

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 listopada 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2017r. przez **wykonawcę E. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Skarb Państwa – Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w B., ul. (...)**

przy udziale **wykonawcy P. B., S. spółka jawna z siedzibą w K., ul. (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2313/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy P. B., S. spółka jawna z siedzibą w K., ul. (...) z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy z uwagi na nieprzedłużenie wadium na przedłużony okres związania ofertą,

na podstawie

art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaoferowanie odsprzedaży zamawiającemu stacji transformatorowych poniżej kosztów ich zakupu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez złożenie wyjaśnienie potwierdzających, że istotna część składowa oferty – stacje transformatorowe zostały zaoferowane za rażąco niską cenę, a pozostałe wyjaśnienia nie zostały udowodnione, nie wykazują okoliczności wyjątkowych wykonania zamówienia pozwalających przystępującemu na zaoferowanie ceny zaproponowanej w ofercie przystępującego,

2. Kosztami postępowania obciąża P. B., S. spółka jawna z siedzibą w K., ul. (...) i

2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł. 00 gr (słownie:

1

dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę E. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania

2.2. Zasądza od P. B., S. spółka jawna z siedzibą w K., ul. (...) na rzecz E. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., ul. (...) kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) z tytułu poniesionych kosztów wpisu i zastępstwa prawnego.

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

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 2313/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę systemu elektroenergetycznego Nowy G. zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 sierpnia 2017r. za numerem 581245-N-2017.

W dniu 27 października 2017r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania tj. o

wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy P. B., S. spółka jawna z siedzibą w K. – dalej przystępujący.

W dniu 2 listopada 2017r. odwołanie wniósł wykonawca E. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. – dalej odwołujący. Odwołanie zostało opatrzone elektronicznym podpisem kwalifikowanym złożonym przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 31 października 2017r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 2 listopada 2017r.

Odwołujący wniósł odwołanie od:

1) dokonania w dniu 27 października 2017 r. wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy, przystępującego, mimo iż oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu:

- a) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z powodu jej niezgodności z treścią siwz (siwz);
- b) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy, w związku z brakiem złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny;
- c) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, w zw. z art. 90 ustawy, w związku ze złożeniem niewystarczających wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny, potwierdzających, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska;
- d) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy, w związku ze złożeniem przez tego wykonawcę oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- e) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, w związku ze złożeniem przez tego wykonawcę oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- f) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy, w związku z brakiem skutecznego przedłużenia okresu związania ofertą;
- g) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy, w związku z brakiem zachowania ciągłości wadium (tj. wniesieniem nieprawidłowego wadium);

2) dokonanie w dniu 27 października 2017 r. wyboru oferty najkorzystniejszej przystępującego, mimo iż wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznych i zawodowych - tj. osób skierowanych do realizacji zamówienia, a zamawiający zaniechał wezwania w/w wykonawcy

3

do uzupełnienia oferty w zakresie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż oferta ta nie odpowiadała treści siwz;

2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy, przez ich błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, mimo iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, a tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny;

3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy, przez ich błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, mimo iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień wystarczających, potwierdzających, że jego oferta nie jest rażąco niska;

4) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy, przez ich błędną wykładnię i niezastosowanie, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę;

5) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez jego błędną wykładnię i niezastosowanie, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż oferta tego wykonawcy stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji;

6) art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy przez jego błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, mimo iż wykonawca ten nie przedłużył skutecznie okresu związania ofertą;

7) art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy przez jego błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, mimo iż wykonawca ten nie zachował ciągłości zabezpieczenia oferty wadium (tj. wadium zostało wniesione nieprawidłowo);

8) art. 26 ust. 3 ustawy, przez jego błędną wykładnię i brak zastosowania, mimo iż wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, złożony przez przystępującego, nie potwierdzał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

9) art. 91 w zw. z art. 89, art. 90 i art. 92 ustawy, przez ich błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na wyborze oferty przystępującego, mimo że powyższe przepisy ustawy dopuszczają możliwość wyłącznie wyboru oferty tego wykonawcy, który wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz oferty, która nie podlega odrzuceniu (a ponadto oferty, którą wykonawca jest prawidłowo związany);

10) art. 7 ustawy, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

Wniósł o:

4

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przystępującego;

2) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty przystępującego;

3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej,

4) przeprowadzenie zawnioskowanych dowodów,

5) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku jego uwzględnienia, istnieje możliwość uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (podobną wykładnię interesu prawnego przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 lipca 2010 r., KIO/UZP 1338/10). Odrzucenie oferty przystępującego, spowodowałoby bowiem, że oferta odwołującego zostałaby oceniona najwyżej oraz istniałaby szansa na wybór tej oferty jako najkorzystniejszej. Tymczasem w wyniku podjęcia przez zamawiającego czynności niezgodnych z ustawą, odwołujący pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia. Jak podkreśla się w doktrynie prawa, interes prawny winien być rozumiany szeroko, obejmując zarówno interes majątkowy jak i niemajątkowy. Nie jest konieczne doznanie uszczerbku w interesie prawnym, a wystarczy jego samo zagrożenie. W ocenie odwołującego się, przez bezprawne działanie zamawiającego jego interes został naruszony, co skutkuje brakiem możliwości uzyskania zamówienia.

Odrzucenie oferty ze względu na wystąpienie ceny potencjalnie rażąco niskiej zostało ujęte w dwóch przepisach: art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy. Pierwszy z tych przepisów odnosi się do sytuacji, gdy zamawiający istnienie takiej ceny stwierdzi: "oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia". Drugi z nich, o treści: "zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia", mówi o sytuacji, w której taką rażąco niską cenę niekoniecznie stwierdzono, czy też zamawiający niekoniecznie jest w stanie wykazać (udowodnić), że jest ona rażąco niska, ale zaistniały inne okoliczności w postaci tego, że wykonawca nie złożył wyjaśnień w zakresie ceny (potencjalnie rażąco niskiej) lub też zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień i przedstawionych dowodów i w wyniku tej oceny uznał cenę za rażąco niską.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i KIO. Odwołujący wskazał, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz musi mieć charakter nieusuwalny (przy uwzględnieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy) oraz dotyczyć powinna sfery niezgodności

5

zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz. Siwz, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Zamawiający zobligował wykonawców, aby wraz z ofertą złożyli formularz cenowy zawierający zestawienie wartości elementów oferty (część VI pkt 4 ppkt 4.5 siwz). Formularz cenowy miał stanowić także integralny element umowy (§ 29 ust. 2 pkt 8 istotnych postanowień umownych). Zamawiający wraz z dokumentacją przetargową udostępnił wzór formularza cenowego. W formularzu cenowym należało podać jednostki nakładu pracy (np. roboczogodziny) dla

branży elektrycznej, budowlanej i sanitarnej, a następnie wartość poszczegółnej jednostki nakładu czasu pracy. Poprzez mnożenie jednostki nakładu czasu pracy z wartością należało uzyskać ogólną wartość brutto prac w branży sanitarnej, elektrycznej i budowlanej. Zdaniem odwołującego brak podania jednostki nakładu pracy i jej wartości w każdym przypadku musi skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z siwz. Zestawiając treść oferty przystępującego z wytycznymi zamawiającego odwołujący doszedł do wniosku, że wbrew wymogom zamawiającego wspomniany wykonawca nie podał jednostki nakładu pracy, a jedynie wskazał globalne wartości dla prac w zakresie branży sanitarnej, elektrycznej i budowlanej (zamiast jednostki podał kpl. - to jest komplet). Zamawiający żądał, aby wskazać określone jednostki nakładu pracy m.in. w celu weryfikacji poprawności kalkulacji ceny pod kątem spełnienia przesłanek z art. 90 ustawy (ew. także pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Zamawiający chciał bowiem zbadać, czy zakładany przez wykonawcę nakład pracy będzie odpowiedni dla ustalonego zakresu pracy (tj. przez zbadanie liczby jednostek nakładu pracy), a ponadto, czy wartość jednostki nakładu pracy nie jest rażąco niska. Formularz cenowy wchodzący w skład oferty przystępującego nie pozwala ani na określenie planowego zakresu prac (nie ma bowiem podziału na poszczególne jednostki nakładu pracy; nie ma również wskazania konkretnej jednostki nakładu pracy - np. roboczogodziny, czy tzw. umownej jednostki nakładu pracy), ani na poznanie wartości poszczegółnej jednostki nakładu pracy. W ocenie odwołującego jest to działanie celowe, mające na celu uniemożliwienie sprawdzenia poprawności kalkulacji ceny oferty przystępującego. Poza tym, należy stwierdzić, że wyliczenia cenowe przystępującego zawarte w formularzu cenowym, nie mają charakteru proporcjonalnego i adekwatnego do przewidywanych nakładów na wykonanie poszczególnych branż (sanitarnej, elektrycznej i budowlanej). W związku z powyższym ma zastosowanie do nich uwaga zamawiającego, zamieszczona pod formularzem cenowym tj. „Uwaga: ilość jednostek nakładu pracy (j.n.p.) dla poszczególnych części składowych dokumentacji powinna być proporcjonalna i adekwatna do faktycznie przewidywanych nakładów na wykonanie danego zakresu opracowania, ustalona w oparciu

6

np. o środowiskowe zasady wyceny prac projektowych i Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Rozbieżności z powyższymi zasadami mogą stanowić podstawę do odrzucenia oferty”. W ocenie odwołującego rozbieżności z powyższymi zasadami nie tyle mogą, co muszą być podstawą do odrzucenia oferty. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego weryfikacja tak potencjału wykonawcy, jak i treści jego oferty odbywa się na zasadzie spełnia/nie spełnia (weryfikacja zerojedynkowa). Z powyższych względów oferta przystępującego winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W pierwszej kolejności odwołujący zaznaczył, że oferta przystępującego winna zostać odrzucona na podstawie art. 90 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Oznacza to, że odrzucenie winno nastąpić nie tylko w związku z faktem, że cena jest rażąco niska. Odrzucenie powinno nastąpić także ze względu na brak złożenia wyjaśnień przez przystępującego (ewentualnie złożenie niewystarczających wyjaśnień). Nie sposób bowiem uznać pisma przystępującego z dnia 25 września 2017 r., wystosowanego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 20 września 2017 r., oraz pisma przystępującego z dnia 11 października 2017 r. wystosowanego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 9 października 2017 r. za wyjaśnienie kalkulacji ceny. Są to wyłącznie pisma ogólnie potwierdzające poprawność kalkulacji ceny, które w żadnej mierze nie obrazuje procesu, na podstawie którego wykonawca przystępującego obliczył cenę za wykonanie zamówienia. Z ostrożności procesowej Odwołujący podnosi, że nawet gdyby uznać, iż wyjaśnienia w sprawie kalkulacji, jakie złożone przez przystępującego zostały złożone w określonym terminie, to nie sposób uznać ich za wystarczające. Nie potwierdzają one bowiem, iż cena przystępującego nie jest rażąco niska. Stanowi to podstawę do odrzucenia oferty przystępującego (por. art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy). Wezwanie do wyjaśnienia kalkulacji ceny wystosowane do przystępującego spowodowało powstanie wzruszalnego domniemania, że cena przystępującego jest rażąco niska. Zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa i doktryny odwołujący wskazał, iż wszczęcie procedury określonej w art. 90 ustawy ustanawia domniemanie zaoferowania przez wykonawcę ceny rażąco niskiej

(zob. wyrok KIO z dnia 14 maja 2013 r., KIO 960/13). Domniemanie to ma charakter wzruszalny i przenosi na wykonawcę (w niniejszym wypadku na przystępującego) ciężar udowodnienia okoliczności wskazujących na brak zaoferowania rażąco niskiej ceny. Potwierdziła to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 sierpnia 2011 r., KIO 1568/11; w wyroku z dnia 29 maja 2013 r., KIO 1159/13; w wyroku z dnia 29 stycznia 2013 r., KIO 127/13. Jedynie na marginesie wskazać wypada na wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 r., KIO 101/13. Zarówno brak wyjaśnień, jak i niedostateczne wyjaśnienia w sprawie kalkulacji

7

ceny wywołują tożsamy skutek - brak obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. W tym zakresie odwołujący powołał wyrok KIO z dnia 15 lutego 2011 r., KIO 207/11. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy, to wykonawca powinien udowodnić zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i udowodnić to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażona w powoływanym wyżej orzecznictwie teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Tym samym, wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia na wezwanie wykonawcy powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, a co najważniejsze powinny odnosić się do wszystkich elementów cenotwórczych, które zostały uwzględnione przez wykonawcę (wyrok KIO z dnia 21 października 2016 r., KIO 1893/16). Analizując sekwencję zdarzeń w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący podkreślił, że zamawiający był uprawniony, a wręcz zobowiązany do wystosowania do przystępującego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy. Cena przystępującego była zdecydowanie niższa od średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert, od szacunkowej wartości zamówienia, a także od kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Cena przystępującego wydawała się zatem rażąco niska (art. 90 ust. 1 ustawy). Dlatego też zamawiający słusznie zmierzał do ustalenia, czy wartość zamówienia została oszacowana prawidłowo. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie ukształtował się pogląd mówiący o tym, iż zamawiający ma obowiązek zareagować, w sytuacji gdy cena oferty odbiega od szacunkowej wartości zamówienia i gdy zarazem różni się znacząco od oferty konkurentów. Taka sytuacja zachodziła w niniejszej sprawie. Dodał, że tryb z art. 90 ust. 1 ustawy jest trybem obligatoryjnym, bowiem w przepisie tym nie znajdują się żadne sformułowania pozwalające na przyjęcie odmiennej opcji interpretacyjnej, takie jak chociażby: „może”, czy „jest uprawniony do”. Zatem brak zastosowania wspomnianej instytucji pozwalałby wykonawcom na artykułowanie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy. W wezwaniu z dnia 20 września 2017 r. wystosowanym na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy, zamawiający zażądał przedstawienia wyczerpujących wyjaśnień dotyczących elementów, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wraz z dowodami. Wyjaśnienia przedstawione w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami, tak KIO w wyroku KIO z dnia 20 lutego 2012 r. KIO 109/12, czy w wyroku KIO z dnia 19 czerwca 2012 r., KIO 1166/12. Konfrontując złożone przez przystępującego wyjaśnienia z dnia 25 września 2017 r. oraz z dnia 11 października 2017 r. nie sposób uznać ich za konkretne i przekonujące. Co więcej, dowody złożone wraz z wyjaśnieniami z dnia 25 września 2017 r. oraz wyjaśnieniami z dnia 11 października 2017

8

r. nie są wiarygodne i należy, w ocenie odwołującego, odmówić im mocy dowodowej. W ocenie odwołującego, na podstawie złożonych przez przystępującego wyjaśnień nie doszło do obalenia domniemania, o którym mowa powyżej, albowiem przystępującego nie wykazał w sposób odpowiedni, że zaoferowana cena jest realna (innymi słowy, że nie jest rażąco niska). Oceniając poszczególne punkty pisma wyjaśniającego przystępującego z dnia 25 września 2017 r. oraz z dnia 11 października 2017 r., odwołujący podniósł, co następuje. A/ W pierwszej kolejności odwołujący zarzucił, iż wyjaśnienia przystępującego w znacznej części obejmują informacje ogólnikowe, w żaden sposób nie uzasadniające wysokości zaproponowanej ceny. Przede wszystkim, przystępujący dowodząc, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny wyjaśnia, że ceny netto i brutto dla wyszczególnionych w ofercie pozycji są przemyślane i świadome. Dodatkowo, przystępujący podkreślił, że dzięki wieloletniej

obecności (ponad 11 lat) na rynku może uzyskiwać korzystne rabaty. Na potwierdzenie prawidłowości kalkulacji ceny przystępującego przywołał również fakt, iż (i) jego siedziba mieści się niedaleko miejsca prowadzenia prac, (ii) że dysponuje własnym sprzętem i wykwalifikowanymi pracownikami. Odwołujący wskazał, że sformułowania powyższe są zbyt mało konkretne, powszechnie stosowane przez wykonawców i faktycznie można je odnieść do każdego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą (w szczególności stwierdzenie że ceny są przemyślane, a wykonawca zatrudnia wykwalifikowany personel). Ponad 11-letnia obecność na rynku z kolei nie znajduje odzwierciedlenia w Krajowym Rejestrze Sądowym, gdzie wpis przystępującego do Rejestru nastąpił w czerwcu 2013 r. Zresztą nawet gdyby założyć, że przystępujący rzeczywiście tyle lat funkcjonuje, to sam fakt uzyskiwania rabatów nie jest niczym szczególnym na rynku. Rabat w wysokości 35- 48 % oferowany przez E. -I. oraz przez Bel P. U. jest niższy, aniżeli rabaty, które są powszechnie stosowane na rynku (nawet 50- 65 %).

B/ Ponadto, przystępujący wyjaśnił, że na wysokość zaoferowanej ceny wpływa fakt, iż potencjał osobowy oraz potencjał techniczny (sprzęt), którym dysponuje, umożliwia sprawne zrealizowanie przedmiotu zamówienia bez udziału podwykonawców. Przystępujący w żaden sposób nie uzasadnił jednak, w jaki sposób rzutuje to kalkulację ceny. Poza tym, przystępujący składając wykaz sprzętu nie podał, na jakiej podstawie może nim dysponować (własność, umowa cywilnoprawna itp.). Może zatem budzić wątpliwość co do rzetelności złożonego wykazu. Ponadto powołany przez przystępującego sprzęt w większości nie jest kosztowny (nie jest to sprzęt specjalistyczny, a jego ilość jest relatywnie niewielka w stosunku do ogólnego zapotrzebowania na sprzęt), a jego ewentualne wynajęcie od osób trzecich nie wpływa znacząco na kalkulację ceny. Nie jest zresztą jasne, czy sprzęt podany w wykazie został zamortyzowany w całości, czy też jest przedmiotem leasingu, czy został spłacony w całości itp. Nie wiadomo zatem, czy przystępujący ponosi jakiegokolwiek dodatkowe koszty związane z posiadaniem sprzętu na własność, czy też nie ponosi tych

9

kosztów i rzeczywiście może oszczędzić jakąkolwiek kwotę na tym, że zrezygnuje z ich wynajęcia (nie wiadomo zatem, ile wykonawca oszczędził na fakcie posiadania sprzętu). Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 19 kwietnia 2016 r., KIO 478/16, procedura składania wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, nie może polegać na powtarzaniu nic niewnoszących do sprawy oczywistości i truizmów. Mogą one co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. W niniejszej sprawie, przystępujący nie tylko złożył w znacznym zakresie wyjaśnienia ogólnikowe, to również pozostałe jego wyjaśnienia nasuwają szereg wątpliwości. Co istotne dla odwołującego i zasługuje na szczególne podkreślenie - mimo iż zamawiający poprosił o doprecyzowanie wyjaśnień z dnia 25 września 2017 r. (do których załączono wykaz sprzętu), przystępujący po raz kolejny składa ogólny wykaz sprzętu, który w zasadzie nic nie potwierdza.

C/ Wykonawca, który realizuje zamówienie w bliskiej odległości od swojej siedziby, nie pozbywa się dzięki temu wszystkich kosztów związanych z tzw. zapleczem budowy, czyli organizowaniem sprzętu, kosztów przejazdu, kosztów dostawy materiałów budowlanych. To, że odległość siedziby wykonawcy od miejsca realizacji zamówienia jest bliska nie oznacza, że kosztów związanych z dowozem pracowników, maszyn, materiałów budowlanych, tzw. organizacją zaplecza budowy wykonawca nie będzie ponosić w ogóle (wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2015 r., KIO 1058/15). W wyjaśnieniach z dnia 11 października 2017 r.

przystępujący wprost przyznaje, że fakt posiadania siedziby w pobliżu prowadzenia prac przynosi oszczędności rzędu 160.000,00 zł. Po pierwsze - nie wiadomo, na jakiej podstawie wyliczono taką kwotę oszczędności i czy jest to kwota netto, czy brutto. Po drugie - jest to kwota, która stanowi zaledwie 2 % ogólnej kwoty wynagrodzenia przystępującego

D/ Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, to podmioty powstałe wcześniej niż przystępujący (odwołujący w kwietniu 2013 r., M. s.a. w 2012 r., a K. W. rozpoczął prowadzenie działalności gospodarczej w 1975 r.). Mają i posiadają znacznie większy staż na rynku zamówień publicznych i nie tylko, zatem również mogą się powołać na duże rabaty (sam odwołujący może uzyskać większe rabaty od przystępującego), zapasy materiałów budowlanych, elastyczny czas pracy, czy elastyczne formy zatrudnienia, doświadczoną kadrę, eliminację zbędnych pośredników, czy dysponowanie własnym sprzętem budowlanym. Rezygnacja z podwykonawców wcale nie musi prowadzić do zmniejszenia kosztów. Niekiedy realizacja zamówienia z wykorzystaniem podwykonawców

może być wręcz tańsza niż bez wykorzystania podwykonawców. Odwołujący także nie korzysta z podwykonawców. Przystępujący nie obrazuje, ani nie popiera swoich twierdzeń jakimkolwiek obliczeniami. Odwołujący stwierdził, że w wyjaśnieniach przystępującego nie padły żadne konkretne argumenty, które pozwalałyby rozwiać wątpliwości co do rażąco niskiej ceny w przedłożonej ofercie. Ustosunkowując się do kwestii rabatów należy podnieść,

10

że z pisma E. -I. oraz B. P. U. nie wynika, na jakie konkretnie produkty udzielony jest rabat (co jest niezmiernie istotne, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że mogą one dotyczyć np. prostych narzędzi typu młotek, wiertarka itp., jak i wyspecjalizowanych, lecz niezbyt kosztownych produktów typu np. mierniki). Oświadczenia te nie zawierają zresztą nawet daty. Złożenie powyższych oświadczeń w zakresie rabatów nie jest obarczone jakimkolwiek ryzykiem lub odpowiedzialnością. Kontrahenci przystępującego mogą przecież odmówić udzielenia rabatu. Przystępujący nie złożył zresztą jakichkolwiek umów, czy ofert potwierdzających wysokość posiadanego rabatu (samo pismo, że przystępujący może korzystać z rabatów nie stanowi żadnego zobowiązania). Nie sposób ustalić, czy rabaty, na które powołuje się przystępujący rzeczywiście mają charakter okazyjny dla przystępującego, czy też nie (czy i jak różnią się od cen katalogowych oraz od cen stosownych na rynku). Z kolei oświadczenie Z. S.A. nie wskazuje, czy cena końcowa dotyczy poszczególnych stacji transformatorowych, czy wszystkich stacji transformatorowych łącznie. Zakładając, że jest to cena łączna dla wszystkich stacji transformatorów, to odwołujący podniósł, że dla przedmiotowego zamówienia publicznego uzyskał podobną cenę za sześć stacji transformatorowych od Z. S.A.

E/ Przystępujący powołał się w treści wyjaśnień z dnia 11 października 2017 r. na wykwalifikowany personel. Nie wskazał jednak, ile osób świadczących na rzecz przystępującego usługi na podstawie umowy zlecenia zostanie oddelegowanych do realizacji niniejszego zamówienia, ani ilu pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę zostanie oddelegowanych do realizacji zamówienia. Nie wiadomo, jakie będą koszty pracownicze w trakcie realizacji niniejszego zamówienia. Odwołujący zarzucił, że przystępujący nie załączył do wyjaśnień umów o pracę oraz umów zlecenia, w związku z tym nie jest jasne, jakie osoby będą oddelegowane do realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że jednym z istotnych czynników kosztotwórczych przy kontraktach budowlanych może być robocizna. Podkreślił, że spośród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu przystępujący zadeklarował wykonanie przedmiotu zamówienia w najkrótszym okresie. W związku z tym wysokość wynagrodzenia przysługującego jego pracownikom i zleceniobiorcom może być wręcz wyższa, a nie niższa (np. w związku z koniecznością wypłaty dodatku za pracę w godzinach nadliczbowych). Stwierdził, że przystępujący powinien był przynajmniej wskazać podstawy zatrudnienia, w ramach której odbywać się będzie realizacja zamówienia przez specjalistów (umowa o pracę, czy umowa cywilnoprawna). Sprecyzowanie, czy zatrudnienie odbywa się na podstawie umowy o pracę, czy umowy cywilnoprawnej ma istotne znaczenie dla ustalenia, jakie kwoty składają się na wskazane w oświadczeniach specjalistów kwoty wynagrodzenia brutto (tj. czy obejmują one zaliczki na podatek dochodowy, składki na ubezpieczenia społeczne itd.). W sytuacji, gdy wykonawca tego nie uczynił, nie jest możliwa ocena, czy kalkulacja kosztów robocizny

11

została sporządzona prawidłowo. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 29 kwietnia 2016 r., KIO 596/16, koszty pracy to ogół wydatków, jakie ponosi przedsiębiorca w związku z pozyskaniem, utrzymaniem, przekwalifikowaniem i doskonaleniem pracowników. Wchodzą w to również koszty z tytułu obowiązkowych składek na ubezpieczenia społeczne. Koszty pracy składają się z dwóch części. Pierwszą z nich są koszty pozapłacowe, do których zaliczamy wszystkie składki oraz koszty pracy, jakie ponosi przedsiębiorca poza wynagrodzeniem bezpośrednim. Z kolei druga grupa to koszty płacowe, w których skład wchodzi wynagrodzenia osobowe, dodatki oraz nagrody i premie. Na podstawie złożonych przez przystępującego w wyjaśnieniach, nie sposób ustalić, jakie faktycznie koszty pracy ponosi przystępujący w związku z realizacją zamówienia. Przystępujący nie wyjaśnił także jak fakt posiadania wykwalifikowanego personelu rzutuje na obniżenie ceny zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu.

F/ Przystępujący w swoich wyjaśnieniach zapewnia, że z tytułu realizacji przedmiotowego

zamówienia osiągnie kilka procent zysku. Zdaniem odwołującego uzyskanie jakiegokolwiek zysku przy tak niskiej cenie nie jest możliwe (przy założeniu należytej realizacji zadań określonych w umowie w sprawie zamówienia publicznego). Istnieje zatem zagrożenie, że zadanie albo w ogóle nie będzie realizowane albo będzie realizowane w sposób nienależyty. Nie można również wykluczyć, że przedmiotowe zamówienie będzie realizowane z wykorzystaniem jak najtańszych materiałów, co na dłuższą metę przyczyni się do zwiększenia kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu umowy (m.in. konieczność częstych napraw, przeglądów, serwisów itp.) Powyższe stwierdzenia można zobrazować za pomocą dokumentów oraz wyjaśnień przystępującego dla 6 pozycji harmonogramu rzeczowo-finansowego w zakresie branży elektrycznej - tj. stacja transformatorowa ST-1A, stacja transformatorowa ST-2A, stacja transformatorowa ST-3A, stacja transformatorowa ST-4A, stacja transformatorowa ST-5A, stacja transformatorowa ST-6A). W harmonogramie rzeczowo-finansowym przystępujący (str. 11 i 12 oferty tego wykonawcy) wskazał, że ogólna wartość prac (uwzględniając przy tym zysk, koszty pośrednie robocizną oraz zakup sprzętu) wynosi odpowiednio:

Stacja transformatorowa ST-1A liczba roboczodni 444 wartość ogółem 842 518,26 zł brutto
Stacja transformatorowa ST-2A liczba roboczodni 276 wartość ogółem 491 839,13 zł brutto
Stacja transformatorowa ST-3A liczba roboczodni 296 wartość ogółem 652 938,01 zł brutto
Stacja transformatorowa ST-4A liczba roboczodni 270 wartość ogółem 398 508,93 zł brutto
Stacja transformatorowa ST-5A liczba roboczodni 330 wartość ogółem 684 538,60 zł brutto
Stacja transformatorowa ST-6A liczba roboczodni 171 wartość ogółem 341 106,61 zł brutto
Łącznie wykonanie sześciu stacji transformatorowych kosztować zatem będzie przystępującego 3.411.449,54 zł brutto (842.518,26 + 491.839,13 zł + 652.938,01 zł + 398.508,93 zł + 684.538,60 zł + 341.106,61 zł). Powyższa wartość jest jednak niższa niż

12

łącznie wartość zakupu stacji transformatorowych, robocizny, kosztów pośrednich oraz zysku. Łączny koszt zakupu stacji transformatorowych wyniesie 3.444.000zł brutto (zakładając, że zgodnie ze swoim oświadczeniem z dnia 11 października 2017 r. Z. S.A. sprzeda przystępujący sześć stacji transformatorowych za cenę 2.800.000,00 zł netto). Łączna liczba roboczodni dla wykonania wszystkich sześciu stacji transformatorowych wynosi 1787, co przy 8-godzinny dniu pracy daje łącznie liczbę 14296 roboczogodzin. Przy założeniu, że jedna godzina pracy kosztuje 12 zł netto (tak jak przyjął przystępujący w wykazie parametrów cenotwórczych - str. 10 oferty tego wykonawcy), to łączny koszt robocizny netto dla wykonania powyższych stacji transformatorowych wyniesie 171.552,00 zł netto ($12 \text{ zł} * 14296 = 171.552,00 \text{ zł netto}$). Przy założeniu, że koszty pośrednie stanowią 52 % (tak jak przyjął przystępujący w wykazie parametrów cenotwórczych - str. 10 oferty tego wykonawcy) to dla wykonania sześciu stacji transformatorowych wyniosą one w zakresie robocizny 89.207,04 zł netto ($171.552,00 \text{ zł netto} * 0,52$). Odwołujący zwrócił uwagę, że koszty pośrednie liczy się zarówno od robocizny, jak i od sprzętu brutto. Niemniej jednak jako że odwołujący nie posiada dokładnych danych dotyczących sprzętu przystępujący nie może obliczyć kosztów pośrednich od sprzętu. Przystępujący założył także zysk w wysokości 6 %. Jego wysokość z tytułu realizacji sześciu stacji transformatorowych można założyć na 15.645,54 zł netto (6 % od wartości robocizny - 171.552,00 zł netto plus 6 % od kosztów pośrednich w zakresie robocizny - 89.207,04 zł netto (działanie matematyczne $0,06 * (171.552,00 \text{ zł} + 89.207,04 \text{ zł})$). Jak wynika z powyższych obliczeń łączny koszt wykonania sześciu stacji transformatorowych musi wynosić minimum 3.720.404,58 zł ($3.444.000,00 \text{ zł brutto} + 171.552,0 \text{ zł netto} + 89.207,04 \text{ zł netto} + 15.645,54 \text{ zł netto}$). Tymczasem przystępujący podaje w harmonogramie rzeczowo-finansowym łączną wartość tych prac na kwotę 3.411.449,54 zł brutto. Kwota ta nie wystarcza nawet na zakup sześciu stacji transformatorowych, skoro kosztują one łącznie 3.444.000,00 zł brutto. Odwołujący zwrócił uwagę, że powyższa kwota to absolutne minimum, a nie wlicza się do niej kosztów zatrudnienia pracowników brutto, ani kosztów pośrednich brutto. Nie uwzględnia się także dokładnego zysku (a jedynie zysk netto). Co istotne i zasługuje na szczególne podkreślenie - do kwoty 3.720.404,58 zł należałoby także doliczyć m.in. koszty płyt fundamentowych pod każdą stację, koszty utwardzenia terenu przy stacji transformatorowej, koszty instalacji zewnętrznych w obrębie stacji transformatorowych, koszty sprzętu BHP i ppoż dla każdej stacji transformatorowej oraz koszty instalacji wewnętrznej i kanalizacji kablowej dla stacji transformatorowej ST-1 A. Łącznie powyższe koszty wyniosą minimum 375.000 zł netto. G/ Sam fakt uzyskania odroczonych terminów płatności nie wpływa na obniżenie ceny w

jakikolwiek sposób. Wręcz przeciwnie - może jedynie powodować jej zwiększenie, skoro kontrahentom przystępującego poczynszy od 30 dnia po spełnieniu świadczenia do terminu wymagalności świadczenia (tj. do 120 dnia) będą przysługiwać odsetki ustawowe. Wynika to

13

z art. 5 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Zamawiający nie powinien być bezkrytycznie zaakceptować złożonych wyjaśnień, zwłaszcza tak ogólnych, iż można by je przypisać do każdego wezwania, a ponadto nie zawierających kalkulacji cenowej, której oczekiwał zamawiający. Wywody przystępującego były niewiarygodne, nie miały żadnego poparcia w dokumentach, a ich stopień ogólności nie pozwalał na jakakolwiek weryfikację. Najistotniejsze jest jednak to, że przystępujący nie wskazał, w jaki sposób powołane przez niego czynniki realnie wpływają na zaoferowaną cenę. Przystępujący podaje jedynie daną okoliczność bez szerszego odniesienia, czy uzasadnienia. W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd mówiąc o tym, że konieczne jest wykazanie realnego wpływu podanych czynników na cenę (por. wyrok KIO z dnia 14 maja 2013 r., w sprawie o sygn. akt KIO 960/13). Ogólne uzasadnienie zaoferowanej przez przystępującego ceny należy traktować na równi z brakiem złożenia wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ustawy. Zamawiający winien zatem odrzucić ofertę wspomnianego wyżej wykonawcy. Z ostrożności odwołujący podniósł, że w razie uznania, że przystępujący złożył jednak wyjaśnienia, należy je poczytywać jako niewystarczające, które nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny. Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy, 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. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 1 października 2013 r. KIO 2250/13 obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy materializuje się nie tylko w sytuacji, gdy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, ale i wówczas, gdy wykonawca nie potrafił wykazać, iż zaoferowana cena nie pozostaje rażąco niską. Stanowisko odwołującego potwierdza wyrok KIO z dnia 20 maja 2016 r., KIO 675/16. W ocenie odwołującego iluzoryczny charakter miały wyjaśnienia złożone przez przystępującego. Przystępujący nie może przy tym składać kolejnych wyjaśnień i powoływać nowych dowodów na etapie postępowania odwoławczego przed KIO - wyrok KIO z dnia 21 września 2009 r., KIO/UZP 1126/09, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 kwietnia 2008 r., X Ga 127/08.

Odwołujący podniósł, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe należyte wykonanie zamówienia. Wyjaśnienia przystępującego z dnia 25 września 2017 r. oraz z dnia 11 października 2017 r. nie potwierdzają tego, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ustawa, stanowiąc, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie precyzuje pojęcia rażąco niskiej ceny lub rażąco niskiego kosztu. Definicji brak również w dyrektywach: klasycznej i sektorowej. W tej sytuacji, opierając się na wykładni językowej, należałoby przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez

14

wykonawcę. Powyższe rozumowanie potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 września 2002 r., V Ca 1020/02). Jak przyjmuje się w orzecznictwie KIO cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Cena zaoferowana przez przystępującego zdecydowanie odbiega od cen przyjętych w branży i nie da się jej uzasadnić obiektywnymi czynnikami, przypisywanymi wyłącznie w/w wykonawcy. Wspomniana cena jest nieadekwatna do zakresu robót i wskazuje na realizację zamówienia poniżej kosztów wytworzenia roboty budowlanej (nie pozwala na wygenerowanie zysku). Odwołujący zauważył, iż przyczyną złożenia oferty, której cena znacząco odbiega od cen innych ofert, może być zarówno świadome działanie wykonawcy, jak również nierzetelność kalkulacji wykonawcy. Nie ma zatem znaczenia, czy przystępujący

złożył taką ofertę świadomie, czy nieprawidłowo oszacował koszty realizacji przedmiotowego zamówienia. W kontekście ceny zaproponowanej przez przystępującego, a także orzecznictwa KIO odwołujący skonstatował, że jest to cena rażąco niska. Z tych powodów zamawiający winien odrzucić ofertę w/w wykonawcy, w powołaniu na art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępującego w powołaniu na art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy również ze względu na brak (niewystarczające) wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny. W trakcie rozprawy odwołujący zamierza przedstawić dowody wskazujące na złożenie przez przystępującego oferty zawierającej rażąco niską cenę. Niezależnie od powyższego, odwołujący podniósł, iż oferta przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze, dlatego, że jest sprzeczna z dobrymi obyczajami (art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Po drugie dlatego, że zaoferowana cena powoduje, że zamówienie zostałoby wykonane poniżej kosztów własnych (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). W ocenie odwołującego oferta przystępującego jest sprzeczna z dobrymi obyczajami (art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Wspomniany wyżej wykonawca celowo nie określił jednostek nakładu pracy w formularzu cenowym, aby utrudnić zamawiającemu zbadanie jego oferty. Kalkulacja ceny ofertowej została sporządzona w sposób nienależyty i niestaranny, bez zachowania podstawowych standardów obowiązujących w obrocie gospodarczym. Dodatkowo, z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że nie jest możliwe zaoferowanie wykonania robót budowlanych, których żąda zamawiający za cenę podaną przez przystępującego, która to cena będzie co najmniej równa lub wyższa kosztom wytworzenia

15

tej roboty budowlanej (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Odwołujący zobrazował ten fakt przy użyciu obliczeń na str. 15 niniejszego odwołania. Na marginesie odwołujący zauważył, że przystępujący dokonał wyboru najkrótszego wariantu terminu wykonania prac, co powinno przekładać się na konieczność zaangażowania większych zasobów ludzkich i sprzętowych, co jednak nie miało miejsca. Tymczasem przystępujący nie tylko nie zwiększył swojej ceny, co wręcz dodatkowo ją obniżył. Odwołujący powołał wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r., KIO 817/16. W trakcie rozprawy odwołujący zamierza przedstawić dowody wskazujące na złożenie przez przystępującego oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zarzucił, że oświadczenie woli o wyrażeniu zgody na przedłużenie okresu związania ofertą zostało wyrażone przez Panią M. K. w dniu 17 października 2017 r. w formie e-mail. Pani M. K. nie miała umocowania do składania oświadczeń woli w imieniu przystępującego, gdyż do oferty nie załączono stosownego pełnomocnictwa (które pozwalałoby na złożenie tego rodzaju oświadczenia woli). Oświadczenie o zgodzie na przedłużenie okresu związania ofertą jest niewątpliwie jednostronnym oświadczeniem woli. Stan związania ofertą jest z kolei konstrukcyjnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia, a jego realizacji i zabezpieczeniu służyć ma m.in. sankcja odrzucenia oferty z postępowania. Jak przyjmuje się w orzecznictwie KIO oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą winno być złożone w sposób wyraźny i jasny, w formie w siwz przewidzianej. Nie podlega ono ustaleniu na podstawie innych czynności w wykonawcy - korespondencji z zamawiającym, wnoszenia środków ochrony prawnej, wykonywania czynności faktycznych lub prawnych związanych z przedłużaniem ważności wadium (zob. wyrok z dnia 24 września 2012 r., KIO 1924/12 oraz z dnia 29 czerwca 2015 r., KIO 1281/15; KIO 1282/15, wyrok z dnia 17 stycznia 2017 r., KIO 23/17). Jak wynika z art. 104 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Nieważności ta ma charakter bezwzględny i nieusuwalny (w odróżnieniu od czynności falsus procuratora). W związku z powyższym, wobec faktu, iż Pani M. K. nie mogła działać w imieniu przystępującego to nie mogła także złożyć oświadczenia woli o wydłużeniu okresu związania ofertą w imieniu w/w wykonawcy. Oznacza to, że jej oświadczenie w formie e-mail z dnia 17 października 2017 r. jest nieważne i nie wywołuje jakichkolwiek skutków prawnych. Odwołujący stwierdził, że przystępujący nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy. Powinno to skutkować odrzuceniem oferty w/w wykonawcy, a nie wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej. Przystępujący nie zachował także ciągłości zabezpieczenia oferty wadium (tj. wadium

zażądał wniesienia wadium. Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeśli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Brak zachowania ciągłości wadium (tj. nieprawidłowe wniesienie wadium) odnosi się do przedłużenia ważności dotychczasowego wadium. Na stronie 13 oferty przystępującego złożono gwarancję wadialną wystawioną przez I. T. U. S.A. V. I. G. nr (...) z dnia 13 września 2017 r. z terminem ważności od dnia 19 października 2017 r. Oryginał aneksu nr 1 do w/w gwarancji wadialnej został jednakże dostarczony zamawiającemu dopiero w dniu 25 października 2017 r. (data wpływu do zamawiającego). Oznacza to, że między 19 października 2017 r. a 25 października 2017 r. zamawiający nie dysponował oryginałem dokumentu gwarancji wadialnej, a w razie wystąpienia w tym czasie przesłanek zatrzymania wadium - nie mógłby dochodzić zaspokojenia z tej gwarancji. Aneks nr 1 do w/w gwarancji został wprawdzie wystawiony w dniu 18 października 2017 r., niemniej jednak decyduje data dostarczenia go do siedziby zamawiającego. W tym miejscu odwołujący wskazał na wyrok KIO z dnia 23 lipca 2014 r., KIO 1404/14. W przedmiotowym postępowaniu wykonawca przystępujący nie zadbał o ciągłość wadium i nie wniósł do zamawiającego nowego wadium przed upływem ważności starego (pierwotnego). Przystępujący wniósł do zamawiającego przedłużone wadium dopiero 25 października 2017 r., czyli uległa przerwaniu ciągłość zabezpieczenia wadialnego oferty. Również zamawiający nie może przyjąć aneksu nr 1, gdyż taki dokument może być przyjęty tylko przed upływem terminu obowiązywania dotychczasowego wadium. Nie ma przy tym znaczenia, czy przystępujący dostarczył wcześniej kopię, czy skan aneksu, ponieważ znaczenie ma wyłącznie oryginał. Złożenie oryginału aneksu nr 1 do gwarancji wadialnej wystawionej przez I. T. U. S.A. V. I. G. nr (...) w dniu 13 września 2017 r. dopiero w dniu 25 października 2017 r. stanowi nieprawidłowe wniesienie wadium w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy oraz powinno skutkować odrzuceniem oferty przystępującego. Zamawiający winien był wezwać przystępującego do uzupełnienia wykazu osób dedykowanych do realizacji zamówienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Wykaz osób złożony w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 października 2017 r. wystosowane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy nie potwierdzał bowiem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w części IV pkt 3 ppkt 3.2. lit. b) tiret pierwsze siwz wymagał, by osoba dedykowana do funkcji kierownika robót budowlanych posiadała uprawnienia konstrukcyjno-budowlane bez ograniczeń. Tymczasem wykaz osób dedykowanych do realizacji zamówienia, złożony przez wykonawcę działającego pod firmą przystępujący, na w/w funkcję przewidywał Pana E. B.. Pan E. B., jak wynika z dokumentu stwierdzającego jego uprawnienia budowlane, nie posiada uprawnień o charakterze nieograniczonym. Z racji braku wykształcenia wyższego Pan E. B. nie mógł w 1988 r. nabyć uprawnień w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń.

Wynika to również z decyzji stwierdzającej jego uprawnienia z dnia 5 stycznia 1988 r., nr 405/87/WŁ, gdzie mowa jest o możliwości kierowania robotami budowlanymi wyłącznie w zakresie budynków i budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 5 października

2016 r., KIO 1762/16).

Nie ulega wątpliwości, że instytucja wezwania do uzupełnienia dokumentacji jest instytucją obligatoryjną. Taką konkluzję można wywieść zarówno z konstrukcji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, w którym brak jest takich sformułowań jak „może” czy „jest uprawniony do”, jak i szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 29 listopada 2010 r. KIO/UZP 2505/10; wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2010 r. KIO/UZP 1748/10, 1749/10). Odwołujący podkreślił, że to do obowiązków zamawiającego jako gospodarza postępowania, należy szczegółowe określenie jakich dokumentów brak jest w ofercie lub które trzeba uzupełnić. Zastosowanie przez zamawiającego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wymagało wezwania do złożenia wszystkich brakujących dokumentów. To zamawiający w wezwaniu określa jakich dokumentów we wniosku brakuje lub jakie nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 14 lipca 2009 r., KIO/UZP

826/09). Jego bezwzględny obowiązek jest zawsze dokładne opisanie dlaczego uznał dokument za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie. Zamawiający nie może zatem zaniechać wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, jeżeli stwierdzi, że dokumenty dostarczone wraz z ofertą nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych (por. wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2011 r., KIO 1771/11). Jeśli zamawiający dokonuje wyboru oferty korzystniejszej, nie mając pewności, że wybrana oferta nie podlega odrzuceniu, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji (tak np. KIO w wyroku z dnia 18 kwietnia 2011 r., KIO 733/11). W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego, która podlegała odrzuceniu. Bez znaczenia przy tym jest to, czy brak odrzucenia tej oferty był efektem niedopatrzenia czy brakiem pewności zamawiającego, bo w każdej z tych sytuacji, zamawiający dopuszcza się naruszenia art. 91 ustawy. Przepis art. 91 ustawy pozwala bowiem na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie spośród ofert niepodlegających odrzuceniu (złożonych przez wykonawców, którzy wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu i którymi wykonawcy są prawidłowo związani).

18

W konsekwencji powyższego, zamawiający naruszył również art. 7 ustawy, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się zwłaszcza przez brak odrzucenia oferty przystępującego. Prawo nie pozwala żadnego z oferentów traktować w sposób uprzywilejowany, a zamawiający musi stawiać jednakowe wymagania wszystkim

oferentom

bez jakichkolwiek preferencji. Działanie zasady uczciwej konkurencji nie może być ograniczone decyzjami zamawiającego.

W dniu 3 listopada 2017r. zamawiający poinformował w wniesieniu odwołania przekazując jego kopie i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 6 listopada 2017r. przystępujący zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Wskazał, że uznanie za zgodne z prawem zaskarżonych czynności zamawiającego doprowadzi do zawarcia umowy z przystępującym, a zatem ma on interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów od odwołującego na rzecz przystępującego na podstawie rachunku, który złoży na rozprawie. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 listopada 2017r. Do zgłoszenia załączono dowody przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu w dniu 6 listopada 2017r. drogą pocztową.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i postanowił uwzględnić zawarte w nim zarzuty w całości.

Po zapoznaniu się z treścią odwołania, w tym zarzutami sformułowanymi przez odwołującego, uzasadnieniem tych zarzutów oraz żądaniami określonymi w odwołaniu zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Dlatego też, po umorzeniu postępowania odwoławczego w przypadku braku sprzeciwu ze strony przystępujących do postępowania odwoławczego wykonawców, zamawiający unieważni i wykona czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu

- unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy - firmy P. B. i, S. sp.j, odrzuci ofertę wykonawcy P. B. i, S. sp. j w zakresie wskazanym w odwołaniu, powtórzy czynności związane z procesem wyboru oferty najkorzystniejszej

Ponieważ zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione w przedmiotowym odwołaniu, tym samym wnosi o umorzenie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień.

Przystępujący w dniu 9 listopada 2017r. złożył pismo, w którym wniósł o odrzucenie, ewentualnie o oddalenie odwołania odwołującego, ponadto o zasądzenie od odwołującego

na rzecz przystępującego zwrotu kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, w wysokości 3600 zł.

Złożył fakturę potwierdzającą wysokość kosztów poniesionych przez przystępującego.

Wniosek o odrzucenie odwołania, wobec treści odwołania i kierowania odwołania w postępowaniu, którego wartość jest niższa niż kwoty określone

w przepisach wydanych na podstawie art. 1 § 1 ust. 8 pzp nie wymaga dalszego uzasadnienia. Czynności zamawiającego polegające na niewykluczeniu przystępującego z przetargu nie może być przedmiotem skutecznego odwołania.

Mając jednak na uwadze procesowy obowiązek wdania się w spór co do meritum wskazać należy, że argumentacja odwołującego daleka jest od przyznania jej waloru zasadności. Niezgodność oferty z SIWZ

Nie zasługuje na uwzględnienie argument o niezgodności treści oferty z siwz. Przystępujący dołączył do oferty formularz wypełniony zgodnie z zaleceniem zamawiającego, w szczególności jednak do oferty dołączył harmonogram rzeczowo - finansowy, z którego wynika rozliczenie nakładu pracy.

Rażąco niska cena.

Za, co najmniej kontrowersyjny, uznać należy także pogląd odwołującego dotyczący domniemania rażąco niskiej ceny. Zgodnie z treścią art. 190 ust. 1a. pkt 1 ustawy to na przystępującym ciąży obowiązek udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska, jednakże zgodnie z treścią art. 190 ust. 1 ustawy to odwołujący winien wykazać i udowodnić swoje twierdzenie o rażąco niskiej cenie.

Pogląd ten był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo KIO np. w wyroku KIO z dnia 13 kwietnia 2016r. w sprawie sygn. akt KIO 447/16

Jak do tej pory (niewiadomymi pozostają dowody, którymi odwołujący chce się okazać w toku rozprawy) odwołujący obowiązkowi temu nie sprostał.

Bezzasadne jest twierdzenie odwołującego o rażąco niskiej cenie. W szczególności błędnie odwołujący utożsamia zaoferowaną przez przystępującego cenę za stacje transformatorowe, która jest w istocie niższa niż planowany koszt ich zakupu, z rażąco niską ceną za całość przedmiotu umowy. Dla oceny, czy zaoferowana cena jest rażąco niska konieczne jest badanie całości oferty, a nie jednego jedynie elementu cenotwórczego.

Na marginesie zauważył także, że ewentualna strata przystępującego związana z zakupem stacji transformatorowych rekompensowana jest zyskiem osiąganym z wykonania pozostałych części składowych zamówienia.

Pozostała część argumentacji odwołania związana z zarzutem rażąco niskiej ceny nie ma waloru rzeczowości i ocenić ją należy, zdaniem przystępującego, raczej jako reklamę (niestety) odwołującego (np. strona 13 odwołania) lub też jako twierdzenia obarczone błędami logicznymi (np. strona 14 odwołania).

Zarzuty dotyczące braku ciągłości wadium, braku pełnomocnictwa dla osoby oświadczającej o dalszym związaniu ofertą i braku stosownych uprawnień kierownika budowy dają się sprowadzić do łącznego określenia ich jako zarzutów braku wezwania przystępującego do złożenia dokumentów. Nie ma potrzeby dokonywania szczególnej analizy tych zarzutów, a to z tego powodu, że niewezwanie przystępującego do złożenia dokumentów nie może być w niniejszej sprawie przedmiotem skutecznego zarzutu przed KIO.

Bez komentarza przystępujący pozostawił argumentację odwołania dotyczącą ewentualnej niemożności wykonania przedmiotu zamówienia przez przystępującego oraz twierdzeń dotyczących nierzetelności przystępującego.

W dniu 10 listopada 2017r. odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. z uwagi na fakt, że przystępujący nie zgłosił skutecznie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 18 ust. 2 ustawy zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W ocenie odwołującego dla skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego konieczne było łączne spełnienie wszystkich określonych powyżej przesłanek, a więc wszystkim przez złożenie przede wszystkim zgłoszenia przystąpienia odpowiedniego pisma w KIO w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania oraz przesłanie kopii przystąpienia w ww. terminie do zamawiającego i odwołującego. W niniejszej sprawie zgłaszający przystąpienie w terminie 3-dniowym nadał kopię przystąpienia w placówce pocztowej, tym samym dopiero w dniu 9 listopada 2017 r. odwołujący miał możliwość zapoznania się z jego treścią. W związku z tym wskazać należy, że przystąpienie nie zostało zgłoszone skutecznie. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w następujących orzeczeniach KIO: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2011 r. KIO 200/11, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2011 r., KIO 931/11, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2017 r. sygn. KIO 2086/17.

W dniu 14 listopada 2017r. przystępujący oświadczył, że zgłasza sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości i podtrzymał wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy, gdyż odwołanie w postępowaniu poniżej progów unijnych nie przysługuje na czynności inne niż skatalogowane w art. 180 ust. 2.

21

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, oferty przystępującego, oferty M. S. A, wezwań w trybie art. 90 ust. 1 i udzielonych wyjaśnień, wezwań w trybie art. 87 ust. 1 i udzielonych wyjaśnień oraz wezwania w trybie art. 26 ust. 1 ustawy i złożonych dokumentów, informacji o odtajnieniu wyjaśnień ceny rażąco niskiej, informacji o wyniku postępowania, dowodów odwołującego złożonych na rozprawie.

Z postanowień siwz wynika, że:

Część III Termin realizacji zamówienia max 650 dni kalendarzowych od daty podpisania umowy (nie później niż do dnia 30.08.2019 r.)

Część IV Warunki udziału w postępowaniu

3.1 . Zamawiający nie określa warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Cz. IV ust. 2 pkt. 2.1. lit. a) i lit. b) SIWZ

3.2. Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w Cz. IV ust. 2 pkt 2.1. lit. c) SIWZ, jeżeli wykaze, że.

a) wykonał co najmniej 1 robotę zrealizowaną w okresie ostatnich 5 lat w zakresie wykonania budowy lub przebudowy sieci elektroenergetycznej o wartości robót min. 5 000 000,00 zł brutto.

b) dysponuje następującymi osobami skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi i realizację robót w poniższym zakresie:

- kierownika robót budowlanych z uprawnieniami o specjalności konstrukcyjnobudowlanej bez ograniczeń, kierownika robót sanitarnych z uprawnieniami o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, kierownika budowy z uprawnieniami o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, geodetę posiadającego uprawnienia geodezyjne w zakresie geodezyjnych pomiarów sytuacyjno — wysokościowych,

Należących do Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa lub Izby Architektów RP.

Część VI Wykaz oświadczeń lub dokumentów wymaganych do złożenia wraz z ofertą

1 . W celu wstępnego potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu do oferty każdy wykonawca musi dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenia w zakresie wskazanym w załącznikach nr 2 i 3 do siwz

4. Oprócz oświadczeń, o których mowa w pkt. 1 wykonawca do oferty zobowiązany jest załączyć m.in:

4.1. formularz oferty — załącznik nr 1 do SIWZ

22

-
- 4.2. pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawcy w przypadku wykonawców składających ofertę wspólną
 - 4.3. pełnomocnictwo do podpisywania oferty oraz innych dokumentów (oryginał lub uwierzytelniona przez notariusza kopia)
 - 4.4. zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, jeżeli wykonawca w toku postępowania na takie zasoby powołuje się (jeżeli dotyczy)
 - 4.5. formularz cenowy zawierający zestawienie wartości elementów oferty
 - 4.6. dokumenty dotyczące obliczenia ceny oferty, tj.
 - a) Wykaz parametrów cenotwórczych: robocizny, kosztów pośrednich, zysku, kosztu zakupu materiałów;
 - b) Harmonogram rzeczowo-finansowy z wypełnionymi kolumnami 3 (wartość robót brutto) i 4 (ilość roboczodni) z naniesionym czasookresem realizacji poszczególnych elementów robót - załącznik nr 10 do SIWZ.

Część VII Wykaz oświadczeń lub dokumentów, które wykonawca składa w postępowaniu na wezwanie zamawiającego

Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów:

1. Potwierdzających spełnienie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonego w cz. IV ust. 3 pkt. 3.2. SIWZ tj..

1) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami wzór załącznik nr 5 do siwz,

Część IX siwz

1. W postępowaniu komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się zgodnie z wyborem zamawiającego za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529 oraz z 2015 r. poz. 1830), osobiście, za pośrednictwem posłańca, faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (poczta elektroniczna).

2. Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje za pośrednictwem faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, każda ze stron na żądanie drugiej strony niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.

Część X siwz

4. Wadium w postaci poręczeń bankowych, poręczeń S., gwarancji bankowych, gwarancji ubezpieczeniowych oraz poręczeń udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust.5 pkt.2 (Dz. U. Nr 109poz. 1158) lit.b ustawy z dnia 9 listopada 2000r o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości można wnieść w oryginale jako odrębny załącznik do oferty, umożliwiający łatwe oddzielenie od pozostałych dokumentów ofertowych lub do kasy w siedzibie Zamawiającego pok. 105 lub. Kasa czynna jest w dni powszednie w godz. 12.00 do 14.00

6. W przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej Zamawiający wymaga, aby wystawiona gwarancja była bezwarunkowa, nieodwołalna i płatna na pierwsze żądanie Zamawiającego. Ponadto koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 46 ust. 4 a i 5 ustawy.

W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, z jej treści nie może wynikać konieczność przekazywania żądania zapłaty za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Zamawiającego.

Niedopuszczalny jest również zapis żądający potwierdzenia przez notariusza lub bank, że podpisy na żądaniu do zapłaty zostały złożone przez osoby uprawnione do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Zamawiającego.

7. Nie wniesienie wadium, wniesienie wadium po terminie, w innej postaci niż wskazane w art. 45 ust.6 ustawy będzie przyczyną odrzucenia oferty w postępowaniu.

8. Termin ważności wadium wniesionej w innej formie aniżeli pieniądź nie może być krótszy od terminu związania ofertą. Wniesienie wadium o terminie ważności krótszym aniżeli termin związania ofertą będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

Część XI

1. Termin związania ofertą wynosi 30 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

2. 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.

3. Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

4. Odmowa wyrażenia zgody, o której mowa w pkt 1 1.2., nie powoduje utraty wadium.

24

5. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a PZP zamawiający odrzuci ofertę, jeżeli wykonawca nie wyrazi zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą.

Część XV Opis sposobu obliczenia ceny oferty

1. Wykonawca zobowiązany jest do obliczenia ceny oferty z należytą starannością.

2. Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w formularzu oferty ceny netto, brutto, kwoty podatku VAT oraz łącznej ceny brutto oferty. Cena ofertowa musi być podana w polskich złotych, cyfrowo i słownie (do drugiego miejsca po przecinku).

3. Ceną oferty jest cena ryczałtowa.

4. Cenę oferty należy obliczyć w dowolny sposób na podstawie powszechnie stosowanych cenników uwzględniając zakres zamówienia określony w projekcie budowlanym, wykonawczym, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w przedmiarze robót. Wykonawca sam określi podstawy nakładów przy budowie ceny jednostkowej oraz ilości jednostek przedmiarowych dokonując wymaganej przez zamawiającego wizji lokalnej na terenie przyszłych robót. Wartością poszczególnych elementów robót będzie iloczyn cen jednostkowych brutto danych robót i ilości jednostek przedmiarowych tych robót. Tak obliczoną wartość elementu robót lub obliczoną w inny sposób z uwzględnieniem warunków podanych wyżej należy wpisać w kolumnie 3 harmonogramu rzeczowo-finansowego. Wskazane przez zamawiającego ilości robót podane w przedmiarach robót stanowią szacunkowy rozmiar prac i nie mogą być jedyną podstawą do określenia ceny ryczałtowej, przedmiary robót należy traktować jako materiał pomocniczy. Cenę oferty stanowi suma wartości poszczególnych elementów robót z kolumny 3 powiększona o należyty podatek VAT. Tak wyliczoną cenę należy wpisać do oferty.

5. Cena ofertowa podana przez Wykonawcę jest ceną ryczałtową za wykonanie całości przedmiotu zamówienia i musi uwzględniać koszty wszystkich prac oraz robót budowlanych i innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, w tym:

- koszt kompleksowej obsługi geodezyjnej i geotechnicznej wraz z operatami niezbędnymi pomiarów, badań specjalistycznych i inwentaryzacyjnych itp. oraz
- koszty uzgodnień dokumentacji, a także
- koszty robót związanych z odwodnieniem wykopów,
- nadzór hydrologiczny,
- badania specjalistyczne i inwentaryzacyjne,
- koszty uzgodnień oraz innych opłat niezbędnych na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, które obciążają wykonawcę;
- koszt wykonania wszelkich robót towarzyszących niezbędnym do zrealizowania całego przedmiotu zamówienia;
- koszt wykonania wszelkich niezbędnych prac projektowych oraz
- koszt uzyskania niezbędnych pozwoleń i decyzji;

25

-
- koszt zabezpieczenia realizacji robót w warunkach zimowych i jesiennych (ocieplanie,

podgrzewanie, stosowanie dodatków do betonu, zabezpieczenie namiotami i nagrzewnicami);

- koszt podłączenia i zużycia mediów;
- koszty wywozu na wysypisko i utylizacji materiałów pochodzących z rozbiórki;
- koszt robót niezbędnych do zagwarantowania bezpiecznej, ciągłej eksploatacji obiektów i terenów w rejonie budowy — pozostających jako czynne w trakcie prowadzenia robót ;
- koszt wykonania tymczasowej organizacji ruchu kołowego i pieszego (oznaczenia, barierki, oświetlenie) dostosowanej do planowanego harmonogramu robót;
- koszt zorganizowania zaplecza budowy (włącznie z pomieszczeniem dostosowanym do prowadzenia narad roboczych z przedstawicielami Zamawiającego i robót zabezpieczających (w tym: ogrodzenia i dozoru) terenu budowy;
- koszt doprowadzenia do należytego stanu i porządku terenu budowy (a w razie korzystania sąsiednich terenów) po wykonaniu robót;
- koszt odtworzenia zniszczonych istniejących układów dróg lokalnych i parkingów w tym rejonie i terenu zaplecza budowy;
- koszt ewentualnych zabezpieczeń i przestojów z powodu wystąpienia warunków meteorologicznych uniemożliwiających wykonywanie robót;
- koszty związane z zapewnieniem właściwych warunków wynikających z przepisów BHP i Planu BIOZ,
- koszt robót niezbędnych do zapewnienia bezpiecznego wykonawstwa robót;
- koszt wszystkich innych zobowiązań wynikających z warunków prowadzenia robót;
- koszt opracowania dokumentacji odbiorowej i uzyskania pozwolenia na użytkowanie budynku;

6. W przypadku, gdy wykonawca stwierdzi, iż do prawidłowego (tj. zgodnego z obowiązującymi przepisami, normami oraz zasadami sztuki budowlanej) wykonania przedmiotu zamówienia, niezbędne są roboty dodatkowe, a wykonanie ich byłoby niezbędne lub wynikałoby z przepisów, norm bądź zasad wiedzy technicznej przyjmuje się, że wykonawca uwzględnił ich wykonanie w trakcie realizacji zamówienia po sporządzeniu z zamawiającym protokołu konieczności. W przypadku pominięcia przez Wykonawcę przy wycenie przedmiotu zamówienia jakichkolwiek robót lub kosztów określonych lub zasygnalizowanych w dokumentacji przetargowej i ich nieuwjęcia w wynagrodzeniu ryczałtowym, wykonawcy nie przysługują względem zamawiającego żadne roszczenia z powyższego tytułu, a w szczególności roszczenie o dodatkowe wynagrodzenie. Wykonawca uwzględni w swojej ofercie ryzyko ryczałtu.

26

7. Wykonawca obliczając cenę oferty powinien ująć koszty jakie poniesie na utylizację materiałów podlegających utylizacji oraz uwzględni w cenie oferty szacunkową wartość materiałów z odzysku.

8. Wykonawca wypełni harmonogram rzeczowo — finansowy (załącznik nr 12 do SIWZ), w którym wpisze ofertowe wartości poszczególnych elementów robót wpisując je w harmonogramie w kol. 3 oraz obliczy czas na ich realizację wpisując w kol. 4 ilość roboczodni z naniesionym czasookresem realizacji poszczególnych elementów robót. Suma wartości poszczególnych elementów zamówienia musi być tożsama z wartością oferty.

9. Wykonawca dostarczy w terminie określonym w projekcie umowy (liczonym od daty zawarcia umowy) harmonogram rzeczowo — finansowy na bazie druku harmonogramu załączonego do siwz z naniesieniem czasookresu realizacji poszczególnych elementów robót oraz z uwzględnieniem zaliczek i płatności zgodnie z zapisami umownymi celem zatwierdzenia przez zamawiającego. Uzupełniony, uzgodniony i podpisany przez strony harmonogram rzeczowo-finansowy jest załącznikiem do umowy i stanowi podstawę do jej realizacji.

10. W celu potwierdzenia obliczenia ceny do oferty należy załączyć:

a) Wykaz parametrów cenotwórczych: robocizny, kosztów pośrednich, zysku, kosztu zakupu materiałów.

b) Harmonogram rzeczowo-finansowy z wypełnionymi kolumnami 3 (wartość elementów brutto) i 4 (ilość roboczodni elementów) z naniesionym czasookresem realizacji poszczególnych elementów robót - załącznik nr 10 do SIWZ.

UWAGA: Brak załączenia do oferty powyższych dokumentów skutkować będzie odrzuceniem oferty.

Załącznik nr 2 - formularz cenowy:

Zamawiający wymagał podania: L.p., Rodzaj opracowania, J.m., Ilość j.m., Cena jednostkowa brutto zł, "Cena brutto zł (kol. 4 * kol. 5)"

j.m. - jednostka miary - jednostka nakładu pracy, np. roboczogodzina

Uwaga: ilość jednostek nakładu pracy (j.n.p.) dla poszczególnych części składowych dokumentacji powinna być proporcjonalna i adekwatna do faktycznie przewidywanych nakładów na wykonanie danego zakresu opracowania, ustalona w oparciu np. o środowiskowe zasady wyceny prac projektowych i Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Rozbieżności z powyższymi zasadami mogą stanowić podstawę do odrzucenia oferty.

- Ilość określona przez zamawiającego w kolumnie 4 nie może być zmieniana pod rygorem odrzucenia oferty

27

- Wyliczana wartość z pozycji ogółem stanowi cenę oferty i należy ją przenieść do formularza ofertowego.

W załączniku nr 5 zamawiający wymagał podania:

Nazwisko i imię zakres wykonywanych czynności: kwalifikacje zawodowe (specjalność, nr uprawnień) podstawa dysponowania osobą, zaświadczenia o wpisie na listę członków izby samorządu zawodowego (nr wpisu /termin ważności)

Na załączniku nr 6 wykonawca miał złożyć oświadczenie, że osoby, które będą realizowały niniejsze zamówienie posiadają uprawnienia niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia oraz posiadają aktualne zaświadczenia z właściwego Oddziału Izby Architektów lub Inżynierów Budownictwa potwierdzające przynależność do tej izby i opłacania wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności zawodowej.

Przystępujący na str. 4 oferty jako osobę upoważnioną do kontaktów z zamawiającym podał Monikę Krasieńską – specjalistę ds. zamówień publicznych wskazując numer telefonu do tej osoby i adres mailowy, pod tą informacją podpisał się Marcin Sobociński wspólnik spółki jawnej.

Przystępujący na str. 5 oferty złożył formularz cenowy, w którym podał:

- branża budowlana jednostka miary – 1kpl., ilość jednostek miary – 1, cena jednostkowa brutto zł. 786 881,34zł., cena brutto – 786 881,34zł.

- branża elektryczna jednostka miary – 1kpl., ilość jednostek miary – 1, cena jednostkowa brutto zł. 6 248 081,09zł., cena brutto – 6 248 081,09zł.

- branża sanitarna jednostka miary – 1kpl., ilość jednostek miary – 1, cena jednostkowa brutto zł. 160 184,36zł., cena brutto – 160 184,36zł. łączna cena brutto – 7 195 146,79zł.

Na str. 10 złożył oświadczenie – wykaz parametrów cenotwórczych:

Robocizna RG 12zł. netto,

Koszty pośrednie Kp – 52%,

Zysk – 6%,

Koszty zakupu – Kz – 3%

Str. 11 – 12 harmonogram finansowo-rzeczowy:

Branża elektryczna:

1. Stacja transformatorowa ST-1A - 842 518,28zł. 444 roboczodni
 2. Stacja transformatorowa ST-2A - 491 839,13zł. 276 roboczodni
 3. Stacja transformatorowa ST-3A - 652 938,01zł. 296 roboczodni
 4. Stacja transformatorowa ST-4A - 398 508,93zł. 270 roboczodni
 5. Stacja transformatorowa ST-5A - 684 538, 60zł. 330 roboczodni
 6. Stacja transformatorowa ST-6A - 341 106,61zł. 171 roboczodni
- Łącznie stacje : 3 411 449,56zł. brutto, czyli 2 773 536,23zł. netto.

28

7. Przebudowa oświetlenia zewnętrznego - 550 222, 69zł. 596 roboczodni

8. Przebudowa linii kablowych - 1 266 466,79zł. 1973 roboczodni

9. Przebudowa sieci elektroenergetycznych na terenie bliższej i dalszej radiolatarni (BRL i DRL) - 311 088,87zł. 288 roboczodni

10. Automatyka - 707 641,35zł. 5196 roboczodni
11. Wycinka drzew - 1 211,82zł. 5 roboczodni
- RAZEM - 6 248 081,09zł.
- Branża budowlana
- Roboty ogólnobudowlane
1. Roboty ziemne i przygotowawcze - 22 357,62zł. 101 roboczodni
2. Ławy, ściany fundamentowe, izolacja - 37 662,94zł. 60 roboczodni
3. Podkłady pod posadzki - 34 904, 01zł. 95 roboczodni
4. Kanały kablowe - 2 180,61zł. 4 roboczodni
5. Ściany zewnętrzne i wewnętrzne - 61 989,53zł. 99 roboczodni
6. Kominy - 3 011,27zł. 8 roboczodni
7. Konstrukcja stropu - 56 064,32zł. 95 roboczodni
8. Pokrycie dachu - 44 343,32zł. 61 roboczodni
9. Stolarka okienna i drzwiowa - 60 766,75zł. 27 roboczodni
10. Wykładziny posadzek - 37 176,09zł. 28 roboczodni
11. Tynki i okładziny wewnętrzne - 23 267,90zł. 56 roboczodni
12. Sufity podwieszane - 28 812,50zł. 87 roboczodni
13. Malowanie ścian i sufitów wewnętrznych - 3 086,41zł. 12 roboczodni
14. Obróbki blacharskie - 3 562,24zł. 8 roboczodni
15. Tynki i okładziny zewnętrzne - 31 176,28zł. 69 roboczodni
16. Wyroby ze stali, daszki - 1 836,76zł. 2 roboczodni
17. Opaska wokół budynku - 5 165,19zł. 15 roboczodni
18. Rusztowania - 3 216,84zł. 1 roboczodni
19. Zagospodarowanie terenu - 32 900,73zł. 68 roboczodni
20. Wiata - zadaszenie na agregat prądotwórczy - 30 894,29zł. 27 roboczodni
21. Meble - wyposażenie pomieszczeń - 16 011,50zł. 1 roboczodni
- RAZEM - 540 387,11zł.
- Roboty rozbiórkowe
1. Stacja transformatorowa ST-1 - 45 340,78zł. 165 roboczodni
2. Stacja transformatorowa ST-2 - 52 761,76zł. 193 roboczodni
3. Stacja transformatorowa ST-3 - 54 302,11 zł. 199 roboczodni
4. Stacja transformatorowa ST-4 - 23 290,54zł. 84 roboczodni
5. Stacja transformatorowa PGE-1 - 22 388,16zł. 80 roboczodni

29

-
6. Budynek nr 234 - obudowa agregatu prądotwórczego - 6 367,18zł. 11 roboczodni
 7. Stacja transformatorowa ST-6 - 42 043,69zł. 151 roboczodni
 - RAZEM 246 494,23zł.
 - Branża sanitarna 1. Instalacja wodociągowa
- 4 975,90zł. 29 roboczodni
 2. Instalacja kanalizacji - 5 502,91zł. 7 roboczodni
 3. Instalacja centralnego ogrzewania - 69 422,31zł. 12 roboczodni
 4. Klimatyzacja - 31 446,60zł. 6 roboczodni
 5. Budowa przyłączy sanitarnych (przyłącza wodociągowe i kanalizacji sanitarnej) - 48 836,65zł. 96 roboczodni
 - RAZEM - 160 184,36zł.
 1. BRANŻA ELEKTRYCZNA - ogółem - 6 248 081,09zł.
 2. BRANŻA BUDOWLANA - ogółem - 786 881,34zł.
 3. BRANŻA SANITARNA - ogółem - 160 184,36zł.
 - O G Ó Ł E M R O B O T Y - 7 195 146,79zł.

Na str. 13 oferty przystępującego znajduje się gwarancja I. R. V. I. G. , gdzie w pkt. 3 wskazano, że gwarancja jest ważna od 9 września do 19 października 2017r. Zgodnie z pkt. 4 zapłata przez zakład ubezpieczeń kwoty gwarancyjnej nastąpi w terminie do 30 dni od dnia doręczenia do gwaranta przez beneficjenta gwarancji pisemnego żądania wypłaty wraz z pisemnym oświadczeniem, że kwota roszczenia jest należna w związku z zaistnieniem jednego z przypadków zatrzymania wadium określonego w pkt. 1 gwarancji. Zgodnie z pkt. 5 ppkt. 3 gwarancji żądanie zapłaty powinno być doręczone do zakładu ubezpieczeń najpóźniej w terminie 3 dni po okresie ważności gwarancji w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Zgodnie z pkt. 6 ppkt. 1 gwarancja wygasa po upływie okresu jej ważności, a także w przypadku jej zwrotu przed upływem okresu jej ważności. Zgodnie z pkt. 8

gwarancja podlega zwrotowi do zakładu ubezpieczeń niezwłocznie po jej wygaśnięciu. W dniu 17 września 2017r. zamawiający wezwał w trybie art. 87 ust. 1 ustawy przystępującego do wyjaśnień, gdyż wystąpiły nieścisłości dotyczące terminu wykonania zamówienia. W formularzu ofertowym przystępujący zobowiązuje się do skrócenia terminu realizacji zamówienia o 379 dni, z czego wynika, że całość zamówienia zostanie wykonana w 271 dni. Powyższa ilość dni jest niespójna z załącznikiem do oferty — harmonogramem rzeczowo finansowym — gdzie w kolumnie; „ilość roboczo dni” wpisane są następujące wartości:

- w poz. nr 1 jest 444;
- w poz. nr 2 jest 276;
- w poz. nr 3 jest 296;
- w poz. nr 5 jest 330;

30

-
- w poz. nr 7 jest 596;
 - w poz. nr 8 jest 1973;
 - w poz. nr 9 jest 288;
 - w poz. nr 10 jest 5196;

Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w siedzibie zamawiającego w terminie do dnia 27.09.2017r. Nadmieniał, że treść złożonej już oferty nie może ulec zmianie.

Przystępujący w dniu 26 września 2017r. oświadczył, że inwestycja zostanie wykonana w deklarowanym terminie 271 dni od dnia podpisania umowy.

Kolumna nr 4 „ilość roboczo dni” z zał. „Harmonogram rzeczowo - finansowy 11632- zał. 6.xls” określa nakład robocizny konieczny dla realizacji każdego „rodzaju elementów robót w rozbiciu na branże” (kolumna nr 2) wyznaczony przy użyciu programu NORMA na podstawie zasad kosztorysowania. „Ilość roboczo dni” traktowana jako jednostka miary nie jest tożsama z czasem realizacji zadania. Czas realizacji zadania jest wynikiem ilorazu „ilości roboczo dni” i liczby pracowników. Czas trwania realizacji „rodzaju elementów robót w rozbiciu na branże” (kolumna 2) „ilość roboczo dni” (kolumna 4) / liczba pracowników

Podsumowując:

Ad. 1) 4 pracowników wykona nakład 444 „roboczo dni” w 111 dni roboczych.

Ad. 2) 4 pracowników wykona nakład 276 „roboczo dni” w 69 dni roboczych.

Ad. 3) 4 pracowników wykona nakład 296 „roboczo dni” w 74 dni roboczych.

Ad. 5) 6 pracowników wykona nakład 330 „roboczo dni” w 55 dni roboczych.

Ad. 7) 4 pracowników wykona nakład 596 „roboczo dni” w 149 dni roboczych.

Ad. 8) 13 pracowników wykona nakład 1973 „roboczo dni” w 152 dni roboczych.

Ad. 9) 4 pracowników wykona nakład 288 „roboczo dni” w 72 dni roboczych.

Wskazał, że wystąpiła oczywista omyłka pisarska niewpływająca na zakres ani cenę oferty, wpisana wartość 5196 powinna być wartością 519 cyfra „6” została przypadkowo wpisana (powód: jednoczesne wciśnięcie dwóch klawiszy w bezpośrednim sąsiedztwie na klawiaturze numerycznej cyfra „9” tuż nad „6”), 3 pracowników wykona nakład 519 „roboczo dni” w 173 dni roboczych.

W kolejnym piśmie z dnia 4 października 2017 stanowiącym odpowiedź na ponowne wezwanie zamawiającego z dni 3 października 2017r. przystępujący przedstawił wyjaśnienie każdej pozycji harmonogramu rzeczowo-finansowego w przeliczeniu na rzeczywisty czas trwania danej czynności (ilość dni roboczych w jakich czynność zostanie wykonana) oraz ilości pracowników przewidzianych do wykonania tej czynności.

W dniu 20 września 2017r. zamawiający wezwał w trybie art. 90 ust. 1 ustawy przystępującego jak i wykonawcę M. do wyjaśnień zaofertowanej przez nich ceny stwierdzając w odniesieniu do przystępującego, że cena oferty brutto 7.195.146,79,00 zł jest niższa o 39,08% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

31

Budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z określonymi wymogami.

Zamawiający zwrócił się o złożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów mających wpływ na wysokość zaofertowanej ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1. W przypadku braku wyjaśnień lub gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia zamawiający odrzuci

ofertę.

W dniu 26 września 2017r. przystępujący złożył wyjaśnienia, że wysokość ceny jaką przedstawił w formularzu ofertowym wynika z następujących kwestii.

Inwestycja realizowana jest w woj. łódzkim, gdzie przystępujący ma siedzibę. W związku z tym nie ponosi kosztów związanych z delegacją oraz zakwaterowaniem pracowników, co w przypadku konkurencji jest obligatoryjne. Kolejnym argumentem jest posiadanie przez firmę własnego sprzętu budowlanego (załącznik nr 1), co również ogranicza koszty kolejnych etapów prac budowlanych. Ponadto przystępujący zatrudnia wysokokwalifikowaną kadrę pracowników branży sanitarnej, budowlanej oraz energetycznej, co w konsekwencji pozwala na wykonywanie kompleksowo robót budowlano-montażowych, bez konieczności zlecania prac wykonawczym podwykonawcom.

Zdobyte na przestrzeni 11 lat doświadczenie, pozwala przystępującemu na uzyskanie zaufania u wielu producentów, dzięki czemu może liczyć na korzystne rabaty oraz wydłużone terminy płatności. Oświadczył, że złożył ofertę świadomą i przemyślaną, taką która zakłada kilkuprocentowy zysk. W załączeniu przedstawił wykaz sprzętu:

Miernik VLF Sinus SEBA KMT z lokalizatorem uszkodzeń MEGGER

Miernik rezystancji izolacji UT 513

Tester zabezpieczeń ENERGOAPARATURA

Miernik rezystancji uziemienia SONEL MRU 21

koparka JCB 3CX

Minikoparka JCB, KUBOTA

Wciągarka kablowa WS3

Kompresor

Samochód ciężarowy HDS z wywrotką MERCEDES

W wyjaśnieniach firmy M. wykonawca ten jako czynniki kosztotwórcze mające wpływ na wysokość ceny wskazał duże doświadczenie przy realizacji podobnych inwestycji np. w Kompleksie Wojskowym w M. czy na lotnisku w G. – K., posiadanie dużej ilości własnego nowoczesnego sprzętu oraz bazy, posiadane zapasy materiałów, wykwalifikowana, doświadczona stabilna kadra, pełne zabezpieczenie finansowe, duża skala prowadzonej działalności pozwalająca na optymalizację kosztów stałych i uzyskania opustów od dostawców, a także zlokalizowanie 80 km od miejsca realizacji inwestycji innej inwestycji w

32

Łasku, z którą można współdzielić zasoby osobowe i sprzętowe, a także zmniejszyć koszty logistyczne. M. wskazał na uzyskanie konkurencyjnych cen dla kluczowych elementów zamówienia – kontenerów rozdzielnic n/n oraz agregatów prądotwórczych Z., rozdzielnic n/n wraz z agregatami i instalacją towarzyszącą Z., urządzenia i materiały automatyki i CCTV, inne materiały służące do wykonania zadania kable, studnie, światłowody, słupy i oprawy oświetleniowe. Jednocześnie ten wykonawca załączył ofertę na rozdzielnice, baterie kondensatorów, kontenery stacji transformatorowych oraz agregat prądotwórczy na łączną kwotę 3 201 300zł. netto. Izba zbadała, że w swojej ofercie w harmonogramie rzeczowo-finansowym ten wykonawca łączną cenę za 6 stacji transformatorowych zaoferował na poziomie 3 597 032, 52zł. netto.

W dniu 9 października 2017r. zamawiający ponownie wezwał przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy stwierdzając, że złożone wyjaśnienia zdaniem zamawiającego nie są wystarczające aby uznać, że zaproponowana cena w ofercie nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku powyższym zamawiający poprosił o uszczegółowienie złożonych wyjaśnień, zwłaszcza dotyczących:

- przedstawienia kosztów zakwaterowania, delegacji;
 - udokumentowanie możliwości uzyskania rabatów czy odroczonej terminowości płatności.
- wiązku z udzielonymi wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej treści oferty.

Przystępujący wyjaśnił:

Stosunek średniej arytmetycznej liczb do jego oferty to 19% ceny wszystkich złożonych ofert. Wysokość ceny jaką przedstawił w formularzu ofertowym wynika z następujących kwestii, które wymienił w piśmie nr 1002/Z/ZW/MK/17.

1. Odległość od inwestycji wynosi około 25km, w związku z tym nie ponosi kosztów noclegu i delegacji dla pracowników, co daje mu oszczędności na poziomie 160 000,00 zł.
2. Posiadanie własnego sprzętu budowlanego (załącznik nr 1).
3. Wykwalifikowana kadra pracownicza bez konieczności zlecania prac

podwykonawcom.

4. Doświadczenie zdobyte na przestrzeni 11 lat pozwala na uzyskanie zaufania u producentów oraz hurtowni, dzięki czemu może liczyć na korzystne rabaty oraz wydłużone terminy płatności. (załącznik nr 2)

Do wyjaśnień załączono oświadczenia:

- firmy E.-I. sp. z o.o. z siedzibą w Piastowie, że w celu wykonania inwentaryzacji schematycznej udzieliła przystępującemu linii kredytowej do 120 dni oraz ustaliła rabaty na poziomie 35-48%.

33

- firmy Z. S. A z siedzibą w Ł., że w celu wykonania inwestycji dostarczy wszystkie stacje transformatorowe za wynegocjowaną cenę końcową 2 800 000,00 zł netto z terminem płatności 120 dni roboczych,

- firmy B. P. U. z siedzibą w Ł., że udzieliła przystępującemu rabaty do 50% oraz termin płatności do 120 dni na realizację inwestycji

W dniu 16 października 2017r. zamawiający wezwał wykonawców drogą elektroniczną do złożenia oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą o kolejne 30 dni.

W dniu 17 października 2017r. drogą elektroniczną M. K. oświadczyła, że przystępujący wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania z ofertą o kolejne 30 dni. Sprawa została skierowana do naszej firmy ubezpieczeniowej I. o aneks do wadium. Jak najszybciej prześlemy to do państwa skanem lub pocztą.

W dniu 18 października 2017r. zakład ubezpieczeń wystawił aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium zmieniając okres ważności gwarancji z „19.09.2017 do 19.10.2017” na „19.09.2017 – 18.11.2017r.”, pismo przystępującego zawierające ten aneks wpłynęło do zamawiającego w dniu 25 października 2017r.

W dniu 18 października 2017r. zamawiający poinformował, że oferta przystępującego została oceniona jako najkorzystniejsza i wezwał m.in. do złożenia wykazu osób.

Przystępujący w ramach uzupełnienia złożył decyzję nr 405/87/.WŁ. wystawioną dla E. B. , technika budowlanego, potwierdzającą przygotowanie do wykonywania samodzielnej funkcji w budownictwie na stanowisku kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej upoważniającej do kierowania, nadzorowania i kontrolowania:

- kierowania, nadzorowania kontrolowania budowy i robót ,

1/ kierowania i kontrolowania wytwarzania i kontrolowania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych , z wyłączeniem linii, węzłów i stacji kolejowych, dróg oraz lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i wodomelioracyjnych

2/ sporządzanie w budownictwie osób fizycznych projektów w zakresie rozwiązań architektonicznych:

a/ budynków inwentarskich i. gospodarczych, adaptacji projektów typowych i powtarzanych innych budynków oraz sporządzania planów zagospodarowania działki związanych z realizacją tych budynków,

b/ budowli nie będących budynkami.

Zamawiający dokonał odtajnienia dokumentów wskazanych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. W przedstawionych przez przystępującego dokumentach znajduje się tylko informacja, że określone dokumenty (informacje) stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, nie ma natomiast uzasadnienia, że faktycznie stanowią one tajemnicę

34

przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z 16.04.1993r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy wykonawca ma prawo zastrzeżenia, że określone informacje nie mogą być udostępniane. Zgodnie z brzmieniem ww. przepisu wykonawca, który zastrzega informacje podane w ofercie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać jednocześnie, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W konsekwencji w przypadku zaniedbania przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zastrzeżenie tajemnicy będzie

nie skutecznego. Jeżeli wykonawca nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku, zamawiający nie ma podstaw prawnych do wzywania go do składania oświadczenia zawierającego wykazanie przyczyn objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Powyższe oznacza, że brak uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zwalnia zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w ofercie informacji.

Mając na uwadze powyższe odtajnieniu ulegają:

- 1) wykaz robót
- 2) wykaz osób
- 3) zaświadczenia z US i ZUS
- 4) informacja z KRK
- 5) oświadczenie o posiadaniu uprawnień
- 6) dane zawarte w oświadczeniach wystawionych przez hurtownię.

Izba oceniła plik dokumentów przedstawiony przez odwołującego w następujący sposób:

Prezentację porównawczą sprzętu zadeklarowanego przez przystępującego i ocenionego jako niezbędny do wykorzystania przy realizacji przedmiotowego zamówienia przez odwołującego, jako twierdzenia odwołującego, że sprzęt wykazany przez przystępującego nie pozwala na realizację przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby fakt ten nie został jednak dowiedziony, gdyż odwołujący nie wykazał, który ze sprzętów wykazany przez przystępującego nie nadaje się do realizacji zadania, a także z jakimi czynnościami koniecznymi do realizacji w przedmiotowym zamówieniu wiąże się sprzęty, które wskazał odwołujący, a których nie zaoferował przystępujący, wyjątkiem jest żuraw samochodowy do rozładunku stacji trafo, nie jest to jednak wystarczające dla oceny całego zestawienia, w sytuacji gdy nie wiadomo na jakich warunkach świadczona jest dostawa stacji trafo dla przystępującego, nie jest bowiem wykluczono, że w cenie oferty uzyskanej przez przystępującego ujęty jest koszt transportu i dostawa na budowę. Nadto odwołujący nawet nie próbował wykazać o ile zwiększają się koszty maszynogodzin przy użyciu prawidłowo ujętego sprzętu w stosunku do sprzętu wykazanego przez przystępującego. Tym samym

35

zestawienie tabelaryczne nie może być uznane za dowód służący wykazaniu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia.

Z zestawienia tabelarycznego porównania ofert wynika, że jedynie w branży budowlanej roboty rozbiórkowe przystępujący zaoferował najwyższą cenę łączną. Przystępujący na rozprawie przyznał, że dla zamówienia najistotniejsze są koszty stacji trafo, automatyki,

przebudowy oświetlenia zewnętrznego oraz przebudowy linii kablowej. Izba dała wiarę temu twierdzeniu zwłaszcza, że podobnie istotność kosztów ocenił w swoich wyjaśnieniach wykonawca M.. Jednak mimo dania wiary twierdzeniu przystępującego Izba ustaliła na podstawie zestawienia porównania ofert, zweryfikowanego co do poprawności danych w nim zawartych z harmonogramami rzeczowo-finansowymi wszystkich wykonawców i doszła do następujących wniosków: przystępujący zaoferował w tych pozycjach jedynie w pozycji stacja transformatorowa ST-1A, stacja transformatorowa ST-6A, przebudowa linii kablowych cenę wyższą od najniższej zaoferowanej w postępowaniu. Dodatkowo cena wszystkich stacji transformatorowych ujęta przez przystępującego w harmonogramie jest niższa niż wynikająca z oferty ZPUE załączonej do drugich wyjaśnień przystępującego. Jest to sytuacja odwrotna od sytuacji M., który również wyjaśniał cenę swojej oferty i przedstawił ofertę Z., której wartość jest niższa od wartości zaoferowanej wynikającej z harmonogramu M.. Izba oceniła zatem twierdzenie przystępującego, że osiągnie zysk z zaoferowania stacji transformatorowych jako niewiarygodne i sprzeczne ze zgromadzonym materiałem dowodowym. W tym zakresie Izba dała wiarę twierdzeniom odwołującego, że dla tych pozycji kosztorysowych przystępujący poniesie stratę.

Izba oceniła szczegółowe zestawienie kosztów poszczególnych pozycji – przebudowy oświetlenia zewnętrznego, przebudowy linii kablowych, przebudowy sieci elektroenergetycznych na terenie bliżej i dalej radiolaterni (BRL i DRL), automatyki, branży budowlanej i rozbiórkowej wraz z wykazami materiałów i sprzętu jako twierdzenia własne odwołującego, które nie stanowią dowodu na rażąco niską cenę oferty przystępującego, gdyż opierają się o ustalenia wartości materiałów i sprzętu dostępnych odwołującemu, a nie przystępującego. Mogą one jedynie uprawdopodobniać ceny funkcjonujące na rynku. Izba uznała natomiast wagę i moc materiału dowodowego w postaci ofert przedstawionych przez odwołującego w odniesieniu do materiałów i na ich podstawie ustaliła, że możliwe jest

uzyskanie ofert na konkretny asortyment podających cenę za poszczególne oferowane materiały, udzielone rabaty i terminy płatności, określające warunki dostawy, koszty transportu i załadunku ze wskazaniem, którą ze stron (dostawcę, czy odbiorcę) obciążają. Odwołujący przedstawił te dowody wykazując pozyskane przez siebie oferty na kable, oprawy oświetleniowe, tablice oświetleniowe, rozdzielnice i szafy, słupy, wysięgniki, złącza, fundamenty, studnie kablowe, włazy, konwertery, moduły, przełączniki ethernet, switche, extendery, serwery, stacje operatorskie, kamery, obiektywy, oświetlacze podczerwieni, stacje

36

robocze, karty graficzne, monitory, w tym przemysłowe. Z dokumentacji zamawiającego wynika, że możliwe było także pozyskanie oferty szczegółowej na stacje transformatorowe i automatykę – wyjaśnienia M. Przez pryzmat tych dowodów Izba oceniła wiarygodność i moc dowodową ofert przedstawionych przez przystępującego w załączonych do drugich wyjaśnień ofertach dostawców i oceniła oświadczenia E.-I. oraz B. P. U. jako nie służące udowodnieniu okoliczności ma które zostały powołane, gdyż z dowodów tych wynika jedynie fakt współpracy, wysokości udzielonych rabatów i terminów płatności jednak nie sposób ustalić czy oświadczenia te dotyczą materiałów potrzebnych do wykonania przedmiotowego zamówienia. Dowód z oświadczenia Z. natomiast wyraźnie wskazuje, że dotyczy konkretnie wszystkich stacji transformatorowych za łączną cenę 2 800 000zł. Izba oceniła ten dowód jako wiarygodny i na jego podstawie doszła do przekonania, że przystępujący w harmonogramie rzeczowo-finansowym zaoferował te stacje poniżej kosztu ich nabycia.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

art. 7 ust. 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

art. 26 ust. 3. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 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.

Art. 85 ust. 4 Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

art. 89 ust. 1 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
- 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

37

7a) wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą;

7b) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

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

Art. 90 ust. 1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

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

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Art. 90 ust. 2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3. 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.

38

Art. 91 ust. 1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 92 ust. 1. Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,

3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,

4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,

5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,

6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,

7) unieważnieniu postępowania

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba oceniła, że ustalony stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod niektóre ze wskazanych powyżej norm prawnych w zakresie zarzutów dotyczących braku wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą, potwierdzenia dowodami, że oferta przystępującego w swojej istotnej części składowej zawiera rażąco niską cenę oraz stanowi świadczenie poniżej kosztów zakupu materiałów do świadczenia usługi.

Przepis art. 85 ust. 4 ustawy stanowi o jednoczesności czynności przedłużenia terminu związania ofertą i przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. W niniejszej sprawie w dacie złożenia przez panią Monikę Kasińską oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą nie doszło do jednoczesnego przedłużenia ważności wadium, ani do wniesienia nowego. Wyrażenie z wiadomości elektronicznej skierowanej do zamawiającego wynika, że w dacie składania oświadczenia przystępujący nie dysponował aneksem do gwarancji wadium. Oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania w formie elektronicznej zostało

zamawiającemu złożone w dniu 17 października 2017r., a aneks został wydany dopiero w dniu 18 października 2017r. Nadto przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy stanowi o zaniechaniu przez wykonawcę czynności wniesienia wadium (w tym na przedłużony okres związania ofertą), zatem nie ma znaczenia fakt, że wykonawca ustanowił (przedłużył wadium), ale to czy je wniósł zamawiającego, a takie wniesienie nie nastąpiło w dniu 17 października 2017r.,

39

ale dopiero w dniu 25 października 2017r., zatem w dacie przedłużenia terminu związania ofertą nie doszło do jednoczesnego przedłużenia wadium, a tym samym nie można było uznać, że wadium na przedłużony okres związania ofertą zostało zamawiającemu wniesione, co powoduje, że ustalony stan faktyczny nadawał się do subsumpcji pod normę art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy i zamawiający, gdyby dokonał prawidłowej oceny stanu faktycznego, to obowiązany był przystępującego wykluczyć z postępowania.

Izba oceniła natomiast, że zarzut nieprzedłużenia terminu związania ofertą nie opiera się o taki stan faktyczny, który nadawałby się do subsumpcji pod normę art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy. Przede wszystkim przystępujący w ocenie Izby wykazał, że pani M. K. była upoważniona do kontaktów z zamawiającym. W ocenie Izby kontakty te obejmują także przekazywanie informacji zawierających oświadczenia woli. Izba oceniła, że informacja zawarta w formularzu ofertowym stanowi udzielenie pisemnego upoważnienia (pełnomocnictwa) do kontaktowania się w imieniu przystępującego z zamawiającym w tym udzielania mu informacji i składania oświadczeń. Upoważnienie to zostało udzielone przez współnika spółki, którego umocowania do działania w imieniu spółki odwołujący nie kwestionował. W ocenie Izby pełnomocnictwo nie musi być odrębnym dokumentem, może być zawarte w umowie, formularzu ofertowym, czy np. w oświadczeniach o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, czy JEDZ-ach. Natomiast Izba ustaliła, że odwołujący w odwołaniu kwestionował jedynie brak umocowania do działania w imieniu przystępującego, natomiast nie kwestionował formy jego złożenia, co więcej odwołujący odwoływał się do orzecznictwa Izby wskazującego, że oświadczenie powinno być złożone w formie przewidzianej w siwz, a tym samym nie wykluczał możliwości określenia przez zamawiającego innej formy niż pisemna. Izba jest związana z mocy art. 192 ust. 7 ustawy zarzutami podniesionymi w odwołaniu, a zatem nie mogła skutecznie ocenić zarzutu konkretyzowanego na rozprawie dotyczącego nieważności oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą w formie innej niż pisemna.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty niezgodnej w swej treści z treścią siwz, to Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. Istotą naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jest potrzeba uwzględnienia jednoznacznego wzorca w treści siwz. W ocenie Izby z zawartej w formularzu cenowym takiego jednoznacznego wzorca brak. Przede wszystkim definicja j.m. - jednostka miary - jednostka nakładu pracy, np. roboczogodzina nie jest stanowcza. Jedynie przykładowo wskazuje na roboczogodzinę, z kolei w powołanym rozporządzeniu jest mowa o jednostce nakładów rzeczowych, które odnoszone są do roboczo godzin, nakładów materiałowych i maszynogodzin (nakładów sprzętowych), zatem z rozporządzenia należałoby uwzględnić wszystkie trzy rodzaje nakładów, zamawiający wskazał niestanowczo tylko jeden i to taki, który można było ustalić na podstawie roboczo dni wskazanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Nadto Izba zwróciła uwagę także na to, że formularz

40

cenowy zawiera postanowienia nieadekwatne do wymogu wskazania jednostek nakładu pracy, gdyż wskazuje, że nie wolno wykonawcom zmieniać ilości tych jednostek wskazanych przez zamawiającego. Zamawiający jednak nie podał tej ilości tym samym postanowienia formularza cenowego są wewnętrznie sprzeczne i nie sposób ustalić, do których wykonawca jest zobowiązany się stosować pod rygorem odrzucenia. Z tego względu ewentualne uchybienia wykonawcy, co do sposobu prezentacji formularza cenowego w ocenie Izby nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Izba oceniła natomiast, że odwołujący wykazał, że przystępujący złożył wyjaśnienia ogólne, które nie zostały udowodnione, a w tej części dotyczącej istotnych elementów składowych (okoliczność przyznana przez przystępującego, że stacje transformatorowe są istotnym elementem składowym) złożone dowody dowodzą, że przystępujący zaoferował stacje transformatorowe poniżej kosztów ich zakupu. Przystępujący jedynymi okolicznościami, jakie można było uznać za udowodnione była odległość miejsca realizacji zamówienia od siedziby

przystępującego, jednakże odwołujący ma rację, że z samego tego faktu nie można ustalić jakie oszczędności są osiągalne, a twierdzenia o wyeliminowaniu kosztów delegacji, diet, kosztów wyżywienia czy zakwaterowania nie zostały przez przystępującego nawet uprawdopodobnione. Drugą okolicznością udowodnioną w ocenie Izby jest to, że ZPUE zaoferowało przystępującemu stacje transformatorowe za cenę 2 800 000zł., jednak z tego dowodu należy wyciągnąć okoliczność niekorzystną dla przystępującego, gdyż zaoferował on istotny element składowy zamówienia poniżej kosztów ich zakupu, co w ocenie Izby podpada pod normę art. 90 ust. 3 czyli zgromadzony materiał dowodowy potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę istotnej części składowej oferty, co wypełnia tę normę. Nadaje się także do subsumpcji pod normę art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, a także pod normę art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, z uwagi na brzmienie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy, który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

- 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W działaniu przystępującego można dopatrzeć się utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez odsprzedaż towarów poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców z możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

W ocenie Izby p. E. B. posiada uprawnienia w ograniczonym zakresie. Fakt, że uprawnienia mu nadane zostały wydane w stanie faktycznym, a którym wykształcenie p. B. nie było wykształceniem wyższym prowadzi do tego, że z ugruntowanego orzecznictwa tak Izby jak i Wojewódzkich Sądów Administracyjnych wynika, mogło być oceniane jedynie jako uzyskanie uprawnień w ograniczonym zakresie. O tym ograniczeniu świadczy także zakres czynności jakie według uprawnień p. B. może wykonywać. Tak m. in. wyrok Wojewódzkiego Sądu

41

Administracyjnego w Warszawie, w sprawie sygn. akt VII SA/Wa 690/09, Wyrok KIO 254/11, Wyrok 1933/10, Wyrok KIO 1752/10, jak również powołany przez odwołującego wyrok sygn. Akt KIO 1762/16. Jednakże w ocenie Izby tak ustalony stan faktyczny nie nadaje się do podciągnięcia pod normę art. 26 ust. 3 ustawy, z uwagi na to, że oferta przystępującego podlegała odrzuceniu z innych przyczyn nie braku oświadczeniach i dokumentach składanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy. Przepis art. 185 ust. 2 ustawy Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Kwestię przekazania kopii zgłoszenia ustawodawca uregulował w innej części przepisu niż ta, która odnosi się do wymogów formalnych przystąpienia, w tym co do terminu na zgłoszenie przystąpienia, pogląd wyrażony w orzeczeniach powołanych przez odwołującego w piśmie pochodzących z roku 2011r. był poglądem odosobniony, który nie przetrwał próby czasu, natomiast postanowienie z dnia 19 października 2017r. sygn. akt KIO 2086/17 zapadło w odmiennym stanie faktycznym, kiedy to przystępujący nie dokonał skutecznego przekazania kopii przystąpienia i podjął taką próbę dopiero w dniu posiedzenia, co Izba oceniła jako uniemożliwiające odwołującemu ustalenie kręgu podmiotów uprawnionych do uczestniczenia w posiedzeniu niejawnym z udziałem stron. W ocenie Izby z treści art. 185 ust. 2 ustawy wynika, że zgłoszenie przystąpienia do Izby ma nastąpić w terminie 3 dni od zawiadomienia przez zamawiającego o wniesieniu odwołania i doręczenie Prezesowi Izby tegoż zgłoszenia powinno nastąpić w określonym w art. 185 ust. 2 zd. 1 terminie, natomiast ustawodawca w żaden sposób nie określił w jakim terminie ma zostać doręczona kopia zamawiającemu i odwołującemu. Ustawodawca bowiem w art. 185 ust. 2 zd. 2 ustawy posłużył się bowiem nie pojęciem „doręczenia kopii”, a pojęciem „przesłania”. W ocenie Izby nie są to pojęcia tożsame, a tym samym doręczenie kopii przystąpienia może nastąpić w terminie dłuższym niż doręczenie przystąpienia Prezesowi Izby pod tym wszakże warunkiem, że przekazanie kopii nastąpiło w terminie i to zostało wykazane. W ocenie Izby taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu, gdyż przystępujący wykazał, że przekazał kopię zgłoszenia

miejsce w tym samym terminie, co doręczenie Prezesowi Izby zgłoszenia, to posłużyłby się tożsamymi pojęciami. Na uwagę zasługuje także treść art. 180 ust. 5 ustawy, gdzie ustawodawca uregulował kwestie dotyczące przesyłania kopii odwołania. W tym przepisie ustawodawca wprost wyraził wolę, aby doręczenie kopii odwołania następowało przed upływem terminu do jego wniesienia, gdyż wskazał, że odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł się z jego treścią zapoznać przed upływem tego terminu. Zatem zakładając racjonalność ustawodawcy, to gdyby taka była wola ustawodawcy także w odniesieniu do kopii przystąpienia, to ujawniłby ją w brzmieniu przepisu. W ocenie Izby przesłanki formalne do skorzystania ze środka ochrony prawnej muszą być wykładane w taki sposób, aby zapewnić jak najszerszą dopuszczalność korzystania z tego środka i najszerszą ochronę prawa do poddania sporu pod osąd niezależnego organu.

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Wbrew stanowisku uczestnika postępowania Sądy Okręgowe sprawujące nadzór instancyjny nad Izbą uznały za niewłaściwy pogląd Izby, że przepis art. 180 ust 2 pkt 6 dotyczy wyłącznie czynności Zamawiającego, a niezaniechań. Jedynie dwa Sądy Okręgowe tj. Sąd Okręgowy w Płocku i w Gdańsku na ponad 50 zapadłych orzeczeń, uznały pogląd Izby za prawidłowy. W tej sytuacji Izba poddając się kontroli instancyjnej przyjęła, iż pod pojęciem „*wybór oferty najkorzystniejszej*” mieszczą się także czynności zaniechania Zamawiającego prowadzącego ustalenia kręgu podmiotów, z których dokonywany jest wybór oferty najkorzystniejszej. Izba doszła do przekonania w ślad orzeczeniami Sądów Okręgowych, że wybór ten nie może być obarczony wadą w postaci wyboru oferty podlegającej odrzuceniu, czy to z powodu wykluczenia wykonawcy, czy z wad tkwiących w samej ofercie.

Izba w tym składzie uznaje odwołanie skierowane wobec zaniechania odrzucenia wybranej oferty uczestnika w postępowaniu poniżej progów unijnych za dopuszczalne w rozumieniu art. 189 ust 2 pkt 6 związku z art. 180 ust 2 pkt 6.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w przypadku stwierdzenia naruszenia ustawy przez zamawiającego, co wypełnia przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż oferta ta nie odpowiadała treści siwz.

Zarzut nie potwierdził się. Izba oceniła, że ustalony stan faktyczny nie nadaje się do subsumpcji pod normę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na brak jednoznacznej treści siwz, do której można by porównać formularz cenowy przystępującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy, przez ich błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, mimo iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, a tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny;

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby wyjaśnienia przystępującego nie były wystarczające do uznania, że przystępujący wykazał, że jego cena nie jest ceną rażąco niską. Odległość siedziby przystępującego od miejsca świadczenia nie wykazuje możliwości zaoferowania zaproponowanej przez przystępującego ceny, twierdzenie to nie zostało poparte jakąkolwiek kalkulacją. Przystępujący nie wykazał jaką dysponuje kadrą – ile osób, z jakim wykształceniem, doświadczeniem, w jaki sposób zatrudnionych i za jakim wynagrodzeniem, raz tego w jaki sposób doświadczenie kadry pozwala na poczynienie przystępującemu oszczędności. Przystępujący nie wykazał, że potencjał kadrowy jest unikatowy na danym

rynku. Analogiczna sytuacja dotyczy posiadanego doświadczenia. Sam fakt długotrwałego funkcjonowania na danym rynku nie jest sam w sobie wyjątkowy. Na tę okoliczność powoływał się także wykonawca M., przy czym wskazał na konkretne realizacje. Również informacje o długotrwałej współpracy z dostawcami mimo, że poparte oświadczeniami firm nie są na tyle konkretne, aby możliwa była ocena, że przystępujący miał podstawy do dokonania oszczędności pozwalających mu na zaoferowanie wskazanej w ofercie ceny. Słusznie także odwołujący wskazał, że wykaz sprzętu, który wskazał przystępujący nie wykazuje jakie oszczędności osiągnął przystępujący z tego tytułu. Obowiązek dowodu w tym zakresie obciążał przystępującego, a przystępujący temu obowiązkowi nie podołał. Nie można uznać, że niepoparte dowodami wyjaśnienia odwołujące się do okoliczności dostępnych praktycznie każdemu wykonawcy działającemu w danej branży, są prawidłowo złożonymi wyjaśnieniami na podstawie, których można było ustalić czy przystępujący jest w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienia za zaoferowaną cenę. W tym stanie rzeczy należało uznać, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty przystępującego mimo zaistnienia do tego przesłanek z art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

44

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy, przez ich błędną wykładnię i niezastosowanie, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę

Zarzut potwierdził się. Wbrew stanowisku przystępującego od noweli z 22 czerwca 2016r. ustawodawca nakazał zamawiającym badanie nie tylko ceny lub kosztu całej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, ale także analizy czy istotna część składowa oferty takiej ceny nie zawiera. Przystępujący sam na rozprawie ocenił, że stacje transformatorowe stanowią istotną część składową oferty. Skonfrontowanie harmonogramu rzeczowo-finansowego z ofertą Z. dowiodło w ocenie Izby, że przystępujący zamierza odsprzedać stacje transformatorowe poniżej kosztu ich zakupu, tym samym w istotnej części składowej oferta zawiera rażąco niską cenę, co wypełnia zarzucane przez odwołującego normy. Zamawiający zaniechał zatem odrzucenia oferty przystępującego mimo, że zawiera ona w istotnej części składowej rażąco niską cenę.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez jego błędną wykładnię i niezastosowanie, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż oferta tego wykonawcy stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji;

Zarzut potwierdził się. Skonfrontowanie harmonogramu rzeczowo-finansowego z ofertą ZPUE dowiodło w ocenie Izby, że przystępujący zamierza odsprzedać stacje transformatorowe poniżej kosztu ich zakupu, tym samym w istotnej części składowej oferta zawiera rażąco niską cenę, co wypełnia zarzucane przez odwołującego normy. Zamawiający zaniechał zatem odrzucenia oferty przystępującego mimo, że w istotnej części składowej przystępujący zamierzał odsprzedać stacje transformatorowe poniżej kosztu ich zakupu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy przez jego błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, mimo iż wykonawca ten nie przedłużył skutecznie okresu związania ofertą;

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby formularz ofertowy zawierał upoważnienie dla p. Kasińskiej do kontaktowania się z zamawiającym w imieniu przystępującego. Tym samym . Kasińska miała prawo do kontraktowania się z zamawiającym i składania mu oświadczeń, w tym oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy przez jego błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu odrzucenia oferty

45

przystępującego, mimo iż wykonawca ten nie zachował ciągłości zabezpieczenia oferty

wadium (tj. wadium zostało wniesione nieprawidłowo);

Zarzut potwierdził się. Przepis art. 85 ust. 4 wyraźnie stanowi, że wymagane jest jednoczesne wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą. Z chronologii zdarzeń wynika, że w dacie 17 października 2017r. przystępujący nie wniósł przedłużonego ani nowego wadium zamawiającemu. Tym samym zamawiający zaniechał odrzucenia oferty przystępującego mimo niewniesienia wadium.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy, przez jego błędną wykładnię i brak zastosowania, mimo iż wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, złożony przez przystępującego, nie potwierdzał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

Zarzut nie potwierdził się. Zaniechanie uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów może zaistnieć jedynie w sytuacji, gdy oferta nie podlega odrzuceniu z innych przyczyn. W niniejszej sprawie oferta przystępującemu podlegała odrzuceniu z innych przyczyn niż nieuzupełnienie oświadczeń lub dokumentów, tym samym zamawiający nie zaniechał zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 w zw. z art. 89, art. 90 i art. 92 ustawy, przez ich błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na wyborze oferty przystępującego, mimo że powyższe przepisy ustawy dopuszczają możliwość wyłącznie wyboru oferty tego wykonawcy, który wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz oferty, która nie podlega odrzuceniu (a ponadto oferty, którą wykonawca jest prawidłowo związany);

Zarzut potwierdził się. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej mimo, że oferta przystępującego podlegała odrzuceniu. Takie działanie zamawiającego narusza art. 91 ust. 1 ustawy, który pozwala na ocenę ofert spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, to wnioskowanie wyprowadzić należy także z normy art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, zgodnie z którym unieważnienie postępowania jest możliwe jedynie w sytuacji, gdy w przetargu nieograniczonym nie pozostała choćby jedna oferta nie podlegająca odrzuceniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

Zarzut potwierdził się. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający ma obowiązek kierować się zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W niniejszym

46

postępowaniu zamawiający dopuścił do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej z stypizowanym czynnie nieuczciwej konkurencji, co oznacza, że nie zadbał o zachowanie zasady uczciwej konkurencji, której jest strażnikiem.

Mając na uwadze powyższe Izba oddaliła odwołanie w oparciu o art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy w związku z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 lit. a i 2 lit. b oraz § 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 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od przystępującego na rzecz odwołującego koszty wpisu i zastępstwa prawnego na podstawie faktury Vat złożonej przez odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący:

47