

Sygn. akt: KIO 3157/20
KIO 3159/20
KIO 3168/20

WYROK
z dnia 13 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Ernest Klauziński
Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie w dniu 8 stycznia 2021 r. odwołań, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2020 r. przez:

A. PolCam Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Plutonu Torpedy 27a (sygn. akt KIO 3157/20);
B. ZURAD Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej przy ul. Stacyjnej 14 (sygn. akt KIO 3159/20);
C. Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie przy ul. Jagiellończyka 26 (sygn. akt KIO 3168/20);

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego
siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 94;

przy udziale:

- wykonawcy **LIFOR Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu przy ul. Kazimierza Pułaskiego 49**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3157/20 i KIO 3159/20 po stronie zamawiającego oraz KIO 3168/20 po stronie odwołującego,
- wykonawcy **Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie przy ul. Jagiellończyka 26** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3157/20 i KIO 3159/20 po stronie zamawiającego,
- wykonawcy **PolCam Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Plutonu Torpedy 27a**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3168/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.
 - A. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3157/20.**
 - B. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3159/20.**
 - C. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3168/20 i nakazuje zamawiającemu Skarbowi Państwa – Głównemu Inspektoratowi Transportu Drogowego siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 94 w zakresie części I i III:**
 - a) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,**
 - b) dokonanie ponownej oceny ofert połączone z odrzuceniem oferty wykonawcy PolCam Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Plutonu Torpedy 27a na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Prawa zamówień publicznych.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców: **PolCam Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Plutonu Torpedy 27a oraz ZURAD Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej przy ul. Stacyjnej 14 i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną odpowiednio przez wykonawców: **1. PolCam Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Plutonu Torpedy 27a (sygn. akt KIO 3157/20)** w kwocie **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), **2. ZURAD Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej przy ul. Stacyjnej 14 (sygn. akt KIO 3159/20)** w kwocie **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), **3. Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie przy ul. Jagiellończyka 26 (sygn. akt KIO 3168/20)** w kwocie **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), tytułem wpisów od odwołań;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **PolCam Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Plutonu Torpedy 27a (sygn. akt KIO 3157/20)** na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 94 kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.3. zasądza od wykonawcy **ZURAD Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej przy ul. Stacyjnej 14 (sygn. akt KIO 3159/20)** na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 94 kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.4. zasądza od wykonawcy **PolCam Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Plutonu Torpedy 27a (sygn. akt KIO 3168/20)** na rzecz wykonawcy **Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie przy ul. Jagiellończyka 26** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

.....

Sygn. akt: KIO 3157/20
Sygn. akt: KIO 3159/20
Sygn. akt: KIO 3168/20

UZASADNIENIE

Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 94 (dalej: „Zamawiający” lub „GITD”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w celu zawarcia umowy ramowej na „Dostawę stacjonarnych urządzeń rejestrujących w ramach projektu pn.: Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 079-186055.

W dniu 19 listopada 2020 r. Zamawiający przesłał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej w ramach części od I do III.

KIO 3157/20

W dniu 30 listopada 2020 r. wykonawca PolCam Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Plutonu Torpedy 27a (dalej: „PolCam” lub „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- 1) czynność Zamawiającego, w postaci skierowania do Odwołującego, w zakresie dotyczącym części I i III zamówienia wezwania do wyjaśnienia ceny, które to wezwanie nie znajdowało oparcia w treści przepisów art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a pkt 1 Pzp i było rażąco sprzeczne z ww. przepisami, nieprawidłowo sformułowane, w tym dotknięte brakami, a także w części było niemożliwe do wykonania;
 - 2) czynność Zamawiającego, w postaci badania i oceny przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących ceny oferowanej dla części I i III zamówienia, jako nienależitych, niepełnych i/lub niezłożonych, pomimo dokonywania tej oceny w stosunku do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w następstwie skierowania do niego wezwania nieprawidłowego, sprzecznego z przepisami i częściowo niemożliwego;
 - 3) czynność Zamawiającego, w postaci badania i oceny przedstawionej przez Odwołującego oferty dotyczącej części I i III zamówienia, jako zawierającej rażąco niską cenę, pomimo dokonywania oceny tej oferty bez powzięcia i sformułowania w przesłanym Zamawiającemu wezwaniu jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego odnośnie zaoferowanej przez Odwołującego ceny, i dokonywania tej oceny w oparciu o wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w następstwie skierowania do niego wezwania nieprawidłowego, sprzecznego z przepisami i częściowo niemożliwego;
i w konsekwencji
 - 4) czynność w postaci odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w odniesieniu do części I i III zamówienia, w oparciu o nieprawidłowe czynności i oceny, o których mowa wyżej w pkt 1-3;
- i w odniesieniu do czynności Zamawiającego wyszczególnionych wyżej w pkt 1-4 zarzucał naruszenie:
- (i) przepisów art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a pkt 1 Pzp
 - wskutek przeprowadzenia procedury wezwania opisanej w art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a pkt 1 Pzp pomimo nieistnienia określonych tymi przepisami warunków dopuszczalności prowadzenia takiej procedury,
 - a także wskutek sformułowania skierowanego do Odwołującego wezwania w sposób sprzeczny z tymi przepisami, w szczególności bez wskazania w tym wezwaniu „indywidualizowanych wątpliwości Zamawiającego co do elementów ceny przedstawionej przez wykonawcę, jako ceny rażąco niskiej”;
 - i w konsekwencji obciążenie w ten sposób Odwołującego konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty, wynikającymi wyłącznie ze wskazanych wyżej zachowań Zamawiającego;
 - (ii) przepisów art. 2 pkt 2 i 8 Pzp i z art. 65 § 1 k.c., art. 29 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 1 Pzp, a także przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp, skutkujące zaniechaniem zastosowania zasady in dubio contra proferentem do rozstrzygnięcia wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”) i pozostałej dokumentacji postępowania wątpliwości i niejasności dotyczących znaczenia (w tym przedmiotu i zakresu) pojęcia „przyłącza energetycznego”, którego użyto w opisie przedmiotu zamówienia, a które determinuje zakres kosztów, które należy uwzględnić w oferowanej cenie wykonania 1 mb takiego przyłącza, i które stanowi podstawę dla oceniania zaoferowanej przez Odwołującego ceny oraz dla oceniania wyjaśnień przedstawionych, w tym zakresie przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego;
 - (iii) przepisów art. 2 pkt 2 i 8 Pzp i z art. 65 § 1 k.c., art. 29 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 1 Pzp, a także przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp skutkujące dokonaniem błędnej wykładni i oceny postanowień SIWZ oraz błędnej wykładni treści odpowiedzi udzielanych przez Zamawiającego wykonawcom, w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, który to opis odnosi się do „przyłącza elektroenergetycznego”, polegającej w szczególności na:
 - przyjęciu (nie tylko bez oparcia, ale wręcz w sposób jaskrawo sprzeczny z treścią postanowień SIWZ, wyjaśnień udzielanych wykonawcom przez Zamawiającego oraz przepisów prawa), iż pojęcie „przyłącza energetycznego” użyte w opisie przedmiotu zamówienia zostało przez Zamawiającego rozszerzone z stosunku do znaczenia tego pojęcia opartego na przepisach Prawa energetycznego i jego przepisach wykonawczych i w konsekwencji, że owe „przyłącze elektroenergetyczne”, za którego wybudowanie Odwołujący zaproponował w określonej w jego ofercie cenę jednostkową (za 1 mb), obejmuje także elementy podlegające wykonaniu w ramach „przyłączenia do przyłącza” (którego to pojęcia Zamawiający użył w udzielonej wykonawcom odpowiedzi);
 - a w konsekwencji, na przyjęciu, że koszty wykonania m.in. wewnętrznych instalacji i sieci elektrycznych (na odcinku od skrzynki kończącej przyłącze wykonane przez przedsiębiorstwo energetyczne do urządzenia rejestrującego) nie stanowiły elementu „dostawy” urządzeń (obejmującego także prace instalacyjne, jak o tym mowa w § 2 pkt 2 Pzp, lecz są kosztami wykonywania samego „przyłącza” i powinny być uwzględnione w zaoferowanej przez Odwołującego cenie jednostkowej 1 mb przyłącza; a także
 - przyjęciu, że Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu należytych i kompletnych wyjaśnień odnośnie wszystkich kosztów stanowiących podstawę kalkulacji ceny jednostkowej 1 mb przyłącza elektroenergetycznego,

zaoferowanej przez Odwołującego w złożonej przez niego ofercie i wskutek tego Odwołujący nie udowodnił, iż cena ta nie jest rażąco niska; a nadto

–przyjęciu, że nie jest możliwe wykonanie przez Odwołującego, za tę cenę, objętych zamówieniem przyłączy elektroenergetycznych, przy pokryciu związanych z tym kosztów i zachowaniu elementu rentowności;

a nadto, odwołanie to dotyczy także kolejnych, następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

5)czynności Zamawiającego obejmującej ocenę braków, którymi dotknięta była oferta złożona przez Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie przy ul. Jagiellończyka 26 (dalej: „Sprint” lub „Przystępujący”) dotyczącą części II i III zamówienia, jako oczywistej „innej omyłki” w rozumieniu przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp, mogącej podlegać poprawieniu przez Zamawiającego pomimo, że brak ów taką omyłką nie był, i nie mógł zostać przez Zamawiającego poprawiony samodzielnie, lecz wymagał złożenia przez Sprint wyjaśnienia odnośnie tego, co zdaniem Sprint powinno zostać przez Zamawiającego wpisane w formularzu technicznym OF.1 w pozycji 9 dla II. części zamówienia oraz w pozycji 5 i 14 dla III, części zamówienia:

6)czynności Zamawiającego polegającej na prowadzeniu, w oparciu o przepis art. 87 ust.1 Pzp, procedury wyjaśniania oferty złożonej przez Sprint w odniesieniu do wady, którą oferta była dotknięta (brak jakiegokolwiek wypełnienia pozycji wskazanych wyżej w pkt 5, która nie stanowiła oczywistej „innej omyłki” mogącej podlegać poprawieniu przez Zamawiającego przez co wyjaśnianie tej oferty skutkowało nie tyle poprawieniem oczywistej „innej omyłki” w tej ofercie, ale prowadzeniem między Zamawiającym a Sprint negocjacji dotyczących złożonej przez tego wykonawcę oferty dotyczącej części II i III zamówienia;

7)czynności Zamawiającego polegającej na ocenie, iż wiadomość elektroniczna przesłana mu przez Sprint za pośrednictwem portalu gitd.ezamawiajacy.pl, o wyrażeniu zgody na dokonane przez Zamawiającego poprawki rzekomej „innej omyłki” (o której mowa wyżej w pkt 5) stanowiła skuteczne i zgodne z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp wyrażenie przez Sprint zgody na dokonaną przez Zamawiającego poprawkę oferty, i to pomimo, że wiadomość nie posiada formy pisemnej ani nie została podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym;

8)czynności Zamawiającego obejmującej badanie i oceny ofert dotyczących II i III części zamówienia, skutkujących oceną oferty złożonej przez Sprint jako skutecznie poprawionej i w konsekwencji jako zgodnej, w zakresie dotyczącym części II i III zamówienia, z treścią wymogów wynikających z SIWZ;

i w konsekwencji

9)zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Sprint w odniesieniu do części II i III zamówienia oraz

10)dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty złożonej przez Sprint w odniesieniu do części II i III zamówienia

- i w odniesieniu do czynności i zaniechań Zamawiającego wyszczególnionych wyżej w pkt 5)-10) Odwołujący zarzucał naruszenie:

(iv)naruszenie przepisów art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 Pzp w zw. z art. 78¹ § 1 i § 2 kodeksu cywilnego, oraz w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez:

–wykorzystanie przewidzianego tymi przepisami instrumentu wyjaśniania oferty do faktycznego negocjowania i uzgadniania treści oferty Sprint zakazanego przepisem art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp,

–niedopuszczalne poprawienie (wypełnianie), w ofercie złożonej przez Sprint w odniesieniu do części II i III zamówienia, braków (niewypełnionych miejsc formularza) nie stanowiących oczywistej „innej omyłki” w rozumieniu art. 87 ust. 1 pkt 3 Pzp, lecz stanowiących braki, których samodzielne uzupełnienie przez Zamawiającego nie było możliwe, lecz wymagało decyzji i wyjaśnień ze strony Sprint;

–zakwalifikowanie elektronicznej wiadomości przekazanej Zamawiającemu za pośrednictwem portalu gitd.ezamawiajacy.pl, nie posiadającej formy pisemnej ani nie podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym za prawidłowe i prawnie skuteczne wyrażenie przez Sprint zgody na dokonaną przez Zamawiającego poprawkę oferty, pomimo niezgodności formy tej wiadomości z postanowieniami pkt 4.5 Części I SIWZ oraz z przepisami art. 9 ust. 1 Pzp w zw. z art. 78 § 1 i § 2 k.c.;

(v)i w konsekwencji - naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i/lub pkt 7 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Sprint w zakresie dotyczącym części II i części III zamówienia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wnosił o:

–unieważnienie czynności badania zaoferowanych przez wykonawców cen wykonania przyłącza elektroenergetycznego w zakresie objętym częściami I i III zamówienia, jako dokonanych pomimo niespełnienia warunków określonych w art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 Pzp,

–unieważnienie czynności obejmujących odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego w odniesieniu do części I i części III zamówienia;

–unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych dla części I oraz części III zamówienia;

–unieważnienia czynności wyjaśnienia treści oferty złożonej przez wykonawcę Sprint w odniesieniu do części III, w całym zakresie tej czynności przeprowadzonej przez Zamawiającego;

–unieważnienia czynności poprawiania „innej omyłki” w treści oferty złożonej przez wykonawcę Sprint w odniesieniu do części III, w całym zakresie czynności przeprowadzonej przez Zamawiającego;

–nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w zakresie w dotyczącym części I i części III zamówienia;

–zasądzenie na rzecz Odwołującego, od Zamawiającego albo o ile będzie to wynikać z przepisów art. 186 ust. 10 Pzp od ewentualnego Przystępującego wnoszącego sprzeciw, kosztów postępowania odwoławczego, według norm przepisanych.

Ponadto, na podstawie przepisu art.190 ust. 1 i ust.3 Pzp Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie w postępowaniu odwoławczym dowodów:

–z „Opinii specjalistycznej” z dnia 17.11.2020 r. sporządzonej przez dr inż. A. S. na okoliczność znaczenia pojęcia „przyłącza energetycznego”;

–z zeznań świadka M. Ż., na okoliczność sposobu rozumienia przez innego wykonawcę, tj. spółkę VITRONIC Machine Vision Polska Sp. z o.o., pojęcia „przyłącza elektroenergetycznego opisanego w dokumentacji postępowania, i tym samym rozumienia przez tego wykonawcę zakresu żądanych przez zamawiającego wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny.

W treści uzasadnienia Odwołujący podnosił m. in, że:

1. Zarzuty odnoszące się do oferty wykonawcy PolCam.

Odwołujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu samodzielnym przedmiotem zamówienia nie jest wykonanie przyłączy elektroenergetycznych, lecz przedmiotem tym jest dostawa i instalacja urządzeń pomiarowych, zaś

wykonanie przyłączy elektroenergetycznych do tych urządzeń jest robotą tylko potencjalnie mogącą uzupełniać tę dostawę i instalację (bo sam Zamawiający wskazał na niemożność ustalenia, w ilu lokalizacjach takiej przyłącza będą potrzebne, w ilu można będzie wykorzystać przyłącza istniejące). Zdaniem wykonawcy PolCam potwierdzenie tego faktu ma miejsce w ogłoszeniu o zamówieniu. Również cały szereg innych postanowień specyfikacji wskazuje, iż wykonanie przyłączy elektroenergetycznych nie były zasadniczą, lecz jedynie opcjonalną częścią zamówienia mającą dotyczyć wyłącznie tych lokalizacji urządzeń, w których nie przyłącza takie jeszcze nie istnieją. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w odpowiedziach na pytania zadawane przez wykonawców przyznał, iż nie do końca jest wiadome, czy dla części I zamówienia będzie konieczność budowy jakiegokolwiek przyłącza energetycznego, a jeśli w ogóle to w zakresie nie więcej niż 5% z 247 lokalizacji. Identyczna prawidłowość odnosi się do wszystkich części zamówienia.

Odwołujący wskazywał, że przez żadną ze stron/uczestników postępowania, nie jest kwestionowana teza, iż przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie nie jest budowa 1 mb przyłącza energetycznego. Zdaniem wykonawcy PolCam niekwestionowany jest też fakt, iż ceny objęte złożonymi z postępowaniu ofertami są jedynie jednostkowymi cenami za wykonanie 1 mb przyłącza, którego potrzeba wykonania nie jest pewna, i co do którego nawet w przypadku zaistnienia w przyszłości potrzeby wykonania takiego przyłącza nie jest możliwe na etapie tego postępowania przetargowego ani ustalenie, ilu konkretnych lokalizacji potrzeba taka będzie dotyczyć, jakie to konkretnie lokalizacje, a co za tym idzie, jaka będzie długość poszczególnych przyłączy, w jakim terenie będą wykonywane ani jakie wymagania prawne (w tym związane z własnością gruntów) będą musiały być spełnione. Ustalenia takie możliwe będą możliwe dopiero na etapie, w którym na podstawie ramowej umowy Zamawiający zwróci się do wykonawców, z którymi owe umowy ramowe zawrze, z zaproszeniem do składania ofert na dostawę i instalację urządzeń w lokalizacjach, które zostaną przez Zamawiającego skonkretyzowane dopiero w przyszłości, tj. dopiero na etapie tego zaproszenia. Dopiero bowiem po zdefiniowaniu przez Zamawiającego, na etapie prowadzącym do zawarcia umów wykonawczych, konkretnych lokalizacji urządzeń pomiarowych, możliwe będzie dokonanie oceny, czy ww. lokalizacjach tych przyłącza takie już istnieją, czy należy je dopiero wykonać, a w przypadku konieczności ich wykonania, jaka musi być długość i przebieg tego przyłącza. W ocenie Odwołującego dopiero na tym przyszłym etapie zawierania umów wykonawczych (i poprzedzającego je ofertowania dotyczącego instalacji urządzeń w skonkretyzowanych lokalizacjach) możliwe będzie określenie „wartości przedmiotu zamówienia” i „ceny całkowitej oferty”. „Ceną całkowitą oferty” będzie zatem dopiero zaoferowana przez wykonawcę i zaakceptowana przez Zamawiającego cena obejmująca wszystkie składniki zamówienia (albo danej części zamówienia objętej daną umową wykonawczą). Zdaniem Odwołującego „ceną całkowitą oferty” będzie dopiero ta cena, która w swoim składzie zawierać będzie przede wszystkim cenę dostawy i instalacji urządzeń, a dodatkowo iloczyn jednostkowej stawki za 1mb, która jest przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie i która zostanie ujęta w umowie ramowej, oraz ustalonej ilości i długości niezbędnych przyłączy ustalonej dopiero na etapie przyszłego oferowania i zawierania umów wykonawczych.

Odwołujący stwierdził, że w rozpoznawanej sprawie, sformułowane przez Zamawiającego żądanie złożenia przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących ceny oferty (wyjaśnienia rzekomo rażąco niskiej ceny) było bezprawne, albowiem nie opierało się na ustawowych przesłankach dopuszczających albo nakazujących wystąpienie przez Zamawiającego z takim żądaniem. Jak to jednoznacznie wskazano w treści pisma Zamawiającego z dnia 29 czerwca 2020 r., ujęte w tym piśmie wezwanie do wyjaśnienia zaoferowanej przez Odwołującego ceny zostało przez Zamawiającego oparte równocześnie na dwóch przepisach przewidujących odmienne, alternatywne przesłanki badania ceny, tj. na przepisach art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy.

Odwołujący następnie wyraził pogląd, że Zamawiający stwierdzając w swoim piśmie, iż „cena całkowita oferty złożonej w postępowaniu lub jej części składowe, jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert” popełnił zasadniczy błąd w interpretacji przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. Przepis ten nie pozwala bowiem na badanie cen jednostkowych (nazwanych przez Zamawiającego w cytowanym wyżej fragmencie „częściami składowymi”), lecz przez jednoznaczne sformułowanie użyte w pierwszym zdaniu art. 90 ust. 1a, mówi wyłącznie o badaniu „ceny całkowitej oferty”, z której wynika cena mająca podlegać takiemu badaniu.

Wykonawca PolCam wyjaśniał, że w sytuacji takiej, jak istniejąca w niniejszej sprawie, gdzie nie wiadomo nie tylko, jaka będzie lokalizacja urządzeń i ich przyłączy, jaka będzie ilość i długość tych przyłączy, ani czy w ogóle będą one potrzebne (skoro zamówienie obejmuje też instalację urządzeń do przyłączy już istniejących w potencjalnych lokalizacjach), to łączna cena za część zamówienia obejmująca wykonanie przyłączy może wynosić od zera (gdy przyłącza już istnieją we wszystkich lokalizacjach, które zostaną w przyszłości wskazane przez Zamawiającego) aż do kwoty będącej iloczynem liczby iloczynem liczb 39x2 (maksymalna ilość lokalizacji, w których będą montowane urządzenia objęte częścią II postępowania) oraz liczby 500 (szacowana maksymalna długość jednego przyłącza). Skoro tak, to przy liczbie potrzebnych przyłączy wynoszącej zero, co w świetle zapisów SIWZ i wyjaśnień Zamawiającego jest wszak możliwe, żadna cena zaoferowana przez wykonawcę za wykonanie takich potencjalnych przyłączy nie będzie mogła być uznana za niska (a tym bardziej za rażąco niska). Zdaniem Odwołującego jest to kolejnym argumentem wskazującym na to, że badanie cen składników czy też cen jednostkowych, składających się na cenę łączną oferty jest możliwe tylko z perspektywy „ceny całkowitej oferty” i dla potrzeb oceny tej „ceny całkowitej”, a zatem ocena takich cen jednostkowych nie może następować do czasu, gdy „cena całkowita” oferty jest znana, tj. do czasu, gdy znane są wszystkie parametry pozwalające na ocenę „ceny całkowitej oferty” (potrzeba wykonania przyłączy, ich ilości, lokalizacje, długości i przebiegi).

Odwołujący podnosił, że żądanie przedstawienia przez niego wyjaśnień dotyczących jednostkowej ceny 1mb wykonania przyłącza elektroenergetycznego nie mogło być oparte na wskazanym przez Zamawiającego przepisie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, albowiem przepis ten może znajdować zastosowanie wyłącznie do badania „ceny całkowitej oferty” w rozpoznawanej sprawie nieznannej i niemożliwej do zdefiniowania. Odwołujący stał na stanowisku, że w tej sytuacji, wobec niedopuszczalności oparcia żądania Zamawiającego na przepisie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, żądanie udzielenia wyjaśnień oparte na takiej podstawie prawnej nie mogło wywoływać dla Odwołującego skutków prawnych, tj. nie mogło skutkować obowiązkiem wykazania przez Odwołującego, iż zaoferowana przez niego cena jednostkowa dotycząca tylko drobnej, opcjonalnej części przedmiotu zamówienia, nie była rażąco niska, a w konsekwencji nie może stanowić podstawy do uznania udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień za nienależyte, i skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego.

W odniesieniu do zasadności wezwania wykonawcy PolCam do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wykonawca wyjaśniał, że o ile bowiem, w piśmie 29 czerwca 2020r., w którym skierowano do Odwołującego takie wezwanie, wskazany został przez Zamawiającego przepis art. 90 ust.1 Pzp, to jednak Zamawiający nie wyjaśnił w tym piśmie, jakie to przesłanki uzasadniają w jego ocenie zastosowanie ww. przepisu i na czym polegają

„indywidualizowane wątpliwości Zamawiającego co do elementów ceny przedstawionej przez wykonawcę, jako ceny rażąco niskiej, a więc dlaczego cena opłaty transakcyjnej została wyliczona w taki a nie inny sposób powinna być skonkretyzowana co do tych wątpliwości”. W treści tego pisma Zamawiający stwierdził jedynie, że przedmiotowe wezwanie kieruje „Z uwagi, iż cena całkowita oferty złożonej w postępowaniu lub jej części składowe, jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.” Taki opis przyczyn wezwania nawiązuje wyłącznie do treści przywołanego w tym piśmie przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, natomiast nie odnosi się do drugiego z przywołanych w tym wezwaniu przepisów, tj. do art. 90 ust. 1 Pzp, co samo w sobie zdaje się uzasadniać zarzut, iż ów przepis Zamawiający powołał schematycznie, rutynowo, sam nie potrafiąc dokonać subsumpcji stanu faktycznego niniejszej sprawy do tego właśnie przepisu. W opinii Odwołującego brak uzasadnienia przez Zamawiającego, w skierowanym do niego wezwaniu, jaki jest zakres wątpliwości powziętych przez Zamawiającego, tj. w jaki sposób zaoferowana przez wykonawcę cena wyczerpuje hipotezę powołanego w tym wezwaniu przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, posiada zatem fundamentalne znaczenie dla oceny prawidłowości zaskarżonych czynności Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego to uchybienie stanowi samodzielną przesłankę przesądzającą o niedopuszczalności odrzucenia oferty Odwołującego na wskazanych wyżej podstawach prawnych, to jednak z daleko posuniętej ostrożności procesowej dla pełnego zobrazowania prawnej bezskuteczności prowadzonej przez Zamawiającego procedury wezwania, w tym miejscu należy wskazać, że nawet w przypadku, gdyby Zamawiający nie dopuścił się tego uchybienia i w wezwaniu (albo jego ponowieniu) przedstawił indywiduizowane wątpliwości Zamawiającego co do elementów ceny przedstawionej przez wykonawcę, jako ceny rażąco niskiej, to stosowana przez niego procedura wezwania i tak byłaby pozabawiona podstawy prawnej, co stanowi dodatkową, alternatywną przesłankę uzasadniającą zarzut rażącego naruszenia przepisu art. 90 ust 1 i 3 Pzp i art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp przez Zamawiającego przy kierowaniu do Odwołującego wezwania, i w konsekwencji przy stosowaniu przewidzianej tymi przepisami sankcji odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo niedopuszczalności wzywania Odwołującego do wyjaśniania zaoferowanej ceny jednostkowej. Zdaniem Odwołującego wynika to z faktu, że stan faktyczny niniejszej sprawy nie wyczerpuje nie tylko hipotezy przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp ale nie wyczerpuje też hipotezy przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, uniemożliwiając zastosowanie tego przepisu w tej sprawie.

Wykonawca PolCam wyjaśniał, że o ile zatem oczywista jest, co do zasady, dopuszczalność badania przez Zamawiającego cen jednostkowych, o tyle - w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 Pzp ocena tych cen jednostkowych może być dokonywana wyłącznie w korelacji z „cena całkowita, obejmująca cały przedmiot zamówienia”. Innymi słowy - dokonywanie oceny takiej ceny jednostkowej jest możliwe tylko pod warunkiem, że istnieje już możliwość określenia „ceny całkowitej, obejmującej cały przedmiot zamówienia”. Powyższa konkluzja nie wymaga rozważań o wysokim stopniu abstrakcyjności, wręcz przeciwnie, konkluzja taka wynika z najprostszej, gramatycznej wykładni pierwszego zdania przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. Czyli „cena jednostkowa” pobocznego świadczenia hipotetycznie objętego zamówieniem obejmującym też różne inne świadczenia (jak cena 1 mb przyłącza, które może, ale nie musi być wykonywane, w zależności od docelowego ustalenia lokalizacji urządzeń) w przyszłości może stać się „częścią składową” zaoferowanej ceny, ale na obecnym etapie postępowania sama w sobie nie jest „zaoferowaną ceną”, o której mowa w pierwszym zdaniu art. 90 ust. 1 Pzp. Taką częścią składową „zaoferowanej ceny” owa cena jednostkowa mogłaby się jednak stać dopiero w momencie zaistnienia (zdefiniowania, ustalenia) „zaoferowanej ceny” „całości przedmiotu zamówienia”. Dopóki bowiem nie można mówić o istnieniu „zaoferowanej ceny” (dotyczącej „całości przedmiotu zamówienia” czyli, w warunkach niniejszej sprawy, ceny obejmującej wszystkie składniki zamówienia wskazane w pkt 2.4 SIWZ, w ramach części zamówienia objętej daną umową wykonawczą), to nie można też wysnuć wniosku o istnieniu jakichś „części składowych” owej „zaoferowanej ceny” dotyczącej „całości przedmiotu zamówienia”. Zdaniem Odwołującego dopiero w przyszłości, gdy Zamawiający zwróci się do wykonawców, z którymi owe umowy ramowe zawrze, z zaproszeniem do składania ofert na dostawę i instalację urządzeń w lokalizacjach, które zostaną przez Zamawiającego dopiero wówczas skonkretyzowane, wykonawcy będą mogli zaoferować zsumowane ceny wykonania wszystkich świadczeń objętych danym zamówieniem (daną umową wykonawczą). I dopiero wówczas można będzie mówić o istnieniu „zaoferowanej ceny” dotyczącej „całości przedmiotu zamówienia” (całości objętej daną umową wykonawczą). I dopiero wtedy, mając wiedzę o potrzebie wykonania określonej ilości przyłączy do określonych lokalizacji (albo o braku takiej potrzeby, jeśli w danych lokalizacjach istnieją już wcześniej zbudowane przyłącza), można będzie określić, w jakiej relacji „część składowa” obejmująca cenę wykonania przyłączy pozostaje do „zaoferowanej ceny” całego zamówienia i do możliwości jego wykonania. Zależnie bowiem od tego, czy potrzeba wykonania przyłączy w ogóle zaistnieje, ilu lokalizacji będzie to dotyczyć, jaka będzie długość koniecznych przyłączy i warunki terenowe ich wykonania itd.), „część składowa” zaoferowanej wówczas ceny całego zamówienia może wynosić np. zero w przypadku, gdy we wszystkich lokalizacjach urządzenia będą podłączane do już istniejących przyłączy elektroenergetycznych, na którą to możliwość Zamawiający wprost wskazuje zarówno w treści SIWZ, jak i w treści udzielanych wykonawcom wyjaśnień, z których wynika, że wybrany wykonawca będzie obowiązany we wskazanej lokalizacji zainstalować stacjonarne urządzenie rejestrujące (fundament, konstrukcja wsporcza, urządzenie rejestrujące) i przyłączyć się do istniejącego przyłącza elektroenergetycznego.

Odwołujący stwierdził, że skoro ww. całkowicie możliwych sytuacjach nie byłoby dopuszczalne badanie jednostkowej ceny przyłącza (1 mb) w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 (a tym bardziej ust. 1a pkt 1 Pzp), to nie jest dopuszczalne badanie tej jednostkowej ceny, na tych podstawach, już w chwili obecnej. Mogłoby to bowiem skutkować odrzuceniem oferty zawierającej cenę jednostkową przyłącza, która w przyszłości (w razie jej nieodrżucenia) - na etapie konkretyzowania lokalizacji (a co za tym idzie - konkretyzowania potrzeby, ilości, długości i innych cech potrzebnych nowych przyłączy) - mogłaby tworzyć zerową albo „nieistotną” (w rozumieniu pierwszego zdania art. 90 ust. 1 Pzp) „część składową” „zaoferowanej ceny” całego zamówienia (jego części objętej daną umową wykonawczą). W ocenie wykonawcy PolCam istotności owej ceny jednostkowej nie można ocenić już na obecnym etapie postępowania. W okolicznościach sprawy, dla oceny tej istotności owej ceny jednostkowej przesądzającego znaczenia nie ma waga, jaka w warunkach postępowania Zamawiający przypisał tej cenie. Waga ta służy jedynie wzajemnemu porównaniu jednostkowych cen zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców wyłącznie dla potrzeb ustalenia kolejności złożonych przez nich ofert.

Kolejno Odwołujący odnosił się do złożonych wyjaśnień wskazując, że nawet w przypadku, gdyby można było traktować je za niedostateczne (czemu Odwołujący oponuje), to ich niedostateczność zdaniem Odwołującego nie mogła by skutkować odrzuceniem jego oferty, albowiem wskazana w art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp sankcja odrzucenia oferty jest bezpośrednio związana z poprzedzającą ją procedurą wezwania, uregulowaną w art. 90 ust. 1 i 1a Pzp. Innymi słowy, dopuszczalność i prawidłowość wezwania opartego na tych przepisach jest warunkiem, od którego uzależnione jest dokonywanie oceny zachowań Odwołującego (tj. złożenia lub niezłożenia wyjaśnień, ich wystarczalności itd.). Jeżeli wezwanie było niedopuszczalne, to wezwanie to nie wywołało skutków prawnych, zatem po

stronie Odwołującego nie powstał obowiązek złożenia wyjaśnień i udowodnienia, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Skoro tak, to w opinii wykonawcy PolCam nie jest możliwe zastosowanie wobec jego oferty sankcji odrzucenia. Następnie Odwołujący wskazywał, że już w swoich wyjaśnieniach dla Zamawiającego formułował zarzuty odnośnie dopuszczalności wzywania go do przedstawienia wyjaśnień cenowych, to jednak Zamawiający niejako automatycznie i bez jakiegokolwiek analizy uznał, że żądanie takich wyjaśnień było jednak dopuszczalne.

Następnie Odwołujący stwierdził, iż brak jest rażąco niskiej ceny w jego ofercie i wskazał na należyłość swoich wyjaśnień. Odwoływał się do oceny użytego w SIWZ pojęcia „przyłącza elektroenergetycznego” wykonanie, których to przyłączy może stanowić jeden z elementów zamówienia opisanego w szczególności w pkt 2.4 SIWZ. Dokonując interpretacji owego pojęcia Odwołujący stwierdził, że w rozpoznawanej sprawie pojęcie to musi być interpretowane w sposób odpowiadający jego powszechnemu rozumieniu opartemu na praktyce wykonywania takich przyłączy oraz na jednoznacznych przepisach Prawa energetycznego (i przepisach wykonawczych), natomiast pojęcie to nie może być interpretowane w sposób poszerzony.

Odwołujący stał na stanowisku, że żaden z zapisów SIWZ (w tym opis przedmiotu zamówienia), jak też żadna z odpowiedzi udzielanych wykonawcom przez Zamawiającego nie wskazywała, ani nawet nie sugerowała, aby użyte przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania sformułowanie „przyłącze elektroenergetyczne” miało być rozumiane w sposób odbiegający od tego, które wynika z owej praktyki i przepisów. Zdaniem wykonawcy PolCam taka sugestia nie płynie w szczególności w treści odpowiedzi na pytanie 4 sformułowanej przez Zamawiającego w wyjaśnieniach z dnia 29 kwietnia 2020 r., w której to odpowiedzi Zamawiający wskazał jedynie na rodzajowy zakres świadczeń związanych z wykonywaniem przyłącza, których wykonanie i koszt leżeć będzie po stronie wybranego wykonawcy. Zdaniem wykonawcy PolCam wynikające z powyższej odpowiedzi Zamawiającego konkluzje nie mogą prowadzić do tworzenia nowej definicji przyłącza, całkowicie oderwanej tego wyjaśnienia Zamawiającego. W ocenie Odwołującego w treści tego wyjaśnienia Zamawiający dwukrotnie posłużył się pojęciem „przyłącza”, tj. „długość przyłącza” oraz „koszty dokumentacji projektowej przyłącza”. W opinii wykonawcy PolCam rodzi to oczywistą konkluzję, że owe wyjaśnienie nie może być interpretowane jako definicja albo inny opis „pojęcia przyłącza”. Zgodnie bowiem z elementarnymi zasadami logiki, definicja albo opis, wyjaśniające znaczenie danego pojęcia, w swojej treści nie mogą się posługiwać tym pojęciem, którego wyjaśnieniu ta definicja/opis ma służyć.

Zdaniem Odwołującego odpowiedź udzielona przez Zamawiającego nie opisuje samego pojęcia „przyłącza”, a jedynie wskazuje (przy dwukrotnym użyciu pojęcia „przyłącze” w samej treści tego wyjaśnienia), że koszt wykonania przyłącza obejmował będzie wszystkie czynności i koszty, które z realizacją takiego przyłącza będą się wiązać. Wyjaśnienie to wskazuje zatem jedynie na zakres rodzajowy (i koszt) czynności składających się na wykonanie każdego metra bieżącego przyłącza - ale nie definiuje, jaki to odcinek linii elektroenergetycznej doprowadzającej energię do urządzeń pomiarowych jest uznawany za „przyłącze”. Innymi słowy, wyjaśnienie to nie wyjaśnia, że za przyłącze uważa się linię/odcinek linii zaczynający się i kończący w określonych miejscach („punktach rozgraniczenia”, jak to operatorzy elektroenergetycznych sieci przesyłowych określają w zawieranych przez nie umowach przyłączeniowych). Wyjaśnienie to wskazuje jedynie, że jeżeli dany fragment linii stanowi przyłącze, to koszt (i zryczałtowana cena) wykonania tego fragmentu powinna obejmować wszystkie rodzaje czynności i kosztów wskazanych w tym wyjaśnieniu.

Odwołujący stwierdził, że oczywiste jest, iż z przywołanego wyżej fragmentu odpowiedzi Zamawiającego nie wynika żadna dyrektywa (ani chociażby sugestia), by pojęciu „przyłącza elektroenergetycznego” (a w konsekwencji cenie jednostkowej 1 mb przyłącza) nadawać znaczenie odmienne, w szczególności szersze od tego, jakie wynika z przepisów prawa i rynkowej praktyki. Zgodnie z tą odpowiedzią Zamawiającego, cena jednostkowa miała być po zryczałtowana i kompletna, to jest obejmować wszystkie czynności i koszty niezbędne dla wykonania 1mb przyłącza. Ale to jeszcze nie wskazuje zakresu (rozciągłości, długości, końcowych punktów) pojęcia przyłącza, tj. nie wyjaśnia, których elementów/odcinków linii elektroenergetycznej ta cena ma znajdować zastosowanie, tzn. jaki odcinek danej linii stanowi „przyłącze elektroenergetyczne”, do którego cena ta ma być stosowana.

Odwołujący odnosił się również do wyjaśnień udzielonych wykonawcom przez Zamawiającego odpowiedziach z 12 i 18.05.2020 r. Jego zdaniem żaden fragment tych odpowiedzi nie definiuje ani nawet nie opisuje pojęcia „przyłącza elektroenergetycznego”. Wszystkie te odpowiedzi odnoszą się jedynie do rodzajowego zakresu czynności i kosztów, które będzie musiał ponieść wykonawca przyłącza, i które musi pokrywać zaoferowane przez niego cena. Żadna z tych odpowiedzi nie wskazuje natomiast co będzie się uważać za owe „przyłącze elektroenergetyczne”.

Kolejno wykonawca PolCam odnosił się również do odpowiedzi Zamawiającego na zadane pytania zwracając uwagę na bardzo istotne ich brzmienie, w szczególności na pyt 11 z dnia 12.05.2020 r. Jego zdaniem ww. odpowiedź zupełnie nie wskazuje, co należy rozumieć przez „przyłącze elektroenergetyczne”, to jednak daje jednoznacznie wskazówkę, czego to pojęcie na pewno nie obejmuje. Z tego wyjaśnienia zadaniem Odwołującego wynika, że sam Zamawiający zajmował i wyrażał stanowisko, iż „przyłącze elektroenergetyczne”, to jest ten element linii elektroenergetycznej, do której urządzenia się „przyłącza”. Argumentował, że „przyłączenie” urządzeń „do przyłącza elektroenergetycznego” musi nastąpić bez względu na to, która ze wskazanych w tym wyjaśnieniu opcji zachodzi w danej lokalizacji, tj. czy jest to przyłączenie urządzenia „do istniejącego przyłącza elektroenergetycznego”, czy też do takiego przyłącza elektroenergetycznego, które wykonawca ma dopiero „zaprojektować, uzgodnić i wykonać”. Oznacza to, że „przyłącze”, to nie każdy element całego „kabla” łączącego urządzenie z dostawcą albo nawet wytwórcą energii elektrycznej, lecz tylko ten fragment, do którego dopiero następuje „przyłączenie” urządzenia. Zdaniem Odwołującego ww. przyłączenie nie jest zatem elementem „przyłącza”, lecz elementem „dostawy i instalacji urządzenia”. Rozumienie odmienne byłoby dotknięte logicznym zarzutem *reductio ad absurdum*. Jeśli bowiem świadczenia (w tym prace, materiały, narzędzia, sprzęt itd.) stanowiące czynność „przyłączenia” i wyniki tych prac (w tym kable i linie wewnętrzne, instalacyjne, jak np. wewnętrzna instalacja na działce albo w budynku, przyłączana do „przyłącza” stanowiącego element sieci przesyłowej przedsiębiorstw energetycznych operatorów) miały być rozumiane jako element samego „przyłącza”, to w konsekwencji w ogóle nie można byłoby mówić „przyłączeniu do przyłącza”, o którym Zamawiający wspominał w omawianej tu odpowiedzi. Gdyby takie kable/linie wewnętrzne (instalacyjne) miały stanowić „przyłącze”, to wówczas ich wykonywanie nie mogłoby być nazywane „przyłączeniem do przyłącza” (w tym przypadku nie można rzeczy przyłączyć do samej siebie). Co więcej, w takim przypadku wykonawca nie byłby w ogóle zobowiązany do ich wykonywania takich czynności instalacyjnych, jeżeli w danej lokalizacji wskazanej w przyszłości przez Zamawiającego, przyłącze elektroenergetyczne już istnieje. W takim bowiem wypadku nie ma obowiązku wykonywania nowego przyłącza. Gdyby zatem pojęcie „przyłącza” to obejmowało także świadczenia instalacyjne (w tym kable stanowiące element sieci wewnętrznej, instalacyjnej), to tam, gdzie przyłącze już istnieje, nie było by obowiązku wykonywania nowego „przyłącza” (czyli także i linii wewnętrznych, gdyby uznawać je za element „przyłącza”).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający jasno wskazał, że „przyłączenia” (czyli prac instalacyjnych, także z zakresie wewnętrznych instalacji elektrycznej) oczekuje w każdym przypadku niezależnie od tego, czy jest to przyłączenie do „przyłącza” istniejącego, czy nowego, to jasno wskazał też, iż owe przyłączenie (i wszystkie świadczenia, w tym instalacje stanowiąc czynność takiego przyłączenia) nie są „przyłączem” ani „budową przyłącza”, o których mowa w SIWZ i w wielu odpowiedziach Zamawiającego.

Wykonawca PolCam stał na stanowisku, że oczywistym jest, iż wszystkie prace i świadczenia wykonawcy, które składać się mają na czynność „przyłączenia do przyłącza”, nie stanowią wykonania samego przyłącza, lecz są pracami instalacyjnymi i podlegają wykonaniu nawet w przypadku, gdy samo „przyłącze” (do którego następuje to „przyłączenie”) już istnieje i nie wymaga budowy.

Następnie Odwołujący stwierdził, że Zamawiający kilkakrotnie mówi o „budowie przyłączy”, jak też odróżnia pojęcie „przyłączenia” od pojęcia „przyłącza” to treść SIWZ oraz przepisów prawa jednoznacznie wskazuje, że budowa „przyłącza” nie może być utożsamiana z wykonywaniem „przyłączenia”, albowiem owe przyłączenie stanowi prace instalacyjne (co obejmuje także wewnętrzne instalacje elektryczne pomiędzy urządzeniem a „przyłączem”) zaś takich świadczeń instalacyjnych, stanowiących element „dostawy” (w rozumieniu art. 2 pkt 2 Pzp) nie uważa się za „budowę” (art. 2 pkt 8 Pzp), którym to pojęciem Zamawiający posługuje się do odniesienia do „przyłączy” mających stanowić składnik przedmiotu zamówienia. Takie jest właśnie właściwe rozumienie pojęcia „przyłącza”, i to pojęcie powszechne, a nie odosobnione. Wykonawca PolCam odwoływał się do potwierdzającej tę interpretację prywatnej „Opinii specjalistycznej” z dnia 17.11.2020 r. sporządzonej dla Odwołującego przez dr inż. A. S. .

Jego zdaniem powyższe okoliczności jasno wskazują, iż dokonując zaskarżonych czynności skutkujących odrzuceniem oferty Odwołującego dotyczącej części I i III zamówienia, Zamawiający popełnił rażące błędy w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę tych czynności co skutkowało bezprawnym bo sprzecznym z przepisami art. 2 pkt 2 i 8 Pzp, art. 29 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 1 Pzp, w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp odrzuceniem przez Zamawiającego oferty Odwołującego w odniesieniu do części I oraz III zamówienia.

Kolejno Odwołujący stwierdził, że istotne jest również, iż w przypadku, gdy zapisy SIWZ i odpowiedzi formułowane przez Zamawiającego nie są jednoznaczne i całkowicie jasne, to istnieje obowiązek stosowania zasady in dubio contra proferentem. Odwołujący zwracał uwagę, że zasada powyższa nie ulega ograniczeniu ani wyłączeniu wskutek tego, iż wykonawca ma prawo żądać od Zamawiającego wyjaśnienia niezrozumiałej, niejednoznacznej albo nieścisłej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tym kontekście wskazywał, iż w różni wykonawcy uczestniczący w postępowaniu zwracali się do Zamawiającego o udzielenie odpowiedzi mających pomóc im w rozdzieleniu dostawy urządzeń i ich instalacji (czyli „przyłączenia do przyłącza”) od wykonania samego „przyłącza” (czyli pomóc im w zrozumieniu, czym to „przyłącze” jest). I w udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi (tj. w odpowiedzi na pytanie 4 - wyjaśnienia z 29.04.2020r.), Zamawiający przez użycie „przyłączenie do przyłącza” wskazał na odrębność tych pojęć, czyli oddzielił „przyłączenie” (obejmujące także wykonanie instalacji wewnętrznej, czyli odcinka od skrzynki kończącej przyłączy wykonane przez przedsiębiorstwo energetyczne do urządzenia rejestrującego) od „budowę przyłącza” (do którego owe urządzenia i ów „kabel” instalacyjny mają być „przyłączane”). Nawet zatem w przypadku, gdyby przywołaną wyżej odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 4 z dnia 29 kwietnia 2020 r. traktować jako nieścisłą albo niejednoznaczną (w konsekwencji budzącą wątpliwości), to wykonawca nie był zobowiązany, aby w dopytywać o to samo zagadnienie, co do którego Zamawiający się już wypowiedział. W ocenie PolCam takie kolejne i kolejne dopytywanie byłoby bezprzedmiotowe, albowiem nie prowadziłoby do uzyskania od Zamawiającego odpowiedzi bardziej precyzyjnej i jednoznacznej. Wynika to z faktu, iż Zamawiający otrzymał od wykonawców kolejne pytanie w tym przedmiocie, co pokazuje, że wykonawcy nie uznawali odpowiedzi z dnia 29 kwietnia 2020 r. za dostatecznie jasne, i dążyli do uzyskania od Zamawiającego wyjaśnienia jaśniejszego i bardziej precyzyjnego. Jednakże, na owe kolejne pytanie dotyczące tego zagadnienia (tj. „na pytanie 2 (odpowiedzi z 18.05.2020 r.)” Zamawiający lakonicznie odpowiedział, iż „podtrzymuje zapisy SIWZ i odsyła do odpowiedzi na pytanie nr 4 z dnia 29 kwietnia 2020 r.”. Zdaniem Odwołującego skoro w owej, kolejnej już odpowiedzi, Zamawiający na nie zadał sobie trudu poszerzenia i doprecyzowania swojego wcześniejszego wyjaśnienia w tym przedmiocie, odwołując się do SIWZ i swojej wcześniejszej odpowiedzi to jest oczywiste, że dalsze dopytywanie go o to (w tym przez Odwołującego) nie mogło skutkować rozjaśnieniem ewentualnych niejasności postanowień SIWZ i treści wcześniejszej odpowiedzi Zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że gdyby hipotetycznie przyjąć, iż znaczenie użytego przez Zamawiającego pojęcia „przyłącza elektroenergetycznego” (determinujące też ocenę prawidłowości kalkulacji kosztów wykonania 1 mb takiego przyłącza) było przynajmniej niejednoznaczne i niejasne, to rozstrzygnięcie przez Zamawiającego tych wątpliwości w sposób skutkujący odrzuceniem oferty Odwołującego musiałoby być uznane za rażące naruszenie w szczególności przepisów art. 29 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 1 Pzp, skutkujące też naruszeniem w szczególności przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp (i to nawet w przypadku, gdyby w niniejszej sprawie co do zasady dopuszczalne było stosowanie w tym przypadku procedury wyjaśniania ceny opisanej w przywołanych przez Zamawiającego przepisach art. 90 ust. 1 oraz ust. 1 pkt 1 Pzp i gdyby procedurę tę prawidłowo przeprowadzono).

Wykonawca PolCam podnosił, że o potencjalnej niejasności i niejednoznaczności treści SIWZ i odpowiedzi udzielanych wykonawcom przez Zamawiającego, w zakresie wpływającym na ocenę pojęcia „przyłącza elektroenergetycznego” (a w konsekwencji na ocenę wielkości kosztów wykonania przyłącza, które należało uwzględnić przy kalkulowaniu jednostkowej ceny za wykonanie 1 mb takiego przyłącza), przemawiać może także i fakt, iż znaczenie tego pojęcia było odmienne u różnych wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu w szczególności, pojęcie to było interpretowane w odmienny sposób przez Odwołującego, przez Sprint oraz przez VITRONIC Machine Vision Polska Sp. z o.o.

Kolejno Odwołujący - wobec zaprezentowanej argumentacji - stwierdził, że bezzasadne byłoby też stanowisko o nienależności i niekompletności wyjaśnień złożonych Zamawiającemu przez Odwołującego odnośnie ceny jednostkowej 1 mb przyłącza elektroenergetycznego, zaoferowanej przez Odwołującego w złożonej przez niego ofercie. Przy kalkulacji oferowanej ceny wykonania 1 mb „przyłącza”, Odwołujący nie był bowiem zobowiązany do uwzględnienia (ani w zaoferowanej cenie, ani w wyjaśnieniach dla Zamawiającego nawet gdyby wezwania do ich złożenia było poprawne) oraz do szczegółowego wyjaśniania Zamawiającemu, kosztów takich, jak zakup materiałów (m.in. kable zasilające, rury osłonowe, studnia); - Sprzęt: (m.in. koparka ładowarka; przyczepa z zabezpieczeniem; przewiert); - Projektowanie (projekty TOR na czas robót; projekty tras kablowych; obsługa geodezyjna; uzgodnienia zewnętrzne); - Robocizna (m.in. układanie rur osłonowych; praca przy koparce; zaciąganie kabla energetycznego; odtworzenie nawierzchni); - koszty kontraktowe; - Koszty pośrednie”. Zgodnie bowiem z taryfami obowiązującymi u przedsiębiorstw energetycznych

(operatorów publicznych sieci elektroenergetycznych), pobierane przez nich opłaty przyłączeniowe obejmują pełne (wszystkie, kompletne) koszty wykonania kompletnych „przyłączy”, zaś elementem przyłącza nie są elementy i świadczące stanowiące „przyłączenie do przyłącza” (czyli koszty wykonania instalacji wewnętrznej, tj. odcinka od skrzynki kończącej przyłącze wykonane przez przedsiębiorstwo energetyczne do urządzenia rejestrującego), to oznacza, że koszt owej opłaty przyłączeniowej (ponoszonej przez wykonawcę na rzecz wykonującego przyłącze przedsiębiorstwa energetycznego będącego operatorem publicznej sieci elektroenergetycznej) niemal wyczerpuje koszty wykonania takiego przyłącza. Wynika to z postanowień odpowiednio pkt 5.13 (str. 30) taryfy Tauron Dystrybucja SA oraz pkt. 4.13 (str. 38) taryfy PGE Dystrybucja S.A.

Odwolujący stwierdził, że zawarte w wyjaśnieniach wyliczenia oparte na zapewnionych przez ustawodawcę warunkach równego dostępu do sieci energetycznej i są realistyczne. Zwracał uwagę, iż owe taryfy (i ujęte w nich stawki opłat przyłączeniowych) opierają się na treści przepisu art. 7 ust. 8 pkt 1 Prawa energetycznego, z którego wynika, iż opłata przyłączeniowa jest pochodną „rzeczywistych nakładów” poniesionych przez przedsiębiorstwo energetyczne (operatora sieci) w celu przyłączenia podmiotu przyłączanego do sieci elektroenergetycznej. Oznacza to, że ustalone w taryfach stawki musiały, zostać skalkulowane w sposób realistyczny, uwzględniający „rzeczywiste nakłady” (czyli wszystkie te, bez których poniesienia, takie przyłączenie nastąpić nie może, a zatem i wszystkie rzeczywiste nakłady związane z budową „przyłącza elektroenergetycznego” do którego nastąpić ma przyłączenie wewnętrznych instalacji podmiotu przyłączanego). Zatem stawki z taryf zawierają wszelkie czynności i koszty niezbędne do realizacji przyłącza przez zobowiązane do tego przedsiębiorstwa energetyczne. Odwołujący uznawał, że w tym kontekście nie można stwierdzić, że nie udzielił Zamawiającemu należytych, wyczerpujących wyjaśnień odnośnie kalkulacji zaoferowanej ceny jednostkowej wykonania 1 mb przyłącza, i że nie wykazał, iż cena ta nie jest rażąco niska, zatem nie może być mowy o odrzuceniu oferty Odwołującego dotyczącej części I i III zamówienia.

Odwolujący podniósł, że nie miał obowiązku kalkulowania i ujmowania kosztów wykonania owej instalacji wewnętrznej (kable ze skrzynki do urządzenia rejestrującego) w zaoferowanej cenie „przyłącza elektroenergetycznego”, w którego skład owa wewnętrzna instalacja nie wchodzi. Nie miał też obowiązku ujęcia kosztów wykonania takiej instalacji wewnętrznej (wykonywanej jak wyraźnie napisał Zamawiający dopiero w ramach „przyłączenia do przyłącza”) w przekazanych Zamawiającemu wyjaśnieniach „rażąco niskiej ceny”.

Wykonawca PolCam podtrzymywał, że w treści złożonych Zamawiającemu wyjaśnień szczegółowo omówił przyjęty przez siebie sposób kalkulacji ceny 1 mb „przyłącza” wynikający z taryf w/w przedsiębiorstw energetycznych. Jedyne tytułem przypomnienia wskazywał, iż w zaoferowanej przez Odwołującego cenie (dotyczącej wykonania 1 mb przyłącza) ujęto koszt ponoszony przez Odwołującego na rzecz przedsiębiorstw energetycznych, obejmujący kompletne wykonanie przez te przedsiębiorstwa takich przyłączy - wynoszący odpowiednio 20,21 zł., (w przypadku PGE) i 20,18 zł. (w przypadku Tauron). Oznacza to, że między wskazanym wyżej kosztem „opłaty przyłączeniowej”, czyli opłaty obejmującej wykonanie 1 mb kompletnego „przyłącza”, a ceną wykonania 1 mb przyłącza zaoferowaną przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu, pozostaje jeszcze nadwyżka w kwocie ok. 80 zł. netto za 1 mb. Jego zdaniem już w tym kontekście oczywistym być musi, iż taka jednostkowa marża (mająca pokryć koszty ograniczonych czynności organizacyjnych związanych z zawarciem z przedsiębiorstwami, energetycznymi umów o wykonanie przyłączy) jest nieporównywalnie większa od samego jednostkowego kosztu wykonania przez przedsiębiorstwa energetyczne owych przyłączy (gdzie owe wykonanie obejmuje znacznie więcej czynności znacznie bardziej kosztochłonne dla przedsiębiorstw energetycznych, niż czynności wykonywane przez zlecającego mu tę budowę przyłączy Odwołującego). Już z tego porównania wynika, iż nie mogły zaistnieć żadne wątpliwości odnośnie możliwości objęcia tą marżą zarówno kosztów pośrednich budowy przyłączy, jak i elementu zysku dla Odwołującego. Z nadwyżki tej Odwołujący nie musi zatem pokrywać niemal żadnych kosztów dodatkowych. Koniecznością będzie oczywiście poniesienie przez Odwołującego takich dodatkowych kosztów ale nie w odniesieniu do budowy „przyłącza”, lecz dopiero na etapie wykonywania „przyłączenia do przyłącza”, tj. świadczeń obejmujących dokonanie dostawy i instalacji urządzeń. Zatem dopiero na etapie zbierania przez Zamawiającego w przyszłości ofert, na których podstawie zawierane będą z wykonawcami umowy wykonawcze, Zamawiający zobowiązany będzie uwzględnić wszystkie (nawet drobne i poboczne) rodzaje kosztów, o ile będą one mieć zastosowanie do owej dostawy i instalacji urządzeń (w tym do wykonania wewnętrznej instalacji elektrycznej służącej wskazanemu przez „przyłączeniu do przyłącza”, a nie stanowiącej samego „przyłącza”). W tej sytuacji, owe koszty rodzajowo wyspecyfikowane w odwołaniu, a dotyczące wykonania instalacji wewnętrznej w ramach „przyłączenia urządzeń do przyłącza” nie tylko muszą, ale i nie mogą być ujmowane w cenie, która została przez Odwołującego zaoferowana na obecnym etapie postępowania. Cena ta nie została zaoferowana za wykonanie „przyłączenia” urządzeń „do przyłącza” (czyli „przyłączenia” będącego czynnością instalacyjną), lecz cena ta dotyczy wyłącznie budowy poprawnie rozumianego „przyłącza”. Z tej to przyczyny Odwołujący, w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach jasno podkreślił, że „różnica pomiędzy zaoferowaną ceną a faktycznymi ewentualnymi kosztami jest wystarczająca, aby zapewnić odpowiednią obsługę administracyjną - techniczną oraz wypracować na powyższym zagadnieniu zysk”, zatem kwestii istnienia kosztów pośrednich nie pominął, ale dotyczące ich wyjaśnienie sformułował w zakresie, który był możliwy. Odwołujący uznawał, że wytłumaczył całość zaoferowanej ceny jednostkowej, szczegółowo, konkretnie i w sposób oparty na dowodach (taryfy) i obliczeniach podając wartość jednego z dwóch składników ceny (tego, dla którego obliczenia istniały podstawy), natomiast w zakresie, w którym nie było możliwe ścisłe wyspecyfikowanie kosztów pośrednich (do dzisiaj, nieznanych i niemożliwych do wyliczenia), koszty owe uzasadnił w świetle wielkości założonej marży ujęte w zaoferowanej Zamawiającemu cenie. Natomiast w odniesieniu do prawidłowo rozumianego „przyłącza”, niemal wszystkie w/w koszty są już ujęte we wskazanych wyżej opłatach przyłączeniowych.

Odwolujący stwierdził, że mógł, w oparciu o swoją praktykę gospodarczą i doświadczenie, w ogólny jedynie sposób oszacować i rozsądnie założyć, iż 80 złotych marża netto wynikająca z nadwyżki zaoferowanej Zamawiającemu ceny jednostkowej budowy 1 mb przyłączy nad kosztami bezpośrednimi wykonania tych przyłączy (opłatami przyłączeniowymi) z nadatkiem pokryje związane z wykonaniem tych przyłączy koszty pośrednie, co zostało zakomunikowane w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach. Odwołujący wyjaśniał, że z wykonaniem przyłączy przez przedsiębiorstwa energetyczne czynności sprowadzałyby się wyłącznie do nawiązania z tymi przedsiębiorstwami energetycznymi kontaktu, złożenia wniosków o przyłączenie i podpisanie umów przyłączeniowych. Nawet sprawowanie jakiegokolwiek nadzoru nad faktycznym wykonywaniem przyłączy przez owe przedsiębiorstwa energetyczne nie byłoby tu potrzebne to bowiem owe przedsiębiorstwa energetyczne w pełni odpowiadają za poprawność wykonania i jakość owych przyłączy, które stanowią, będąc wsłak elementem sieci (i własność) tych przedsiębiorstw i służyć, wykonywaniu przez niego dostaw energii do wewnętrznej instalacji Zamawiającego.

2. Zarzuty odnoszące się do oferty wykonawcy Sprint.

Odwolujący wskazywał, że Zamawiający, zamieszczając formularz techniczny dla każdej części określił ten dokument jako część oferty (Część I SIWZ pkt 5.5 „Ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta” (formularz numer OF.O.) oraz formularze techniczne (odpowiednio dla każdej części zamówienia). W formularzu tym, osobno dla każdej z części zamówienia Zamawiający przedstawił listę wymagań technicznych i funkcjonalnych w jednej kolumnie oraz wymagał jednoznacznej deklaracji stwierdzającej czy dane urządzenie spełnia te wymagania dla każdego z tych wymagań osobno, w kolumnie obok. Deklarację taką każdy z wykonawców miał przedstawić w formie stwierdzenia „Spełnia” lub „Nie spełnia” albo „Tak” lub „Nie”. Oznacza to, że dla Zamawiającego wypełnienie formularza oraz jednoznaczna deklaracja dla każdego z wymagań technicznych oraz funkcjonalnych stanowiło element na tyle istotny, aby nie opierać się jedynie na stwierdzeniu zawartym w formularzu oferty w stylu: „składam ofertę zgodną z SIWZ”, „oferuję wykonanie zamówienia zgodnie z SIWZ” lub podobnym, powszechnie stosowanym w zamówieniach publicznych. Odwołujący następnie podnosił, że Zamawiający zawarł, co prawda, w punkcie 4 formularza OF.O, oświadczenie, iż „wszystkie zaofertowane urządzenia spełniają wszystkie podstawowe wymagania opisane w tabelach”, jednak treść tego oświadczenia nie odnosi się do wszystkich, a jedynie do „podstawowych” wymagań określonych w tabelach. Zamawiający, w treści formularzy technicznych jako wymagania podstawowe wskazał jedynie te, które dotyczą części opisanej „WYMAGANIA KONIECZNE DO ZAPEWNIENIA INTEGRACJI URZĄDZENIA REJESTRUJĄCE CENTRALNYM SYSTEMEM PRZETWARZANIA CPD CANARD”. Zdaniem wykonawcy PolCam wskazuje to sformułowanie zamieszczone właśnie w miejscu, w którym kończą się wymagania dotyczące urządzeń rejestrujących a zaczynają wymagania dotyczące integracji z systemem CPD CANARD: „Wymagania funkcjonalne urządzeń rejestrujących i integrujących mogą być spełnione zarówno poprzez funkcjonalność samego urządzenia rejestrującego lub dodatkowego urządzenia integrującego, tak aby wszystkie wymagania podstawowe określone poniżej były łącznie spełnione”. Wymagania zaś, co do których Sprint nie określił czy oferowane urządzenie je spełnia czy nie spełnia znajdują się w części powyżej a nie poniżej wspomnianych wymagań dla integracji. W ocenie Odwołującego oświadczenie o spełnieniu wszystkich podstawowych wymagań zawarte w formularzu ofertowym OF.O odnosi się jedynie do wymagań związanych z integracją i nie może zastąpić brakujących oświadczeń co do parametrów oferowanego sprzętu.

Kolejno wykonawca PolCam wyjaśnił, że Sprint w przypadku pozycji 9 dla II części zamówienia oraz pozycji 5 i 14 dla III części zamówienia pozostawił w formularzu technicznym OF.1 puste miejsce, nie wpisując nic. Odwołujący stwierdził, że oferta złożona przez Sprint w tym zakresie nie jest zgodna z treścią SIWZ oraz jednoznacznie z wymaganiami Zamawiającego. Żadne z tych wymagań nie zawiera się w wymaganiach podstawowych, zatem nie może ich dotyczyć deklaracja ogólna zawarta w pkt 4 oferty na formularzu ofertowym OF.O.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności i stan faktyczny, w ocenie Odwołującego było oczywiste, że w świetle postanowień zawartych w art. 87 ust. 1 Pzp Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Sprint do wyjaśnień tej treści bowiem de facto prowadziło to do, zabronionej wprost w tej regulacji, negocjacji treści oferty a w konsekwencji niedopuszczalnej zmiany w jej treści.

Następnie wykonawca PolCam podał, że Sprint, w wyjaśnieniach przesłanych Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie, stwierdził, że nastąpiła oczywista omyłka pisarska. Jednak zdaniem Odwołującego w omawianym przypadku nie można mówić ani o oczywistej omyłce ani o fakcie, iż jest to omyłka pisarska. Świadczy o tym bowiem możliwość użycia przeciwstawnych sformułowań językowych jakie Zamawiający przewidział dla wspomnianych wcześniej pozycji formularza technicznego OF.O. Jednocześnie Sprint stwierdził, iż do omyłki doszło w wyniku formatowania tekstu i zamiany pliku z worda na pdf. Takie wy tłumaczenie powodów przekazania oferty nie odpowiadającej treści SIWZ utwierdzało Odwołującego w przeświadczeniu, iż miast omyłki mamy do czynienia co najmniej z brakiem należytej staranności po stronie Sprint. Po pierwsze, błąd w zakresie formatowania tekstu nie jest oczywistą omyłką pisarską. Po drugie, nie wydaje się możliwe, aby w trakcie „zmiany pliku z worda na pdf” mogły zniknąć całe wyrazy akurat w części dokumentu wypełnianej przez wykonawcę i tylko tam. Po trzecie, zwykła staranność wymaga przejrzania treści oferty przed jej podpisaniem. Ponadto, zarówno Odwołujący jak i inni wykonawcy zapewne również korzystali z konwersji plików MS Word do formatu PDF i nie mieli podobnych problemów z „formatowaniem”. Wy tłumaczenie to jest również tym bardziej zadziwiające, że Zamawiający umożliwił składanie ofert w formie elektronicznej w formacie m.in. .doc oraz .docx. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób nieuprawniony i wbrew stanowisku wykonawcy Sprint zakwalifikował brak deklaracji w zakresie spełniania wymagań w formularzu technicznym OF.O w pozycji 5 i 14 dla Części III zamówienia jako „inną omyłkę” w rozumieniu przepisu art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Następnie zaś Zamawiający wprowadził tam zmianę, która w stosunku do pierwotnie złożonej oferty jest zmianą istotną.

Wykonawca PolCam następnie stwierdził, że nawet gdyby, brak w złożonej przez Sprint ofercie mógł być hipotetycznie kwalifikowany jako oczywista „inna omyłka” o charakterze pozwalającym Zamawiającemu na jej samodzielne poprawienie, to koniecznym prawnym warunkiem skuteczności takiej poprawki jest skuteczne wyrażenie przez Sprint zgody na dokonanie określonej poprawki. Aby zaś taka zgoda została wyrażona w sposób skuteczny, musiałoby to nastąpić w przewidzianej przepisami Pzp formie pisemnej z uwzględnieniem wymagań określonych przez Zamawiającego w treści SIWZ oraz wynikających z art. 9 ust. 1 Pzp w zw. z art. 78 § 1 i § 2 k.c. czyli wymagałoby to sporządzenia dokumentu w formie elektronicznej oraz opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwolujący podkreślał, że wyjaśnienia Sprint z dnia 2 lipca 2020 r. nie mogą być, kwalifikowane jako wyrażenie przez niego zgody w rozumieniu z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp. Wyjaśnienia te zostały bowiem udzielone przez Sprint w odpowiedzi na przesłane mu przez Zamawiającego wezwanie z dnia 30 czerwca 2020 r. do złożenia wyjaśnień związanych z wypełnieniem pól formularzy technicznych dla tej części: wierszy 5 i 14 dla części III. Zarówno to wezwanie z 30 czerwca 2020 r., jak i wyjaśnienia Sprint z 2 lipca 2020 r. miały miejsce przed dokonaniem poprawki przez Zamawiającego. O poprawieniu omawianego tu braku w ofercie Sprint Zamawiający zawiadomił Sprint dopiero w dniu 8 lipca 2020 r., zatem jest oczywiste, że wyjaśnienia Sprint z 2 lipca 2020 r. nie mogą być kwalifikowane jako zgoda na dokonanie poprawki, której to zgody - w świetle brzmienia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp wykonawca udziela. Za taką zgodę mogłoby zatem być uznane wyłącznie oświadczenie złożone przez Sprint nie wcześniej, niż w dniu 8 lipca 2020 r. (data doręczenia mu zawiadomienia o już dokonanej przez Zamawiającego poprawce) albo w terminie 3 dni od tej daty.

W dniu 7 stycznia 2021 r. Zamawiający przesłał do Izby odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o:

1. Nierozpoznanie odwołania co do części zarzutów tj. w zakresie:

1.1. zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt, 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 Pzp w związku z tym, że odwołanie w tym zakresie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie (art. 189 ust.

2 pkt 3 Pzp);

1.2. zarzutu naruszenia art. 2 pkt 2 i 8 Pzp, art. 65 § 1 k.c., art. 29 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp

–przez zaniechanie zastosowania przez Zamawiającego zasady in dubio contra proferentem do rozstrzygnięcia wynikających z SIWZ wątpliwości i niejasności, dotyczących znaczenia pojęcia „przyłącza elektroenergetycznego”, determinującego zakres kosztów, które należy uwzględnić w oferowanej cenie,

–poprzez rozszerzenie pojęcia „przyłącze elektroenergetyczne” w stosunku do znaczenia tego pojęcia opartego na przepisach Prawa energetycznego i jego przepisach wykonawczych,

w związku z tym, że odwołanie w tym zakresie zostało wniesione po upływie terminu określonego w Pzp,

2. oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, ewentualnie w całości na wypadek uznania, że zarzuty wskazane w pkt 1 powyżej zostały postawione w terminie,

3. oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii specjalistycznej z dnia 17.11.2020 r. na okoliczność znaczenia pojęcia „przyłącza energetycznego” oraz z zeznań świadka M. Ż. na okoliczność sposobu rozumienia pojęcia „przyłącza elektroenergetycznego” przez innego wykonawcę spółkę VITRONIC Machine Vision Polska sp. z o.o.

- jako dowodów na potwierdzenie okoliczności nieistotnych dla rozstrzygnięcia sprawy oraz niewymagających specjalistycznej wiedzy biegłego,

4. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu postawionych wniosków Zamawiający przedstawiał następującą argumentację.

Postępowanie o udzielenie zamówienia, którego dotyczy złożone odwołanie, podzielone zostało na 3 części.

Złożona w części II postępowania oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu ze względu na wystąpienie rażąco niskiej ceny (zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27.10.2020 r. o sygn. KIO 2394/20). We wskazanej sprawie (rozstrzygniętej merytorycznie na skutek sprzeciwu Odwołującego wobec czynności uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania wniesionego przez wykonawcę Sprint) Izba doszła do przekonania, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia z dnia 2.07.2020 r. (złożone na wezwanie Zamawiającego z dnia 29.06.2020 r.) potwierdziły zaoferowanie przez Odwołującego rażąco niskiej ceny w zakresie „ceny wykonania 1 mb przyłącza elektroenergetycznego”. Zdaniem Zamawiającego istotne pozostawało, że w zaskarżonych niniejszym odwołaniem częściach I i III postępowania Odwołujący złożył ofertę, zawierającą taką samą cenę za wykonanie 1 mb przyłącza elektroenergetycznego, co zresztą było objęte jedynym kryterium cenowym spośród wszystkich kryteriów oceny ofert, przyjętych przez Zamawiającego. Tym samym zarówno wezwanie Zamawiającego z dnia 29.06.2020 r., jak również wyjaśnienia Odwołującego z dnia 2.07.2020 r. w sposób bezpośredni dotyczą ceny za wykonanie przyłącza zaoferowanej we wszystkich częściach postępowania. Skoro zatem Zamawiający dysponował wiążącym dla niego rozstrzygnięciem Izby, potwierdzającym rażąco niską cenę w zakresie części II postępowania, to niewątpliwie Zamawiający uprawniony, a nawet zobowiązany był, rozstrzygnięcie to odnieść do pozostałych części postępowania (I i III), w których zaoferowana została przez Odwołującego ta sama cena za wykonanie przyłącza elektroenergetycznego. W opinii Zamawiającego Odwołujący w treści odwołania nie przedstawił natomiast żadnych okoliczności, które w sposób znaczący różniłyby część II od części I i III, a w konsekwencji uzasadniałyby konieczność odmiennego podejścia ze strony Zamawiającego do badania ceny rażąco niskiej odrębnie dla każdej części postępowania.

W ocenie Zamawiającego złożone przez Odwołującego odwołanie jest jedynie spóźnioną polemiką zarówno z postanowieniami SIWZ, jak również z podjętymi przez Zamawiającego czynnościami w toku oceny i badania ofert, dla zaskarżenia których termin już dawno minął. Podobnie za zupełnie bezzasadne Zamawiający uznawał zarzuty, odnoszące się do oferty złożonej przez wykonawcę Sprint. Jego zdaniem nie dopuścił się w zakresie badania i oceny ww. oferty żadnych zarzucanych mu naruszeń.

1. Spóźnione zarzuty co do naruszenia art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 Pzp.

Zamawiający podnosił, że informację o wezwaniu Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny ten powziął w dacie wezwania, tj. w dniu 29.06.2020 r. Wszelkie zastrzeżenia co do prawidłowości procedowania Zamawiającego w zakresie ww. wezwania mogły być przedmiotem zaskarżenia z wykorzystaniem środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami Pzp najpóźniej do 9.07.2020 r. Tymczasem Odwołujący nie tylko nie złożył stosowanego odwołania w terminie przewidzianym ustawą, ale też uczynił zadość temu wezwaniu, składając wymagane wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Podnoszenie na obecnym etapie postępowania zarzutów wobec czynności Zamawiającego, o której Odwołujący wiedział już pół roku temu, uznać należy za niedopuszczalne na gruncie przepisów Pzp. Wobec powyższego jakakolwiek polemika z argumentacją Odwołującego w przedmiocie, który nie może być objęty zakresem zaskarżenia w rozpoznawanej sprawie, jest bezcelowa. Zdaniem Odwołującego zarzut naruszenia przepisów art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 Pzp nie powinien być bowiem w ogóle merytorycznie rozpoznany.

2. Spóźnione zarzuty odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 2 pkt 2 i 8 Pzp, art. 65 § 1 k.c., art. 29 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 - zaniechanie zastosowania zasady in dubio contra proferentem do rozstrzygnięcia niejasności SIWZ, dotyczących znaczenia pojęcia „przyłącza elektroenergetycznego”.

Zamawiający stał na stanowisku, że ww. zarzut też należy uznać za spóźniony. Następnie wyjaśniał, że w trybie art. 38 ust. 1 Pzp Zamawiający udzielił wykonawcom wyczerpujących wyjaśnień wobec wątpliwości, jakie były zasygnalizowane w toku postępowania w związku z zapytaniami od wykonawców (odpowiedź z dnia 29.04.2020 r. na pytanie nr 4 oraz odpowiedź z dnia 12.05.2020 r. na pytanie nr 11). Tym samym Zamawiający wskazał, okoliczności należy wziąć pod uwagę przy kalkulowaniu ceny wykonania przyłącza elektroenergetycznego.

Zamawiający wskazywał, że istotne pozostaje, że żaden z wykonawców w terminie przewidzianym ustawą nie zaskarżył ani postanowień SIWZ, odnoszących się do opisu przyjętego kryterium oceny ofert (związanego z wykonaniem 1 mb przyłącza elektroenergetycznego), ani postanowień odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, ani treści udzielonych wyjaśnień w zakresie sposobu rozumienia ww. pojęcia „cena wykonania 1 mb przyłącza elektroenergetycznego”. Żaden z wykonawców nie podniósł wówczas zarzutu naruszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek przepisów, czy też zasad interpretacyjnych przy rozstrzyganiu wątpliwości, czy też niejasności treści SIWZ w kontekście ww. pojęcia. Nie zostało również wniesione odwołanie na zaniechanie przez Zamawiającego udzielania

wyjaśnień treści SIWZ. Zamawiający zaś przy ocenie ofert, zwłaszcza w kontekście rażąco niskiej ceny, kierował się wyłącznie zasadami przyjętymi w SIWZ i doprecyzowanymi w trybie art. 38 ust. 1 Pzp. Tym samym zdaniem Zamawiającego za spóźniony należy uznać zarzut naruszenia art. 2 pkt 2 i 8 Pzp, art. 65 § 1 k.c., art. 29 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp w kontekście czynności, do której ten zarzut się odnosi, tj. zaniechania zastosowania zasady in dubio contra proferentem do rozstrzygnięcia wątpliwości i niejasności wynikających z treści SIWZ.

3. Spóźnione zarzuty odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 2 pkt 2 i 8 Pzp, art. 65 § 1 k.c., art. 29 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp - rozszerzenie pojęcia „przyłącze elektroenergetyczne”.

Zamawiający podobnie jak powyżej stwierdził, że ww. zarzut jest również spóźniony. Wyjaśniał, że w treści postanowień SIWZ nie czynił żadnego odniesienia do definicji przyłącza zawartej w Prawie energetycznym, stąd niezrozumiałe pozostaje odwołanie się w przedmiotowym zarzucie do tychże przepisów. Kwestia przyłącza została przez Zamawiającego rozwinięta udzielonymi wyjaśnieniami, z zwłaszcza odpowiedzią nr 11 na pytanie z dnia 12.05.2020 r. Jeżeli według Odwołującego pojęcie „przyłącza energetycznego”, użyte w opisie przedmiotu zamówienia, zostało przez Zamawiającego w sposób nieuprawniony rozszerzone w stosunku do znaczenia tego pojęcia opartego na przepisach Prawa energetycznego powyższe podlegało ewentualnemu zaskarżeniu w ramach środków ochrony prawnej, a żaden z wykonawców nie skorzystał ze swojego uprawnienia w tym zakresie. Jego zdaniem czynienie Zamawiającemu na obecnym etapie postępowania zarzutu, sprowadzającego się de facto do kwestionowania postanowień SIWZ (opisu przedmiotu zamówienia) jest niedopuszczalne.

4. Oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 2 pkt 2 i 8 Pzp, art. 65 § 1 k.c., art. 29 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 - błędna ocena wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wskazał, że powyższa kwestia była przedmiotem rozstrzygnięcia KIO w wyroku z dnia 27.10.2020 r. (KIO 2394/20). Jak wspomniano na wstępie sprawa prowadzona przez KIO dotyczyła kwestii rażąco niskiej ceny w kontekście zaoferowanej przez Odwołującego ceny za wykonanie 1 mb przyłącza w cz. II postępowania, przy czym cena ta była taka sama, jak cena zaoferowana w częściach I i III (tj. 100,00 zł netto). Ocena KIO opierała się zaś na wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 2.07.2020 r., odnoszących się również do cz. I - III postępowania.

Kolejno Zamawiający podał, że wyjaśnienia, o których mowa wyżej, ograniczały się do przedstawienia regulaminowych stawek wykonania przyłącza elektroenergetycznego przez PGE i TAURON. A mianowicie przy założeniu maksymalnej długości przyłącza kablowego (500 m) - wykonawca wskazał na dwie stawki średniego kosztu budowy przyłącza elektroenergetycznego 20,21 zł w przypadku PGE oraz 20,18 zł w przypadku TAURON. Jednocześnie porównanie ww. stawek do ceny zaoferowanej przez Odwołującego (100,00 zł netto) miało wskazywać na zysk wykonawcy i ewentualną „rezerwę” na pokrycie ewentualnych dodatkowych kosztów, zapewnienia odpowiedniej obsługi administracyjno-technicznej.

Zdaniem Zamawiającego zauważenia wymaga, że w złożonych wyjaśnieniach poza przywołaniem stawek PGE oraz TAURON brak jest jakichkolwiek informacji, jakie koszty składają się na wykonanie przyłącza i gdzie w związku z tym wykonawca upatruje oszczędności, umożliwiających złożenie oferty cenowej na zaoferowanym poziomie. Nie ma informacji nt. zakupu materiałów (takich jak kable zasilające, rury osłonowe, studnia), kosztów sprzętowych (koparka, ładowarka, przyczepa z zabezpieczeniem, wykonanie przewierć), kosztów projektowych (projekty TOR na czas robót, projekty tras kablowych, obsługa geodezyjna, uzgodnienia zewnętrzne), kosztów robocizny (m.in. układanie rur osłonowych, praca przy koparce, zaciąganie kabla energetycznego, odtworzenie nawierzchni), kosztów kontraktowych, czy też kosztów pośrednich. Lakoniczność wyjaśnień, brak szczegółowych rozliczeń i wskazania pozycji kosztowych zdaniem Zamawiającego determinuje uznanie, że Odwołujący nie udowodnił braku przesłanek rażąco niskiej ceny w zakresie stawki przez niego zaoferowanej w kryterium „cena 1 mb wykonania przyłącza elektroenergetycznego” a zgodnie z przepisami Pzp to na nim spoczywał ciężar dowodu.

Powyższe potwierdziła KIO w wyroku z dnia 27.10.2020 r., wskazując po pierwsze na brak zasadności odniesienia się przez Odwołującego wyłącznie do taryf i stawek operatorów. Izba przyznała bowiem, że takie podejście nie znajduje potwierdzenia w postanowieniach SIWZ i udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnieniach treści SIWZ. Jednocześnie Izba wykluczyła możliwość ponownego zwrócenia się do Odwołującego z wezwaniem do przedstawienia uzupełniających wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zamawiający nie zgadzał się z Odwołującym co do tego, że Zamawiający w zakresie cz. I i III postępowania nie jest związany ww. wyrokiem Izby z dnia 27.10.2020 r. stwierdzając, że co do zasady wyroki KIO i zawarte w nich motywy rozstrzygnięć są wyznacznikiem działań większości zamawiających, co niewątpliwie zapewnia jednolitość stosowania przepisów Pzp. W sytuacji zaś, kiedy określony wyrok dotyczy nie tylko konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, nie tylko identycznego stanu faktycznego ale również tego samego problemu, przed którym Zamawiający stoi ponownie, to nie ma wątpliwości, że w takiej sytuacji Zamawiający powinien postąpić zgodnie z wcześniejszym rozstrzygnięciem KIO. W kontekście założeń co do „ceny za wykonanie 1 mb przyłącza elektroenergetycznego” nie ma bowiem żadnych istotnych różnic między poszczególnymi częściami postępowania, które mogłyby uzasadniać odmienne podejście Zamawiającego do tego samego problemu. Nie bez znaczenie pozostaje również to, że wyrok KIO jest wykonalny z dniem jego ogłoszenia, bez względu na wszczęcie procedury skargowej przed właściwym sądem okręgowym. Gdyby Zamawiający w zakresie części I i III zaniechał odrzucenia oferty Odwołującego, a odrzuciłby ofertę w cz. II zgodnie z wyrokiem KIO - pomimo identycznych przesłanek oceny tych ofert jego działania byłyby bezpodstawne i niewytłumaczalne. Zamawiający dopuściłby się tym samym naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

5. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 Pzp w zw. z art. 78¹ § 1 i 2 k.c. oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający stwierdził, że również ten zarzut jest chybiony. Złożone przez Sprint formularze techniczne rzeczywiście nie miały wypełnionych kilku pól, znajdujących się na najwyższych pozycjach formularza (tj. na samej górze strony). Pozycje w kontekście graficznym de facto pokrywały się z poprzedzającymi je pozycjami, w konsekwencji czego brakowało miejsca na potwierdzenie spełnienia wymagań minimalnych parametrów sformułowanych w kolumnie obok. Zamawiający wyjaśniał, że wykonawca nie był zobowiązany do podania w tych pozycjach konkretnych parametrów, wartości itp., a jedynie złożenia ogólnego oświadczenia „spełnia” w stosunku do parametrów wskazanych w kolumnie obok. Wyjaśnieniami z dnia 2.07.2020 r. wykonawca wskazał: „nastąpiła oczywista omyłka pisarska, która była skutkiem

formatowania tekstu i zamiany pliku z worda na pdf". Jednocześnie wykonawca oświadczył, że oferowane urządzenie rejestrujące spełnia wszystkie wskazane wymogi. Takie samo oświadczenie zostało zawarte w pkt. 4 formularza ofertowego w brzmieniu: „oświadczamy, że ww. urządzenia rejestrujące spełniają wszystkie podstawowe wymagania opisane w tabelach, o których mowa w pkt. 4 części II siwz w formularzu OF. I dla części wskazanych w pkt. 3 Formularza Ofertowego”.

Zdaniem Zamawiającego nie można zgodzić się z Odwołującym, że należy restrykcyjnie odróżnić wymagania podstawowe od minimalnych, które zostały wskazane w formularzach technicznych. Prowadziłoby to do absurdalnych wniosków, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców złożenia w formularzu ofertowym oświadczenia, potwierdzającego spełnienia tylko części wymogów. Oczywistym pozostaje, że oświadczenie to dotyczyło wszystkich wymogów zarówno podstawowych, jak i minimalnych, które w tym kontekście są absolutnie zrównane. W tym stanie rzeczy Zamawiający doszedł do słusznego przekonania, że istnieją ewidentne podstawy do samodzielnego poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, bo z takim rodzajem omyłki ma do czynienia.

Zaś co do zarzutu związanego z formą oświadczenia to Zamawiający wskazywał, że przepisy Pzp w ogóle nie wymagają złożenia przez wykonawcę oświadczenia, wyrażającego zgodę na poprawienie przez Zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Natomiast zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 7 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W ocenie Zamawiającego zgoda może być dorozumiana (milcząca), jeśli wykonawca nie złoży wyraźnego sprzeciwu wobec samodzielnego poprawienia przez Zamawiającego omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

KIO 3159/20

W dniu 30 listopada 2020 r. wykonawca ZURAD Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej przy ul. Stacyjnej 14 (dalej: „ZURAD” lub „Odwołujący”)wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w postępowaniu w zakresie części I, polegających na:

- nieprawidłowej czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, w sytuacji, gdy z przedłożonych przez Odwołującego dokumentów wynika jednoznacznie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania potencjału kadrowego, a zwłaszcza, gdy Odwołujący przedstawił prawidłowo podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym dokument elektroniczny potwierdzający warunki określone w Części III pkt A ppkt 1.3.2 SIWZ, tj. w sposób wymagany w Części III pkt A ppkt 12.1.2 SIWZ,
- nieprawidłowej czynności odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na rzekomy upływ terminu związania ofertą, w sytuacji, gdy Odwołujący pozostawał i cały czas pozostaje związany ofertą, ponadto wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą w wymaganej formie.

Zaskarżonym czynnościami i zaniechaniami Zamawiającego wykonawca ZURAD zarzucał:

- 1.naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, w sytuacji, gdy z przedłożonych przez Odwołującego dokumentów wynika jednoznacznie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania potencjału kadrowego, a zwłaszcza, gdy Odwołujący przedstawił prawidłowo podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym dokument elektroniczny potwierdzający warunki określone w Części III pkt A ppkt 1.3.2 SIWZ, tj. w sposób wymagany w Części III pkt A ppkt 12.1.2 SIWZ,
- 2.naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp w zw. z art. 85 ust. 2 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 67 k.c. w zw. z art. 65 k.c. przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekomy upływ terminu związania ofertą, w sytuacji, gdy Odwołujący pozostawał i cały czas pozostaje związany ofertą, ponadto wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą w wymaganej formie.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
- dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i uznanie, że Odwołujący prawidłowo wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego oraz termin związania ofertą nie upłynął ani nie został przerwany.

W treści uzasadnienia Odwołujący podnosił m. in, że:

- 1.Odwołujący prawidłowo wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania potencjału kadrowego

Zgodnie z Częścią III SIWZ „Warunki dotyczące postępowania prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej” pkt A ppkt 1.3.2 (pkt 63):

„O zawarcie umowy ramowej mogą ubiegać się Wykonawcy (...) spełniający warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, dotyczące: (...) Zdolności technicznej lub zawodowej (...) w zakresie potencjału kadrowego (dot. Części I III) Wykonawca musi wykazać dysponowanie minimum 5 osobami, które będą uczestniczyć przy realizacji zamówienia, przeszkolonymi i uprawnionymi do instalacji i serwisowania oferowanych przez Wykonawcę urządzeń rejestrujących, tj. legitymującym się dokumentem/certyfikatem wydanym przez producenta oferowanych urządzeń rejestrujących poświadczającym ww. uprawnienia”.

Zgodnie z Częścią III SIWZ „Warunki dotyczące postępowania prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej” pkt A ppkt 12.1.2 (str. 67 i 68):

„ W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwie Wykonawców, których oferty zostały najwyżej ocenione, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia niżej wymienionych dokumentów i oświadczeń (...) na potwierdzenie spełniania warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej (...) w zakresie potencjału kadrowego: - wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami według wzoru zawartego w Formularzu DP.2

Zamawiający wprowadził Formularz numer DP.2. pn. „Wykaz osób”, w którym każdy Wykonawca w postępowaniu oświadcza: „(...) oświadczamy, że dysponujemy niżej wymienionymi osobami, które zostaną skierowane przez nas do świadczenia usług objętych niniejszym zamówieniem (...)”. Poniżej tego oświadczenia znajduje się tabela, w której należy wskazać pięć osób spełniających warunki, wpisując w kolejnych kolumnach:

-Imię i nazwisko:

-Krótki opis kwalifikacji / uprawnienia / Nazwa producenta wydającego zaświadczenie (informacja o szkoleniach uprawnieniach i certyfikatach uprawnieniach i dokument ach/certyfikat ach wydanym przez producenta oferowanych urządzeń rejestrujących poświadczającym ww. uprawnienia);

-Informacja o podstawie do dysponowania wskazaną osobą.

Poniżej zamieszczono instrukcję: „(Dokument należy podpisać kwalifikowanym podpisem elektronicznym)”.

Wykonawca ZURAD wskazywał, że nie było sporne, że Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, w dniu 28 lipca 2020 r. złożył wykaz osób skierowanych przez niego do realizacji zamówienia, w którym wskazał pięć osób spełniających warunki udziału w postępowaniu, podając ich imiona, nazwiska oraz podstawę dysponowania (u wszystkich umowa o pracę), a także informację o zajmowanym stanowisku oraz wszędzie to samo zapewnienie: „Posiada uprawnienia do serwisowania urządzeń rejestrujących wydane przez ZURAD Sp. z o.o.” Dla osób z poz. 2-5 wskazano dodatkowo, że posiada uprawnienia SEP.

Odwołujący podkreślał, że jest producentem urządzeń rejestrujących, co Zamawiający wie, biorąc pod uwagę wieloletnią współpracę. W jego ocenie zatem w powyższym zdaniu jednoznacznie potwierdził w pierwotnie złożonym wykazie, że wskazane osoby przeszły wymagane szkolenia, co jest oczywiste, skoro posiadają wymagane uprawnienia, uzyskane, co oczywiste, po przejściu odpowiednich szkoleń. Innymi słowy osoba nie może posiadać uprawnień bez odbycia wymaganych szkoleń. Certyfikat jest wydawany osobie, która odbyła szkolenie wewnętrzne z obsługi, naprawy oraz montażu urządzenia, jakim jest fotoradar „Fotorapid”. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wymagał wyłącznie potwierdzenia w wykazie, że osoby posiadają „kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia publicznego”, co Odwołujący potwierdził.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający błędnie odwołuje się do § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bowiem przepis ten odnosi się wyłącznie do dokumentów wskazanych w rozporządzeniu. Takim dokumentem niewątpliwie był wykaz osób i został on prawidłowo, w sposób zgodny z wyżej wymienionym rozporządzeniem, podpisany i złożony przez Odwołującego, ale zapis ten nie dotyczy już dodatkowych dokumentów, przedłożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jednak niewskazanych w rozporządzeniu, a więc co do których nie występował obowiązek podpisu. Zamawiający w dniu 24 sierpnia 2020 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał Odwołującego do złożenia wykazu osób, z którego będzie wynikało potwierdzenie spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, podkreślając, że dokument musi potwierdzić, że osoby te zostały przeszkolone i posiadają uprawnienia do instalacji oferowanych przez Odwołującego urządzeń rejestrujących.

Zdaniem Odwołującego nie było też sporne, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący przedłożył skan dokumentów, z których wynika, że pięć osób wskazanych w wykazie posiada przeszkolenie w zakresie instalacji oraz serwisowania urządzeń rejestrujących typu fotoradar i wideorejestrator produkowanych przez ZURAD Sp. z o.o. (Odwołującego). Przedłożone dokumenty zostały przekazane za pomocą Platformy Zakupowej Zamawiającego. Plik ten nie został opatrzony podpisem elektronicznym ani nie został poświadczony przez wykonawcę za zgodność z oryginałem jako elektroniczna kopia dokumentu.

Kolejno Zamawiający w piśmie z dnia 19 listopada 2020 r. poinformował o wykluczeniu Odwołującego uzasadniając: „Biorąc pod uwagę powyższe wymagania postawione zarówno przez ustawodawcę, a w konsekwencji przez Zamawiającego w SIWZ nie można uznać, iż Wykonawca firma ZURAD sp. z o.o., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego sprostowała tymże wymaganiom oraz, że w skuteczny sposób złożyła dokumenty, bowiem nie została przez niego zachowana forma, w jakiej powinien zostać sporządzony dokument. W konsekwencji Zamawiający nie jest upoważniony do weryfikacji dokumentu i podejmowania dalszych czynności związanych z przedmiotowym dokumentem. Wykonawca natomiast w dniu 29 września 2020 r., tj. po upływie wyznaczonego terminu na złożenie ww. dokumentów (termin na złożenie dokumentów wyznaczono na dzień 31 sierpnia 2020 r.), przedłożył ponownie dokumenty, które zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Istotne z punktu widzenia Zamawiającego jest wskazanie, że ww. dokumenty zostały złożone bez kolejnego wezwania Zamawiającego w drodze samouzupelnienia. Zamawiający zobowiązany jest do wyznaczenia terminu, w którym Wykonawca powinien uzupełnić brakujące dokumenty. Powyższe oznacza, że uzupełnienie dokumentów po wyznaczonym terminie tj. po dniu 31 sierpnia 2020 r. jest nieskuteczne”.

Z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący się nie zgadzał i wyjaśniał, że w dniu 28 lipca 2020 r. złożył, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, wykaz osób skierowanych przez niego do realizacji zamówienia, opatrzony kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi. Zamawiający wykluczył Odwołującego z uwagi na niewykazanie spełnianie warunków udziału w postępowaniu z powodów formalnych (kwestia formy dokumentów), tymczasem Odwołujący jednoznacznie potwierdził, że warunki udziału w postępowaniu merytorycznie spełnia, a czego Zamawiający w ogóle nie kwestionuje. W opinii Odwołującego stanowi to rażący przejaw nadmiernego formalizmu Zamawiającego. Dokumenty złożone na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 należy traktować jako wyjaśnienie wątpliwości podniesionych przez Zamawiającego i jednoznaczne potwierdzenie, że osoby wskazane w pierwotnie złożonym wykazie spełniają warunki udziału w postępowaniu, co potwierdza zresztą sam Zamawiający, wskazując, w piśmie z dnia 19 listopada 2020 r., że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego „Wykonawca przedłożył skan dokumentów, z których wynika, że pięć osób wskazanych w wykazie posiada przeszkolenie w zakresie instalacji oraz serwisowania urządzeń typu fotoradar i wideorejestrator produkowanych przez firmę ZURAD Sp. z o.o.”. Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu a mimo to Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Obiektywna ocena złożonego pierwotnie wykazu jednoznacznie potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, a ewentualne wątpliwości rozwiewają złożone certyfikaty.

Zamawiający, po analizie złożonego przez Odwołującego, stanął na stanowisku, że z jego treści nie wynika, iż wskazane w nim osoby zostały przeszkolone i posiadają uprawnienia do instalacji oferowanych przez wykonawcę urządzeń rejestrujących. Celem wezwania skierowanego do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp było rozwianie wątpliwości Zamawiającego i jednoznacznie potwierdzenie, że wskazane przez Odwołującego osoby posiadają niezbędne przeszkolenie i uprawnienia, a w konsekwencji, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący stwierdził, że wątpliwości te jednoznacznie usunął, bowiem przedstawił Zamawiającemu niezbędne dokumenty, z których wynika zarówno wymagane przeszkolenie, jak i uprawnienia osób, co potwierdził sam Zamawiający. Wykonawca ZURAD podkreślał, że treść kopii przedłożonych dokumentów jednoznacznie potwierdzała spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a Zamawiający nie przedstawił w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego żadnych zarzutów co do ich merytorycznego zakresu.

Kolejno Odwołujący wyjaśniał, że jego czynność można rozumieć tylko w jeden logiczny sposób. Nie przedłożył nowego wykazu osób, ponieważ podtrzymał jednoznacznie, że wskazane pierwotnie osoby spełniają wymogi Zamawiającego. Odwołujący przedłożył bowiem kopie dokumentów z daleko posuniętej ostrożności, chcąc wykonać wezwanie Zamawiającego z najwyższą starannością. Mógł bowiem odpowiedzieć na to wezwanie, przedkładając nowy wykaz osób, gdzie przy każdym nazwisku zamieszczono by krótkie zdanie: „potwierdzam, że osoba ta została przeszkolona i posiada uprawnienia do instalacji oferowanych przez Wykonawcę urządzeń rejestrujących”. Jednak Odwołujący chciał merytorycznie, rzeczowo wyjaśnić wątpliwości i przedłożył kopie potwierdzeń, choć nawet one nie były wymagane przez Zamawiającego. Ponadto, później, również z daleko posuniętej ostrożności, przedłożył te same dokumenty potwierdzone za zgodność z oryginałem i opatrzone podpisem kwalifikowanym. Co prawda była to czynność niewymagana, ale świadczy o dobrej woli Odwołującego i jego staranności.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający zastrzegł, jakie dokumenty należy przedłożyć w celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku udziału w postępowaniu. Biorąc powyższe pod uwagę oraz fakt, że jedynym wymaganym dokumentem był wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, należy przyjąć, że jest to dokument właściwy do potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, a wykonawca nie może ponieść negatywnych konsekwencji niewłaściwej formy dodatkowych dokumentów, które zostały przedłożone w celu jednoznacznego rozwiania wątpliwości Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący podkreśla przy tym, że Zamawiający nie kwestionował przy tym samej możliwości przedłożenia przez Odwołującego takich dokumentów. Nie kwestionuje treści zawartych w tych dokumentach. Jedyne zastrzeżenia, jakie formułuje Zamawiający, dotyczą tylko „podpisania” dokumentów, co w ocenie Odwołującego jest przecież irrelevantne z punktu widzenia oceny, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wykonawca ZURAD stwierdził, że ewentualnie, w razie wątpliwości Zamawiającego, w tej sytuacji należy wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów potwierdzających nabycie uprawnień i odbycie szkoleń przez osoby wskazane w wykazie osób. Zasada jednokrotności wezwania dotyczy bowiem jednego dokumentu, a pierwotne wezwanie dotyczyło wyłącznie wykazu osób, który jednoznacznie, w ocenie Odwołującego od początku, potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Ewentualne kolejne wezwanie dotyczyć będzie nowych dokumentów, które Zamawiający ocenił po raz pierwszy, co do których złożenia nie ma podstawy prawnej ani w SIWZ, ani w rozporządzeniu.

2. Odwołujący stwierdził, że pozostawał i cały czas pozostaje związany ofertą, ponadto wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą.

Na wstępie zgłoszonego zarzutu Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 21 września 2020 r. Zamawiający, w związku z upływającym terminem związania ofertą, wystąpił do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, liczony od dnia, w którym upływał pierwotny termin związania ofertą. Zamawiający wskazał, iż termin związania ofertą dla Części I upływa w dniu 25 września 2020 r. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przygotował pismo datowane na 22 września 2020 r., w którym potwierdza wolę przedłużenia terminu związania ofertą zgodnie z wezwaniem, tj. o 60 dni. Pismo zostało podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym w dniu 22 września 2020 r. o godz. 22:44 przez Pana Z. S. (prokurenta Odwołującego), a następnie w dniu 24 września 2020 r. o godz. 13:03 przez Pana P. P. (Członka Zarządu Odwołującego). Odwołujący stwierdził, że powyższe oświadczenie zostało zamieszczone na platformie zakupowej przez Pana Z. S. w dniu 24 lub 25 września 2020 r., tj. przed upływem terminu związania ofertą. Kolejno wykonawca ZURAD wyjaśniał, że Pan Z. S., zgodnie z „Instrukcją dla wykonawcy” dla postępowań opublikowanych po dniu 15 stycznia 2020 r. (opublikowaną na platformie zakupowej w zakładce „Regulacje i procedury procesu zakupowego”, dalej jako: „IDW”), zalogował się na konto Odwołującego i skorzystał z zakładki „Korespondencja” (tj. jedynej umożliwiającej komunikację z Zamawiającym). Tego samego sposobu Odwołujący (konkretnie: Pan Z. S.) używał już do składania pism w postępowaniu oraz w innych postępowaniach Zamawiającego, a zatem zna sposób działania platformy i miał prawo uznać swe czynności za skuteczne.

Jak wskazano na str. 5 IDW:

„Korespondencja (w niektórych systemach sekcja ta jest nazwana „pytania i odpowiedzi”) jest podzielona na dwie sekcje „Korespondencja otrzymywana od Zamawiającego” oraz „Korespondencja skierowana do Zamawiającego”. Po przejściu do korespondencji skierowanej do zamawiającego w polu akcje pojawia się przycisk „Dodaj nowe pytanie”.

Bardzo ważne aby nie poprzestać na zapisaniu pytania, gdyż tworzy to wersję roboczą do której zamawiający nie ma dostępu. Po użyciu przycisku „zapisz” zmienia się on na „wyślij”, którego również należy użyć”. Innymi słowy, jedyna możliwość komunikacji z Zamawiającym to takie samo narzędzie, z jakiego wykonawcy korzystali już na etapie zadawania pytań do SIWZ.

Kolejno Odwołujący wskazywał, że Pan Z. S. załączył podpisane pismo datowane na 22 września 2020 r., w którym Odwołujący potwierdził wolę przedłużenia terminu związania ofertą zgodnie z wezwaniem, a następnie, zgodnie z powyższymi zapisami IDW, kliknął „Zapisz”, a później „Wyślij”. Platforma nie generuje żadnego potwierdzenia wysłania korespondencji. Po zalogowaniu na konto Odwołującego na platformie zakupowej w niedzielę 27 września 2020 r. (w celu weryfikacji, czy nie otrzymano nowej korespondencji od Zamawiającego), Pan Z. S. zauważył, że w folderze „Wysłane” nie została się wysłana przez niego wiadomość wraz z załącznikiem w postaci pisma datowanego na 22 września 2020 r., więc niezwłocznie wysłał taką samą wiadomość ponownie, z daleko posuniętej ostrożności. Pan Z. S. skontaktował się niezwłocznie (28 września 2020 r.) telefonicznie z Przewodniczącym Komisji Przetargowej Zamawiającego, który zapewnił, że przedłużenie terminu związania ofertą jest skuteczne, wobec czego Odwołujący nie mógł powziąć jakichkolwiek wątpliwości co do skuteczności złożonego pisma oraz oceny przedstawionej później przez Zamawiającego. Ponadto, Odwołujący stwierdził, że współpracuje z Zamawiającym od 2012 r., miał zatem prawo działać w zaufaniu oraz zakładając dobrą wiarę samego Zamawiającego oraz jego pracowników.

Następnie podkreślał, że w tej sytuacji, gdy wskutek upływu czasu pomiędzy złożeniem oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą a informacją o odrzuceniu oferty Odwołującego, nie jest możliwe uzyskanie innych, zewnętrznych, dowodów, oświadczenie pracownika co do dokonanych czynności należy przyjąć zgodnie z art. 190 ust. 3 Pzp jako dowód w sprawie, zwłaszcza, że Odwołujący wykazał się zaangażowaniem w celu zdobycia innych dowodów.

Odwołujący podał, że Zamawiający poinformował w piśmie z dnia 19 listopada 2020 r., że odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, uzasadniając: „Zamawiający wskazał, iż termin związania ofertą dla Części I upływa w dniu 25 września 2020 r. Wykonawca ZURAD Sp. z o. o. wyraził przedmiotową zgodę dopiero w dniu 27 września 2020 r., tj. w tym dniu Zamawiający otrzymał oświadczenie Wykonawcy. Oznacza to, że termin związania

ofertą upłynął w dniu 25 września 2020 r. i nie został przedłużony przez Wykonawcę do dnia 27 września 2020 r. Przedłużenie terminu związania ofertą na wniosek Zamawiającego musi mieć miejsce przed upływem terminu związania ofertą. Termin związania ofertą musi pozostać ciągły i nieprzerwany. Nie jest bowiem dopuszczalne przerwanie wskazanego okresu i po przerwie jego ustanowienie po raz kolejny. Należy przez to rozumieć, iż w sytuacji, w której Wykonawca nie dokona czynności przedłużenia terminu związania ofertą w pierwotnym terminie jej obowiązywania należy uznać, że zgoda, o której mówi art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy, nie została wyrażona, a oferta podlega odrzuceniu. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2017 r. sygn. KIO 151/17. granicznym terminem, do którego Zamawiający zobowiązany jest oczekiwać, jest upływ pierwotnego terminu związania ofertą. Jeśli do tego terminu Wykonawca nie podjął czynności na wezwanie Zamawiającego, to należy przyjąć, wobec braku zgody (czynności pozytywnej), że Wykonawca zgody tej nie udziela. W konsekwencji niezastosowania się Wykonawcy do wezwania Zamawiającego, oferta Wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy”.

Odwolujący stał na stanowisku, że z powyższą czynnością Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił ani choćby nie uprawdopodobnił faktu, że nie otrzymał pisma przed dniem upływu terminu związania ofertą. Jest on dysponentem platformy zakupowej i jako jedyny ma dostęp do rejestru czynności w postępowaniu (logowania, składanych dokumentów, błędów itp.). To zatem sam Zamawiający przesadził, że Odwołujący nie ma w tym momencie dostępu do danych co do czynności dokonywanych na platformie i nie jest w stanie przedstawić dowodów w tym zakresie. Następnie powołując się na przepis art. 92 ust. 1 Pzp stwierdził, że Zamawiający ma obowiązek niezwłocznego poinformowania wykonawców m.in. o odrzuceniu oferty. Natomiast Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty prawie dwa miesiące po czynności, ocenionej jako nieskuteczne złożenie pisma. W jego ocenie w postępowaniach prowadzonych drogą elektroniczną jest to rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców z art. 7 Pzp, ponieważ wykonawca dwa miesiące po dokonaniu czynności (przez internet), obiektywnie nie ma już możliwości jej udowodnienia, mimo podjętych prób. Po pierwsze, Odwołujący próbował przeszukać historię przeglądarki internetowej Pana Z. S., jednak zapisuje ona czynności z ostatniego miesiąca, jednocześnie usuwając codziennie starsze informacje - obecnie nie jest możliwe ich odtworzenie i wykazanie np. logowania do platformy czy wysłania pisma, choć byłoby to możliwe do udowodnienia, gdyby Zamawiający wcześniej poinformował o odrzuceniu oferty. Po drugie, Odwołujący próbował uzyskać dane dot. czynności podejmowanych przez Pana Z. S. na platformie zakupowej od jego dostawcy internetu, tj. firmy Multimedia Polska sp. z o.o., jednakże dostawca internetu poinformował, że nie może udostępnić takich danych, a są one udostępniane wyłącznie Policji lub prokuraturze, gdy toczy się postępowanie w sprawie przestępstwa, a więc nie w niniejszej sprawie.

Odwolujący podnosił, że z punktu widzenia postępowania przed Izbą należy obiektywnie ocenić możliwości dowodowe Odwołującego, który dokonał wszelkich starań w celu potwierdzenia zarzucanych Zamawiającemu czynów. To sam Zamawiający zdecydował, że komunikacja w postępowaniu odbywa się przez tę właśnie platformę, narzucając wykonawcom zasady jej funkcjonowania. Okoliczność, że Odwołujący nie może zdobyć jednoznacznego dowodu potwierdzającego wysyłkę pisma przed upływem terminu składania ofert, powoduje, że ciężar dowodu spoczywa w niniejszym postępowaniu na Zamawiającym, ponieważ od Odwołującego nie można wymagać niemożliwego, tj. przedstawienia danych będących w dyspozycji Zamawiającego. Wbrew standardom rynkowym platforma zakupowa, z której korzysta Zamawiający, nie potwierdza w żaden sposób faktu wysłania danej wiadomości, jak ma to miejsce np. przy Urzędowym Potwierdzeniu Odbioru w przypadku składania odwołania do Prezesa Izby przez ePUAP.

Kolejnym podniesiono, że zgodnie z art. 190 Pzp oraz 6 k.c. ciężar dowodowy w postępowaniu odwoławczym spoczywa co do zasady na Odwołującym nie mniej jednak Odwołujący podkreślał, że skoro skutek czynności Zamawiającego jedynym sposobem potwierdzenia wysyłki pisma jest oświadczenie pracownika Odwołującego, to należy ten dowód przyjąć jako wystarczający, a ciężar dowodu przeciwnego spoczywa w tym momencie na Zamawiającym. To Zamawiający bowiem określił i narzucił sposób funkcjonowania platformy zakupowej, z pewnością może zatem przedstawić informacje obejmujące m.in. rejestr logowań na platformie, czynności wykonawców dokonywane w platformie, rejestr wysłanych i otrzymanych wiadomości. Odwołujący do tego źródła danych nie ma dostępu.

Odwolujący podtrzymywał stanowisko, że pozostaje w sposób ciągły i nieprzerwany związany złożoną ofertą, co potwierdzają zarówno oświadczenie woli złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, jak i okoliczności, w których zostało złożone, a także fundamentalne zasady prawa zobowiązań stosowane w zamówieniach publicznych. Natomiast odrzucenie oferty Odwołującego to wyłącznie przejaw nadmiernego formalizmu Zamawiającego.

W dniu 7 stycznia 2021 r. Zamawiający przesłał do Izby odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o:

1. oddalenie w całości odwołania;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Pani E. G. - członka komisji przetargowej Zamawiającego na okoliczność kontaktu Odwołującego z Zamawiającym odnośnie terminu związania ofertą i jego świadomości co do przekroczenia terminu,
3. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, tj. kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnienie powyższego pisma podnosił m. in., że:

1. Zarzut dotyczący przedłużenia terminu związania ofertą.

W pierwszej kolejności za bezpodstawny Zamawiający uznawał zarzut dotyczący odrzucenia oferty wykonawcy ZURAD z uwagi na upływ terminu związania ofertą. Jego zdaniem wbrew stanowisku Odwołującego, nie doszło do skutecznego wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą przed jego upływem (tj. przed dniem 25.09.2020 r.), czego konsekwencją było odrzucenie oferty wykonawcy ZURAD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a) Pzp.

Zamawiający wyjaśniał, że w dniu 21.09.2020 r. w oparciu o przepis art. 85 ust. 2 Pzp, wystąpił do wykonawców z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni. Zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego, termin związania ofertą upływał w dniu 25.09.2020 r., zatem najpóźniej do tego terminu wykonawcy powinni byli wyrazić zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Zamawiający zastrzegł również, że niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem/wniesieniem wadium przed upływem obecnego terminu związania ofertą, spowoduje odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a) Pzp. Wykonawca ZURAD przedłożył, za pośrednictwem platformy służącej do komunikacji z Zamawiającym, oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz ważność wniesionego wadium dopiero w dniu 27.09.2020 r. Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą zostało zamieszczone na platformie 27.09.2020 r. o godz. 22:40.

Wobec tego, w ocenie Zamawiającego nie ulega wątpliwości, iż miało miejsce przerwanie terminu związania ofertą (w okresie od 25.09.2020 r. do 27.09.2020 r.). W konsekwencji Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty

wykonawcy ZURAD w trybie art. 87 ust. 1 pkt 7a Pzp.

Zamawiający stwierdził, że nieprawdziwe pozostają twierdzenia Odwołującego, jakoby złożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą (oraz ważność wniesionego wadium) nastąpiło w dniu 24 lub 25.09.2020 r. Zdaniem Zamawiającego brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że w tym terminie Odwołujący (w osobie Pana Z. S.) zamieścił powyższe oświadczenie na platformie. Jak wynika z informacji pozyskanych przez Zamawiającego od podmiotu obsługującego platformę, w tych dniach ze strony wykonawcy ZURAD nie odnotowano żadnych czynności związanych z wysłaniem korespondencji do Zamawiającego. Na potwierdzenie powyższego, Zamawiający przedłożył wykaz logowań oraz czynności wykonywanych przez Odwołującego na platformie oraz informacje od podmiotu obsługującego platformę. Wynika z nich, że w dniach 24 oraz 25.09.2020 r. wykonawca ZURAD (w osobie Pana Z. S.) nie podejmował na platformie żadnych czynności. Wysyłanie odpowiedzi w sprawie przedłużenia terminu związania ofertą miało miejsce dopiero 27.09.2020 r. o godz. 22:40 (poz. nr 15 wykazu), a więc po terminie związania ofertą. Dodatkowo Zamawiający wskazywał, że z informacji uzyskanych od podmiotu obsługującego platformę wynika, że w okresie trwania postępowania nie występowały żadne problemy techniczne, które mogłyby wpłynąć na składanie ofert bądź wysyłanie korespondencji przez Odwołującego. Zatem wykonawca ZURAD miał możliwość przekazania Zamawiającemu zgody na wydłużenie terminu związania ofertą do dnia 25.09.2020 r., a wszelkie opóźnienia w tym zakresie obciążają wyłącznie Odwołującego. Co więcej, brak jakichkolwiek problemów technicznych związanych z działaniem platformy w dniach 24 oraz 25.09.2020 r. wynika z informacji, jaką sam Odwołujący uzyskał od podmiotu obsługującego platformę. Wobec tego, wszelkie problemy z wysłaniem odpowiedzi w sprawie przedłużenia terminu związania ofertą w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego (tj. do dnia 25.09.2020 r.) obciążają tylko i wyłącznie Odwołującego.

Ponadto Zamawiający zwracał uwagę, że Odwołujący w osobie pana Z. S. niezwłocznie po rzekomym wysłaniu oświadczenia do Zamawiającego w dniu 24 lub 25.09.2020 r., powinien był sprawdzić czy rzeczywiście doszło do skutecznego wysłania dokumentu o zgodzie na przedłużenie terminu związania ofertą. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, platforma zawiera funkcję umożliwiająca weryfikację wysłanych wiadomości. Z informacji uzyskanych od podmiotu obsługującego platformę wynika, że „informację o udzieleniu odpowiedzi widać po statusie korespondencji - widoczne jest, czy „Udzielono odpowiedzi”, czy „Nowa korespondencja”. Gdyby wykonawca utworzył nową korespondencję na zakładce Korespondencja skierowana do Zamawiającego, Wykonawca widziałby ją na liście, ze statusem Zapisana lub Wysłana (w zależności od tego, co zrobił)”.

W związku z tym, zdaniem Zamawiającego, całkowicie niezrozumiałe są próby tłumaczenia ze strony Odwołującego, że: „Wbrew standardom rynkowym, Platforma Zakupowa, z której korzysta Zamawiający, nie potwierdza w żaden sposób faktu wysłania danej wiadomości, jak ma to miejsce np. przy Urzędowym Potwierdzeniu Odbioru w przypadku składania odwołania do Prezesa Izby przez ePUAP”. Jak zostało powyżej wskazane, użytkownicy platformy mają możliwość monitorowania statusu korespondencji z Zamawiającym, zarówno odebranej, jak i wysłanej. Co szczególnie istotne, Pan Z. S. doskonale wiedział, w jaki sposób sprawdzić status korespondencji z Zamawiającym. Z treści odwołania wynika, że w dniu 27.09.2020 r. ustalił, że oświadczenie o zgodzie na przedłużenie terminu związania ofertą nie zostało wysłane. Zamawiający stwierdził, że nie ulega przy tym wątpliwości, że takie sprawdzenie powinno nastąpić niezwłocznie po wysłaniu korespondencji do Zamawiającego w dniu 24 lub 25.09.2020 r. (a w rzeczywistości próbie wysłania), a nie kilka dni po takiej czynności. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę (w tym przypadku Odwołującego) obowiązek dokładnej weryfikacji składanych w postępowaniu dokumentów. Przy czym taka weryfikacji dotyczy nie tylko aspektów merytorycznych, ale również formalnych (w tym formy oraz sposobu składania dokumentów). Jednocześnie brak należytej staranności ze strony wykonawcy w żadnym stopniu nie powinna obciążać Zamawiającego.

W opinii Zamawiającego na uwagę zasługuje również fakt, że w pkt. 4.6. SIWZ Zamawiający wprost wskazał, że: „Szczegóły na temat wykonywania poszczególnych czynności w toku postępowania zawarte są w Instrukcji dla wykonawcy. Instrukcja dostępna jest pod określonym adresem. Wobec tego, osoby wykonujące czynności w imieniu wykonawcy ZURAD powinny były zapoznać się z instrukcją funkcjonowania platformy, która szczegółowo opisuje sposób komunikacji z Zamawiającym.

Powołując się na jednolity pogląd doktryny oraz orzecznictwa, Zamawiający stwierdził, że przedłużenie terminu związania ofertą powinno nastąpić przed upływem tego terminu. Dotyczy to zarówno sytuacji, gdy do przedłużenia terminu związania ofertą dochodzi na wniosek Zamawiającego, jak i w przypadku samodzielnego przedłużenia terminu przez wykonawców. Oznacza to, że termin związania ofertą powinien pozostać ciągły i nieprzerwany, a złożenie oświadczenia w tym zakresie w terminie późniejszym (tj. po upływie terminu związania ofertą), należy ocenić jako złożenie nowej oferty. Jednocześnie, jeżeli wykonawca nie dokona czynności przedłużenia terminu związania ofertą w pierwotnym terminie jej obowiązywania, przyjmuje się, że zgoda, o której mówi art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, nie została wyrażona. W konsekwencji zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty na powyższej podstawie.

Jednocześnie Zamawiający podkreślał, że oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą w trybie art. 85 ust. 2 Pzp (tj. na wezwanie Zamawiającego) powinno być złożone w sposób wyraźny. Nie jest dopuszczalne dorozumiane wyrażenie zgody przez wykonawcę na przedłużenie terminu związania ofertą. W szczególności takiej zgody nie należy ustalać na podstawie innych czynności wykonawcy, m.in. korespondencji z Zamawiającym, wnoszenia środków ochrony prawnej, czy wykonywania czynności faktycznych lub prawnych związanych z przedłużaniem ważności wadium. Wobec powyższego Zamawiający uznał, że wszelkie rozwiązania Odwołującego o zastosowaniu przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących oświadczeń woli (w tym art. 67 k.c.) za bezzasadne. Przedstawiona w odwołaniu analiza zmierza wyłącznie do próby konwalidowania braku skutecznego wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co na gruncie przepisów ustawy jest wykluczone. Zamawiający podniósł, że Odwołujący całkowicie pomija fakt, że Pzp zawiera własne (autonomiczne) rozwiązania dotyczące terminów związania ofertą oraz ich przedłużania, do których przepisy Kodeksu cywilnego nie znajdują zastosowania. Z uwagi na istotne różnice w zakresie skutków związania ofertą na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego w stosunku do przepisów Pzp, nie można w prosty mechaniczny sposób przenosić rozwiązań prawa cywilnego na prawo zamówień publicznych w zakresie konsekwencji upływu terminu związania ofertą.

2. Zarzut dotyczący wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania potencjału kadrowego.

W ocenie Zamawiającego wskazany zarzut również nie zasługiwał na uwzględnienie. Jego zdaniem czynność polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy była prawidłowa, bowiem Odwołujący nie wykazał w należyty sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania

potencjału kadrowego.

W pierwszej kolejności Zamawiający zwracał uwagę, że Odwołujący w pierwotnie złożonym wykazie ograniczył się do zamieszczenia informacji o treści: „Posiada uprawnienia do serwisowania urządzeń rejestrujących wydane przez ZURAD Sp. z o.o.”. W ocenie Zamawiającego oczywiste było, iż taka informacja nie odpowiadała wymogom Zamawiającego dotyczącym treści wykazu osób. W żaden sposób nie wynikało z niej jakie kwalifikacje posiadają określone osoby oraz jakimi uprawnieniami oraz certyfikatami się legitymują. W szczególności z załączonego wykazu nie wynikało, iż wskazane w nim osoby zostały przeszkolone i posiadają uprawnienia do instalacji oferowanych przez wykonawcę urządzeń rejestrujących.

Zamawiający podkreślał, że w wykazie osób należało podać informacje o konkretnych szkoleniach (certyfikatach), a nie tylko nazwę producenta wydającego zaświadczenia. Tylko na takiej podstawie Zamawiający był w stanie zweryfikować jakie uprawnienia (certyfikaty) posiadają określone osoby oraz czy zapewniają one prawidłową realizację zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższe wywodził, że całkowicie bezzasadne pozostają zatem twierdzenia Odwołującego, że wskazana w wykazie osób informacja o uprawnieniach potwierdza posiadanie przez wskazane osoby wymaganych szkoleń. Zamawiający akcentował, że to na Odwołującym ciążył obowiązek przedstawienia takiego wykazu osób, który jednoznacznie potwierdzi spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania potencjału kadrowego.

Zamawiający stwierdził, że fakt, iż wykonawca ZURAD jest producentem urządzeń rejestrujących i współpracował dotychczas z Zamawiającym, w żaden sposób nie zwalniał Odwołującego z obowiązku należytego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Bez względu na to, czy wykonawca współpracował już z Zamawiającym, czy też bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po raz pierwszy, powinien złożyć dokumenty merytorycznie oraz formalnie zgodne z wymogami określonymi przez Zamawiającego w postępowaniu. Każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu powinien być traktowany jednakowo, co oznacza, że należy wobec każdego nich stosować takie same wymogi w zakresie składanych dokumentów (w tym dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu). Wobec tego w opinii Zamawiającego wykonawca ZURAD powinien był przedłożyć Zamawiającemu dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania potencjału kadrowego, które zarówno merytorycznie, jak i formalnie, odpowiadają wymogom wynikającym ze specyfikacji.

Wobec powyższego, Zamawiający wyjaśniał, że zobowiązany był do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i wezwania wykonawcy ZURAD do złożenia wykazu osób, z którego będzie wynikało potwierdzenie spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 24.08.2020 r. Odwołujący natomiast przedstawił kopie (skany) certyfikatów, które nie spełniały wymogu dotyczącego formy dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Złożone kopie certyfikatów nie zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym (zawierały wyłącznie odręczne podpisy osób reprezentujących wykonawcę ZURAD). Zamawiający, wbrew stanowisku przedstawionemu przez Odwołującego podnosił, że certyfikaty powinny zostać przedłożone Zamawiającemu w formie elektronicznej pod rygorem nieważności i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym (lub w formie elektronicznej kopii dokumentu poświadczającej za zgodność z oryginałem przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego). Taki wymóg wynikał wprost z pkt. 6.1. oraz 6.3. SIWZ zgodnie z którym: 6.1 „Oferta, Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, pełnomocnictwa, oświadczenie o przynależności (lub braku) do grupy kapitałowej, dokumenty wskazane w art. 25 ust 1 ustawy Pzp tj. oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia lub spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego w tym ich uzupełnienia na podstawie ustawy Pzp, dokumenty pochodzące od podmiotów trzecich, w tym JEDZ, treść zobowiązań, winny być sporządzone z zachowaniem formy elektronicznej pod rygorem nieważności i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym”. Natomiast zgodnie z pkt. 6.3. SIWZ: „Poświadczenie za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego”.

Ponadto, Zamawiający w pkt 4.5. SIWZ wskazał, że dopuszcza w szczególności następujące formaty danych, dokumentów i oświadczeń: doc, .docx, .pdf, .xml, podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Natomiast według pkt. 8.2. SIWZ, komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane są w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy.

Zdaniem Zamawiającego należy uznać, że w niniejszym przypadku przedłożone certyfikaty stanowią także dokumenty, do których znajdują zastosowanie przepisy Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020 r., poz. 1282), w tym 14 ust. 2 tego rozporządzenia. Biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne, przedłożone certyfikaty stanowią uzupełnienie przedłożonego wcześniej wykazu osób. Zatem do wskazanych certyfikatów należy również stosować wymogi dotyczące formy właściwej dla takiego wykazu. Zgodnie natomiast w treści 14 ust. 2 przywołanego rozporządzenia „Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonych za zgodność z oryginałem”. Zamawiający wyjaśniał, że w wezwaniu z dnia 24.08.2020 r. zamieścił pouczenie o formie w jakiej powinny zostać złożone wymagane dokumenty. Pomimo tego, wykonawca ZURAD nie zastosował się do wskazanego pouczenia i przedłożył dokumenty w niewłaściwej formie. Jednocześnie wskazywał, że ponowne złożenie przez Odwołującego certyfikatów w dniu 29.09.2020 r. (w tym przypadku opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym), nie mogło zostać uznane przez Zamawiającego za skuteczne. Po pierwsze, uzupełnienie miało miejsce znacznie po terminie wyznaczonym do złożenia prawidłowego wykazu osób (tj. po 31.08.2020 r.). Ponadto, dokumenty zostały złożone bez uprzedniego wezwania ze strony Zamawiającego, z własnej inicjatywy Odwołującego. Przepisy Pzp natomiast nie przewidują możliwości samodzielnego uzupełniania określonych dokumentów. Oznacza to zatem, iż wykonawca ZURAD powinien był złożyć prawidłowy wykaz osób w pierwotnie wyznaczonym terminie, a wszelkie próby konwalidowania wcześniejszych uchybień pozostają spóźnione.

Ponadto Zamawiający nie zgadzał się ze stanowiskiem Odwołującego, iż Zamawiający w razie powzięcia wątpliwości co do przedłożonych certyfikatów powinien był wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia lub wyjaśnienia treści dokumentów potwierdzających nabycie uprawnień i odbycie szkoleń przez osoby wskazane w wykazie osób. Należy zwrócić uwagę, że nie jest rolą Zamawiającego podejmowanie czynności zmierzających do korygowania błędów wykonawców, w tym dotyczących niewłaściwej formy składanych dokumentów. Odwołujący, jako profesjonalista, powinien dokładnie zapoznać się z wymogami SIWZ i właściwymi przepisami prawa

oraz złożyć dokumenty w wymaganej formie.

KIO 3168/20

W dniu 30 listopada 2020 r. wykonawca Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie przy ul. Jagiellończyka 26 (dalej: „Sprint” lub „Odwołujący”)wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności badania i oceny ofert dokonanej w części I i III zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PolCam Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „PolCam” lub „Przystępujący”) w zakresie części I oraz III zamówienia pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”);
- 2.art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PolCam w zakresie cz. I oraz III pomimo popełnienia przez wykonawcę błędu w obliczeniu ceny.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części I oraz III oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę PolCam w tych częściach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 6 Pzp.

1.Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Odwołujący wyjaśniał, że w treści SIWZ Zamawiający wskazał, że obowiązkiem wykonawcy w ramach realizacji zamówienia jest:

- a)zainstalowanie we wskazanej lokalizacji, urządzenia rejestrującego, którego elementami składowymi są: fundament, konstrukcja wsporcza oraz urządzenie rejestrujące
- b)wykonanie przyłącza elektroenergetycznego dla urządzenia rejestrującego.

Kolejno wykonawca Sprint wyjaśniał, że w myśl SIWZ (m.in. pkt 2.5 SIWZ), w odniesieniu do cz. I, wyłącznie w sytuacji gdy w danej lokalizacji urządzenia rejestrujące będą instalowane na masztach lub fundamentach będących już w posiadaniu GITD, bądź z wykorzystaniem istniejącego przyłącza elektroenergetycznego, stanowiącego własność Zamawiającego, możliwe będzie zaoferowanie zamówienia wykonawczego bez realizacji przyłącza. Stosownie do treści SIWZ Zamawiający wymagał określenia w ofercie ceny za wykonanie 1 mb przyłącza elektroenergetycznego. Cena ta stanowiła kryterium oceny ofert o wadze 50%. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie oczekiwał natomiast wskazania w ofercie ceny za dostawę, instalację i uruchomienie urządzenia rejestrującego.

Odwołujący podnosił, że z powyższego wynika, że będące elementem przedmiotu zamówienia przyłącze, stanowiące równocześnie kryterium oceny ofert, stanowi instalację kablową doprowadzającą energię elektryczną do urządzenia rejestrującego. Jego zdaniem w oparciu o treść SIWZ należy stwierdzić, że obowiązkiem wykonawcy było zaoferowanie ceny 1 mb przyłącza, obejmującej w sobie koszt wykonania 1 mb podłączenia urządzenia rejestrującego do sieci energetycznej. Odwołujący podkreślał, że koszt wykonania przyłącza energetycznego nie mógł być przeniesiony do ceny za dostawę, instalację i uruchomienie urządzenia rejestrującego, która to zresztą w ogóle nie podlegała ocenie na etapie postępowania na zawarcie umowy ramowej.

Zdaniem Sprint wymagało również podkreślenia, że na wykonanie 1 mb przyłącza składa się szereg istotnych pozycji kosztowych w tym:

- Zakup materiałów (m.in. kable zasilające, rury osłonowe, studnia);
- Sprzęt: (m.in. koparka ładowarka; przyczepa z zabezpieczeniem; przewiert);
- Projektowanie (projekty TOR na czas robót; projekty tras kablowych; obsługa geodezyjna; uzgodnienia zewnętrzne);
- Robocizna (m.in. układanie rur osłonowych; praca przy koparce; zaciąganie kabla energetycznego; odtworzenie nawierzchni);
- Koszty kontraktowe;
- Koszty pośrednie.

Kolejno wyjaśniał, że działając w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 Pzp, pismem z dnia 29.06.2020 r., Zamawiający wezwał wykonawcę PolCam do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny wykonania 1 mb przyłącza elektroenergetycznego. W odpowiedzi na powyższe wykonawca PolCam w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia w tym zakresie.

Wykonawca Sprint wskazywał, że treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę PolCam potwierdza, że w cenie za 1 mb przyłącza uwzględnił on jedynie koszt opłat dotyczących tej części prac (od linii energetycznej do zestawu złączowo-pomiarowego), która obligatoryjnie realizowana jest przez przedsiębiorstwo energetyczne po kosztach wynikających z taryf energetycznych i która stanowi własność zakładu energetycznego, a nie Zamawiającego. Koszt wykonania przyłącza elektroenergetycznego, która należeć będzie do Zamawiającego tj. od zestawu złączowo-pomiarowego do urządzenia w ogóle nie została przez PolCam uwzględniona w cenie 1 mb przyłącza. Takie podejście wykonawcy wynikało z błędnego założenia, że cena wykonania 1 mb przyłącza ma obejmować jedynie koszt wykonania prac związanych z majątkiem zakładu energetycznego (od linii energetycznej do zestawu złączowo-pomiarowego), a nie przyłącza stanowiącego własność Zamawiającego tj. od złącza do urządzenia. Odwołujący podkreślał, że koszt wykonania przyłącza od złącza do urządzenia rejestrującego stanowił zasadniczy czynnik cenotwórczy tej części zamówienia. Ponadto Odwołujący podniósł, że przedstawione powyżej rozumienie wymagań SIWZ w zakresie „przyłącza”, a wynikające wprost z wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zostało potwierdzone przez wykonawcę PolCam w trakcie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 2394/20 oraz w treści złożonej na ten wyrok skargi do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Niezależnie zatem od okoliczności, iż oferta PolCam została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (konieczność odrzucenia oferty na tej podstawie wynikała z wyroku Izby o sygn. akt KIO 2394/20 dotyczącego cz. II, jednakże w tożsamym w stosunku do cz. I oraz III stanie faktycznym i prawnym), w ocenie Odwołującego Zamawiający powinien był równocześnie odrzucić tę ofertę na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Odwołujący argumentował, że wbrew wymaganiom SIWZ, wykonawca PolCam w ogóle nie określił w treści swojej oferty ceny za wykonanie 1 mb przyłącza elektroenergetycznego od złącza do urządzenia rejestrującego. W zaistniałych okolicznościach w ocenie wykonawcy Sprint należało równocześnie uznać, że wykonawca PolCam w ogóle nie zaoferował w treści złożonej oferty wykonania przyłącza w rozumieniu SIWZ. Zamawiający jednoznacznie wymagał, aby koszt przyłącza nie był uwzględniony w cenie urządzenia rejestrującego, a jak wynika z wyjaśnień wykonawcy PolCam koszt wykonania przyłącza stanowiącej własność Zamawiającego (od złącza do urządzenia rejestrującego) zamierza on właśnie ująć w cenie za dostawę urządzenia. Podsumowując Odwołujący stwierdził, że w świetle zaistniałych okoliczności niezbędne było odrzucenie oferty wykonawcy PolCam na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ.

2.Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Powołując się na pkt 1 uzasadnienia odwołania wykonawca Sprint stwierdził, że wykonawca PolCam, w cenie za 1 mb przyłącza określił jedynie koszt wykonania prac w zakresie realizowanym przez Zakład Energetyczny i stanowiącym jego własność. Tymczasem, Zamawiający jednoznacznie wymagał, aby cena 1 mb przyłącza uwzględniała zryczałtowany koszt wykonania 1 mb przyłącza, stanowiącego własność Zamawiającego, niezależnie od warunków jego wykonania, w tym zakazane było przeniesienie kosztu wykonania przyłącza do ceny za dostawę urządzenia rejestrującego.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp odrzuceniu podlega oferta, która zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu. Okoliczność w której w cenie oferty za 1 mb przyłącza ww. wykonawca nie uwzględnił żadnych kosztów wykonania przyłącza od złącza do urządzenia rejestrującego, a jego zamiarem jest ujęcie tych kosztów w cenie za dostawę urządzenia, w ocenie Odwołującego stanowi błąd w obliczeniu ceny oferty, co oznacza, że wykonawca obliczył cenę oferty w sposób sprzeczny z wymaganiami Zamawiającego w tym zakresie.

Na koniec Odwołujący zwracał uwagę, że przyjęcie ww. oferty oznaczałoby brak możliwości równego traktowania wykonawców na etapie postępowań wykonawczych. Odwołujący, w tym pozostali wykonawcy zakwalifikowani do umowy, ramowej, koszt przyłącza od złącza do urządzenia rejestrującego uwzględniają w cenie 1 mb przyłącza, a z kolei wykonawca PolCam ten zakres uwzględnia w cenie urządzenia.

W dniu 4 stycznia 2021 r. do Izby ze strony Zamawiającego wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający poinformował, że uwzględnia odwołanie w całości.

W dniu 7 stycznia 2021 r. do Izby ze strony wykonawcy PolCam jako wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wpłynął sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W toku posiedzenia z udziałem stron w dniu 8 stycznia 2021 r. wykonawca podtrzymał swoje stanowisko względem wniesionego sprzeciwu popierając jednocześnie argumentację zawartą w jego treści.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, złożone dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępujących złożone w pismach procesowych oraz na posiedzeniu i rozprawie Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

KIO 3157/20

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba ustaliła, że w rozpoznawanej sprawie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy: Lifer Sp. z o.o. oraz Sprint.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

1. Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy PolCam.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny w sprawie.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest dostawa, instalacja i uruchomienie urządzeń rejestrujących wykroczenia związane z niestosowaniem się kierujących pojazdami do wskazań sygnalizacji świetlnej.

W ramach pkt 3 Wymagania prawne dotyczące urządzeń rejestrujących Zamawiający stwierdził – pkt. 3.10 (str. 48 SIWZ):

„Dostawa i instalacja obejmować będzie wszystkie prace niezbędne do przekazania Zamawiającemu w pełni sprawnych i działających urządzeń rejestrujących, zamontowanych na konstrukcjach wsporczych w docelowych lokalizacjach, a w szczególności:

a) Wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie wymaganym przepisami i w sposób zgodny z zasadami wiedzy technicznej, która umożliwi wykonanie instalacji, a także przyszłe utrzymanie, modernizację i inne zmiany w zakresie stacjonarnych urządzeń rejestrujących, konstrukcji wsporczych i przyłączy,

b) Uzyskanie przed przystąpieniem do instalacji, w imieniu i na rzecz Zamawiającego wszystkich niezbędnych pozwoleń na prowadzenie prac, instalację urządzenia, projektów organizacji ruchu oraz innych niezbędnych uzgodnień, w tym z zarządcami dróg,

c) Wykonanie niezbędnych przyłączy elektroenergetycznych, z tym, że przed przystąpieniem do budowy przyłączy Wykonawca jest zobowiązany uzyskać, w imieniu i na rzecz Zamawiającego warunki techniczne przyłącza oraz uzyskać niezbędne zezwolenia wymagane w celu wykonania przyłącza i jego eksploatacji.”

- pkt. 3.12, podpunktu d (str. 48 SIWZ): „W toku postępowania wykonawczego o udzielenie zamówienia wykonawczego przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria: (...)

d) Kryterium „Cena wykonania 1mb przyłącza elektroenergetycznego” – cena brutto wykonania przyłącza elektroenergetycznego.”.

Dodatkowo określił w Cz. III B. Badanie i ocena ofert – Część I - III: „(...) 3. Zamawiający dokona oceny oferty, jak najkorzystniejszej w oparciu o następujące kryteria oceny ofert:

1. Cena wykonania 1 mb przyłącza elektroenergetycznego – 50%

2. Gwarancja

- 25%

3. Koncepcja

- 25%

4. Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania przez Wykonawcę wynosi 100 punktów.

5. Wagi kryteriów określone w procentach będą w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert odzwierciedlone w punktacji za dane kryterium wg zasady 1% = 1 punkt.

6. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans (najwyższa liczba punktów przyznanych w oparciu o ustalone kryteria),

7. Przyznawanie liczby punktów poszczególnym ofertom odbywać się będzie według następujących zasad:

1) W ramach kryterium Cena (C) wykonania 1mb przyłącza elektroenergetycznego oferta może otrzymać maksymalnie 50 punktów.

Elementem wyceny jest koszt wykonania 1 mb przyłącza energetycznego. Zamawiający doprecyzował co mieści się pod tym pojęciem w odpowiedziach na następujące pytania:

Pytanie 4: Dotyczy: Część III, część B, punkt 7, podpunkt 1 (pismo z dnia 29.04.2020 r.)

Czy jako „Cena (C) wykonania 1 mb przyłącza elektroenergetycznego” we wskazanym punkcie należy rozumieć cenę zamówienia dla części III umowy, tj. dostawy, instalacji, montażu oraz uruchomienia urządzeń rejestrujących dla 30

skrzyżowań oraz 5 przejazdów kolejowo-drogowych?"

Odpowiedź:

„Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ i wyjaśnia, że na etapie postępowania na zawarcie umowy ramowej nie oczekuje podania ceny dostawy, instalacji oraz uruchomienia jakichkolwiek urządzeń rejestrujących. Tym samym pod pojęciem cena wykonania 1 mb przyłącza elektroenergetycznego Zamawiający rozumie zryczałtowany koszt wyceniony przez składającego ofertę, wyłącznie we wskazanym zakresie, niezależnie od warunków jego wykonania takich jak np. długość przyłącza, warunki terenowe, rodzaj kabla zasilającego, występująca w miejscu wykonania linii zasilającej infrastruktura, koszty uzyskania wymaganych uzgodnień i zezwoleń, koszty dokumentacji projektowej przyłącza itp.”.

Pytanie 2 (pismo z dnia 18.05.2020 r.):

„Czy zgodnie z definicją z pkt. 3.12, podpunktu d (strona 48 SIWZ), która brzmi „Cena wykonania 1mb przyłącza elektroenergetycznego - cena brutto wykonania przyłącza elektroenergetycznego” należy w ofercie w pkt. 3.3 podpunkt c) (strona 13 SIWZ) podać cenę za całość (1 kpl.) przyłącza elektroenergetycznego dla jednej lokalizacji czy cenę jednostkową za 1 mb przyłącza elektroenergetycznego? Jeśli należy podać cenę jednostkową to prosimy o poprawę zapisu na stronie 48 SIWZ”.

Odpowiedź:

„Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ i odsyła do odpowiedzi na pytanie nr 4 z dnia 29 kwietnia 2020 r.”.

Pytanie 11 (pismo z dnia 12.05.2020 r.):

„W odniesieniu do części I zamówienia (dotyczy tzw. „istniejących” lokalizacji) - w jaki sposób Zamawiający przewiduje zachowanie zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy dotychczasowi dostawcy będą mogli wykorzystać istniejącą infrastrukturę, podczas gdy inne 3/8 podmioty nie dość że będą musiały ponieść większe koszty w związku z dostawą oraz montażem nowych obudów oraz konstrukcji wsporczych, to na dodatek będą zobowiązane do poniesienia kosztów demontażu oraz przewiezienia infrastruktury we wskazane przez Zamawiającego miejsce”.

Odpowiedź:

„Zamawiający w prowadzonym postępowaniu na zawarcie umowy ramowej nie oczekuje wyceny i dostarczenia stacjonarnych urządzeń rejestrujących. Szczegółowe warunki udziału w postępowaniach wykonawczych zostaną określone w sposób zapewniający zasady uczciwej konkurencji i będą jednakowe dla wszystkich Wykonawców. Wybrany Wykonawca będzie obowiązany we wskazanej lokalizacji zainstalować stacjonarne urządzenie rejestrujące (fundament, konstrukcja wsporcza, urządzenie rejestrujące) i przyłączyć się do istniejącego przyłącza elektroenergetycznego będącego własnością Zamawiającego lub zaprojektować, uzgodnić i wykonać przyłącze elektroenergetycznego. Zakres prac do wykonania będzie w ocenie Zamawiającego taki sam dla wszystkich niezależnie od firmy ubiegającej się o zamówienie”.

W zakresie cz. I i III wykonawca PolCam zaoferował w ramach ceny 1 mb przyłącza elektroenergetycznego kwotę brutto 123,00 PLN.

Zamawiający w treści wezwaniem z 29.06.2020 r. skierowanego do wykonawcy Polcam podał: „Działając na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „Ustawą Pzp”, Zamawiający - Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego, w zakresie w części I, II i III zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. 2017 r. poz. 847);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z uwagi, iż cena całkowita oferty złożonej w postępowaniu lub jej części składowe, jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa na wstępie, pod rygorem odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) Ustawy Pzp.

Wyjaśnienia objęte niniejszym wezwaniem należy złożyć za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego najpóźniej do dnia 02 lipca 2020 r.

Zamawiający przypomina, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.”

W ramach złożonych wyjaśnień z 01.07.2020 r., które zostały złożone Zamawiającemu w dniu 2 lipca 2020 r. wykonawca PolCam podał:

„1. Przesłanką do wezwania PolCam System do złożenia wyjaśnień dotyczących wielkości oferowanej ceny jest fakt, iż zaoferowana cena jest o ponad 30% niższa w stosunku do od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert;

2. W niniejszym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest dostawa i instalacja urządzeń pomiarowych. Potwierdzenie tego faktu ma miejsce w ogłoszeniu o zamówieniu, kolejno w:

a. Nazwie zamówienia: Umowa ramowa na „Dostawę stacjonarnych urządzeń rejestrujących”

b. Kodzie CPV: 38410000 – Przyrządy pomiarowe

c. Krótkim opisie: „Postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej na „Dostawę stacjonarnych urządzeń rejestrujących w ramach projektu pn.: Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach programu operacyjnego infrastruktura i środowisko na lata 2014-2020”. Umowa ramowa realizowana będzie w częściach:

- część I - stacjonarne Urządzenia rejestrujące do punkтового pomiaru prędkości,

- część II - stacjonarne Urządzenia rejestrujące służące do pomiaru średniej prędkości na określonym odcinku drogi,

- część III - stacjonarne Urządzenia rejestrujące naruszenia przepisów ruchu drogowego w zakresie niestosowania się do sygnałów świetlnych.

Umowa ramowa dla każdej z części zawarta zostanie na okres 36 miesięcy.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w części III SIWZ oraz w istotnych postanowieniach umowy ramowej (IPU) i jej załącznikach w części IV SIWZ.

d. Nazwie dla części I: Stacjonarne Urządzenia rejestrujące do punktowego pomiaru prędkości.

e. Dodatkowym kodzie CPV dla części I: 51210000 – Usługi instalowania urządzeń pomiarowych

f. Opisie zamówienia dla części I: „Przedmiotem zamówienia, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, jest zawarcie umowy ramowej na Dostawę stacjonarnych urządzeń rejestrujących, zwanych dalej „urządzeniami rejestrującymi” lub „urządzeniami” z tym, że: w przypadku stacjonarnych urządzeń rejestrujących w części I oznacza urządzenie rejestrujące do rejestracji prędkości chwilowej (pomiar punktowy) wraz z obudową i konstrukcją wsporczą (dopuszcza się konstrukcję będącą jednocześnie obudową). Dla części I oferowane urządzenia rejestrujące (zgodnie z obowiązującymi przepisami) muszą posiadać Decyzję Zatwierdzenia Typu wydaną przez Prezesa Głównego Urzędu Miar w sprawie zatwierdzenia typu przyrządu do pomiaru prędkości pojazdów, z której wynika, że urządzenie może pracować na konstrukcji wsporczej (maszt lub bramownica) albo ważną decyzję wydaną przez Prezesa Głównego Urzędu Miar o uznaniu odpowiednich dokumentów potwierdzających dokonanie prawnej kontroli metrologicznej przyrządu do pomiaru prędkości pojazdów, przez właściwe zagraniczne instytucje metrologiczne, za równoważne zatwierdzeniu typu, z której wynika, że urządzenie może pracować na konstrukcji wsporczej (maszt lub bramownica). przy czym w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej dopuszcza się ofertę na urządzenia, które jeszcze nie posiadają ww. decyzji, są przedmiotem trwającej procedury uzyskania ww. decyzji lub najpóźniej w dniu złożenia oferty w postępowaniu wykonawczym będą posiadały ważną jedną z ww. decyzji. Zamawiający, w miarę zapotrzebowania i możliwości finansowych, będzie udzielał zamówień wykonawczych każdorazowo uszczegóławiających przedmiot danego zamówienia i stosując zasady określone w SIWZ i zawartej umowie ramowej. Zamawiający planuje udzielać zamówień wykonawczych zgodnie z harmonogramem wskazanym w SIWZ w części III B ust. 7 pkt 3 lit e. Zamawiający ma prawo udzielania zamówień wykonawczych w innych terminach. Przedstawiony harmonogram ma znaczenie pomocnicze i informacyjne. Zamawiający zawrze umowę ramową z maksymalnie 8 Wykonawcami w Części I, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, nie podlegają wykluczeniu, a ich oferty nie będą podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp oraz uzyskają najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert. W wyniku postępowania zawarta zostanie umowa ramowa, na podstawie których zostaną zawarte umowy wykonawcze pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcami wyłonionymi w celu ich zawarcia na podstawie 101aust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp i zgodnie z procedurą określoną w umowie ramowej. Uwaga. Ze względu na brak możliwości zamieszczenia większej ilości informacji szczegółowe informacje zawarte są w SIWZ.”

g. Nazwie dla części II: Stacjonarne Urządzenia rejestrujące służące do pomiaru średniej prędkości na określonym odcinku drogi.

h. Dodatkowym kodzie CPV dla części II: 51210000 – Usługi instalowania urządzeń pomiarowych

i. Opisie zamówienia dla części II: „Przedmiotem zamówienia, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, jest zawarcie umowy ramowej na Dostawę stacjonarnych urządzeń rejestrujących, zwanych dalej „urządzeniami rejestrującymi” lub „urządzeniami” z tym, że: w przypadku stacjonarnych urządzeń rejestrujących w części II oznacza kompletny system (zespół urządzeń) do rejestracji średniej prędkości na określonym odcinku drogi wraz z konstrukcjami wsporczymi. Dla części II oferowane urządzenia rejestrujące (zgodnie z obowiązującymi przepisami) muszą posiadać Decyzję Zatwierdzenia Typu wydaną przez Prezesa Głównego Urzędu Miar w sprawie zatwierdzenia typu przyrządu do pomiaru prędkości pojazdów, z której wynika, że urządzenie może pracować na konstrukcji wsporczej (maszt lub bramownica) albo ważną decyzję wydaną przez Prezesa Głównego Urzędu Miar o uznaniu odpowiednich dokumentów potwierdzających dokonanie prawnej kontroli metrologicznej przyrządu do pomiaru prędkości pojazdów, przez właściwe zagraniczne instytucje metrologiczne, za równoważne zatwierdzeniu typu, z której wynika, że urządzenie może pracować na konstrukcji wsporczej (maszt lub bramownica), przy czym w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej dopuszcza się ofertę na urządzenia, które jeszcze nie posiadają ww. decyzji, są przedmiotem trwającej procedury uzyskania ww. decyzji lub najpóźniej w dniu złożenia oferty w postępowaniu wykonawczym będą posiadały ważną jedną z ww. decyzji. Zamawiający, w miarę zapotrzebowania i możliwości finansowych, będzie udzielał zamówień wykonawczych każdorazowo uszczegóławiających przedmiot danego zamówienia i stosując zasady określone w SIWZ i zawartej umowie ramowej. Zamawiający planuje udzielać zamówień wykonawczych zgodnie z harmonogramem wskazanym w SIWZ w części III B ust. 7 pkt 3 lit e. Zamawiający ma prawo udzielania zamówień wykonawczych w innych terminach. Przedstawiony harmonogram ma znaczenie pomocnicze i informacyjne. Zamawiający zawrze umowę ramową z maksymalnie 4 Wykonawcami w Części II, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, nie podlegają wykluczeniu, a ich oferty nie będą podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp oraz uzyskają najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert. W wyniku postępowania zawarta zostanie umowa ramowa, na podstawie których zostaną zawarte umowy wykonawcze pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcami wyłonionymi w celu ich zawarcia na podstawie 101aust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp i zgodnie z procedurą określoną w umowie ramowej. Uwaga. Ze względu na brak możliwości zamieszczenia większej ilości informacji szczegółowe informacje zawarte są w SIWZ.”

j. Nazwie dla części III: Stacjonarne Urządzenia rejestrujące naruszenia przepisów ruchu drogowego w zakresie niestosowania się do sygnałów świetlnych.

k. Dodatkowym kodzie CPV dla części III: 51210000 – Usługi instalowania urządzeń pomiarowych

l. Opisie zamówienia dla części III: „Przedmiotem zamówienia, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, jest zawarcie umowy ramowej na Dostawę stacjonarnych urządzeń rejestrujących, zwanych dalej „urządzeniami rejestrującymi” lub „urządzeniami” z tym, że: w przypadku stacjonarnych urządzeń rejestrujących w części III oznacza kompletny system (zespół urządzeń) do ujawniania naruszeń przepisów ruchu drogowego w zakresie niestosowania się do sygnałów świetlnych. Zamawiający, w miarę zapotrzebowania i możliwości finansowych, będzie udzielał zamówień wykonawczych każdorazowo uszczegóławiających przedmiot danego zamówienia i stosując zasady określone w SIWZ i zawartej umowie ramowej. Zamawiający planuje udzielać zamówień wykonawczych zgodnie z harmonogramem wskazanym w SIWZ w części III B ust. 7 pkt 3 lit e. Zamawiający ma prawo udzielania zamówień wykonawczych w innych terminach. Przedstawiony harmonogram ma znaczenie pomocnicze i informacyjne. Zamawiający zawrze umowę ramową z maksymalnie 5 Wykonawcami w Części III, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, nie podlegają wykluczeniu, a ich oferty nie będą podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp oraz uzyskają najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert. W wyniku postępowania zawarta zostanie umowa ramowa, na podstawie których zostaną zawarte umowy wykonawcze pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcami wyłonionymi w celu ich zawarcia na podstawie 101aust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp i zgodnie z procedurą określoną w umowie ramowej. Uwaga. Ze względu na brak możliwości zamieszczenia większej ilości informacji szczegółowe informacje zawarte są w SIWZ.”

Jak widać, przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu nie jest budowa 1 mb przyłącza energetycznego. Budowa przyłącza energetycznego nie została nawet wskazana w ramach uzupełniającego kodu CPV, pomimo istnienia takiego kodu - 31311000-9 – Podłączenie energetyczne. Z powyższych faktów wynika jasno, że dla

Zamawiającego budowa przyłącza energetycznego nie stanowi istotnej części zamówienia i należy je traktować w kategorii daleko pomocniczej. Sam Zamawiający w odpowiedziach na pytania uznał, iż nie do końca jest wiadomo, czy dla części I będzie konieczność budowy jakiegokolwiek przyłącza energetycznego, a jeśli w ogóle to w zakresie nie więcej niż 5% z 247 lokalizacji.

Również warunki udziału w postępowaniu nie wskazują, aby budowa 1 mb przyłącza energetycznego była dla Zamawiającego kluczowym elementem cenotwórczym przedmiotowego zamówienia.

3. Niniejsze zamówienie jest prowadzone w celu zawarcia umowy ramowej. Należy zatem uznać, iż, jak wcześniej wspomniano, nie wiadomym jest czy i w jaki sposób przedstawiona przez wykonawców cena 1 mb przyłącza energetycznego wpłynie istotnie na wartość/koszt całego zamówienia, zwłaszcza w części I i III. Nawet biorąc pod uwagę część II, zgodnie z informacją Zamawiającego iż nie ma obecnie wiedzy na temat lokalizacji instalacji urządzeń pomiarowych, nie ma żadnych przesłanek, które w sposób kategoriyczny przesądzałyby o konieczności budowania przyłączy energetycznych (być może będą dostępne w lokalizacji instalacji).

4. W wezwaniu z dnia 29 czerwca 2020 r. Zamawiający - wskazał, iż kieruje przedmiotowe wezwanie z uwagi na to, że „cena całkowita lub jej części składowe, jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert ...” – zastosował zatem przesłankę do badania rażąco niskiej ceny wskazaną w art. 90 ust. 1a pkt. 1) ustawy Pzp. W tym kontekście należy zauważyć, że wskazana w przytoczonym przepisie przesłanka dotyczy ceny całkowitej oferty. Trudno zaś uznać cenę jednostkową wykonania 1 mb przyłącza energetycznego za cenę całkowitą oferty, zwłaszcza w kontekście niewiadomej do realizacji liczby mb przyłącza energetycznego.

5. Powyższy opis stanu faktycznego oraz formalnego prowadzi do oczywistego wniosku, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony prowadzi w stosunku do Wykonawcy PolCam Systems Sp. z o.o. czynności przewidziane w art. 90 ustawy Pzp a ewentualne negatywne skutki tych czynności nie powinny obciążać Wykonawcy PolCam Systems Sp. z o.o.

6. Niezależnie jednak od stanowiska zaprezentowanego powyżej, Wykonawca PolCam System Sp. z o.o. przedstawia poniżej wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny wykonania 1 mb przyłącza energetycznego:

a. Cena wykonania przyłącza energetycznego wynika z cen pochodzących z taryf operatorów/dystrybutorów energii elektrycznej realizujących przyłącza energetyczne na terenie RP (w załączeniu). Na chwilę składania ofert, istnieje dwóch operatorów/dystrybutorów, którzy, biorąc pod uwagę uwarunkowania i ograniczenia wskazujące możliwość instalowania urządzeń będących przedmiotem zamówienia w pasie dróg krajowych, w tym dróg ekspresowych oraz autostrad. Są to PGE oraz Tauron.

b. W taryfie PGE ustalono następujące stawki za budowę przyłącza energetycznego (str. 36 taryfy):

i. W przypadku budowy przyłącza na długości do 200 metrów, dla obciążenia 1 kW opłata zryczałtowana wynosi 70,38 zł (siedemdziesiąt złotych, 38/100). Zatem cena budowy 1 mb w tym przypadku wynosi 0,35 zł (zero złotych, 35/100). W przypadku, gdy długość budowanego przyłącza przekroczy 200 metrów, koszt każdego kolejnego metra bieżącego powyżej 200 metrów wynosi odpowiednio

1. 33,45 zł w przypadku przyłącza kablowego

2. 24,70 zł w przypadku przyłącza napowietrznego

ii. Zakładając zatem, że maksymalna długość przyłącza, nie powinna wynosić więcej niż 500 m., biorąc pod uwagę przyłącze kablowe, średni koszt budowy 1 mb przyłącza energetycznego w PGE wynosi 20,21 zł.

c. W taryfie Tauron ustalono następujące stawki za budowę przyłącza energetycznego (str. 28 taryfy):

i. W przypadku budowy przyłącza na długości do 200 metrów, dla obciążenia 1 kW opłata zryczałtowana wynosi 56,31 zł (pięćdziesiąt sześć złotych, 31/100). Zatem cena budowy 1 mb w tym przypadku wynosi 0,28 zł (zero złotych, 28/100). W przypadku, gdy długość budowanego przyłącza przekroczy 200 metrów, koszt każdego kolejnego metra bieżącego powyżej 200 metrów wynosi odpowiednio

1. 33,45 zł w przypadku przyłącza kablowego

2. 24,70 zł w przypadku przyłącza napowietrznego

ii. Zakładając zatem, że maksymalna długość przyłącza, nie powinna wynosić więcej niż 500 m., biorąc pod uwagę przyłącze kablowe, średni koszt budowy 1 mb przyłącza energetycznego w Tauron wynosi 20,18 zł.

d. Ponieważ cena jednostkowa za wykonanie 1 mb przyłącza energetycznego w ofercie Wykonawcy PolCam Sp. z o.o. wynosi 123,00 zł, należy uznać, iż nie jest ona rażąco niska, a różnica pomiędzy zaoferowaną ceną a faktycznymi ewentualnymi kosztami jest wystarczająca aby zapewnić odpowiednią obsługę administracyjno – techniczną oraz wypracować na powyższym zagadnieniu zysk.

W przypadku, gdyby złożone wyjaśnienia budziły jeszcze jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiającego, Wykonawca jest gotowy udzielić stosownych dodatkowych wyjaśnień. Powyższa okoliczność może zaistnieć, z uwagi na zakresiony przez Zamawiającego, nadzwyczaj krótki termin na złożenie wyjaśnień – 3 dni (Wykonawca dostosował się do sygnalizowanej wyznaczonym terminem pilności, aczkolwiek pragnie zauważyć, iż np. na złożenie dokumentów, dokładnie określonych i wskazanych już w dokumentacji przetargowej, ustawodawca nakazuje wyznaczyć termin nie krótszy niż 10 dni, a z kolei Zamawiający wyznaczył maksymalnie długi okres związania ofertą - 90 dni)”.

W dniu 19 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze ofert uznanych przez niego za najkorzystniejsze we wszystkich częściach zamówienia, tj.

Część I – za najkorzystniejsze zostały uznane oferty wykonawców Lifor S.A. i Sprint,

Część III - za najkorzystniejsze zostały uznane oferty wykonawców Lifor S.A. i Sprint oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum firm: ZABERD S.A. oraz Neurocar Sp. z o.o. W tym samym piśmie Zamawiający poinformował, że oferta wykonawcy PolCam została odrzucona na podstawie 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Wraz z odwołaniem wykonawca PolCam przedstawił dowód w postaci specjalistycznej opinii z dnia 17.11.2020 r. sporządzonej na jego wniosek przez dr inż. Annę Stankowską dotyczącą zdefiniowania pojęcia przyłącza elektroenergetycznego oraz WLZ na podstawie norm i oraz aktów prawnych.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Według art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Natomiast przepis art. 90 ust. 3 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską

cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Według art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Zaś zgodnie z ust. 2 pkt 3 ww. artykułu Zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3.

Izba po dokonaniu wszechstronnej i wyczerpującej analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doszła do przekonania, że zarzuty zgłoszone w odwołaniu odnoszące się do naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na odrzucenia oferty wykonawcy PolCam należy uznać za nieuzasadnione.

Izba stwierdziła, że w postanowieniach SIWZ, przytoczonych powyżej Zamawiający jasno i precyzyjnie określił jakie kryteria będzie stosować w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykonawczemu przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej. Bez wątpienia jednym z nich było kryterium „Cena wykonania 1mb przyłącza elektroenergetycznego, której Zamawiający przypisał wagę aż 50%”. Wobec tego nie budziło żadnych wątpliwości Izby, że elementem wyceny oferty jest koszt wykonania 1 mb przyłącza energetycznego. Co prawda w pierwotnej treści specyfikacji Zamawiający nie zdefiniował pojęcia przyłącza elektroenergetycznego to jednak zwrócić uwagę należy, że jego sprecyzowanie i wyjaśnienie zostało zawarte w odpowiedzi na pytania wykonawców (tj. nr 4 z 29.04.2020 r., nr 2 z dnia 18 maja 2020 r. oraz 11 z dnia 12 maja 2020 r.).

Jedynie dla przypomnienia Izba wskazuje, że w dniu 29 czerwca 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 Pzp wystosował do Odwołującego wezwanie w którym zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wyjaśnił, że cena całkowita oferty złożonej w postępowaniu lub jej części składowe, jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co skutkuje tym, że Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa na wstępie, pod rygorem odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W zakresie określonym przez Zamawiającego terminie Odwołujący złożył wyjaśnienia (pismo z dnia 1 lipca 2020r.), w których lwia ich część stanowi polemika z zasadnością i prawidłowością czynności Zamawiającego, polegającej na wezwaniu wykonawcy PolCam do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej. Zdaniem wykonawcy Zamawiający w sposób nieuprawniony prowadził w stosunku do wykonawcy PolCam czynności przewidziane w art. 90 Pzp a ewentualne negatywne skutki tych czynności nie powinny obciążać wykonawcy PolCam.

Co istotne, niezależnie jednak od takiego stanowiska wykonawca PolCam w powyższym piśmie przedstawił wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny wykonania 1 mb przyłącza energetycznego. Nie mniej jednak zarówno w złożonych wyjaśnieniach a następnie w treści odwołania oraz w toku rozprawy Odwołujący konsekwentnie twierdził, że w skład struktury kosztów 1 mb przyłącza elektroenergetycznego nie wchodzi koszty związane z jakimkolwiek innym elementem (linia zasilająca, instalacja odbiorcza, urządzenia zasilane i inne) wychodzącym poza układ pomiarowy, który jest zakończeniem przyłącza elektroenergetycznego.

Izba uznała, że zarzuty odwołania odnoszące się do niedopuszczalności lub wadliwości wezwania Zamawiającego w zakresie zbadania oferty Odwołującego pod kątem występowania w niej ceny rażąco niskiej należy uznać za spóźnione. W tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego, który stwierdził, że termin zaskarżenia ww. czynności upłynął w dniu 9 lipca 2020 r. Jedynie dodatkowo Izba zaznacza, że Odwołujący tego rodzaju stanowisko, jak to zawarte w odwołaniu, zaprezentował również w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu w dniu 2 lipca 2020 r., a tym samym nic nie stało na przeszkodzie, aby w takim przypadku wykonawca PolCam skorzystał ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania, czego nie uczynił, a co przesądza o tym, iż na obecnym etapie postępowania nieuprawnione i niedopuszczalne jest podnoszenie tego rodzaju zarzutów. Izba stwierdziła, że skoro Odwołujący nie zdecydował się na zaskarżenie tej czynności Zamawiającego a złożył w dniu 2 lipca 2020 r. wyjaśnienia w zakresie podejrzenia występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej to tym samym ostatecznie zgodził się z prawidłowością i zasadnością czynności Zamawiającego, polegającej na wezwaniu go do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie rażąco niskiej ceny. Biorąc pod uwagę powyższe nieuprawniona jest argumentacja Odwołującego zasadzająca się na tym, że czynność wezwania do złożenia wyjaśnień była czynnością nieprawidłową, co nie może rodzić skutku w postaci możliwości odrzucenia jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Przechodząc do analizy treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego Izba stwierdziła, że Odwołujący nie sprostął ciężarowi wykazania, który zgodnie art. 90 ust. 2 Pzp spoczywał właśnie na wykonawcy PolCam, że zaoferowana przez niego cena wykonania 1 mb przyłącza elektroenergetycznego nie jest ceną rażąco niską.

Izba wskazuje, że wystosowanie przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 jak również art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp oznaczało dla wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. W kontekście powyższego obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień w omawianym zakresie. W takim przypadku wykonawca powinien odnieść się kompleksowo do zaoferowanej ceny. Zgodnie bowiem z treścią powołanego przepisu, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać Zamawiającemu, że jego cena (lub koszt) nie jest rażąco niska, pomimo ziszczenia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie.

Doniosłość wyjaśnień składanych przez wykonawcę opiera się przede wszystkim na tym, że na podstawie ich treści, nie zaś na podstawie wiedzy własnej Zamawiający, powinien dokonać oceny, czy oferta podlega odrzuceniu. Wobec tego niezwykle istotnym jest, aby składane przez wykonawcę wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego bowiem ich celem jest przekonanie Zamawiającego że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty wykonawcy było nieuzasadnione. Wobec tego nie budzi żadnych wątpliwości, że w odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien przedstawić Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące zaoferowanej ceny, w tym informacje na temat kalkulacji ceny, uwarunkowania w jakich kalkulacja ta została dokonana, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji a także inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W związku z tym to wykonawca powinien zadbać o to, aby składane wyjaśnienia były rzetelne, pełne i wyczerpujące, a także aby nie były to wyjaśnienia gołosłowne, a co za tym idzie, wykonawca powinien załączyć do wyjaśnień stosowne dowody.

Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że to obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonywujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Kluczowym jest, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty.

Na kanwie poczynionych rozważań należy przyznać rację Zamawiającemu, który zauważał, że w złożonych wyjaśnieniach poza przywołaniem zryczałtowanych stawek PGE oraz Tauron brak jakichkolwiek informacji, jakie koszty składają się na wykonanie przyłącza i gdzie w związku z tym wykonawca upatruje oszczędności, umożliwiających złożenie oferty cenowej na zaoferowanym poziomie. Nie ma informacji na temat zakupu materiałów (takich jak kable zasilające, rury osłonowe, studnia), kosztów sprzętowych (koparka, ładowarka, przyczepa z zabezpieczeniem, wykonanie przewiertów), kosztów projektowych (projekty TOR na czas robót, projekty tras kablowych, obsługa geodezyjna, uzgodnienia zewnętrzne), kosztów robocizny (m.in. układanie rur osłonowych, praca przy koparce, zaciąganie kabla energetycznego, odtworzenie nawierzchni), kosztów kontraktowych, czy też kosztów pośrednich.

W tym zakresie Izba zwraca uwagę, że z wyjaśnień wykonawcy PolCam złożonych dnia 2 lipca 2020 r. oraz tych zaprezentowanych w toku rozprawy wynika niezbiecie, że w złożonej ofercie w kwocie wykonania 1 mb przyłącza elektroenergetycznego wykonawca uwzględnił jedynie koszt części prac (od linii energetycznej do zestawu złączowo-pomiarowego), która obligatoryjnie realizowana jest przez przedsiębiorstwo energetyczne. Podaną kwotę PolCam oparł o koszty wynikające z taryf energetycznych. Natomiast koszt wykonania przyłącza elektroenergetycznego, które należy będzie do Zamawiającego tj. od zestawu złączowo-pomiarowego do urządzenia w ogóle nie został przez wykonawcę PolCam uwzględniony w cenie wykonania 1 mb przyłącza elektroenergetycznego, bowiem wykonawca uznał, że ww. koszt będzie wliczony do ceny dostawy.

Izba uznała, że wykonawca PolCam błędnie zawęża rozumienie znaczenia przyłącza elektroenergetycznego do interpretacji tego pojęcia ściśle według przepisów Prawa energetycznego. Jest to o tyle nieuprawnione, że Zamawiający w treści SIWZ oraz z odpowiedzi na pytania do specyfikacji nigdy nie wskazał, że pojęcie to należy rozumieć przy uwzględnieniu przepisów tej dziedziny prawa. Wręcz przeciwnie. Wobec takiego zapatrywania Izba uznała za nieprzydatny dowód złożony przez Odwołującego w postaci opinii specjalistycznej, bowiem odnosił się do rozumienia pojęcia przyłącza elektroenergetycznego przy uwzględnieniu norm i przepisów prawa energetycznego, a nie w rozumieniu pojęcia przyjętego przez Zamawiającego na potrzeby rozpoznawanego postępowania. Izba uznała również, że wnioskowany przez Odwołującego dowód z zeznań świadka M. Ż. na okoliczność sposobu rozumienia pojęcia „przyłącza elektroenergetycznego” przez innego wykonawcę spółkę VITRONIC Machine Vision Polska sp. z o.o. należy uznać za nieistotny z punktu widzenia rozstrzygnięcia sprawy, bowiem odnosi się może on jedynie do tego, jak określoną treść SIWZ zrozumiał konkretny wykonawca, co nie może przesądzać o tym, że jest ona ukształtowana w sposób wadliwy.

Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 października 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2394/20, w którym stwierdzono, że „(...) w przedmiotowym bowiem postępowaniu Zamawiający nadał tej cenie dla potrzeb postępowania odmienne, tj. o wiele szersze znaczenie. Zostało to wyrażone w odpowiedzi na pytanie 4 – wyjaśnienia z 29.04.2020 r. zgodnie z którym: „Zamawiający rozumie zryczałtowany koszt wyceniony przez składającego ofertę, wyłącznie we wskazanym zakresie, niezależnie od warunków jego wykonania takich jak np. długość przyłącza, warunki terenowe, rodzaj kabla zasilającego, występująca w miejscu wykonania linii zasilającej infrastruktura, koszty uzyskania wymaganych uzgodnień i zezwoleń, koszty dokumentacji projektowej przyłącza itp.”. Zostało to następnie potwierdzone w odpowiedziach z 12 i 18.05.2020 r. (wskazanych w ustaleniach), które odnoszą się do wszystkich części. Wynika więc z tego że nie chodziło tylko wyłącznie o koszt przyłącza realizowany przez Zakład Energetyczny”.

Zwrócenia uwagi również wymaga, że w odpowiedzi na pytanie 11 przy piśmie z dnia 12 maja 2020 r., że Zamawiający wskazał jakie elementy wykonawca będzie zobowiązany zainstalować w ramach stacjonarnego urządzenia rejestrującego, tj.: fundament, konstrukcja wsporcza, urządzenie rejestrujące. Dostrzeżenie również wymaga, że w tym katalogu brak jest wewnętrznej linii zasilającej, której Odwołujący upatruje właśnie w ramach instalacji ww. urządzenia.

W zakresie rozpoznawanego zarzutu Izba dała również wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, który wskazywał, że wykonanie przyłącza elektroenergetycznego zostało przez Zamawiającego określone wagą aż 50%, czyli zostało wybrane jako najważniejsze kryterium, które stanowić będzie o zakwalifikowaniu konkretnych ofert do podpisania umowy ramowej, bowiem miało ono dla Zamawiającego szczególnie istotne znaczenie. Za wiarygodne i przekonywujące należy uznać również wyjaśnienia Zamawiającego, który w toku rozprawy stwierdził, że ustanowienie ww. kryterium wynikało z jego dotychczasowych doświadczeń, które opierały się o to, że budowa przyłącza generowała dosyć wysokie koszty, dlatego też Zamawiający chciał zagwarantować określony ich poziom w określonym momencie postępowania. Na tę okoliczność Zamawiający odwoływał się do wartości szacunkowej zamówienia przy uwzględnieniu konkretnych tego rodzaju wartości. W tym aspekcie Izba uwzględniła również wnioski płynące w doświadczenia życiowego, zasadzające się na tym, że gestorzy sieci najczęściej, którzy dokonują montażu przyłącza w najbliższym miejscu, a dalsze instalacje i podłączenia leżą nie leżą już po ich stronie a po stronie użytkownika. Stąd też Izba dostrzega istotność i wagę problemu, dotyczącego określenia kosztu wykonania 1 metra bieżącego takiej linii zasilającej.

Za trafne Izba uznała argumenty Przystępującego Sprint, który wskazywał, że w zakresie rozpoznawanych zarzutów nielogiczne jest stanowisko, które w aspekcie poziomu ceny 1 mb przyłącza uwzględnia jedynie cenę opłaty dokonywanej na rzecz operatora/dystrybutora energii elektrycznej z pominięciem odcinka od zestawu złączowo-pomiarowego do urządzenia. Zgodzić się należy z tym, że a takim przypadku niepotrzebne byłoby ustanawianie tak wysoko punktowanego kryterium a wystarczającym byłoby ustanowienie obowiązku opłaty przez wykonawcę określonej kwoty zryczałtowanej opłaty na rzecz zakładu energetycznego.

Izba za chybioną uznała argumentację Odwołującego, który wskazywał, że na obecnym etapie postępowania niemożliwa jest wycena 1 mb przyłącza w rozumieniu przedstawianym przez Zamawiającego oraz Przystępującego Sprint. Izba zauważa pewną trudność w tym aspekcie, w kontekście tego, iż obecnie nie są jeszcze znane szczegółowe dane dotyczące rozmiaru tego rodzaju podłączeń nie mniej jednak wycena taka nie jest niemożliwa, a co najwyżej jest obarczona ryzykiem, które wykonawca mógł przecież w kalkulować w zaoferowaną cenę.

Podsumowując powyższe rozważania Izba, podobnie jak Zamawiający stwierdziła, że lakoniczność wyjaśnień, brak szczegółowych rozliczeń i wskazania pozycji kosztowych oraz przyjęcie błędnych założeń co do kształtu ceny determinuje uznanie, że Odwołujący nie udowodnił braku przesłanek rażąco niskiej ceny w zakresie stawki przez niego zaoferowanej w kryterium „cena 1 mb wykonania przyłącza elektroenergetycznego” a zgodnie z powołanym przepisem ustawy to na nim właśnie spoczywał ciężar dowodu.

Powracając następnie do argumentacji dotyczącej procedury wyjaśniającej prowadzonej przez Zamawiającego w kwestii ewentualnego ponownego zwrócenia się do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienia w kwestii występowania w jego ofercie rażąco niskiej ceny Izba stwierdziła, że w rozpoznawanej sprawie nie istnieje taka możliwość, bowiem w takim przypadku mielibyśmy do czynienia nie z sytuacją doprecyzowania treści wcześniej złożonych wyjaśnień a z możliwością ich zasadniczej zmiany. W tym miejscu przypomnienia wymaga, że w przedstawionych wyjaśnieniach brak jest szczegółowego przedstawienia innych kosztów za wyjątkiem kosztów związanych z opłatą przyłączeniową naliczaną przez zakład energetyczny. Wobec tego ponowne wezwanie nie mogłoby prowadzić do zmiany pierwotnych wyjaśnień i przedstawiania dowodów, które nie zostały pierwotnie przedstawione. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że przecież nie było żadnych przeszkód ku temu, aby Odwołujący stosując się do pierwotnego wezwania, które wprost wzywało do ich złożenia, stosowne wyjaśnienia i dowody w zakresie zaoferowanej ceny Zamawiającemu przedstawił. W konsekwencji, w przedmiotowym stanie faktycznym takie ponowne wezwanie nie jest dopuszczalne, gdyż Odwołujący był już wzywany także do złożenia dowodów, a kolejne wyjaśnienia skutkowałyby daleko idącym przebudowaniem pierwotnych wyjaśnień, zwłaszcza w zakresie tego czego w nich ewidentnie brakuje.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że takie dodatkowe wezwanie byłoby możliwe, gdyby wezwanie było nieprecyzyjne, albo gdyby postanowienia SIWZ nie było jednoznaczne. Izba jednakże ustaliła, że inni wykonawcy wezwani w tym samym zakresie oraz wedle tej samej treści jednoznacznie zrozumieli tak istotę wezwania, jak również doskonale wiedzieli co należy rozumieć przez cenę 1 mb wykonania przyłącza elektroenergetycznego, a ściślej że nie chodzi o wykonanie przyłącza elektroenergetycznego w rozumieniu prawa energetycznego, tak jak podnosił Odwołujący.

Podsumowując, Izba potwierdziła prawidłowość czynności Zamawiającego, polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

2. Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy Sprint.

Analiza zarzutów odwołania w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy doprowadziła skład orzekający Izby do przekonania, że podlegają one oddaleniu jako nieuzasadnione.

Na wstępie rozpoznawanych zarzutów wskazać należy, że nie było sporne między stronami, że Formularz OF.1 „Opis techniczny oferowanych stacjonarnych urządzeń rejestrujących” należało wypełnić w ten sposób, że przy danym opisie w zakresie „Wymagań minimalnych dla urządzeń rejestrujących” należało podać „Tak” lub „Nie” albo „Spełnia” lub „Nie spełnia”. Nie było również sporne między stronami, że w Formularzu OF.1 „Opis techniczny oferowanych stacjonarnych urządzeń rejestrujących” w zakresie III w pkt I ppkt 5 i 14 złożony przez wykonawcę Sprint wraz z ofertą w kolumnie „Oferowane urządzenie spełnia następujące wymagania” nie został wypełniony (pola u samej góry).

W dniu 30 czerwca 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Sprint do złożenia wyjaśnień dotyczących ofert w części III. Zamówienia, wskazując w tym wezwaniu, iż ów wykonawca nie wypełnił pól formularzy technicznych dla tej części: wierszy 5 i 14 dla części III. W związku z powyższym Zamawiający zapytał, czy oferowane przez Sprint urządzenie spełnia wskazane wymagania czy też ich nie spełnia.

W dniu 2 lipca 2020r. Sprint przekazał odpowiedź, w której stwierdził, iż „nastąpiła oczywista omyłka pisarska, która była skutkiem formatowania tekstu i zamiany pliku z worda na pdf. Jednocześnie oświadczył, że oferowane urządzenie rejestrujące spełnia wskazane wymogi. Następnie, w dniu 8 lipca 2020 r. Zamawiający zawiadomił Sprint o poprawieniu omyłki w ofercie Sprint innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz wezwał Sprint do wyrażenia zgody na tę poprawę.

W dniu 9 lipca 2020 r., za pośrednictwem platformy zakupowej itd.ezamawiający.pl Zamawiający otrzymał wiadomość o treści: „Dzień dobry, informujemy, że otrzymaliśmy zawiadomienie o poprawionej innej omyłce i wyrażamy zgodę”.

Ponadto Izba ustaliła również, że w treści formularza oferty Sprint w pkt 3.3 podał, że „oferujemy dostawę urządzeń producenta Sprint S.A.; ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn - Polska (firma, siedziba) o nazwie Sprint RedLight (dokładna nazwa urządzenia), których opis techniczny został załączony do oferty”. Ponadto w pkt 4 ww. formularza wykonawca Sprint oświadczył, że „ww. urządzenia rejestrujące spełniają wszystkie podstawowe wymagania opisane w tabelach, o których mowa w punkcie 4. Części II SIWZ i Formularzu OF.1 dla Części wskazanych w pkt. 3 Formularza Ofertowego”. Zaś w pkt 6 wykonawca oświadczył, że „urządzenia rejestrujące spełniają wymagania zawarte w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 17 lutego 2014 roku w sprawie wymagań, którym powinny odpowiadać przyrządy do pomiaru prędkości pojazdów w ruchu drogowym oraz szczegółowego zakresu badań i sprawdzeń wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych (Dz.U. z 2019 poz. 1081)”.

W toku rozprawy Odwołujący oświadczył, że zarzuty dotyczące oferty wykonawcy Sprint aktualne pozostają jedynie względem III części zamówienia. Nie zostały podtrzymane zarzuty dotyczące części II.

W omawianej sprawie Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy w zw. z art. 78¹ § 1 i § 2 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp na które w treści odwołania powoływał się wykonawca PolCam.

Rozstrzygnięcie zasadności zgłoszonego zarzutu sprowadza się w zasadzie do odpowiedzi na następujące pytania: czy brak w Formularzu OF.1 „Opis techniczny oferowanych stacjonarnych urządzeń rejestrujących” w zakresie III w pkt I ppkt 5 i 14 dotyczącym oferty wykonawcy Sprint mógł być zakwalifikowany i poprawiony przez Zamawiającego jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją wykorzystując przy tym procedurę opisaną w art. 87 ust. 1 Pzp a następnie, czy w sposób prawidłowy została wyrażona przez zgodą na poprawienie innej omyłki przez wykonawcę Sprint? Izba uznała, że na tak zadane pytania należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Zapatrzywanie Izby wyrażone powyżej wynika z przekonania, że Zamawiający posiadał wszystkie niezbędne informacje do samodzielnego ustalenia i poprawienia omyłki ww. w treści oferty Sprint czemu dał wyraz już w piśmie z dnia 30 czerwca 2020 r., zawierającym wezwanie wykonawcy Sprint do złożenia wyjaśnień we wskazanym zakresie. Otóż w treści powyższego pisma Zamawiający wskazał m. in., że „po analizie oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu stwierdza, iż w formularzu OF.1 dla Części II – pkt 9 tabeli Wykonawca pozostawił puste pole nie wskazując, czy urządzenie spełnia, czy też nie postawione wymagania. Podobnie dla Części III w formularzu OF.1 pkt 5 i 14. Jednocześnie w formularzu ofertowym (Formularz numer OF.0.) Wykonawca wskazał model i producenta Urządzeń, a także w pkt 6 złożył oświadczenie, że urządzenie spełnia wszystkie podstawowe wymagania Zamawiającego, w tym

wymagania określone w formularzu OF.1".

Wobec tego Izba uznała za przekonywujące wyjaśnienia złożone w toku rozprawy, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie popełnionej omyłki skierowane do wykonawcy Sprint należy traktować jedynie jako potwierdzające wcześniejsze ustalenia Zamawiającego w tym zakresie, które nie mogą być traktowane jako niedopuszczalne negocjacje pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Sprint.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego zasadzającego się na tym, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców złożenia w formularzu ofertowym oświadczenia, potwierdzającego spełnienia tylko części wymogów uznając, że nie ma ono oparcia w treści SIWZ. W tym zakresie Izba stwierdziła, że rację ma Zamawiający, który twierdził, że myli się Odwołujący: „że należy restrykcyjnie odróżnić wymagania podstawowe od minimalnych, które zostały wskazane w formularzach technicznych. Prowadziłoby to do absurdalnych wniosków, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców złożenia w formularzu ofertowym oświadczenia, potwierdzającego spełnienia tylko części wymogów. Oczywiście pozostaje, że oświadczenie to dotyczyło wszystkich wymogów zarówno podstawowych, jak i minimalnych, które w tym kontekście są absolutnie zrównane”.

Jeśli zaś chodzi o zarzut dotyczący braku wyrażenia zgody przez Przystępującego Sprint to Izba uznała, że jest on niezasadny bowiem nie ulega żadnej wątpliwości, że wykonawca taką zgodę wyraził, co znalazło odzwierciedlenie w stwierdzeniu zamieszczonym na platformie zakupowej w dniu 9 lipca 2020 r., a więc terminie wymaganym ustawą. Tym samym za chybione należy uznać stanowisko powoływane przez Odwołującego zasadzające się na „milczeniu” po stronie wykonawcy.

Podsumowując Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy odnoszących się do zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Sprint.

Konsekwencją stanowiska Izby przedstawionego powyżej jak również zaprezentowanej argumentacji jest oddalenie odwołania o sygn. akt KIO 3157/20.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i 2 lit. b), § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika Zamawiającego dotyczące zastępstwa procesowego w oparciu o fakturę VAT, która została przedłożony w toku rozprawy do akt sprawy.

KIO 3159/20

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba ustaliła, że w rozpoznawanej sprawie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy: Lifer Sp. z o.o. i Sprint.

Po dokonaniu wyczerpującej i wszechstronnej analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania i został potwierdzony przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Według art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Natomiast przepis art. 26 ust. 3 Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a załączniki do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 rodzaje dokumentów żądanych w postępowaniu od wykonawców ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba, że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zaś zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 związanie wykonawcy ofertą ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1b w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp.

Po rozpoznaniu zgłoszonych zarzutów Izba stanęła na stanowisku, że czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp była prawidłowa, bowiem Odwołujący nie wykazał w należyty sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania potencjału kadrowego.

Nie było sporne między stronami, że na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp Odwołujący przedłożył wykaz osób. W treści wykazu w pozycjach od 2-5 podano, że osoby tam wymienione są zatrudnione u wykonawcy na stanowisku serwisanta z uprawnieniami SEP jednocześnie nie podając informacji o certyfikatach wydanych przez producenta, które wskazanie było wymagane treścią wzoru stanowiącego załącznik do SIWZ.

Wobec tego pismem z dnia 24 sierpnia 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wykazu osób, z którego będzie wynikało potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W treści pisma Zamawiający określił termin na uzupełnienie dokumentu do dnia 31 sierpnia 2020 r. Jednocześnie Zamawiający poinformował wykonawcę, że dokumenty o których mowa 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 (zgodnie z § 14) składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczającego za zgodność z oryginałem. Sporządzenie i przekazanie elektronicznej kopii posiadanego dokumentu lub oświadczenia może nastąpić, jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenie nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego. Poświadczenie za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Strony były zgodne co do tego, że Odwołujący na tak sformułowane wezwanie Zamawiającego nie przedłożył żądanego wykazu osób a za pomocą platformy zakupowej używanej przez Zamawiającego w formie pliku pdf. przesłał, w odniesieniu do osób wskazanych w wykazie osób, certyfikaty zaświadczające ukończenie przez nie szkolenia i posiadanie uprawnień w zakresie instalacji i serwisowania urządzeń rejestrujących typu fotoradar i wideoradar produkowanych przez firmę ZURAD Sp. z o.o. Przesłany dokument nie został opatrzony podpisem elektronicznym ani nie został poświadczony przez wykonawcę za zgodność z oryginałem jako elektroniczna kopia dokumentu.

Wobec powyższego Izba uznała, że Odwołujący nie zastosował się do wezwania Zamawiającego i nie przedłożył żądanego przez Zamawiającego poprawionego wykazu osób co przesądza o tym, że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego wymaganego potencjału kadrowego. Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, że złożony przez niego wykaz osób był poprawny i wykonawca na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp mógłby złożyć jedynie taki sam wykaz.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że w treści wykazu osób, wykonawca ZURAD zobowiązany był podać: Krótki opis kwalifikacji/uprawnień/Nazwa producenta wydającego zaświadczenie (informacja o szkoleniach, uprawnieniach i certyfikatach uprawnieniach i dokumentach/certyfikatach wydanych przez producenta oferowanych urządzeń rejestrujących poświadczającym ww. uprawnienia).

Bez wątpienia w treści wykazu osób, który został złożony przez wykonawcę ZURAD brakuje informacji ww. informacji o certyfikatach wydanych przez producenta, które wskazanie było wymagane treścią wzoru stanowiącego załącznik do SIWZ. Tym samym wymaganym było, aby na wezwanie Zamawiającego wystosowane przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wykonawca ZURAD uzupełnił wykaz osób poprzez wpisanie w nim informacji o certyfikatach posiadanych przez personelu tam wskazany. Wykonawca tego nie uczynił, a zamiast wykazu przesłał Zamawiającemu dokumenty zawierające certyfikaty. Izba oceniła takie działanie wykonawcy ZURAD jako nieprawidłowe.

Nie mniej jednak nawet, gdyby chciał uznać dokumenty przedłożone przez Odwołującego w postaci certyfikatów za potwierdzające ww. warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (z czym Izba się nie zgadza) to wskazać należy, że zostały one przedłożone w nieprawidłowej formie, tzn. nie zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym ani nie zostały poświadczone przez wykonawcę za zgodność z oryginałem jako elektroniczna kopia dokumentu. Izba nie podziela natomiast stanowiska, że późniejsze samodzielne uzupełnienie przez wykonawcę ZURAD przesłanych wcześniej certyfikatów w odpowiedniej formie może sanować wcześniejsze błędy wykonawcy popełnione na etapie odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Z tych względów Izba stwierdził, że zgłoszony zarzut należy uznać za niezasadny.

Izba nie znalazła również podstaw do tego, aby uznać za uzasadnione stanowisko Odwołującego zasadzające się na tym, że w przypadku niewłaściwej formy przesłanych certyfikatów Zamawiający powinien wezwać wykonawcę ZURAD do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Izba podkreśla, że ww. dokumenty nie były wskazane przez Zamawiającego jako dokumenty mające potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w przeciwieństwie do wykazu osób, a zatem żądane od Zamawiającego ich uzupełnienia należy uznać za niedopuszczalne.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp w zw. z art. 85 ust. 2 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 67 k.c. w zw. z art. 65 k.c.

Izba po przeprowadzeniu badania zasadności zgłoszonych zarzutów uznała je za nieuzasadnione.

Nie było sporne między stronami, że w związku z upływającym terminem związania ofertą w dniu 21 września 2020 r. Zamawiający wystąpił do Odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni, liczony od dnia, w którym upływał pierwotny termin związania ofertą. Zamawiający wskazał, że termin związania ofertą dla części I upływa w dniu 25 września 2020 r.

W zakresie rozpoznawanego zarzutu spór między stronami wymagał rozstrzygnięcia kwestii zasadzającej się na tym, czy w okresie związania ofertą, tj. do upływu dnia 25 września 2020 r. doszło do skutecznego wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą przez Odwołującego w części I zamówienia?

Izba stwierdziła, że analiza zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie potwierdziła, że do upływu terminu związania ofertą w części I, tj. do dnia 25 września 2020 r. doszło do skutecznego przekazania Zamawiającemu przez ZURAD oświadczenia dotyczącego wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Wręcz przeciwnie. Z złożonych dowodów jednoznacznie wynika, że oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą zostało zamieszczone na platformie zakupowej dopiero 2 dni po upływie terminu związania ofertą, tj. w dniu 27 września 2020 r. o godz. 22.40, co oznacza, że dopiero z tą chwilą dotarło do Zamawiającego.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na przepis art. 61 k.c. zgodnie z którym oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy do niej doszło (zostało wprowadzone do środka komunikacji elektronicznej) w taki sposób, że mogła się zapoznać z jego treścią. Wobec tego stwierdzić należy, że konsekwencją powyższego było przerwanie terminu związania ofertą i konieczność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp.

Izba zwraca uwagę, że przedstawione przez Zamawiającego dowody, w tym m. in. w postaci: wyciągu z platformy z dnia 28.09.2020 r., wykazu logowań oraz czynności Odwołującego na platformie oraz korespondencja pomiędzy Zamawiającym a podmiotem obsługującym platformę potwierdzają, że należy uznać za nietrafne stwierdzenia Odwołującego o złożeniu przez niego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą w dniu 24 lub 25.09.2020 r. Odwołujący w tym zakresie poza własnymi twierdzeniami nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, wadliwe działanie platformy, które mogło doprowadzić do błędów w przesłaniu oświadczenia lub też dowodów potwierdzających dokonanie czynności przesłania oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą przez wykonawcę ZURAD w osobie Pana Z. S. w dniach 24 lub 25.09.2020 r.. Ponadto w toku rozprawy pełnomocnik Zamawiającego Pani E. G. oświadczyła, że dniu 28 września 2020 r. w trakcie rozmowy telefonicznej Pan Z. S. nie

sygnalizował, iż miał jakiegokolwiek problemy z działaniem platformy lub też przesłaniem dokumentów, czemu obecny w toku rozprawy pełnomocnik Odwołującego Pan Z. S. nie zaprzeczył. W tym miejscu należy wyjaśnić, że w toku rozprawy Zamawiający wycofał wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań Pani E. G. jako świadka.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że Zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp co oznacza, że za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia ww. przepisu w powiązaniu z art. 85 ust. 2 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 67 k.c. w zw. z art. 65 k.c.

Konsekwencją stanowiska Izby przedstawionego powyżej jak również zaprezentowanej argumentacji jest oddaleniem odwołania o sygn. akt KIO 3159/20.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i 2 lit. b), § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika Zamawiającego dotyczące zastępstwa procesowego w oparciu o fakturę VAT, która została przedłożony w toku rozprawy do akt sprawy.

KIO 3168/20

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba ustaliła, że w rozpoznawanej sprawie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Polcam, zaś po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca Lifor Sp. z o.o.

Izba po dokonaniu wyczerpującej i wszechstronnej analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że stan faktyczny sprawy przydatne dla rozpoznania zarzutów odwołania o sygn. akt KIO 3168/20 został wyczerpująco przytoczony w uzasadnieniu powyżej, tj. w zakresie rozpoznania odwołania o sygn. akt KIO 3157/20. Wobec tego Izba uznała, iż zbędne jego powielenie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Natomiast według pkt 6 powołanego przepisu Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Po dokonaniu wyczerpującej i wszechstronnej analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp zasługują na uwzględnienie. Izba wskazuje, że u podstaw takiego rozstrzygnięcia Izby legło przyjęcie następującego stanowiska.

1. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zawartego w odwołaniu, Izba uznała wyżej wymienione zarzuty za zasadne, bowiem z wyjaśnień wykonawcy PolCam złożonych dnia 2 lipca 2020 r. oraz tych zaprezentowanych w toku rozprawy wynika niezbicie, że w złożonej ofercie w kwocie wykonania 1 mb przyłącza wykonawca uwzględnił jedynie koszt części prac (od linii energetycznej do zestawu złączowo-pomiarowego), która obligatoryjnie realizowana jest przez przedsiębiorstwo energetyczne. Podana kwotę PolCam oparł o koszty wynikające z taryf energetycznych. Natomiast koszt wykonania przyłącza elektroenergetycznego, które należeć będzie do Zamawiającego tj. od zestawu złączowo-pomiarowego do urządzenia w ogóle nie został przez wykonawcę PolCam uwzględniony w cenie wykonania 1 mb przyłącza, bowiem wykonawca uznał, że ww. koszt będzie wliczony do ceny dostawy.

W zakresie rozumienia pojęcia przyłącza elektroenergetycznego w świetle postanowień specyfikacji uzupełnionej wyjaśnieniami Zamawiającego zawartymi w odpowiedziach na pytania wykonawców, które niewątpliwie stanowi jeden z elementów treści specyfikacji, należy się odwołać do argumentacji przedstawionej przez Izbę przy rozpoznaniu zarzutów odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 3157/20. Tym samym za niezasadne należy uznać jej powtarzanie w tym miejscu.

Przyjęcie przez Izbę stanowiska zasadzającego się na tym, że w cenie wykonania 1 mb przyłącza elektroenergetycznego należało ująć również koszt podłączenia urządzenia rejestrującego do sieci energetycznej skutkowało obowiązkiem wykonawcy uwzględnienia w zaoferowanej cenie wykonania 1 mb przyłącza nie tylko tych kosztów na które wskazuje wykonawca PolCam (koszty wynikające z taryf energetycznych wraz z kosztami obsługi administracyjno-technicznej) ale również kosztów przyłączenia urządzenia rejestrującego do sieci energetycznej. Zatem zgodzić się należy, że Odwołującym, że przy tak ukształtowanej treści SIWZ koszt wykonania przyłącza energetycznego nie mógł być przeniesiony do ceny za dostawę, instalację i uruchomienie urządzenia rejestrującego, która to zresztą w ogóle nie podlegała ocenie na etapie postępowania na zawarcie umowy ramowej, co zostało przez Zamawiającego jednoznacznie wyjaśnione w odpowiedziach na pytania wykonawców (odpowiedź na pyt. 4 z dnia 29 kwietnia 2020 r., pyt. 2 z dnia 18 maja 2020 oraz pyt. 11 z dnia 12 maja 2020 r.).

Izba uznała, że wykonawca PolCam błędnie zaważa rozumienie znaczenia przyłącza elektroenergetycznego do interpretacji tego pojęcia ściśle według przepisów Prawa energetycznego. Ponownie Izba wskazuje, że w tym zakresie aktualne pozostają rozważania Izby wyrażone w zakresie rozpoznania zarzutów odwołania o sygn. akt KIO 3157/20.

Wobec powyższego Izba uznała, że Zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy PolCam nie tylko na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ale również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem wbrew wymaganiom SIWZ wykonawca ten w ogóle nie określił w treści swojej oferty ceny za wykonanie 1 mb przyłącza elektroenergetycznego od złącza do urządzenia rejestrującego. Zgodzić się należy z Odwołującym, że w zaistniałych okolicznościach należy równocześnie uznać, że wykonawca PolCam w ogóle nie zaoferował w treści złożonej oferty wykonania przyłącza w rozumieniu postanowień SIWZ. W tym miejscu wskazać należy, że Zamawiający wymagał, aby koszt przyłącza nie był uwzględniony w cenie urządzenia rejestrującego, a jak wynika z wyjaśnień wykonawcy PolCam koszt wykonania przyłącza stanowiącego własność Zamawiającego (od złącza do urządzenia rejestrującego) zamierza on właśnie ująć w cenie za dostawę urządzenia.

Dostrzeżenia również wymaga, że w sytuacji opisanej powyżej mamy do czynienia z brakiem porównywalności

złożonych ofert, ponieważ Odwołujący, w tym pozostali wykonawcy zakwalifikowani do umowy, ramowej, koszt przyłącza od złącza do urządzenia rejestrującego uwzględnili w cenie wykonania 1 mb przyłącza elektroenergetycznego, natomiast wykonawca PolCam tego zakresu w ww. cenie nie uwzględnił.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że w świetle opisanych okoliczności niezbędne jest odrzucenie oferty PolCam na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ.

2. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp

Z ustaleń poczynionych przez Izbę powyżej wynika, że wykonawca PolCam, w cenie za 1 mb przyłącza elektroenergetycznego określił jedynie koszt wykonania prac w zakresie realizowanym przez Zakład energetyczny wraz z kosztami administracyjno-technicznymi podczas, gdy Zamawiający wymagał, aby cena wykonania 1 mb przyłącza uwzględniała koszt wykonania 1 mb przyłącza elektroenergetycznego w rozumieniu szerszym niż to wynikające z przepisów prawa energetycznego. W tym aspekcie aktualne pozostają rozważania Izby opisane w powyżej w zakresie zarzutów odwołania o sygn. akt KIO 3157/20 wobec tego Izba odstępuje od jej powielania.

Nie było sporne między stronami, przy akceptacji wykonawcy PolCam, że wykonawca ten w cenie złożonej oferty za 1 mb przyłącza elektroenergetycznego nie uwzględnił kosztów wykonania przyłącza od złącza do urządzenia rejestrującego, a jego zamiarem jest ujęcie tych kosztów w cenie za dostawę urządzenia. Izba stwierdziła, że w takich okolicznościach sprawa wykonawcy popełnił błąd w obliczeniu ceny oferty, gdyż obliczył cenę oferty w sposób sprzeczny z wymaganiami Zamawiającego w tym zakresie. Oznacza to, że oferta wykonawcy PolCam podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Na kanwie zgłoszonego zarzutu aktualność zachowują również rozważania Izby zawarte w pkt I. dotyczące braku porównywalności ofert w kontekście cen zaoferowanych przez wykonawców dotyczących wykonania 1 mb przyłącza elektroenergetycznego.

Podsumowując, Izba potwierdziła zasadność zarzutów odwołania w zakresie zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego PolCam - wnoszącego sprzeciw – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, ponieważ oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Konsekwencją stanowiska Izby przedstawionego powyżej jak również zaprezentowanej argumentacji jest oddaleniem odwołania o sygn. akt KIO 3168/20.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

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

.....
.....
.....