, Odwołujący wniósł o wezwanie Przystępującego PKP Energetyka na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do udzielenia stosownych wyjaśnień.

Zarzut nr 2:

Zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Przystępującego PKP Energetyka do wyjaśnień zaoferowanej ceny stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp. Zaniedbanie przez Zamawiającego obowiązku wyjaśnienia okoliczności, które budzą wątpliwości, co do rzetelności i prawidłowości przygotowania oferty i kalkulacji ceny stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązującego Zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający poszanowanie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców.

Przystępujący PKP Energetyka zaoferował Zamawiającemu cenę w wysokości 5,68 zł brutto za konserwację jednej oprawy oświetleniowej. Dla porównania - Odwołujący zaoferował Zamawiającemu cenę w wysokości 7,37 zł brutto, natomiast kolejny z wykonawców - Jimmy J. Cichocki J. Zandberg sp.j. 8,00 zł brutto. Tym samym, zachodzi uzasadnione podejrzenie, że cena zaoferowana w niniejszym Postępowaniu przez Przystępującego PKP Energetyka ma charakter rażąco niski, co powinno stanowić podstawę do skorzystania z procedury wyjaśniającej określonej w art. 90 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego zaoferowanie przez ww. wykonawcę stawki wskazanej w ofercie (5,68 zł brutto) uniemożliwia pokrycie wszystkich kosztów dla świadczonych usług, co świadczy o rażąco niskim charakterze ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę

konieczność realizacji zamówienia w Rejonie Śródmieścia należy wskazać na następujące koszty:

- koszty pracownicze - w cenę przedmiotu zamówienia dla Części 2 należy wliczyć koszty wynagrodzenia osób realizujących umowę zgodnie z treścią SIWZ - Zamawiający wymagał w Postępowaniu wykazania przez wykonawców legitymowaniem się kierownikiem budowy, brygadzystą oraz aż 8 osobami na stanowisku elektromontera (pkt 7.2.1.2 SIWZ). Zakładając, że wszystkie ww. osoby będą otrzymywać minimalne wynagrodzenie (ok. 2000 zł brutto), to w okresie jednego miesiąca realizacji przedmiotu zamówienia koszt samych wynagrodzeń będzie wynosił minimum 20176,70 zł brutto. Podkreślenia wymaga fakt, że jest to założenie minimalne i nie uwzględnia faktu, że rynkowe wynagrodzenie kierownika budowy oraz brygadzysty przewyższa wynagrodzenie minimalne.
- koszty pracy sprzętu - w przedmiotowym postępowaniu w pkt 7.2.1.3 IDW Zamawiający wymagał od wykonawców, aby wykazali się posiadaniem podnośnika koszowego, dźwigu lub samochodu typu HDS oraz samochodu pogotowia (osobowy, van lub podobny). Biorąc pod uwagę najniższe stawki pracy przedmiotowego sprzętu określone w Sekocenbud (zeszyt 41/2017, III kwartał 2017 r.), tj. dla podnośnika koszowego - 75 zł netto/1h, dla dźwigu - 55 zł netto/1h oraz dla samochodu pogotowia - 45 zł netto/1h, jak również uwzględniając szacowaną ilość godzin pracy przedmiotowego sprzętu należy stwierdzić, że koszty jednego miesiąca pracy sprzętu wynoszą ok. 44 000 zł netto (54 120 zł brutto).
- koszty materiałów - biorąc pod uwagę ceny minimalne określone w Sekocenbud (zeszyt 40/2017, III kwartał 2017 r.) zadeklarowana wymiana jednego słupa to koszt minimum 572 zł netto, natomiast koszt zużycia lamp (np. powszechnie używanych WLS 150W) to 2499,26 zł netto. Uwzględniając dodatkowo do kosztów zużycia materiałów pomocniczych (np. stateczniki, wkładki bezpiecznikowe, tabliczki słupowe etc.) na poziomie 1% ogólnej ilości opraw w rejonie dzielnicy Śródmieście to miesięczny koszt materiału niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia wynosi 3224,82 zł netto (3966,53 zł brutto). Należy wskazać, że w przypadku dzielnicy Śródmieście przyjęte założenie co do 1% wymiany opraw nie jest wygórowane, bowiem w przedmiotowym rejonie jest najwięcej miejsc reprezentacyjnych oraz największa ilość imprez masowych, które odbywają się po zmroku - co z kolei generuje wyższe zużycie materiałów.

Należy dodać, iż ww. koszty nie są kosztami Odwołującego, a podstawą ich przyjętych obliczeń były czynniki jak najbardziej obiektywne, tj. wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalana na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa oraz stawki minimalne wynikające z Sekocenbud za III kwartał 2017 r.

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej koszty, które są kosztami minimalnymi, jakie należy ponieść w związku z realizacją umowy na rzecz Zamawiającego, należy stwierdzić, że

w stosunku miesięcznym będą one wynosić ok. 78 263,23 zł brutto. Uwzględniając fakt, że Przystępujący PKP Energetyka zaoferował Zamawiającemu cenę w wysokości 5,68 zł brutto za konserwację 1 oprawy oświetleniowej, to miesięczne wynagrodzenie w zakresie szacowanej liczby opraw dla tego wykonawcy wyniesie 69 012 zł brutto. Strata w skali miesiąca dla tego wykonawcy wynosi zatem ok. 9 251 zł. Warto porównać, iż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w Części 2 wynosi 5 232 297 zł. Dzieląc przedmiotowe wynagrodzenie przez okres obowiązywania umowy, wynagrodzenie miesięczne przewidziane przez Zamawiającego wynosi 149 494 zł. To z kolei oznacza, że miesięczne wynagrodzenie Przystępującego PKP Energetyka stanowi zaledwie 46% wynagrodzenia oszacowanego przez Zamawiającego.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie. Dodatkowo wskazał, iż Przystępujący PKP Energetyka nie ma obecnie interesu w kwestionowaniu zarzutu odwołania dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (zarzut nr 1), albowiem odpowiedział on na wezwanie Zamawiającego i dokonał uzupełnienia wykazu usług, co oznacza, iż zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego odnośnie dokonanej przez niego oceny usługi w Kielcach jako nie potwierdzającej spełnianie warunku udziału w Postępowaniu. W związku z tym postawiony w odwołaniu zarzut nie odnosi się do ww. usługi w Kielcach, lecz do usług wykonanych w Tychach i Starogardzie.

II. W dniu 23 października 2017 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, z tym że w odniesieniu do zarzutu nr 1 – w zakresie określonym jako ewentualny, tj. zaniechania wezwania Przystępującego PKP Energetyka do udzielenia wyjaśnień dotyczących spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Uzasadniając swoje stanowisko w sprawie Zamawiający stwierdził w szczególności, co następuje:

Zarzut nr 1:

Po wpłynięciu odwołania, Zamawiający wystąpił do Urzędu Miasta Tychy (jako wystawcy powyższych referencji) z prośbą o informacje odnośnie zakresu prac wykonanych przez Przystępującego PKP Energetyka, jako jednego z konsorcjantów realizującego konserwację sieci oświetlenia Gminy Miasta Tychy. Z uzyskanych informacji wynika, że:

- umowa Zamawiającego z Konsorcjum, w którego skład wchodził Przystępujący PKP Energetyka (Umowa nr 110.272.176.2014 z dnia 31 grudnia 2014 r.), jak i umowa konsorcjum nie określała podziału odpowiedzialności pomiędzy konsorcjantami;

- podmiotem, do którego bezpośrednio wysyłano, zgodnie z umową, zgłoszenia usterek oświetlenia była firma P.U.H ELMAX Jan Żywiecki,
- z protokołów z przeglądu oświetlenia ulicznego w okresie od stycznia do grudnia 2015 roku wynika, że były one podpisywane wyłącznie przez Koordynatora ds. konserwacji Pana Wiesława Cedro z P.U.H ELMAX.

W związku z powyższym, Zamawiający uznał, że może zachodzić wątpliwość, jaki zakres prac wykonał Przystępujący PKP Energetyka i w zw. z powyższym, w jakim zakresie uzyskał doświadczenie. Na chwilę obecną nie można jednak wykluczyć, że np. Przystępujący PKP Energetyka wykonał całość robót, a firma P.U.H. ELMAX wykonywała wyłącznie czynności związane z koordynacją konserwacji. Wyjaśnienie powyższych kwestii wymaga jednak zwrócenia się do PKP Energetyka o przedłożenie stosownych wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzut nr 2:

Po gruntownym przeanalizowaniu sprawy Zamawiający uznał, iż mogą zachodzić okoliczności, z powodu których cena oferty Przystępującego PKP Energetyka może — stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - wydawać się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Wątpliwości Zamawiającego budzą następujące okoliczności:

1. cena Przystępującego — 5,68, jest niższa od aktualnej ceny realizacji tego świadczenia przez KAR-GOS - 9,23, cen, po których KAR-GOS wcześniej realizował konserwację oświetlania w Śródmieścia - 7,01 i ceny KAR-GOS z postępowania, która wynosi 7,37;
2. w przedmiotowym postępowaniu cena Przystępującego PKP Energetyka jest trzecią najtańszą ceną - po Reklamex w części III Mokotów - 4,49, JIMMY - część IV Ursynów - 4,66;
3. w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wyjaśniał już ceny wyższe od ceny Przystępującego PKP Energetyka - 5,68, tj. ELES-BUD w części dot. Rembertów - 5,69 oraz Święckiego w części dot. Rembertowa — 7,05;
4. bez wyjaśnień ceny Przystępującego PKP Energetyka Zamawiający (przy takiej rozbieżności cen występujących w poszczególnych rejonach i w poszczególnych przetargach oraz w ramach poszczególnych umów dotyczących realizacji usług konserwacji oświetlenia) nie może na podstawie oferty złożonej przez Przystępującego PKP Energetyka stwierdzić, czy uwzględnia ona wszelkie koszty, a tym samym może i powinno budzić to wątpliwości Zamawiającego i wydawać się, że cena może być rażąco niska;

5. wyjaśnienie ceny oferty powinno być dokonane przez Zamawiającego w formie przeprowadzenia procedury z art. 90 ustawy Pzp w toku Postępowania (z zaangażowaniem również Wydziału Kosztorysów oraz Wydziału Sygnalizacji i Oświetlenia), a nie w toku postępowania dowodowego przed KIO;
6. Przystępujący PKP Energetyka ma niewielkie doświadczenie w zakresie realizacji konserwacji oświetlenia na zlecenie Zamawiającego, dotychczas jedna umowa: DZP/42/PN/36/13 Część 13 w okresie 01.12.2013 — 30.11.2016 na terenie dzielnicy Włochy;
7. zachodzi duża rozbieżność pomiędzy ceną Przystępującego PKP Energetyka na rejon Śródmieście — 5,68 złotych w stosunku do ceny na rejon Rembertów — 9,09 złotych, gdzie jest ona zdecydowanie wyższa;
8. przy konstrukcji przedmiotowego Postępowania opartej na ryczałcie oraz obiektywnej dużej rozbieżności cen ofert składanych na poszczególne rejony oraz między rejonami, tylko zbadanie wyjaśnienia ceny oferty Przystępującego PKP Energetyka może usunąć wątpliwości, czy rzeczywiście wszystkie koszty zostały uwzględnione w ofercie tego wykonawcy.

Na rozprawie Zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie. Dodatkowo stwierdził, iż dokonywanie oceny wskazanej przez Przystępującego PKP Energetyka usługi w Kielcach należy uznać za zakończone, albowiem jak wynika z treści złożonych przez tego wykonawcę referencji prace w ramach tej usługi były wykonywane tylko przez 9,5 miesiąca w ramach okresu referencyjnego obowiązującego dla Postępowania. Natomiast w treści wezwania z dnia 31 lipca 2017 r. wyraźnie został wskazany sposób rozumienia przedmiotowego warunku. Ponadto jako dowody w sprawie złożył pismo Gminy Miasta Tychy z 18 października 2017 r. oraz dwa protokoły z przeglądów oświetlenia ulicznego w dniu 30 stycznia 2015 r. oraz z 16 grudnia 2015 r.

III. W terminie przewidzianym przepisami ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca PKP Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia ww. wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 23 października 2017 r. na posiedzeniu przed Izłą Przystępujący PKP Energetyka zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, a także złożył pismo procesowe, w którym przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Wnosząc o oddalenie odwołania w całości Przystępujący przedstawił w szczególności następującą argumentację:

Zarzut nr 1:

Przystępujący PKP Energetyka stwierdził, iż zarzut ten jest niezasadny, bowiem wykazał on, w sposób nie budzący wątpliwości, iż spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w pkt 7.2.1.1. IDW. Jak wskazał Odwołujący, aby uznać, iż wykonawca legitymuje się wymaganym doświadczeniem winien on wykazać, że w okresie jednego roku (bez przerwy, w sposób ciągły) w ramach jednej umowy lub kilku umów łącznie zrealizował konserwację 10 000 sztuk opraw.

Warunek ten spełniają wykonane przez Przystępującego i wykazane:

- w JEDZ załączonym do oferty oraz uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego wraz z pismem z dnia 7 sierpnia 2017 roku: zamówienie obejmujące „Konserwację oświetlenia ulicznego na terenie miasta Kielc (15 646 punktów świetlnych” realizowane od 1.05.2012 r. do 30.04.2015r.) wykonane na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg w Kielcach, (15646 punktów świetlnych) (dalej: „usługa z Kielc”) a także:
- w JEDZ uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego wraz z pismem z dnia 7 sierpnia 2017 roku: zamówienie obejmujące „Konserwację oświetlenia ulicznego Gminy Miasta Tychy” realizowane od 1.01.2015 do 31.12.2015 r. na rzecz Urząd Miasta Tychy (9271 punktów świetlnych) (dalej: „usługa z Tychów”) łącznie z zamówieniem obejmującym „Konserwację urządzeń oświetlenia ulic w celu utrzymania ich w należytym stanie technicznym” wykonane w okresie 1.01.2015 r. do 31.12.2015 r. na rzecz Gminy Miasto Stargard (2390 punktów świetlnych) (dalej: „usługa ze Stargardu”).

Usługa z Kielc. W odniesieniu do usługi z Kielc Zamawiający pismem z dnia 31 lipca 2017 roku zakwestionował doświadczenie stwierdzając, iż umowa nie była w całości zrealizowana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Ze stanowiskiem tym Przystępujący PKP Energetyka S.A. nie zgodził się, przedstawiając w odpowiedzi na wezwanie szeroką argumentację wskazującą na błędną interpretację przez Zamawiającego warunku udziału w Postępowaniu. W żaden sposób nie można zgodzić się z Odwołującym, jakoby okoliczność, że Przystępujący nie skorzystał ze środków ochrony prawnej i nie wniósł odwołania wobec bezzasadnego - w jego opinii — wezwania do uzupełnienia skutkować musiało uznaniem, że usługa z Kielc nie potwierdza spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu. Stanowisko to jest wbrew logice postępowania o zamówienie publiczne i orzecznictwu. Wniesienie odwołania na czynność wezwania do uzupełnienia dokumentu byłoby przedwcześnie - na etapie badania ofert przez Zamawiającego, jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej, Przystępujący PKP Energetyka S.A. nie mógł znać ostatecznego stanowiska Zamawiającego odnośnie oceny spełniania warunku. Zarzuty wniesione przedwcześnie Izba traktuje jako zarzuty wniesione z uchybieniem terminu, i ich nie rozpatruje, stosując odpowiednio art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy

Pzp. Przystępujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej przedstawione w sprawie o sygn. akt KIO 2790/10 oraz KIO 780/16.

Mając na uwadze powyższe Przystępujący wskazał, iż już sama usługa z Kielc potwierdza, iż Przystępujący spełnia warunek udziału w Postępowaniu z pkt 7.2.1.1. IDW. Stanowisko powyższe opiera się na fakcie, że z brzmienia warunku nie wynika, jakoby pełne 12 miesięcy świadczenia usługi miało mieć miejsce w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert - z warunku wynika jedynie, że usługa miała być wykonana, a więc zakończona nie wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert („w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (...) wykonał (...) konserwację oświetlania ulicznego, w trakcie której przez okres co najmniej 12 miesięcy łącznie (...)). Nie znajduje poparcia w przepisach prawa, ani w jasnych i nie budzących wątpliwości postanowieniach SIWZ stanowisko, jakoby do uznania, że konserwacja spełnia wymagania określone w SIWZ konieczne jest, aby cały okres jej świadczenia mieścił się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

Jak wskazał już Przystępujący w piśmie do Zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2017 roku dla możliwości zaliczenia usługi do doświadczenia mającego znaczenie w procesie oceny spełniania warunku istotny jest tylko i wyłącznie moment zakończenia świadczenia danej usługi, co potwierdza jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Powołał się na orzecznictwo Izby w sprawach o sygn. akt: KIO 1725/11, KIO 2563/11, KIO 2280/10, KIO 2325/13 oraz KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16.

Dodatkowo Przystępujący stwierdził, że utrwalone jest orzecznictwo, iż niejasne, niejednoznaczne czy pozwalające na różną wykładnię postanowienia SIWZ muszą być interpretowane na korzyść wykonawców (np. wyrok KIO 218/12).

Usługa z Tychów. Z daleko idącej ostrożności Przystępujący wskazał, iż także usługa z Tychów wraz z usługą ze Stargardu (łącznie) wykazane w uzupełnionym JEDZ potwierdzają posiadanie przez Przystępującego wymaganego doświadczenia. Odwołujący kwestionuje jedynie możliwość powołania się przez Przystępującego PKP Energetyka na doświadczenie uzyskane w realizacji usługi z Tychów, dlatego Przystępujący odniósł się jedynie do tej usługi.

Przystępujący potwierdził, że usługa z Tychów, której przedmiotem była „odpłatna konserwacja, oświetlenia ulicznego stanowiąca majątek gminy Tychy w roku 2015” była realizowana przez Przystępującego PKP Energetyka w ramach konsorcjum z P.U.H. ELMAX, a także zgodził się ze stanowiskiem wynikającym z orzeczenia TSUE w sprawie o sygn. C-387/14, zgodnie z którym wykonawca nabywa doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji zamówienia.

W ocenie Przystępującego zarówno fakt realizacji usługi z Tychów w konsorcjum jak i fakt bezpośredniego udziału Przystępującego PKP Energetyka w realizacji prac związanych z konserwacją punktów świetlnych wynika z dokumentów przedstawionych Zamawiającemu w Postępowaniu, tj. z dokumentu wystawionego przez Urząd Miasta Tychy z dnia 25 stycznia 2016 roku pn. „Referencje”, przedstawionego Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 17 sierpnia 2017 roku. Powyższy dokument wskazuje wprost na realizację usługi z Tychów w konsorcjum jak i na fakt udziału Przystępującego PKP Energetyka w realizacji prac związanych z konserwacją punktów świetlnych, na co wskazuje fragment: *PKP Energetyka S.A Zakład Górnośląski (Lider Konsorcjum) prace wykonywał terminowo, zgodnie z umową oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i sztuką budowlaną. Firma PKP Energetyka S.A Zakład Górnośląski jest dyspozycyjna przez 24 godziny na dobę oraz wykorzystuje posiadane uprawnienia do prac w pobliżu sieci energetycznych i pod napięciem.*

Dokument ten wyraźnie wskazuje na wykonywanie przez członka Konsorcjum PKP Energetyka prac technicznych, wykorzystywanie uprawnień do prac w pobliżu sieci i pod napięciem, dyspozycyjność do wykonywania prac przez całą dobę, a więc „faktyczny i konkretny” udział w konserwacji punktów świetlnych w ramach usługi z Tychów. Tym samym w ocenie Przystępującego przedstawiona w uzupełnionym JEDZ usługa z Tychów (obejmująca 9271 punktów świetlnych) łącznie z usługą ze Stargardu (2390 punktów świetlnych) była wystarczająca dla wykazania spełnienia sformułowanego w SIWZ warunku doświadczenia (co jednak byłoby konieczne jedynie przypadku uznania usługi z Kielc za nie spełniającą wymagań Zamawiającego).

Zarzut nr 2:

W tym zakresie Przystępujący wskazał na wstępie, że przedstawiony przez Odwołującego zarzut oraz żądanie wskazują jednoznacznie, iż Odwołujący kwestionuje fakt zaniechania przez Zamawiającego zażądania od Przystępującego wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie stawia zaś zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), gdyż taki zarzut, w świetle art. 90 ust. 3 ustawy Pzp byłby przedwczesny. Oznacza to, że nie aktywuje się po stronie Przystępującego obowiązek wykazania, iż jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (art. 190 ust. 1a ustawy Pzp) a jedynie może on popierać argumentację Zamawiającego wskazującą na brak obowiązku wezwania do wyjaśnień dotyczących ceny.

Przystępujący stwierdził, iż nie jest mu znana wartość szacunkowa części II zamówienia, jednakże na podstawie informacji z otwarcia ofert wiadome jest, że Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie tej części 5.232.297,00 zł brutto. Ponadto Przystępujący wskazał, że wszystkie 3 oferty złożone w części II są niższe o więcej niż 30% od kwoty jaką Zamawiający

przeznaczył na realizację zadania II. Już powyższa okoliczność prowadzi do wniosku, że wartość szacunkowa zamówienia nie odzwierciedla rynkowej ceny napraw przez 35 miesięcy 12150 punktów oświetleniowych w mieście Warszawa. Na pierwszy rzut oka widoczne jest bowiem, że ceny rynkowe przedstawiają się na znacznie niższym a jednocześnie wyrównanym poziomie. Już z tego powodu Zamawiający mógł zrezygnować z żądania udzielenia wyjaśnień ceny uznając, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych tj. oszacowania wartości zamówienia na zbyt wysokim poziomie.

Przystępujący zwrócił również uwagę Izby na fakt, że w okolicznościach faktycznych niniejszego Postępowania porównywanie obliczonych w ww. sposób „cen całkowitych” do wartości szacunkowej zamówienia (kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zadania) jest bezprzedmiotowe. Wynika to z faktu, że obliczone jako iloczyn cen jednostkowych, ilości oprav oraz miesięcy „ceny całkowite” nie obejmują kosztów napraw awaryjnych i eksploatacyjnych urządzeń, gdyż te koszty nie były ujmowane w ofertach. Zgodnie bowiem z załączonym do SIWZ wzorem umowy poza wynagrodzeniem opartym o zaoferowaną cenę jednostkową za miesięczną konserwację jednej oprawy oświetleniowej wykonawca może otrzymać zwrot kosztów za tzw. naprawy awaryjne i eksploatacyjne. Powyższe wynika z § 9 wzoru umowy. Uregulowany w treści tego postanowienia umowy zwrot kosztów napraw awaryjnych i eksploatacyjnych nie jest uwzględniany w oferowanych cenach jednostkowych jednak — jak zakłada Przystępujący — został uwzględniony w wartości szacunkowej zamówienia / kwocie jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Przystępującego najlepszym źródłem wiedzy o rynkowej cenie przedmiotu zamówienia/kosście miesięcznej konserwacji jednej oprawy oświetleniowej w mieście stołecznym Warszawa są ceny rynkowe, a zwłaszcza ceny ofert konkurencyjnych. Średnia arytmetyczna całkowitej wartości wszystkich złożonych ofert wynosi zatem 2.983.837,50 zł brutto $[(2.415.420,00 \text{ zł} + 3.134.092,50 \text{ zł} + 3.402.000,00 \text{ zł})/3]$. Wartość oferty Przystępującego PKP Energetyka wynosi zatem 80,95% średniej arytmetycznej ofert, a więc nie odbiega ona o 30% od tej średniej. Powyższe odchylenie jest typowym, nie budzącym wątpliwości odchyleniem rynkowym.

Należy także zwrócić uwagę, że zaoferowana przez PKP Energetyka cena za miesięczną konserwację jednej oprawy oświetleniowej nie jest ceną najniższą, w odniesieniu do cen zaoferowanych w Postępowaniu w ramach innych części Zamówienia (dowód: Informacja z otwarcia ofert w Postępowaniu z dnia 19.07.2017 roku — w dokumentacji Postępowania), gdyż:

- w Części IV (Ursynów) najniższa zaoferowana cena wynosi 4 66 zł.

- w Części III (Mokotów) najniższa zaoferowana cena wynosi 4,49 zł, kolejna oferta opiewa na 6,00 zł, sam Odwołujący zaoferował tu cenę 6,88 zł
- w Części I (Rembertów) najniższa zaoferowana cena wynosi 5,69 zł,

O rynkowości ceny Przystępującego świadczy również Informacja z otwarcia ofert z postępowania prowadzonego przez Zamawiającego w roku ubiegłym (dowód: Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu DPZ/85/PN/73/16 z dnia 25.10.2016 roku — w załączeniu), gdzie:

- w Części II (Targówek) najniższa zaoferowana cena wynosiła 4,29 zł,
- w Części III (Białołęka) najniższa cena (ujęta w dwóch ofertach) wynosiła 4,29 zł,
- w Części IV (Praga Południe) najniższa cena wynosiła 4,19 zł, kolejna 4,92 zł, kolejna 4,98 zł,
- w Części V (Wawer) najniższa cena wynosiła 4,19 zł, kolejna 4,96 zł, kolejna 5,18 zł,
- w Części VIII (Śródmieście) najniższa cena wynosiła 4,17 zł, kolejna 4,99 zł,
- w Części IX (Mokotów) najniższa cena wynosiła 4,17 zł, kolejna 4,19 zł, kolejna 4,99 zł,
- w Części XI (Ursynów) najniższa cena wynosiła 4,17 zł, kolejna 5,03 zł,
- w Części XII (Ochota) najniższa cena wynosiła 5,03 zł,
- w Części XIII (Włochy) najniższa cena wynosiła 4,60 zł, kolejna 5,03 zł,
- w Części XIV (Ursus) najniższa cena wynosiła 5,50 zł

Co warto podkreślić, członek konsorcjum Odwołującego tj. KAR GOS Robert Gos złożył w ww. postępowaniu ofertę dotyczącą świadczenia usług w rejonie Śródmieście oraz w rejonie Mokotów z cenami jednostkowymi 4,99 zł (niższymi o blisko 14% od ceny Przystępującego w obecnym Postępowaniu). Wówczas cena zaoferowana przez Odwołującego stanowiła niespełna 41% kwoty 7 175 721,60 zł przewidzianej przez Zamawiającego na sfinansowanie realizacji zadania w części dotyczącej Śródmieścia. Zamawiający wówczas przewidywał 48 miesięczny okres realizacji przedmiotu umowy. W przeliczeniu na miesiąc dla części VIII (Śródmieście) Zamawiający przewidział kwotę 149 494,20 zł brutto. Identyczną kwotę w odniesieniu do miesiąca Zamawiający przewidział i w obecnym Postępowaniu dla Śródmieścia - 149 494,20 zł x 35 m-cy 5 232 297,00 zł.

W odniesieniu do kosztów pracowniczych Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wymagał w Postępowaniu wykazania przez wykonawców legitymowaniem się kierownikiem budowy, brygadzystą oraz 8 osobami na stanowisku elektromontera (z czym Przystępujący nie polemizuje) oraz wyliczył koszty wynagrodzeń uwzględniając comiesięczną, pełnoetatową pracę 10 osób. Odwołujący całkowicie pominął w odniesieniu do osoby kierownika budowy, iż będzie on wykorzystywany jedynie przy wymianach słupów, w ilości 50 rocznie. Jedynie te roboty stanowią robotę budowlaną w rozumieniu ustawy prawo budowlane, do prowadzenia

których wymagane jest zaangażowanie kierownika budowy. Wykonawca dysponuje osobami zatrudnionymi na stanowisku kierownika budowy, które uczestniczą w realizacji innych prac realizowanych przez PKP Energetyka, stąd też nie jest konieczne kalkulowanie w cenie oferty całego etatu osoby dedykowanej na stanowisko kierownika budowy. Biorąc pod uwagę pracowitość przy wymianie słupa wynoszącą około 22 r-h (wymiana słupa wraz z osprzętem typu wysięgnik, oprawa, przewodowanie - wg poz. KNNR-W9 1001-05, KNNR-W9 1002-01, KNNR-W9 1005-01, KNNR-5 1003-04) dla 50 wymian słupów wynosi ona 1100 r-h, jeżeli przy wymianie zatrudnione będą 2 osoby, to czas niezbędny na wykonanie tych wymian wyniesie około 550 godzin tj. mniej niż 4 miesiące rocznie.

Analogiczny błąd towarzyszy argumentacji Odwołującego w zakresie kosztów pracy sprzętu. Jak wskazuje Odwołujący, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymaga posiadania podnośnika koszowego, dźwigu lub samochodu typu HDS oraz samochodu pogotowia. Powołując się na stawki pracy przedmiotowego sprzętu określone w Sekocenbud tj. dla podnośnika koszowego - 75 zł netto/ 1 h, dla dźwigu - 55 zł netto/ 1h oraz dla samochodu pogotowia - 45 zł netto/1h Odwołujący wskazał, że koszty jednego miesiąca pracy sprzętu wynoszą ok. 44 000 zł netto (54 120 zł brutto). Przystępujący zaznaczył, że Odwołujący nie wskazał liczby godzin pracy sprzętu danego rodzaju, jaką założył w ww. kalkulacji, stąd nie wiadomo, jak wyliczył on ww. kwoty. Już tylko przyjmując, że stawka każdego z rodzaju sprzętu wynosi 75 zł/h, oznaczać będzie, że każdy z tych sprzętów musiałby wedle założeń Odwołującego pracować średnio 196 godzin miesięcznie (44 000 zł / 75 zł 586 godzin miesięcznie). Tymczasem w ocenie Przystępującego dźwig lub samochód typu HDS będzie niezbędny jedynie do wymiany słupów. Jak wskazano już przy wyjaśnianiu kosztów pracowniczych, czas niezbędny na wykonanie wymian 50 słupów wyniesie około 550 godzin rocznie. Nadto nie może umknąć uwadze okoliczność, że wydawnictwo Sekocenbud uwzględnia ceny najmu sprzętu, tymczasem Przystępujący dysponuje na własność pojazdami wymaganymi przez Zamawiającego i może wykorzystywać sprzęt także przy innych zadaniach. Powyższe okoliczności dowodzą, że wyliczenia ujęte w Odwołaniu są — z punktu widzenia przedsiębiorstwa Przystępującego - znacznie zawyżone.

Dodatkowo należy wskazać, iż różnica w cenie Odwołującego oraz Przystępującego wynika także z faktu, iż w ramach kryterium opisanego w pkt 16.2.3. SIWZ „deklarowana przez Wykonawcę liczba wyeksploatowanych zegarów astronomicznych sterujących oświetleniem ulicznym typu CPA 20, SOUL 3,1, lub starszych, które wymieni w każdym roku obowiązywania umowy w ramach oferowanej stawki za konserwację 1 oprawy oświetleniowej” Przystępujący zaoferował 9 sztuk wymian, zaś Odwołujący 10 sztuk, co bezpośrednio wpływa na wyższe koszty wykonania zamówienia przez Odwołującego.

Na posiedzeniu, oprócz ww. pisma procesowego, Przystępujący złożył także jako dowód w sprawie oświadczenie P.H.U. ELMAX.

Na rozprawie Przystępujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie. Dodatkowo jako dowód w sprawie złożył kopię umowy z konsorcjum z dnia 31 grudnia 2014 r. dotyczącej realizacji umowy w Tychach. Odnośnie dokumentów dotyczących realizacji tej usługi pozyskanych przez Zamawiającego już po wniesieniu odwołania wskazał na brzmienie § 11 ww. umowy, z którego wynikało, że pracownik konsorcjanta był wskazany jako osoba do kontaktu. W związku z tym to on podpisywał protokoły odbioru jak i zgłoszenia usterek, co jednak nie oznacza, iż przedmiotowa usługa nie była wykonywana wspólnie przez obydwu konsorcjantów. Okoliczność, iż Przystępujący uczestniczył w realizacji tej usługi wynika już z treści samych referencji. Ponadto, w ocenie Przystępującego kwestię tą jednoznacznie przesądza treść oświadczenia złożonego na posiedzeniu.

KIO 2112/17 oraz KIO 2113/17

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji Postępowania oraz z dokumentów złożonych do akt sprawy przez strony i uczestników postępowania (jako załączniki do pism procesowych oraz oddzielnie w toku postępowania, jak i rozprawy).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

KIO 2112/17 oraz KIO 2113/17

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Izba stwierdziła, że Odwołujący są legitymowani, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazali spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba ustaliła, iż przedstawiony przez strony i uczestników postępowania stan faktyczny sprawy, nie jest pomiędzy nimi sporny, jak i jest zgodny z dokumentacją Postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie prowadzone przez Zamawiającego zostało podzielone na cztery części. Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2112/17 zostało wniesione w zakresie części 3 („Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie Dzielnicy Mokotów – Rejon XII”), natomiast odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2113/17 zostało wniesione w zakresie części 2 („Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie Dzielnicy Śródmieście – Rejon XI”).

Zgodnie z treścią wniosku o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 16 maja 2017 r. Zamawiający ustalił następującą wartość zamówienia:

- część 2: 2.017.564,00 zł netto;
- część 3: 1.876.298,00 zł netto,

oraz przeznaczył (na dzień składania wniosku) następujące kwoty na sfinansowanie zamówienia:

- część 2: 5.232.297,00 zł brutto;
- część 3: 4.865.941,50 zł brutto.

W pkt 7.2.1.1 SIWZ Zamawiający przewidział następujący warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do Części 2 lub 3:

„w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) wykonuje konserwację oświetlenia ulicznego, w trakcie której przez okres co najmniej 12 miesięcy łącznie (tzn. bez przerwy w sposób ciągły), wykonał konserwację następującej liczby oprav:

b) co najmniej 10 000 szt. w przypadku składania oferty Część II lub Część III”.

Zgodnie z pkt 8a SIWZ Postępowanie prowadzone jest przy zastosowaniu tzw. procedury odwróconej (art. 24aa ustawy Pzp).

Zgodnie z pkt 12.1 SIWZ „W ofercie Wykonawca podaje miesięczną cenę konserwacji 1 oprawy oświetleniowej (netto, VAT, brutto) dla wybranej części. Podana cena winna zawierać całkowity koszt miesięcznej konserwacji 1 oprawy oświetleniowej, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu prac. Wszystkie ceny winny być określone do dwóch miejsc po przecinku. Zgodnie z pkt 12.4 SIWZ „Cena oferty musi obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu prac.”

Zgodnie z pkt 16 SIWZ Zamawiający przewidział następujące kryteria oceny oferty:

- 1) miesięczna cena brutto za konserwację 1 oprawy oświetleniowej: 60% [kryterium 1];
- 2) deklarowana przez Wykonawcę liczba wyeksploatowanych słupów betonowych lub stalowych, które wymieni w każdym roku obowiązywania umowy w ramach oferowanej stawki za konserwację 1 oprawy oświetleniowej : 30% [kryterium 2];
- 3) deklarowana przez Wykonawcę liczba wyeksploatowanych zegarów astronomicznych sterujących oświetleniem ulicznym typu CPA 2.0, SOUL 3,1, lub starszych, które wymieni w każdym roku obowiązywania umowy w ramach oferowanej stawki za konserwację 1 oprawy oświetleniowej: 10% [kryterium 3].

Oferta spełniająca w najwyższym stopniu wymagania kryterium otrzyma najwyższą ilość punktów. Pozostałym Wykonawcom przypisana zostanie odpowiednio mniejsza ilość punktów.

16.2. Ocena ofert w zakresie przedstawionego kryterium zostanie dokonana według następujących zasad:

16.2.1. W zakresie kryterium „miesięczna cena brutto za konserwację 1 oprawy oświetleniowej” oferta może uzyskać max 60 punktów.

Ocena punktowa dokonana zostanie zgodnie z formułą:

$$W_c = \frac{\text{Cena minimalna}}{\text{Cena ofertowa}} \times 60 \text{ pkt}$$

gdzie:

C_{min.} = cena ofertowa brutto oferty najtańszej

C_{ofertowa} = cena ofertowa brutto oferty ocenianej

16.2.2. W zakresie kryterium „deklarowana przez Wykonawcę liczba wyeksploatowanych słupów betonowych lub stalowych, które wymieni w każdym roku obowiązywania umowy w ramach oferowanej stawki za konserwację 1 oprawy oświetleniowej” oferta może uzyskać max 30 punktów.

Ocena punktowa dokonana zostanie zgodnie z formułą:

$$W_s = \frac{\text{Zadeklarowana liczba słupów do wymiany rocznie}}{\text{Maksymalna liczba słupów do wymiany rocznie w danym obszarze}} \times 30 \text{ pkt}$$

Uwaga: W przypadku, gdy Wykonawca zadeklaruje wymianę większej liczby słupów rocznie, niż maksymalna liczba określona przez Zamawiającego, Wykonawca otrzymuje 30 pkt.

W przypadku nie wypełnienia lub wypełnienia pkt 5.1. Formularza oferty niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, Zamawiający przyzna Wykonawcy 0 pkt w przedmiotowym kryterium.

Maksymalna liczba słupów do wymiany rocznie:

1. Rembertów – 10 szt.
2. Ursynów – 50 szt.
3. Mokotów – 55 szt.
4. Śródmieście – 50 szt.

16.2.3. W zakresie kryterium „deklarowana przez Wykonawcę liczba wyeksploatowanych zegarów astronomicznych sterujących oświetleniem ulicznym typu CPA 2.0, SOUL 3,1, lub starszych, które wymieni w każdym roku obowiązywania umowy w ramach oferowanej stawki za konserwację 1 oprawy oświetleniowej” oferta może uzyskać max 10 punktów.

Ocena punktowa dokonana zostanie zgodnie z poniższym:

wymiana 10 szt. i więcej – 10 pkt; wymiana 9 szt. – 9 pkt; wymiana 8 szt. – 8 pkt; wymiana 7 szt. – 7 pkt; wymiana 6 szt. – 6 pkt; wymiana 5 szt. – 5 pkt; wymiana 4 szt. – 4 pkt; wymiana 3 szt. – 3 pkt; wymiana 2 szt. – 2 pkt; wymiana 1 szt. – 1 pkt; wymiana 0 szt. – 0 pkt.

Zgodnie z § 9 wzoru umowy:

1. *Przy zachowaniu warunków i procedur opisanych poniżej, Zamawiający dopuszcza możliwość zwrotu kosztów (materiały, sprzęt, robocizna) poniesionych przez Wykonawcę do naprawy awaryjnej urządzeń w przypadku:*

- a) zniszczenia w wyniku kolizji drogowych, aktów wandalizmu, dewastacji, kradzieży,*
- b) wyeksploatowania słupów betonowych - znaczne ubytki betonu, odsłaniające zbrojenie,*
- c) naprawy uszkodzonych kabli w wyniku ich wyeksploatowania.*

2. *W razie zaistnienia pilnej potrzeby, Wykonawca w ramach podpisanej umowy będzie realizował inne roboty eksploatacyjne, wykraczające poza zakres obowiązków, o których mowa w Załączniku nr 1 do niniejszej umowy, a konieczne do wykonania z uwagi na zapewnienie bezpieczeństwa użytkowników dróg.*

3. *Zamawiający będzie zwracał koszty lokalizacji uszkodzeń kablowych, wykonanych przy pomocy wozu pomiarowego na podstawie kopii faktur dołączonych do kosztorysów powykonawczych o których mowa w ust. 5.*

4. *Podstawą do wystawienia faktury VAT za wykonanie naprawy awaryjnej lub eksploatacyjnej o których mowa w ust. 1 i ust.2, będzie:*

a) w przypadku kolizji, dewastacji, wandalizmu, wyeksploatowania – zgłoszenie do Pogotowia Drogowego Zamawiającego i Policji, jeżeli wymagają tego okoliczności sprawy,

b) w przypadku kradzieży – zgłoszenie do Pogotowia Drogowego Zamawiającego i Policji.

c) w przypadku roboty eksploatacyjnej, pisemne polecenie Zamawiającego.

5. Każdorazowo do faktury VAT winien być załączony podpisany przez przedstawiciela Zamawiającego protokół konieczności wykonania robót awaryjnych bądź eksploatacyjnych z podaniem rodzaju robót, z załączoną dokumentacją fotograficzną jednoznacznie określającą miejsce i zakres zdarzenia oraz protokół odbioru z załączoną dokumentacją fotograficzną z datą naniesioną bezpośrednio na fotografii potwierdzającą usunięcie awarii lub wykonanie roboty eksploatacyjnej, protokół pomiarów elektrycznych po usunięciu awarii oraz kosztorys, sporządzony na podstawie KNR, KNNR:

a) za materiały i sprzęt według średnich stawek netto SEKOCENBUD obowiązujących w danym okresie

b) za roboczogodzinę kosztorysową według średnich stawek netto SEKOCENBUD obowiązujących dla stolicy województwa mazowieckiego w danym okresie

Materiały, sprzęt i robocizna liczone bez wskaźników narzutów. Kosztorys załączony do faktury VAT powinien być uprzednio zatwierdzony przez Zamawiającego, w innym przypadku faktura VAT zostanie odesłana do Wykonawcy bez zapłaty. W przypadku naprawy kabli oświetleniowych konieczny jest protokół ze stanu izolacji. Protokoły konieczności muszą być dostarczane w ciągu 2 dni roboczych od wystąpienia awarii lub innego zdarzenia a protokoły odbioru mają być dostarczane przedstawicielowi Zamawiającego w ciągu 7 dni roboczych po usunięciu awarii.

6. W przypadku gdy użyte materiały nie będą znajdowały się w cenniku SEKOCENBUD podstawą do sporządzenia kosztorysu będzie faktura VAT wystawiona przez producenta/dostawcę, opiewająca na kwoty nieodbiegające jednak od cen rynkowych danych materiałów/urządzeń. Zamawiający może skorygować kosztorys załączony do protokołu konieczności poprzez zastosowanie do ustalenia zwrotu kosztów Wykonawcy ustaloną przez Zamawiającego cenę rynkową danego materiału lub urządzenia.

7. W przypadku lokalizacji uszkodzeń kablowych, podstawą do zwrotu kosztów będzie faktura VAT wystawiona przez jednostkę wykonującą lokalizację. Zamawiający może skorygować kosztorys załączony do protokołu konieczności poprzez zastosowanie do ustalenia zwrotu kosztów Wykonawcy ustaloną przez Zamawiającego cenę rynkową danego materiału lub urządzenia.

Z Informacji z otwarcia ofert z dnia 19 lipca 2017 r. wynika, iż:

w ramach części 2 oferty złożyli:

- Przystępujący PKP Energetyka [kryterium 1: 5,68 zł; kryterium 2: 50 sztuk; kryterium 3: 9 sztuk];
- Odwołujący w sprawie KIO 2113/17 [kryterium 1: 7,37 zł; kryterium 2: 50 sztuk; kryterium 3: 10 sztuk];
- JIMMY J. Cichocki, J. Zandberg Sp. j. [kryterium 1: 8,00 zł; kryterium 2: 50 sztuk; kryterium 3: 10 sztuk].

w ramach części 3 oferty złożyli:

- Odwołujący w sprawie KIO 2112/17 [kryterium 1: 6,88 zł; kryterium 2: 55 sztuk; kryterium 3: 10 sztuk];
- Firma „BUDWEX” Mieczysław Wasilewski [kryterium 1: 6,00 zł; kryterium 2: 55 sztuk; kryterium 3: 10 sztuk];
- Swarco Traffic Polska Sp. z o.o. [kryterium 1: 13,52 zł; kryterium 2: 55 sztuk; kryterium 3: 10 sztuk];
- Przystępujący Reklamex Sp. z o.o. [kryterium 1: 4,49 zł; kryterium 2: 55 sztuk; kryterium 3: 10 sztuk i powyżej].

Przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwoty, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości:

Część 2: 5.232.297,00 zł brutto;

Część 3: 4.865.941,50 zł brutto.

KIO 2112/17

Pismem z dnia 31 lipca 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego Reklamex do udzielenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia i złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący Reklamex udzielił za pismem z dnia 8 sierpnia 2017 r. Do wyjaśnień zostało załączone wyliczenie kosztów oraz dowody: kopie faktur za zakup materiałów, kopia zezwolenia na transport odpadów, kopia zezwolenia na zbieranie odpadów oraz kopia bilansu zysków i strat. Wyliczenie kosztów oraz kopie faktur za zakup materiałów zostały zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zastrzegając ww. dokumenty jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępujący Reklamex wskazał, co następuje:

„Wyliczenie kosztów i faktury stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na:

- istotną wartość gospodarczą takich informacji (ich ujawnienie podmiotom konkurencyjnym mogłoby wpłynąć niekorzystnie na konkurencyjność naszej działalności, z uwagi na możliwość wykorzystania tych informacji w procesie ofertowania),*
- nieujawnienie informacji do wiadomości publicznej (informacja ta nie była i nie będzie udostępniana publicznie),*
- podjęte działania w celu zachowania poufności informacji o kosztach (informacja jest dostępna tylko kilku osobom w spółce, które są umownie zobowiązane do zachowania poufności, informacja ta w razie konieczności jej przekazania podmiotom trzecim zawsze zastrzegana jest jako poufna).”*

Wszystkie usługi wskazane przez Przystępującego Reklamex w JEDZ zostały zrealizowane na rzecz Zamawiającego.

Wykonawca Budwex wskazał w JEDZ wykonanie następujących umów:

- na rzecz Gminy Leszno - w okresie 1.01.15 - 31.01.15 - 1890 szt. oprav;
- na rzecz Gminy Izabelin - w okresie 1.01.15 - 31.01.15 - 2017 szt. oprav;
- na rzecz Gminy Błonie - w okresie 18.08.14 - 18.08.17 - 3335 szt. oprav;
- na rzecz Gminy Stare Babice - w okresie 1.01.15 - 31.12.15 - 2791 szt. oprav

KIO 2113/17

Przystępujący PKP Energetyka na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazał w treści JEDZ: „*Konserwację oświetlenia ulicznego na terenie miasta Kielc (15 646 punktów świetlnych)*” realizowaną od 1.05.2012 r. do 30.04.2015 r.

W dniu 31 lipca 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego PKP Energetyka w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia JEDZ „w zakresie spełniania warunku zdolności technicznej i zawodowej”. Zamawiający w treści wezwania stwierdził, że zgodnie z SIWZ doświadczenie powinno obejmować okres pomiędzy 17.07.2014 r. a 17.07.2017 r., a z przedstawionych dokumentów wynika, że Przystępujący PKP Energetyka prowadził konserwację oświetlenia do 30.04.2015 r., co oznacza 9,5 miesięcy od dnia 17.07.2014 r.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący stwierdził, iż posługiwanie się doświadczeniem zdobytym w wyniku realizacji usług na rzecz Miasta Kielce jest prawidłowe, jednak z ostrożności uzupełnił wykaz z JEDZ, w którym wskazał następujące usługi:

- „Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie miasta Kielc” realizowana od 1.05.2012 r. do 30.04.2015 r. wykonana na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg w Kielcach [15646 punktów świetlnych],
- „Konserwacja sieci oświetlenia ulicznego Gminy Miasta Tychy” realizowana od 1.01.2015 r. do 31.12.2015 r. na rzecz Urzędu Miasta Tychy [9271 szt. punktów świetlnych],
- „Konserwacja urządzeń oświetlenia ulic w celu utrzymania ich w należyтым stanie technicznym” wykonana w okresie 1.01.2015 r. - 31.12.2015 r. na rzecz Gminy Miasto Stargard [2390 szt. punktów świetlnych],
- „Konserwacja sieci oświetlenia ulicznego w Tychach” realizowana na od 1.01.2014 r. do 31.12.2014 r. na rzecz Urzędu Miasta Tychy [8342 szt. punktów świetlnych].

Izba zważyła, co następuje:

KIO 2112/17

Odwołanie nie podlega uwzględnieniu, pomimo potwierdzenia się zarzutu nr 1 oraz zarzutu nr 7 w zakresie odnoszącym się do okoliczności wskazanych w ramach zarzutu nr 1.

Zarzut nr 1:

Przede wszystkim należy wskazać, że jawność postępowania jest jedną z podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Wyjątek od tej zasady został przewidziany między innymi w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W myśl tej regulacji nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Z powyższych regulacji wynika, iż po pierwsze, zasadą jest jawność, a nieujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie wyjątkiem. W związku z tym, pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle.

Po drugie, skuteczne zobowiązanie zamawiającego do nie ujawniania danych informacji wymaga nie tylko zastrzeżenia, że nie mogą być one udostępniane, ale także jednoczesnego wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykazanie to nie może zostać dokonane w terminie późniejszym niż samo zastrzeżenie.

Po trzecie, aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.) tj. powinien wykazać, że:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Brak wykazania którejkolwiek z ww. przesłanek wyklucza możliwość uznania, iż dane informacje zostały skutecznie zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pojęcie „wykazanie”, którym posłużył się ustawodawca w ww. przepisie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, należy interpretować mając na uwadze konkretne okoliczności dotyczące zastrzeganych informacji. W niektórych przypadkach do wykazania konieczne będzie przedstawienie dowodów, choćby tylko w pewnym zakresie, a w innych wystarczające będzie poprzestanie na wyjaśnieniach, z tym że stopień szczegółowości wymaganych wyjaśnień też może być różny.

Wykazanie przesłanki nr 2 na ogół nie będzie możliwe, dlatego o fakcie jej spełnienia będzie na ogół świadczyć brak dowodów przeciwnych. W związku z tym obowiązkiem wykazania, o którym stanowi regulacja art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, będą objęte przede wszystkim dwie pozostałe przesłanki. W przypadku przesłanki nr 1 zakres wykazania jej spełnienia, w tym ewentualnego przedstawienia dowodów, będzie zależeć od charakteru tych informacji. Jeżeli oczywistym jest, że dane informacje posiadają wartość gospodarczą z uwagi na ich charakter, za wystarczające należy uznać powołanie się na ten charakter w treści wyjaśnień wykonawcy. W innych przypadkach, kiedy charakter zastrzeganych wiadomości nie jest oczywisty, wykonawca będzie zobowiązany do przedstawienia bardziej szczegółowych wyjaśnień, w tym także, w zależności od konkretnych okoliczności, do przedstawienia dowodów.

Obowiązkiem wykazania objęta jest również przesłanka nr 3, co na ogół powinno polegać na przedstawieniu dowodów. Jeżeli bowiem wykonawca faktycznie podjął niezbędne działania w celu zachowania danych informacji w poufności, to z udowodnieniem lub co najmniej uprawdopodobnieniem tej okoliczności nie powinien mieć większych problemów.

W niniejszej sprawie Przystępujący Reklamex dokonując zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zasadzie ograniczył się do przywołania treści przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W odniesieniu do przesłanki nr 3 wskazał: „*Wyliczenie kosztów i faktury stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na podjęte działania w celu zachowania poufności informacji o kosztach (informacja jest dostępna tylko kilku osobom w spółce, które są umownie zobowiązane do zachowania poufności, informacja ta w razie konieczności jej przekazania podmiotom trzecim zawsze zastrzegana jest jako poufna).*” Natomiast w trakcie rozprawy, na pytanie Izby dotyczące sposobu wypełnienia tej przesłanki, oświadczył, iż zobowiązanie pracownika Przystępującego będącego kosztorysantem do zachowania poufności informacji nastąpiło na podstawie umowy o pracę. Żadne dowody na poparcie tego oświadczenia nie zostały jednak dołączone do treści wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący nie złożył również dowodów na potwierdzenie ww. oświadczenia, iż: „*informacja ta w razie konieczności jej przekazania podmiotom trzecim zawsze zastrzegana jest jako poufna.*”

Należy przy tym częściowo zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż sposób prowadzenia polityki poufności jest różny w przypadku małych, rodzinnych firm, a inny w przypadku dużych przedsiębiorstw. Niemniej jednak nie oznacza to, iż małe przedsiębiorstwa są zwolnione z wykazywania poszczególnych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacz to tylko tyle, że nie można od nich wymagać np. przedkładania sformalizowanych polityk bezpieczeństwa informacji np. w postaci odpowiednich regulaminów.

Jeżeli jednak zobowiązanie do zachowania poufności następuje na podstawie umowy o pracę, to powinien być załączyć do wyjaśnień zanonimizowaną kopię takiej umowy. Jeżeli klauzula dotycząca zachowania informacji w poufności jest zawierana np. w treści wiadomości emaliowej, to powinien on złożyć wydruk takiej wiadomości. W ocenie Izby Przystępujący Reklamex dokonując zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie dochował w tym zakresie należytej staranności. Już zatem sama ta okoliczność świadczy o tym, iż informacje te takiego waloru dla tego wykonawcy nie posiadają. Jeżeli bowiem wykonawca składa ogólnikowe wyjaśnienia, ograniczające się prawie wyłącznie do treści przepisu, to oznacza to tym samym, iż wykonawca ten nie podjął w stosunku do tych informacji niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności.

Równie ogólnikowe są wyjaśnienia Przystępującego Reklamex w odniesieniu do przesłanki nr 1: „*Wyliczenie kosztów i faktury stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na istotną wartość gospodarczą takich informacji (ich ujawnienie podmiotom konkurencyjnym mogłoby wpłynąć niekorzystnie na konkurencyjność naszej działalności, z uwagi na możliwość wykorzystania tych informacji w procesie ofertowania).*” O ile za bardziej oczywiste można uznać posiadanie wartości gospodarczej przez informacje dotyczące kontrahentów handlowych czy uzyskiwanych upustów, to w przypadku zastrzeżenia wyliczenia ceny wykonawca powinien przedstawić Zamawiającemu odpowiednie wyjaśnienie, dlaczego dane

zawarte w takiej kalkulacji (i które) mają dla wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Izba w żadnym wypadku nie wyklucza tego, iż szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny może być uznany za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże do skutecznego zastrzeżenia takiej informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego konieczne jest zadośćuczynienie przez wykonawcę obowiązкови „wykazania”, o którym stanowi art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, uwzględniając konieczność dokonywania ścisłej interpretacji przepisów stanowiących wyjątek od zasady jawności, Izba uznała, iż Przystępujący Reklamex nie wykazał w wystarczający sposób, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zastrzeżenie ich w ramach złożonych wyjaśnień dotyczących ceny oferty, nie powinno było zostać uznane za skuteczne.

Zarzut nr 2 i 3:

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, jednakże w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pod tym pojęciem rozumie się 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 będącą ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą 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 uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających etc.

Z przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 – 2 wynika, iż odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego dotyczącego ceny oferty. Ponadto, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli stwierdzi że zawiera ona rażąco niską cenę albo jeżeli wykonawca nie sprostą obowiązкови wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym gdy w ogóle nie przedstawił wyjaśnień w tym zakresie. W związku z tym, rozpoznając zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, co do którego zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające na gruncie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Izba w szczególności dokonuje oceny czynności zamawiającego polegającej na ocenie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w zakresie ceny oferty.

W niniejszej sprawie Izba uznała, iż czynność ta została przeprowadzana w sposób należyty, a wyciągnięty przez Zamawiającego wniosek, iż cena oferty Przystępującego Reklamex nie jest ceną rażąco niską, należy uznać za zasadny. W związku z dokonany zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa (jak i oddaleniem odwołania w całości z powodów wskazanych

poniżej) uzasadnienie do zarzutu nr 2 i 3 zostanie przedstawione z uwzględnieniem tej okoliczności.

Mając na uwadze twierdzenia Odwołującego zawarte w uzasadnieniu postawionego zarzutu Izba wskazuje, iż Przystępujący Reklamex w ramach złożonych wyjaśnień uwzględnił wszystkie koszty wskazywane przez Odwołującego. Co więcej, kalkulacja kosztów Przystępującego przedstawia bardziej szczegółowe rozbięcie kosztów, niż to zostało przedstawione w treści odwołania. W kalkulacji zostały uwzględnione wszystkie niezbędne składniki kosztowe wymagane opisem przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z informacji i dowodów przedstawionych przez Zamawiającego wyliczenie kosztów sporządzone przez Przystępującego zostało zbadane i szczegółowo przeanalizowane przez wyspecjalizowaną komórkę Zamawiającego, tj. Wydział Kosztorysów Zarządu Dróg Miejskich. W wyniku dokonanej analizy nie stwierdzono, aby Przystępujący pominął określone pozycje kosztów dokonując kalkulacji ceny ofert.

Zamawiający dokonał również szczegółowego sprawdzenia poszczególnych pozycji wyliczenia ceny sprawdzając czy którakolwiek z tej pozycji nie została przez wykonawcę w sposób nieuzasadniony zaniżona. Zamawiający przedstawił oddzielnie uzasadnienie dokonanej oceny każdej z ww. pozycji cenowych, wskazując przy tym na jakich dowodach się oparł się lub jakie informacje uwzględnił przy dokonaniu tej oceny.

Dane zawarte w kalkulacji Przystępującego Reklamex zostały nadto poparte odpowiednimi dowodami w postaci faktur za zakup materiałów. Przedstawione przez Przystępującego dowody potwierdzają, iż wykonawca ten dla większości materiałów posiada znaczne upusty, które dają mu możliwość oferowania odpowiednio niższej ceny.

Należy również wskazać, iż niektóre pozycje cenowe zostały przez Przystępującego skalkulowane w wyższej wysokości niż została wskazana w treści odwołania.

Jedyna nieścisłość, jaka została zauważona przez Izbę dotyczy pozycji zegarów astronomicznych, jednakże wynika to raczej z nie do końca precyzyjnego sformułowania przez Zamawiającego kryterium oceny ofert w tym zakresie, a w konsekwencji okoliczność ta nie może mieć wpływu na dokonaną ocenę oferty Przystępującego.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl przepisu art. 190 ust. 1a 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 ocenie Izby całokształt informacji i dowodów przedstawionych przez Przystępującego Reklamex w ramach wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pozwala na przyjęcie, iż zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie tylko pokryje wszystkie koszty realizacji zamówienia, ale również zapewni mu osiągnięcie odpowiedniego zysku. Tym samym Przystępujący Reklamex sprostował obowiązkowi wykazania, iż cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską. Niewątpliwie cena ta winna być oceniana jako niska, jednakże nie w stopniu rażąco niskim co uzasadniałoby uznanie zarzutu nr 2 i 3 za uzasadniony.

Ponadto, Izba wskazuje, iż przywołane powyżej regulacje ustawy Pzp (art. 90 ust. 3 oraz art. 190 ust. 1a pkt 1) nie oznaczają, iż w ramach postępowania przed Izbą w odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na Odwołującym nie ciąży żadne obowiązki dowodowe, a wystarczające jest samo sformułowanie zarzutu.

Zgodnie bowiem z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Z przywołanego wcześniej przepisu art. 190 ust. 1a ustawy Pzp wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (wyrok z dnia 13 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 447/16). Przepis art. 190 ust. 1a ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania (zamawiającego) ciężar dowodowy (wyrok z dnia 29 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 198/16), podobnie w wyrokach: z dnia 15 kwietnia 2016 r. sygn. akt 474/16, z dnia 18 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16.

W niniejszej sprawie Odwołujący wprowadził jako uzasadnienie postawionego zarzutu przedstawił wyliczenie kosztów, z którego ma wynikać, iż cena oferty Przystępującego Reklamex winna być uznana za rażąco niską, jednakże na potwierdzenie dokonanych wyliczeń Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. Po drugie, zawarta w treści odwołania kalkulacja jest fragmentaryczna, albowiem nie zawiera wszystkich niezbędnych danych pozwalających na sprawdzenie prawidłowości wyliczeń. W ramach wyliczeń kosztów pracy sprzętu Odwołujący stwierdza: „jak również uwzględniając szacowaną ilość godzin pracy przedmiotowego sprzętu należy stwierdzić, że koszty jednego miesiąca pracy sprzętu wynoszą ok. 44 000 zł netto (54 120 zł brutto)” – szacowanej ilości godzin pracy sprzętu Odwołujący jednak w żaden sposób nie wskazał. Podobną uwagę można poczynić w odniesieniu do szacowanej ilości roboczogodzin w ramach wyliczeń kosztów pracowniczych.

Należy również wskazać, iż zastrzeżenia co do prawidłowości wyliczeń Odwołującego zostały wskazane przez Przystępującego w treści jego pisma procesowego z dnia 23 października 2016 r., które zostało Odwołującemu doręczone na posiedzeniu (np. zastrzeżenia dotyczące podwójnego uwzględnienia kosztów pracy). W trakcie rozprawy Odwołujący w żaden sposób do kwestii tych się nie odniósł, a w szczególności ww. twierdzeniom Przystępującego nie zaprzeczył.

W konsekwencji powyższego należy stwierdzić, iż sam Odwołujący nie udowodnił zasadności stawianego zarzutu.

Zarzut nr 4:

Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 6 ustawy Pzp wykonawca *nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2017 r. poz. 570)*. Ratio legis ww. regulacji jest dążenie ustawodawcy do odbiurokratyzowania procedury udzielania zamówień publicznych poprzez eliminację obowiązku składania zamawiającemu oświadczeń lub dokumentów, znajdujących się już w jego posiadaniu.

W sytuacji, w której usługi przedstawione w wykazie Przystępującego Reklamex zostały wykonane na rzecz Zamawiającego, to właśnie Zamawiający miał najlepszą wiedzę w przedmiocie tego, czy usługi te zostały wykonane należyście.

W trakcie rozprawy Zamawiający złożył pisemne oświadczenie na potwierdzenie ww. okoliczności, a także kopie protokołów odbioru i referencji wystawionych w dniu 25 września i 9 października 2017 r. załączył do odpowiedzi na odwołanie - co w ocenie Izby nie było konieczne.

Uprawnienie do odstąpienia od żądania od Przystępującego referencji na potwierdzenie należytego wykonania usług zrealizowanych na rzecz samego Zamawiającego wynika wprost z ww. przepisu art. 26 ust. 6 ustawy Pzp.

Zarzut ten należało zatem uznać za oczywiście niezasadny.

Zarzut nr 5:

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Natomiast w myśl art. 90 ust. 1a ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Z zestawienia ww. regulacji wynika, iż w przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w przepisie art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty [ustawodawca posłużył się sformułowaniem: „zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień”]. Z kolei uregulowanie zawarte w art. 90 ust. 1a pkt 2) ustawy Pzp [„może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień”] ma charakter fakultatywny – decyzja co do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego należy wyłącznie do zamawiającego. Odstąpienie od przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego

w tym drugim przypadku nie jest naruszeniem przepisów ustawy Pzp, jak i Krakowa Izba Odwoławcza – w przeciwieństwie do przypadku określonego w art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp – nie może zamawiającemu nakazać wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Specyficzny charakter ma natomiast regulacja art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W przepisie tym wprawdzie wprost został sformułowany obowiązek przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie ceny oferty [*„zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień”*], jednakże wskazując okoliczności, w jakich obowiązek ten aktualizuje się, ustawodawca odwołał się zarówno do okoliczności o charakterze obiektywnym, jak i subiektywnym, które ponadto zostały połączone spójnikiem koniunkcji („i”). Okoliczności o charakterze obiektywnym, tj. niezależne od przekonania samego zamawiającego: *„cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia”*. Okoliczności o charakterze subiektywnym, tj. wynikające z przekonania samego zamawiającego: *„budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów”*.

Na gruncie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp decyzja co do wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w dużej mierze zależy od przekonania samego zamawiającego, co jednocześnie powinno wynikać z określonych okoliczności o charakterze obiektywnym.

Izba nie wyklucza możliwości skutecznego postawienia zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, choć w praktyce będzie to niewątpliwie znacznie trudniejsze niż na gruncie regulacji art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp. W takim bowiem przypadku wykonawca będzie musiał wykazać, iż w związku z wystąpieniem okoliczności o obiektywnym charakterze zamawiający powinien mieć wątpliwości co do ceny oferty innego wykonawcy i w związku z tym powinien był wezwać go do udzielenia wyjaśnień. Chodzi zatem o sytuację, w której odwołujący zarzuca zamawiającemu, iż pomimo istnienia obiektywnych okoliczności zamawiający pozostawał w błędnym przekonaniu, iż nie występują żadne wątpliwości do zaoferowanej przez innego wykonawcę ceny.

W niniejszej sprawie na uzasadnienie ww. zarzutu Odwołujący przedstawił własną kalkulację ceny.

Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze, w tym zakresie aktualne pozostają rozważania poczynione w ramach uzasadnienia do zarzutu nr 2 i 3. W szczególności należy wskazać, iż na potwierdzenie swoich twierdzeń Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki

prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Ponadto, jak wskazano powyżej, zawarta w treści odwołania kalkulacja jest fragmentaryczna, albowiem nie zawiera wszystkich niezbędnych danych pozwalających na sprawdzenie prawidłowości wyliczeń. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się również do zastrzeżeń zgłoszonych w odniesieniu do sporządzonej przez niego kalkulacji, a w szczególności zastrzeżeniom tym nie zaprzeczył. W konsekwencji powyższego należy stwierdzić, iż sam Odwołujący nie udowodnił zasadności stawianego zarzutu.

Po drugie, Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień Przystępującego Reklamex uznał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W związku z tym należy uznać, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Budwex, wyższa od ceny oferty Przystępującego Reklamex, nie wzbudziła wątpliwości Zamawiającego.

Na marginesie jedynie należy dodać, iż ewentualne potwierdzenie się ww. zarzutu nie skutkowałoby uwzględnieniem odwołania z uwagi na oddalenie zarzutów w odniesieniu do wykonawcy (Przystępujący Reklamex), którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zarzut nr 6:

W odniesieniu do tego zarzutu Izba całkowicie podziela stanowisko Zamawiającego, iż na tym etapie postępowania, w związku z zastosowaniem procedury odwróconej z art. 24aa ustawy Pzp, Zamawiający nie był zobowiązany oraz nie badał JEDZ Wykonawcy Budwex pod kątem potwierdzenia spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Ww. zarzut jest zatem przedwczesny i jako taki w ogóle nie nadawał się do rozpoznania.

Zarzut nr 7:

W konsekwencji dokonanej przez Izbę oceny zarzutów nr 1 – 6, należy uznać, iż nie potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, natomiast potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże wyłącznie w odniesieniu do zaniechania udostępnienia Odwołującemu dokumentów nieskutecznie zastrzeżonych przez Przystępującego jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pomimo uznania za zasadny zarzutu nr 1 [naruszenie art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia całości wyjaśnień z dnia 7 sierpnia 2017 r. w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Reklamex sp. z o.o., mimo iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia] i w konsekwencji częściowo zarzutu nr 7, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W orzecznictwie Izby przyjmuje się, iż w przypadku potwierdzenia się wyłącznie zarzutu zaniechania „odtajnienia” wyjaśnień ceny oferty, a uznania za niezasadny zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, Izba orzeka o oddaleniu odwołania (przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1370/16).

W niniejszej sprawie Izba dokonała oceny zarzutu nr 2 i 3 uznając, iż Zamawiający słusznie uznał, iż oferta Przystępującego Reklamex nie zawiera rażąco niskiej ceny. Złożone wyjaśnienia są wystarczająco szczegółowe, kompletne, spójne i uzasadnione dołączonymi do nich dowodami. Jak wynika z treści wyjaśnień, a także analizy Wydziału Kosztorysów Zamawiającego Przystępujący Reklamex nie pominął żadnej pozycji kosztów dokonując kalkulacji ceny oferty. Całokształt informacji i dowodów przedstawionych przez Przystępującego Reklamex w ramach wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pozwala na przyjęcie, iż zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie tylko pokryje wszystkie koszty realizacji zamówienia, ale również zapewni mu osiągnięcie odpowiedniego zysku.

Jednocześnie Izba uznała, iż sam Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu (jak już wskazano w ramach uzasadnienia do zarzutu nr 2 i 3), co nie wynika z braku dostępu do zastrzeżonej części wyjaśnień.

W konsekwencji Izba uznała, iż w okolicznościach niniejszej sprawy, pomimo potwierdzenia się zarzutu nr 1 i częściowo zarzutu nr 7, naruszenia przepisów ustawy Pzp, których dotyczyły te zarzuty, nie miały i nie mogły mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, co skutkowało orzeczeniem przez Izbę o oddaleniu odwołania w całości.

Odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie zarzutu nr 2.

Zarzut nr 1:

Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się, albowiem Przystępujący PKP Energetyka wykazał spełnianie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej już na podstawie samej usługi wykonanej na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg w Kielcach. W ocenie Izby za przyjęciem takiego stanowiska w sposób oczywisty przemawiają następujące okoliczności:

1) *Po pierwsze*, w treści SIWZ Zamawiający w sposób niedostatecznie precyzyjny opisał warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z pkt 7.2.1.1 SIWZ na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wykonawca obowiązany był wykazać, że:

„w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) wykonuje konserwację oświetlenia ulicznego, w trakcie której przez okres co najmniej 12 miesięcy łącznie (tzn. bez przerwy w sposób ciągły), wykonał konserwację następującej liczby oprav:

b) co najmniej 10 000 szt. w przypadku składania oferty Część II lub Część III”.

W treści ww. warunku Zamawiający posłużył się zarówno czasownikiem „wykonał”, jak i „wykonuje”. Jednocześnie w nawiasie zostało zawarte sformułowanie „w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych” jednakże bez wyrazu „wykonuje”, co nasuwa wątpliwości do czego w istocie to sformułowanie się odnosi. Za najbardziej prawdopodobne należy uznać, iż odnosi się ono właśnie do wyrazów „w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych”. Nawet jeżeli taka była intencja Zamawiającego, to takie sformułowanie warunku prowadzi do absurdalnych wniosków, iż w przypadku jednorazowego wykonania usługi musiałaby ona zostać zakończona we wskazanym okresie referencyjnym, a w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych usługa nie mogłaby być zakończona – musiałaby być w toku realizacji na dzień złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Trzeba przy tym wskazać na odmienny sposób uregulowania tej kwestii w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) w odniesieniu do dokumentu składanego na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2) ww. rozporządzenia *w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności*

technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy (...).” Sposób sformułowania w SIWZ warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej pozostaje zatem w sprzeczności z regulacją rozporządzenia w zakresie dokumentu, jakiego może żądać Zamawiający na potwierdzenie spełnienia ww. warunku.

- 2) *Po drugie*, w treści opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nigdzie wprost nie stwierdzono, iż cały okres wykonywania usługi ma mieć miejsce w okresie referencyjnym. Okoliczność ta została przez Zamawiającego wprost wskazana w treści pisma z dnia 31 lipca 2017 r., co nie ma większego znaczenia dla sposobu interpretacji przedmiotowego warunku, albowiem miało miejsce już po terminie składania ofert.
- 3) *Po trzecie*, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie niejasności, nieścisłości treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 16 kwietnia 2015 r. (sygn. akt KIO 660/15) „obowiązuje swoista „święta” zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców.” W wyroku z 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2260/13) Izba stwierdziła, że „wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu.” Podobne stanowisko zajmowane jest w orzecznictwie sądowym. Przykładowo, jak stwierdził Sąd Okręgowy w Nowym Sączu w wyroku z dnia 18 marca 2015 r. (sygn. akt III Ca 70/15): „Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...).”.
- 4) *Po czwarte*, w orzecznictwie Krajowej izby Odwoławczej za wystarczające uznaje się, aby zakończenie wykonywania usługi wskazywanej na potwierdzenie określonego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej miało miejsce w trakcie okresu referencyjnego obowiązującego w danym Postępowaniu. Jak np. zostało stwierdzone w wyroku z dnia 10 marca 2016 r. (sygn. akt KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16): „Zdaniem Izby wystarczy, żeby wykonywanie usługi zakończyło się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, aby w pełnym

zakresie zaliczyć ją do wymaganego doświadczenia. Potwierdza to również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. I tak dla przykładu należy wskazać na: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2011 r. (sygn. akt: KIO 1725/11): „Skoro zatem nabycie doświadczenia co do zasady następuje z chwilą ukończenia wykonywania usługi, to potwierdzenie spełnienia warunku następuje, jeśli termin zakończenia wykonywania usługi mieścił się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.”

- 5) Po piąte, oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy dokonywać na podstawie całokształtu dokumentów złożonych w ramach Postępowania, w zakresie dozwolonym przepisami ustawy Pzp. Na gruncie przepisów regulujących prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie istnieje instytucja „uprawomocnienia się” wezwania. Zdaniem składu orzekającego Izby wykonawca, chcąc odpowiednie zabezpieczyć swoje interesy, może [ale nie musi] wnieść (w przypadku postępowań przekraczających tzw. próg unijny) odwołanie na czynność zamawiającego będącą wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, w przypadku gdy w ocenie tego wykonawcy wezwanie to zostało przez Zamawiającego dokonane niezgodnie z przepisami ustawy Pzp. Wniesienie takiego odwołania nie jest jednak konieczne – zarówno Zamawiający, jak Izba rozpoznając odwołanie może na późniejszym etapie uznać, iż dokument pierwotnie złożony przez wykonawcę był prawidłowy, a wystosowane wezwanie do uzupełnienia dokumentu było w istocie zbędne.

Mając to na uwadze, Izba uznała, iż Przystępujący PKP Energetyka wykazał spełnianie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej już na podstawie samej usługi wykonanej na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg w Kielcach, a zatem bezprzedmiotowe stało się rozpoznawanie zarzutu nr 1 w odniesionych do pozostałych usług, kwestionowanych w treści odwołania.

W konsekwencji powyższego, zarzut nr 1 – pomimo, iż jak podnosił Odwołujący dotyczył pozostałych usług – nie mógłby zostać przez Izbę uwzględniony, skoro w ocenie Izby ww. wykonawca wykazał spełnienie przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu. W tym stanie rzeczy nawet wezwanie Przystępującego PKP Energetyka w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia okoliczności związanych z realizacją usługi w Tychach pozostawałoby w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp jako wezwanie nadmierne oraz zbędne.

Zarzut nr 2 i 3:

Jak zostało to już przez Izbę wskazane w ramach uzasadnienia do zarzutu nr 5 w sprawie o sygn. akt KIO 2112/17 regulacja art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma specyficzny charakter. W przepisie tym wprawdzie wprost został sformułowany obowiązek przeprowadzenia

postępowania wyjaśniającego w zakresie ceny oferty [„zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień”], jednakże wskazując okoliczności, w jakich obowiązek ten aktualizuje się, ustawodawca odwołał się zarówno do okoliczności o charakterze obiektywnym, jak i subiektywnym, które ponadto zostały połączone spójnikiem koniunkcji („i”). Okoliczności o charakterze obiektywnym, tj. niezależne od przekonania samego zamawiającego: „cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, w wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Okoliczności o charakterze subiektywnym, tj. wynikające z przekonania samego zamawiającego: „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów”.

Na gruncie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp decyzja co do wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w dużej mierze zależy od przekonania samego zamawiającego, co jednocześnie powinno wynikać z określonych okoliczności o charakterze obiektywnym.

Izba nie wyklucza możliwości skutecznego postawienia zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, choć w praktyce będzie to niewątpliwie znacznie trudniejsze niż na gruncie regulacji art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp. W takim bowiem przypadku wykonawca będzie musiał wykazać, iż w związku z wystąpieniem okoliczności o obiektywnym charakterze zamawiający powinien mieć wątpliwości co do ceny oferty innego wykonawcy i w związku z tym powinien był wezwać go do udzielenia wyjaśnień. Chodzi zatem o sytuację, w której odwołujący zarzuca zamawiającemu, iż pomimo istnienia obiektywnych okoliczności zamawiający pozostawał w błędnym przekonaniu, iż nie występują żadne wątpliwości do zaoferowanej przez innego wykonawcę ceny.

Ww. regulację przede wszystkim jednak należy traktować jako przyznanie zamawiającemu – jako gospodarzowi postępowania - uprawnienia do zbadania ceny oferty, wtedy gdy poweźmie co do niej wątpliwości.

W niniejszej sprawie Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, tym samym zobowiązał się, jak i wyraził wolę, przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w odniesieniu do ceny oferty Przystępującego PKP Energetyka na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie w treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawił konkretne okoliczności o obiektywnym charakterze uzasadniające skorzystanie przez niego z uprawnienia uregulowanego przez ustawodawcę w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący PKP Energetyka wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Ponadto, w toku rozprawy Przystępujący PKP Energetyka składał wyjaśnienia w celu wykazania, iż zwrócenie się do niego o wyjaśnienie ceny oferty nie jest

konieczne, wskazując przy tym konkretne okoliczności uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny.

Jakkolwiek przedstawione przez Przystępującego PKP Energetyka informacje w ocenie Izby w dużym stopniu wyjaśniają wysokość zaoferowanej ceny, to jednak Izba uznała, iż wobec faktu uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania także w tym zakresie, tj. wyrażenia woli „sprawdzenia” ceny oferty ww. wykonawcy (upewnienia się, czy nie jest ona rażąco niska), przy jednoczesnym wskazaniu konkretnych okoliczności o obiektywnym charakterze, które w ocenie Zamawiającego uzasadniają wezwanie wykonawcy do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Izba nie może zakazać Zamawiającemu – będącemu gospodarzem postępowania – przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego co do ceny oferty. Izba byłaby uprawniona do nie uwzględnienia takiego zarzutu w przypadku, w którym uznałaby, iż jego uwzględnienie przez Zamawiającego nie znajdowałoby potwierdzenia w żadnych okolicznościach o obiektywnym charakterze, co w ocenie Izby w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Jednocześnie, wykonawca, który nie zaoferował ceny rażąco niskiej, nie powinien się obawiać wyników postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając to na uwadze Izba uznała za konieczne uwzględnienie odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie uwzględnionego zarzutu, tj. w szczególności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie, mając na uwadze specyficzny charakter regulacji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który w ocenie Izby przede wszystkim należy traktować jako przyznanie zamawiającemu – jako gospodarzowi postępowania - uprawnienia do zbadania ceny oferty, Izba uznała, iż okoliczności niniejszej sprawy nie są wystarczające do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp (KIO 2112/17, KIO 2113/17), art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) (KIO 2113/17) oraz § 3 pkt 1 i 2 (KIO 2112/17, KIO 2113/17) i § 5 ust. 2 pkt 2 (KIO 2113/17) oraz ust. 3 pkt 1 (KIO 2112/17) 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, ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

M. M. M. M. M.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Magdalena Grabarczyk
Magdalena Grabarczyk