Sygn. akt: KIO 443/21

WYROK
z 5 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ernest Klauziński

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie 5 marca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 lutego 2021 r. przez wykonawcę Elektrotim S.A. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Zieleni Miejskiej we Wrocławiu, przy udziale wykonawcy R. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KRZ R. Z. z siedzibą w Sokołowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Elektrotim S.A. z siedzibą we Wrocławiu i:
2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
2.2zasądza od Odwołującego - Elektrotim S.A. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Zamawiającego: Zarządu Zieleni Miejskiej we Wrocławiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

……..……..

Sygn. akt: KIO 443/21

U z a s a d n i e n i e

Zarząd Zieleni Miejskiej we Wrocławiu (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Eksploatacja i konserwacja oświetlenia parkowego i iluminacji obiektów zabytkowych będących w zarządzie Zarządu Zieleni Miejskiej we Wrocławiu”, numer ZP/PN/82/2020/DPIR, zwane dalej Postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 14 grudnia 2020 r. pod numerem 766421-N-2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

10 lutego 2021 r. wykonawca Elektrotim S.A. z siedzibą we Wrocławiu (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1.art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez nieuzasadnione przyjęcie, iż złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami potwierdzają, iż oferta Odwołującego się zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i w konsekwencji odrzucenie oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu,
2.art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty, która nie może być uznana za ofertę najkorzystniejszą w postepowaniu albowiem najkorzystniejszą postępowaniu jest oferta Odwołującego,
3.art. 7 ust. 1 Pzp przez podejmowanie czynności w przedmiotowym postępowaniu z brakiem należytej staranności oraz w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
3.dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

Odwołujący wniósł ponadto o:
1.zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego,
2.przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający 29 grudnia 2020r., działając na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp, wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty, w nieprzekraczalnym terminie do 5 stycznia 2021 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu ww. wyjaśnienia z zachowaniem wymaganego terminu.
Do wyjaśnień Odwołujący załączył dowody wskazujące, iż zaoferowana przez niego cena była ceną rynkową.
5 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazując przy tym, że na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp odrzucił ofertę Odwołującego. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, żeOdwołujący nie załączył do wyjaśnień jakichkolwiek dowodów. Same wyjaśnienia nie potwierdziły, że za zaoferowaną cenę Odwołujący byłby w stanie wykonać przedmiot zamówienia w sposób rzetelny i zgodny z wymaganiami Zamawiającego.
Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego. Odwołujący wskazał,

że za rażąco niską cenę można uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Ocena
tej okoliczności powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień,
w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich zostały one dokonane, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, posiadane doświadczenie i wiedza o przedmiocie zamówienia.
Zgodnie z treścią art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, co do której nabrał podejrzeń, że jej cena jest rażąco niska, w dwóch sytuacjach:

1)jeżeli wykonawca nie udzieli wyjaśnień w wyznaczonym terminie; za udzielenie wyjaśnień należy przy tym uznać dostarczenie ich do zamawiającego;
2)jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub rażąco niski koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na fakt, iż Odwołujący udzielił Zamawiającemu w zakreślonym przez niego terminie wyjaśnień, podstawą odrzucenia oferty Odwołującego mogło być jedynie stwierdzenie,
iż złożone wyjaśnienia potwierdziły, że oferta zawierało rażąco niską cenę, z czym nie sposób się zgodzić - wyjaśnienia Odwołującego zawierały merytoryczne informacje i dane, opierające się na obiektywnych miernikach, a nie na ogólnikowych i nieudowodnionych informacjach.
Do wyjaśnień załączone zostały dowody na okoliczność, iż zaoferowana przez Odwołującego cena stanowiła cenę rynkową.
Pojęcie „cena rynkowa" nie oznacza „sztywnej" kwoty, ale wartość, która mieściła
się w określonych widełkach cenowych. Za cenę rynkową uznane mogą być zarówno wartości mieszczące się w dolnych granicach widełek cenowych, jak i w górnych. Dlatego nawet znacznie różniące się od siebie wartości mogą być jednocześnie uznawane za mające cechę „rynkowości". W zaistniałym stanie faktycznym cena wskazana przez Odwołującego niewątpliwie stanowiła cenę rynkową, co zostało wykazane dowodami załączonymi
do przedłożonych Zamawiającemu wyjaśnień.
Odwołujący wskazał, że z uwagi na trwające postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego przez ZDiUM we Wrocławiu w zakresie czynności eksploatacyjnych
i konserwacyjnych urządzeń oświetlenia drogowego (do którego Odwołujący odwoływał
się w treści złożonych Zamawiającemu wyjaśnień składając zestawienia kosztów
zadania konkurencyjnych podmiotów), została zawarta z Odwołującym – 22 stycznia 2021 r. (tj. po złożeniu wyjaśnień Zamawiającemu) umowa na realizację ww. czynności do czasu wyłonienia wykonawcy w postępowaniu przetargowym. Umowa została zawarta w oparciu
o zgodnie z ofertą Odwołującego z 31 grudnia 2020 r., z której wynikało, iż cena jednostkowa netto za czynności konserwacyjne obejmujące jeden punkt świetlny wynosiła 2,84 zł
(tj. stanowiła wartość niższą, niż zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu), a mimo
to prowadzącą do osiągnięcia zysku przez Odwołującego. Powyższe dowodzi, że Odwołujący w złożonej przez siebie ofercie w przedmiotowym postępowaniu uwzględnił osiągnięcie zysku. Umowa z Zamawiającym trwać miała do 31 grudnia 2022 r., co z uwagi na długi okres trwania umowy może wpłynąć na zmianę cen w okresie realizacji (np. z powodu inflacji). Z tego względu Odwołujący zaoferował cenę odpowiednio wyższą (tj. 3,80 zł za eksploatację jednego punktu świetlnego). W konsekwencji nie można było uznać, że zaoferowana przez Odwołującego cena była rażąco niska.
Obszar na którym zlokalizowane są urządzenia oświetlenia parkowego będące w zarządzie Zamawiającego pokrywa się z obszarem na którym zlokalizowane są urządzenia oświetlenia drogowego będące w zarządzie ZDiUM, które są obecnie eksploatowane i konserwowane przez Odwołującego. Stąd też przytoczony w treści wyjaśnień argument wskazujący
na „bardzo dobrą znajomość oświetlenia parkowego będącego w Zarządzie Zieleni Miejskiej ze względu na jej eksploatację i konserwację w poprzednich latach oraz zrealizowane budowy nowego oświetlenia będącego obecnie w eksploatacji ZZM (Park Grabiszyński)" uznać należało za trafiony i mający rzeczywisty wpływ na zaoferowaną cenę.
Odwołujący wskazał, że choć wprost nie zostało to wyartykułowane w treści wyjaśnień, z uwagi na wskazywany w wyjaśnieniach fakt „zrealizowania budowy nowego oświetlenia" przez Odwołującego, te punkty świetlne, podlegają gwarancji i rękojmi, a zatem ich eksploatacja i konserwacja będzie się odbywała w ograniczonym zakresie.
Dodatkowo, z uwagi na zastosowanie oświetlenia LED w zrealizowanej budowie, które było rozwiązaniem nie tylko energooszczędnym, ale i mniej awaryjnym, Odwołujący mógł
w dokonywanej kalkulacji przyjąć mniejszą ich awaryjność, powodującą brak konieczności dokonywania czynności związanych z ich naprawą lub wymianą.
Dysponując taką wiedzą, na którą Odwołujący wskazał w treści złożonych wyjaśnień, mógł
on kalkulować cenę inaczej niż pozostali wykonawcy.
Z załączonych do wyjaśnień dokumentów wynikało, że ceny zaoferowane w postępowaniu
prowadzonym przez ZDiUM we Wrocławiu, (które to postępowanie obejmowało tożsame czynności związane z konserwacją i eksploatacją oświetlenia) w porównaniu do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, były znacząco niższe. Jednocześnie w ramach postępowania prowadzonego przez ZDiUM we Wrocławiu, żadna z ww. ofert nie została odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę.
Dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień (które nie były ani zdawkowe,
ani lakoniczne czy też powierzchowne i możliwe do uniwersalnego zastosowania w każdym przypadku wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie bez względu na przedmiot postępowania) uzasadniona została jedynie przez zacytowanie orzecznictwa KIO, bez jakiegokolwiek uzasadnienia dlaczego Zamawiający nie dał wiary oświadczeniom Odwołującego i przedstawionym przez niego dowodom (tj. załączonym do wyjaśnień dokumentom).
Art. 90 ust. 1 Pzp nie zawiera ograniczenia, co do jednokrotnego wezwania wykonawcy
do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, że nie kwestionuje jednolitej linii orzeczniczej, zgodnie z która wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do wykonawcy jednokrotnie, jednakże orzecznictwo wskazuje również, iż powtórne wezwanie jest możliwe, jeśli złożone wyjaśnienia rodzą u zamawiającego kolejne wątpliwości, na przykład gdy treść wyjaśnień jest niejasna dla

zamawiającego i oczekuje on doprecyzowania niektórych zagadnień.
Odwołujący wskazał również, iż Zamawiający powinien wyznaczyć termin na złożenie wyjaśnień i dowodów, który obiektywnie umożliwiłby wykonawcy wykonanie obowiązku zgodnie z żądaniem zamawiającego. Termin ten powinien być rozsądny i realny, czyli taki,
aby w toku normalnych czynności wykonawca mógł przygotować wyjaśnienia, a następnie przekazać je we właściwej formie, treści i terminie. Wskazanie terminu zbyt krótkiego, mogło
naruszać interes wykonawcy, gdyż w praktyce mogło uniemożliwiać złożenie wyjaśnień,
a w szczególności uzyskania dowodów. Tych bowiem wykonawca nie miał obowiązku posiadać w chwili składania oferty i czas na ich zgromadzenie był szczególnie ważny. Tymczasem wezwanie do złożenia wyjaśnień wpłynęło do Odwołującego 29 grudnia 2020 r.
o godzinie 16:30. Był to okres świąteczno-noworoczny, w którym większość pracowników przebywała na urlopie wypoczynkowym. W rzeczywistości Zamawiający dał Odwołującemu
4 dni robocze (z których jeden przypadał w Sylwestra) na przygotowanie wyjaśnień. Czas
na złożenie wyjaśnień był zatem bardzo krótki i nieadekwatny do okoliczności sprawy,
co niewątpliwie miało wpłynęło na ich obszerność.
Bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego doprowadziło do wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza w postępowaniu.
Arbitralne decyzje Zamawiającego skutkujące uznaniem, iż oferta Odwołującego stanowiła ofertę z rażąco niską ceną, naruszały zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
5 marca 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Oferta Odwołującego zawierała rażąco niską cenę i wobec tego podlegała odrzuceniu
na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Fakt ten nie budził wątpliwości Zamawiającego w świetle cen stosowanych przez Odwołującego przy realizacji analogicznego zadania dla Zamawiającego
w latach poprzednich. Jednocześnie odrzucenie oferty Odwołującego było obligatoryjne
z tej przyczyny, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego pozostawały w zupełności niewystarczające i ogólnikowe, a wręcz potwierdzały częściowo rażące zaniżenie ceny. Natomiast jedyne dwa dowody złożone wraz z wyjaśnieniami pozostawały irrelewantne dla przedmiotu zamówienia i oceny oferty Odwołującego.

Dla przeważającej większości punktów oświetleniowych Odwołujący przyjął w 2021 r. stawkę
3,80 zł netto, a łączne koszty eksploatacji stanowiące pochodną oferowanych stawek w 2021 r. wynosiły według oferty Odwołującego 140 932,99 zł brutto, gdy oferty konkurencyjne zamykały
się w tym zakresie w kwotach odpowiednio: 257 852,49 zł, 339 102,39 zł, 490 800,75 zł oraz
459 187,91 zł.

Tymczasem zgodnie z umową nr DIR-670-50/90 z 31 grudnia 2009 r. zawartą przez Zamawiającego z Odwołującym na realizację zasadniczo tego samego zadania w latach 2010-2013 cena za punkt oświetleniowy wahała się w granicach: od 6,00 zł do 9,00 zł netto w 2010 r., od 6,16 zł do 9,23 zł netto w 2011 r. (vide aneks nr 1 do ww. umowy), od 6,39 zł do 9,57 zł netto w 2013 r. (vide aneks nr 5 do ww. umowy). Tym samym ceny zaoferowane i stosowane przez Odwołującego za jeden punkt świetlny już dekadę temu były średnio dwa razy wyższe
niż w aktualnej ofercie. Zamawiający wskazał ponadto szereg innych umów z lat ubiegłych, gdzie Odwołujący realizował swoje usługi za ceny jednostkowe wyże, niż w aktualnej ofercie.
W wyjaśnieniach z 5 stycznia 2021 r. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił z jakich przyczyn miałoby być możliwe stosowanie w 2021 i 2022 r. cen ponad dwukrotnie niższych niż stosowane przez Odwołującego przez szereg lat przez całą poprzednią dekadę.

Mając na uwadze m. in. powyższe okoliczności cena zaoferowana przez Odwołującego była ceną rażąco zaniżoną.

W wyjaśnieniach z 5 stycznia 2021 r. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Za takie dowody nie mogły być uznane zestawienia kosztów dwóch konkurencyjnych wykonawców dla zupełnie innego zadania polegającego na eksploatacji oświetlenia drogowego. Ceny stosowane przy eksploatacji oświetlenia drogowego pozostawały irrelewantne dla cen stosowanych przy eksploatacji oświetlenia zlokalizowanego w parkach
i na terenach zielonych - eksploatacja i konserwacja oświetlenia parkowego cechuje się zupełnie odmienną specyfiką. Zamawiający wskazał, że cechą charakterystyczną oświetlenia stosowane
na terenach zielonych i w parkach jest wysokie różnorodność typów elementów oświetleniowych. Dostęp do niektórych latarni jest również znacznie trudniejszy niż w przypadku oświetlenia drogowego. W parkach i na terenach zielonych dużo częściej dochodzi do aktów wandalizmu
niż w innych obszarach miasta w związku z czym również częściej dochodzi do uszkodzeń oświetlenia parkowego, które do tej pory było obiektem licznych aktów wandalizmu z podpaleniami włącznie.

Powyższe nie pozostaje bez wpływu na koszty eksploatacji i konserwacji oświetlenia parkowego, które częściej jest intencjonalnie niszczone niż oświetlenie drogowe.

Z tego względu ceny stosowane i oferowane przez wykonawców w innym postępowaniu prowadzonym przez innego zamawiającego nie miały znaczenia w sprawie oraz dla oceny ofert. Zamawiający dokonał obiektywnej i własnej oceny ofert. Nie mógł podejmować decyzji
na podstawie faktu, że inny zamawiający, w innym postępowaniu dokonał takiej lub innej oceny ofert, abstrahując od tego czy ta ocena innego zamawiającego była prawidłowa. Dodatkowo ceny dotyczące eksploatacji i konserwacji oświetlenia drogowego nie stanowiły porównywalnego punktu odniesienia do oceny cen dotyczących eksploatacji i konserwacji oświetlenia parkowego, gdyż przedmiot tych usług oraz uwarunkowania, w których są realizowane są odmienne od siebie, a eksploatacja oświetlenia parkowego jest bardziej skomplikowana i kosztowna niż eksploatacja oświetlenia drogowego w przeliczeniu na jeden punkt świetlny.

W konsekwencji Zamawiający uznał, że pismo Odwołującego z 5 stycznia 2021 r. nie zawierało żadnych konkretnych dowodów, wyliczeń bądź szczegółowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Odwołujący w wyjaśnieniach powołał się na zorganizowanie w swoim przedsiębiorstwie wyspecjalizowanych brygad do obsługi oświetlenia drogowego oraz iluminacji obiektów budowlanych na terenie Wrocławia. Na tą okoliczność Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. Po drugie, zorganizowanie brygad wyspecjalizowanych w eksploatacji oświetlenia drogowego pozostawało bez znaczenia z uwagi na ww. opisane odmienności w eksploatacji takiego oświetlenia w porównaniu z oświetleniem parkowym. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił także jak zorganizowanie wzmiankowanych brygad miałoby pozwalać na obniżenie kosztów realizacji zadania w porównaniu z innymi podmiotami rynkowymi.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie może na etapie odwołania sanować swoich uchybień z etapu oceny ofert. KIO nie bada bowiem samej oferty, ale czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień, a zatem w realiach sprawy badaniu winna podlegać ocena wyjaśnień zawartych tylko i wyłącznie w piśmie Odwołującego z 5 stycznia
2021 r.

Odwołujący dysponował aż tygodniowym terminem na złożenie wyjaśnień, a więc terminem o 2 dni dłuższym niż termin na wniesienie odwołania. Z tego względu w ocenie Zamawiającego Odwołujący miał wystarczającą ilość czasu na rzetelne przygotowanie wyjaśnień.

5 marca 2021 r. Przystępujący w odpowiedzi na odwołania złożył pismo procesowe
i wskazał m. in.:

Zamawiający określił w treści skierowanego do Odwołującego wezwania do wyjaśnień zakres żądanych informacji dotyczących poziomu kosztów przyjętych przez wykonawcę na potrzeby kalkulacji ceny oferty, który powinien zostać objęty wyjaśnieniami. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny i uwzględniać zakres informacji wymaganych w wezwaniu Zamawiającego, ponieważ treść wezwania jest punktem wyjścia dla oceny prawidłowości złożonych wyjaśnień. Odwołujący był też zobowiązany do złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący w odpowiedzi złożył wyjaśnienia obejmujące jedną stronę oraz jako dowody - dwa zestawienia kosztów innych wykonawców złożone w przetargu prowadzonym przez innego zamawiającego na prowadzenie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń oświetlenia drogowego. Odwołujący nie przedstawił szczegółowego uzasadnienia wymienionych w wezwaniu kategorii kosztów, tj. w szczególności kosztów pracy oraz kosztów materiałów i sprzętu koniecznych do należytego wykonania umowy, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, w tym określenie kosztów: koszt materiałów do eksploatacji oraz podlegających wymianie m.in. źródeł światła, układów zapłonowych, oprawek, dławików, kondensatorów, bezpieczników, tabliczek słupowych, koszty transportu materiałów i sprzętu, ani dowodów potwierdzających ich wysokość.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła,
co następuje.
W przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań
o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosownie
do art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) zastosowanie znajdują przepisy ustawy nPzp.
Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy z dn. 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwana dalej nPzp.
Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego. Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KRZ R. Z. z siedzibą w Sokołowicach zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.
Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając,
że nie zasługuje ono na uwzględnienie.
Przedmiotem postępowania jest eksploatacja i konserwacja oświetlenia parkowego i iluminacji obiektów zabytkowych będących w zarządzie Zamawiającego. Zgodnie z punktem 3 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Część III SIWZ), zakres rzeczowy usług objętych przedmiotem zamówienia obejmuje:
Część I: Czynności rozliczane w ramach miesięcznego wynagrodzenia:

a. Obsługa i przeglądy techniczne urządzeń, aparatury zasilającej i zabezpieczającej oraz sterowniczej w szafkach oświetleniowych – 1 raz w miesiącu,
b. Bieżące przeglądy techniczne opraw i wnęk latarni oraz utrzymanie w czystości opraw,
c. Przyjmowanie zgłoszeń o nieprawidłowym działaniu oświetlenia, raportowanie i usuwanie uszkodzeń w terminie 3 dni od dnia zgłoszenia,
d. Kontrola stanu oświetlenia w porze nocnej – 1 raz w miesiącu,
e. Wymiana uszkodzonych elementów: przewodów w słupie, niesprawnych źródeł światła, układów zapłonowych, oprawek, dławików, kondensatorów, bezpieczników, tabliczek i drzwiczek słupowych w terminie 3 dni od zgłoszenia,
f. Powiadomienie Zamawiającego o usunięciu stwierdzonych nieprawidłowości działania oświetlenia w terminie 3 dni od dnia usunięcia,
g. Usuwanie w trybie natychmiastowym zagrożeń bezpieczeństwa zdrowia i życia osób trzecich, w tym użytkowników terenów zieleni, spowodowanych przez urządzenia oświetlenia oraz punktów poboru energii,
h. Przeprowadzenie przeglądów punktów poboru energii elektrycznej – 1 raz w miesiącu,
i. Sprawdzanie punktów poboru energii elektrycznej przed planowanymi imprezami plenerowymi.

Część II: Czynności awaryjne i zdarzenia losowe oraz pomiary elektryczne rozliczane kosztorysem powykonawczym dla

usług:

a. Wymiana na nowe uszkodzonych opraw oświetlenia parkowego, naświetlaczy lub lamp do istniejącej iluminacji, uszkodzonych słupów, naprawa (mufowanie) uszkodzonych kabli zasilających,
b. Wymiana na nowe szaf oświetlenia parkowego wraz z fundamentem oraz punktów poboru energii elektrycznej,
c. Wymiana uszkodzonego osprzętu szaf oświetlenia lub punktów poboru energii w tym np. styczniki, przekaźniki, wyłączniki, zegary sterujące, zabezpieczenia, itp.,
d. Wykonanie pomiarów elektrycznych zgodnie z obowiązującymi przepisami.

W postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. PB PON-D. W. D. z siedzibą w Marcinkowicach, cena: 540 843,51 zł brutto,
2. Odwołujący, cena: 294 678,07 zł brutto,
3. Przystępujący, cena: 394 692,65 zł brutto,
4. ESHA H. S. z siedzibą w Goli, cena: 548 641,50 zł brutto,
5. Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, cena: 534 893,18 zł brutto.

29 grudnia 2020 r. na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do wyjaśnienia ceny złożonej oferty. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że wobec oferty Odwołującego wypełnione zostały przesłanki określone w art. 90 ust. 1a Pzp, tj.:

1. cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp i wynoszącej 548 147,73 zł brutto tj. jest niższa od tej wartości o 46,24 %,
2. cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, wynoszącej 467 020,75 zł brutto, tj. jest niższa od tej wartości o 36,90 %.

Zamawiający poinformował Odwołującego, że zakres wyjaśnień odpowiadać winien dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp. Ponadto Zamawiający wskazał, że oczekuje, by Odwołujący udzielił wyjaśnień ceny w szczególności w zakresie:

a) kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podst. art. 2 ust. 3-5 ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, w tym określenia kosztów:
   - płacy i jej opodatkowania,
   - składek ubezpieczeniowych,
   - i innych kosztów,
b) kosztów materiałów i sprzętu koniecznych do należytego wykonania umowy, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, w tym określenie kosztów:
   - koszt materiałów do eksploatacji oraz podlegających wymianie m.in. źródeł światła, układów zapłonowych, oprawek, dławików, kondensatorów, bezpieczników, tabliczek słupowych,
   - koszty transportu materiałów i sprzętu.

Zamawiający podkreślił, że: „w ramach wyjaśnień związanych z kosztami pracy - chodzi o kwestię kosztów, związaną z zadeklarowaniem w ofercie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę: wszystkie czynności związane z eksploatacją i konserwacja urządzeń oświetlenia parkowego i iluminacji obiektów zabytkowych. Zamawiający przypomina, iż zatrudnienie na umowę o pracę, wpisane w rozdziale SIWZ, dotyczącym przedmiotu zamówienia, jest obligatoryjne i wino być wliczone w wynagrodzenie Wykonawcy".

W ww. wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający czterokrotnie wskazał, że obowiązkiem Odwołującego jest załączenie do wyjaśnień odpowiednich dowodów.

5 stycznia 2021 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu następujące wyjaśnienia:

„ELEKTROTIM S.A. 54-156 Wrocław, ul. Stargardzka 8 odpowiadając na Państwa pismo: (...) wyjaśnia, iż nasza oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Oświadczamy, że:

- w ofercie uwzględniono wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zadania zgodnie z udostępnioną dokumentacją przetargową,
- w ofercie uwzględniono niższe od rynkowych ceny na sprzęt wynikające z posiadania własnego sprzętu niezbędnego do realizacji zadania (podnośniki koszowe, samochody dostawcze i ciężarowe urządzenia do wykonywania przecisków, koparki, stopa wibracyjna),
- do kalkulacji przyjęto wartość roboczogodziny w wysokości 35,00 zł, czyli koszty pracy przewyższają minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z dn. 2017 r, poz. 847),
- w cenach materiałów uwzględniono również uzyskane rabaty i upusty oraz duże doświadczenie brygad roboczych wpływające na zwiększenie wydajności, a które znacząco obniżają koszty realizacji zadania.

Duży wpływ na zaoferowaną cenę - niższą od pozostałych oferentów - miało zorganizowanie w naszej firmie wyspecjalizowanych brygad do obsługi oświetlenia drogowego oraz iluminacji obiektów budowlanych na terenie Wrocławia oraz przyległych gmin w ramach podpisanych i realizowanych kontraktów. Nowa organizacja pracy w połączeniu z wieloletnim doświadczeniem zdobytym przy wcześniejszych i obecnie realizowanych przez naszą firmę prac, będących w zakresie przetargu, pozwoliło na optymalizację kosztów i zaoferowanie Zamawiającemu niższej ceny. Na zaoferowaną cenę wykonania przedmiotu zadania zaważyło również bardzo dobra znajomość oświetlenia parkowego będącego w Zarządzie Zieleni Miejskiej ze względu na jej eksploatację i konserwację w poprzednich latach oraz zrealizowanie budowy nowego oświetlenia będącego obecnie w eksploatacji ZZM (Park Grabiszyński).

Na dowód prawidłowo wyliczonej ceny przedstawiamy w załączeniu zestawienie kosztów zadania złożonych przez Wykonawców w podobnym przetargu nieograniczonym, który odbył się we Wrocławiu w listopadzie 2020r. Był to przetarg organizowany przez Zarząd Dróg

i Utrzymania Miasta we Wrocławia na: Prowadzenie czynności eksploatacyjnych
i konserwacyjnych urządzeń oświetlenia drogowego będącego majątkiem gminy w zarządzie ZDiUM we Wrocławiu, w którym żadna firma nie została wykluczona z powodu rażąco niskiej ceny.
Z załączonych dowodów wynika, że ceny zaoferowanych wówczas cen jednostkowych przez innych Wykonawców były niższe od cen zaoferowanych przez naszą firmę w obecnym przetargu. Potwierdza to fakt, że nasza zaoferowana cena została skalkulowana rzetelnie i jest ceną rynkową.
ELEKTROTIM S.A. oświadcza, że jesteśmy w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie terminowo oraz zgodnie z warunkami umownymi".
5 lutego 2021 r. Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz informację o odrzuceniu oferty Odwołującego na podst. art. 90 ust. 3 Pzp. Jako uzasadnienie dokonanej wobec tej oferty czynności Zamawiający wskazał:
„Zamawiający wezwał Wykonawcę Elektrotim S.A do złożenia wyjaśnień w zakresie obliczenia zaoferowanej ceny oferty, która nosi znamiona rażąco niskiej. Wykonawca przed upływem wyznaczonego terminu złożył wyjaśnienia, bez złożenia jakichkolwiek dowodów dotyczących jego ceny, które jednak nie potwierdziły, że Wykonawca ten za zaoferowaną cenę jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia w sposób rzetelny i zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentacji przetargowej (...). Wykonawca w niniejszej sprawie nie przedstawił żadnych konkretnych, szczegółowych wyjaśnień ani dowodów na poparcie, że zaoferowana cena została prawidłowo wyliczona i nie stanowi rażąco niskiej. Natomiast same przedstawione wyjaśnienia nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego co do rzetelności wyceny a dodatkowo sam Wykonawca w swych wyjaśnieniach podkreślił, że jego wyliczenia były wyliczeniami szacunkowymi. Wobec powyższego Zamawiający uznał złożone wyjaśnienia niewystarczające i potwierdzające, że zaoferowana cena stanowi rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy Pzp".
W ocenie Izby czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego
na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp była prawidłowa.
Podkreślenia wymaga, że wobec ziszczenia się w stosunku do oferty Odwołującego przesłanek określonych w art. 90 ust. 1a Pzp Zamawiający obowiązany był wezwać wykonawcę do wyjaśnienia ceny oferty. Wezwanie to nie miało jednak charakteru blankietowego. Zamawiający określając zakres wymaganych wyjaśnień nie poprzestał
na przytoczeniu dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp, ale wskazał konkretne elementy cenotwórcze oferty, które miały zostać przez Odwołującego wyjaśnione. Ponadto Zamawiający kilkakrotnie podkreślił, że obowiązkiem Odwołującego jest załączenie stosownych dowodów na poparcie prawdziwości wyjaśnień. Złożone w odpowiedzi wyjaśnienia Odwołującego miały charakter ogólnikowy i nie stanowiły choćby próby odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania. Odwołujący zdecydowaną większość z interesujących Zamawiającego kwestii przemilczał.
Dowody załączone do wyjaśnień – dwa dokumenty dotyczące kalkulacji cen ofert innych wykonawców złożonych w innym postępowaniu, prowadzonym przez innego zamawiającego, w świetle treści udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień nie mogły zostać uznane za dowody potwierdzające realność ceny oferty Odwołującego. Sam fakt, iż w treści wyjaśnień znalazły się oświadczenia Odwołującego, o przytoczonej wyżej treści, nie pozwala uznać, że do wyjaśnień załączono wystarczające dowody.
W konsekwencji Izba uznała, że wobec oferty Odwołującego wypełnione zostały przesłanki określone w art. 90 ust. 3 Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień była tak lakoniczna, że w ocenie Izby Odwołujący w ogóle nie złożył wymaganych przez Zamawiającego wyjaśnień. Tym samym obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty Odwołującego. Ustalenie to stanowi dowód na niezasadność wszystkich zarzutów odwołania.
W zakresie dowodów i twierdzeń Odwołującego Izba wskazuje, że próba dowodzenia realności ceny oferty na etapie postępowania odwoławczego jest próbą spóźnioną. Zgodnie
z art. 90 ust. 2 Pzp ciężar dowodu w zakresie wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Powyższe prowadzi do wniosku, że obowiązkiem Odwołującego było udowodnienie realności zaoferowanej ceny Zamawiającemu na etapie składania stosownych wyjaśnień. Z tego względu Izba uznała dowody złożone przez Odwołującego za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia.
Za okoliczność nie mającą znaczenia dla sprawy Izba uznała kwestię różnic w zakresie
obsługi oświetlenia drogowego i oświetlenia parkowego. Z tego względu Izba uznała
za nieprzydatne w sprawie dowody złożone przez Zamawiającego i Przystępującego. Wobec faktu, że Odwołujący nie wypełnił obowiązku złożenia wyjaśnień ceny swojej oferty wszelkie aspekty związane ze sposobem realizacji świadczenia przedmiotu zamówienia są nieistotne wobec przytoczonej wyżej dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp.
Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości
i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

……