

WYROK

Warszawa, dnia 5 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 9 maja 2024 r. przez wykonawcę 1 VOLT Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

B.w dniu 10 maja 2024 r. przez wykonawcę MMT IDEA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie

w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1626/24 - wykonawcy: Zakład Sieci i Zasilania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1653/24 - wykonawcy: Zakład Sieci i Zasilania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

KIO 1626/24

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego 1 VOLT Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego;

2.2. zasądza od 1 VOLT Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

KIO 1653/24

oddala odwołanie;

kosztami postępowania obciąża odwołującego MMT IDEA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego;

2.2. zasądza od MMT IDEA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 1626/24

KIO 1653/24

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. - dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *„Konservacja i utrzymanie w pełnej sprawności sieci trakcyjnej tramwajowej i wyposażenia towarzyszącego na terenie miasta Wrocławia w okresie od dnia 01.05.2024 r. do 30.04.2025 r. z prawem opcji w zakresie przedłużenia terminu realizacji zamówienia”*, nr referencyjny: KU.241/pn32024/AS). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 17 stycznia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 12/2024: 00032609-2024.

W dniu 30 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Sieci i Zasilania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej również: „ZSIZ”).

Wykonawcy 1 VOLT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący 1 VOLT”) i wykonawca MMT Idea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie (dalej: „Odwołujący MMT Idea”) wnieśli odwołania wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, które są prowadzone pod sygn. akt odpowiednio KIO 1626/24 i KIO 1653/24.

KIO 1626/24

Odwołujący 1 VOLT zarzucił Zamawiającego naruszenie przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 4 i 5 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Wykonawcy Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „ZSIZ”), mimo, że nie wykazał on, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, co skutkowało wybraniem tej oferty jako najkorzystniejszej;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy ZSIZ pomimo, iż złożona przez niego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co skutkowało wybraniem tej oferty jako najkorzystniejszej (zarzut ewentualny na wypadek, gdyby organ rozpoznający sprawę uznał zarzut ad. 1 za bezzasadny).

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący 1 VOLT wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zobowiązanie Zamawiającego do jej odrzucenia.

W uzasadnieniu Odwołujący 1 VOLT podniósł w szczególności, że oferta ZSIZ zawierała cenę 3.008.651,64 PLN brutto, a tym samym jest niższa o 36,70% od szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia podstawowego, tj. kwoty 4.753.226,29 PLN brutto. Nadto jest ona niższa od ponad 500 000,00 PLN od ceny kolejnej oferty. Tym samym wbrew treści wezwania Zamawiającego z 7 marca 2024 r., podstawą wystosowania wezwania do ZSIZ art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, a nie tylko art. 224 ust. 1 Pzp. Zamawiający był bowiem zobligowany do jego skierowania do ZSIZ nie tylko dlatego, że powziął wątpliwości co do niektórych pozycji oferty, lecz z uwagi na okoliczność, iż oferta ta jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

W uzasadnieniu pierwszego zarzutu odwołania Odwołujący 1 VOLT wskazał w szczególności, że oferta ZSIZ winna być przez Zamawiającego odrzućona z trzech powodów, tj. wykonawca ZSIZ: w znamienitej części w ogóle nie udzielił wyjaśnień w zakresie kalkulacji swojej oferty; w tej części, w jakiej przedstawił swoje wyjaśnienia, nie sprostął ciężarowi dowodowemu w wykazaniu, że nie zaniżył ceny ofertowej; zaniżył cenę ofertową poniżej rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, dopuszczając się czynu nieuczciwej konkurencji, do czego pośrednio się przyznał w swoim piśmie z dnia 14 marca 2024 r.

Odwołujący stwierdził m.in., że poza pozycjami malowania słupów trakcyjnych (standard) i „cena malowania słupów (antygraffiti) z piaskowaniem 2,5m”, ZSIZ w ogóle nie przedstawił jakichkolwiek kalkulacji, a tylko wykazał jej części składowe, tj. koszty pracy personelu, koszt sprzętu i urządzeń i koszty materiałów podając wyłącznie ich kwoty globalne. Za niemożliwe należy uznać, by Zamawiający miał ocenić, czy miesięczne koszty pracy elektryków nie są rażąco zaniżone wiedząc tylko, że ZSIZ wycenił je na 94.269,20 PLN. Jednym z przykładowych elementów wyjaśnień,

wymienionych w art. 224 ust. 3 Pzp, jest wykazanie, że przyjęta wartość wynagrodzenia nie jest niższa, niż minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalna stawka godzinowa, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207). Wykonawca ZSIZ nie wykazał, skąd wziął kwotę 94,269, 20 PLN netto, jaką stawkę godziny roboczej przyjął, ile roboczogodzin zmierza poświęcać miesięcznie na świadczenie usług. Wyjaśnienia muszą zawierać argumentację przynajmniej w zakresie wyliczenia kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Samo więc zaniechanie tego obowiązku przez ZSIZ automatycznie skutkować powinno odrzuceniem jego oferty przez Zamawiającego. Z niedużo lepszym skutkiem wykonawca ZSIZ wyjaśnia, w jaki sposób skalkulował koszty sprzętu. Co prawda ZSIZ przedstawi flotę pojazdów, których jest właścicielem i wyjaśnił, że posiada w własny warsztat, ale w żaden sposób nie wyjaśnił, w jaki sposób pozwoliło mu to przyjąć, iż koszt użytkowania tego sprzętu wyniesie 9.300,00 PLN netto miesięcznie. Z tego powodu Odwołującemu trudno jest się odnieść do tej kwoty, jednak tytułem przykładu wskazuje, iż podane przez ZSIZ typy i marki samochodów wieżowych dwudrogowych są modelami produkowanymi na początku XXI wieku albo jeszcze w latach 90-tych, więc ich utrzymanie, nawet przy posiadaniu własnego warsztatu, jest bardzo kosztowne. Nadto przyjęty przez ZSIZ koszt jednostkowy 15,00 PLN/ 100 km, abstrahując od okoliczności, iż w wyjaśnieniach ZSIZ nie wskazał, jak ten koszt miał się do podanej przez tego wykonawcę globalnego kosztu sprzętu, jest w tym przypadku absurdalny, bowiem oczywistym jest, że koszt przejazdu 100 km przez podnośnik koszu czy samochód wieżowy dwudrogowy, które nie są pojazdami elektrycznymi, nie zmieści się w kwocie 15,00 PLN, bowiem pojazdy te palą średnio 25 litrów oleju napędowego na 100 km, więc sam koszt paliwa przekroczy tę kwotę 10-krotnie, biorąc pod uwagę bieżące ceny surowca. W zakresie materiałów ZSIZ również nie wskazał, jakie konkretnie produkty będą przez niego zużywane przy wykonywaniu usług, jak też nie podał ich ceny.

Dalej Odwołujący wskazał, że w swoich wyjaśnieniach ZSIZ przedstawił dwa dowody, tj. dwie konkurencyjne oferty dotyczące pozycji „cena malowania słupów trakcyjnych (standard)” i „cena malowania słupów (antygraffiti) z piaskowaniem - 2,5m)” i stwierdził, że w tym zakresie Zamawiający mógł przyjąć, iż wykonawca należycie udowodnił realność oferowanej ceny. Te dwie pozycje stanowią jednak niewielką część składową oferty ZSIZ, a w pozostałym zakresie wykonawca ten ograniczył się do niewiele znaczących oświadczeń. Odwołujący przyznał, że odpowiednia organizacja pracy, posiadanie własnego warsztatu czy farmy fotowoltaicznej mogą dać przewagę konkurencyjną, ale ZSIZ w żaden sposób nie udowodnił, czy rzeczywiście owymi zasobami dysponuje oraz w jaki sposób przyczyniły się one do takiej, a nie innej kalkulacji ceny ofertowej. Tym samym ZSIZ nie wyjaśnił i nie wykazał, by oferowana przez niego cena nie była rażąco zaniżona.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp Odwołujący 1 VOLT wskazał w szczególności, że jednym z przykładów czynów nieuczciwej konkurencji jest tzw. manipulowanie ceną. Wyjaśnienia przedstawione przez ZSIZ były niezwykle ubogie w treść, niemniej już nawet ta ich część, która została przedstawiona ujawnia celowe zaniżanie ceny. Najlepszym tego przykładem tego wykonawcę stawka kosztów eksploatacji pojazdów, która w sposób oczywisty nie oddaje realnych nakładów, które zmuszony będzie ponosić ów podmiot.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska odniesieniu do zarzutu nr 1 Zamawiający stwierdził m.in., że wykonawca ZSIZ udzielił wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty w wyznaczonym terminie wraz z dowodami, które uzasadniają podaną w ofercie cenę. Zamawiający oszacował wartość zamówienia podstawowego w zakresie Konserwacji i utrzymania w pełnej sprawności technicznej sieci trakcyjnej tramwajowej i wyposażenia towarzyszącego na terenie miasta Wrocławia w okresie od dnia 01.05.2024 r. do 30.04.2025 r. na kwotę 4.753.226,29 zł brutto, biorąc również pod uwagę w swoim szacunku nowo wybudowaną sieć trakcyjną, której potencjalna awaryjność jest na niższym poziomie niż awaryjność znacznie starszej sieci trakcyjnej. Oferta Wykonawcy ZSIZ dla zamówienia podstawowego wynosi 3.008.651,64 zł brutto i jest niższa o 20,66 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w postępowaniu. W odniesieniu do uwarunkowań i specyfiki rynku reprezentowanego przez wykonawców składających oferty w postępowaniu przetargowym, oferta najkorzystniejsza nie stanowi oferty z rażąco niską ceną, jednak z uwagi na to, że jest niższa o 36,70 % od wartości zamówienia, ustalonej przed wszczęciem postępowania, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, Zamawiający w dniu 07.03.2024 r. działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny tej oferty. Mimo wskazania przez Zamawiającego, jako podstawy wezwania, jedynie art. 224 ust. 1, Zamawiający w treści wezwania wskazał słownie, że oferta Wykonawcy ZSIZ jest o 36,70 % niższa od wartości zamówienia podstawowego. W wyjaśnieniach wykonawca ZSIZ odniósł się do wątpliwości Zamawiającego sformułowanych w wezwaniu. W toku badania złożonych wyjaśnień, Zamawiający upewnił się, że oferowana cena wykonania usługi jest realna, wiarygodna i gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z zapisami Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) wraz z załącznikami (w tym wzór umowy i opis

przedmiotu zamówienia). Wykonawca wykazał, że jego oferta jest rzetelna, a cena została skalkulowana na podstawie wymiennych elementów. Zamawiający nie dopatrzył się nieuczciwego i nierynkowego zaniżenia ceny ofertowej, czy też błędnej kalkulacji oferty lub innych błędów w przedstawionej wycenie. Zamawiający nie stwierdził niezgodności z przepisami z zakresu prawa pracy, w tym z przepisami dotyczącymi wynagrodzenia. Zamawiający w swoim wezwaniu położył szczególny nacisk na wyjaśnienie sposobu obliczenia ceny w zakresie pozycji określonych w Tabeli - Załącznika nr 2.1. do Formularza ofertowego tj.: 1 - sieć trakcyjna, 3 - Układy ochronne przeciwporażeniowe wiaduktów kolejowych, 5 - Malowanie słupów trakcyjnych (standard), 6 - Malowanie słupów (antygraffiti) z piaskowaniem - 2.5m. Wyjaśnienia w tym zakresie również rozwiały wszelkie wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości realizacji tych czynności za zaoferowaną cenę. W odniesieniu do poz. 1 Zamawiającego ostatecznie przekonała cena jednostkowa, nieodbiegająca od cen pozostałych Wykonawców, która w odniesieniu do nich była jedynie o niecałe 26 % niższa. W odniesieniu do poz. 2 Zamawiającego ostatecznie przekonała cena jednostkowa, nieodbiegająca od ceny Wykonawcy MMT IDEA Sp. z o. o. Sp. k. i jednocześnie znacznie wyższa od ceny oferowanej przez Wykonawcę 1 Volt Sp. z o.o. W odniesieniu do poz. 5 i 6 Zamawiającego ostatecznie przekonały ceny jednostkowe, nieodbiegające od ceny Wykonawcy 1 Volt Sp. z o. o. oraz załączone do wyjaśnień Wykonawcy oferty cenowe, które są niższe niż wycena przedstawiona przez wykonawcę ZSiZ. Zamawiający przy ocenie rażąco niskiej ceny kierował się cenami jakie dał mu rynek w postaci ofert, które pozyskał w prowadzonym postępowaniu. Szacowana wartość zamówienia przez Zamawiającego jest wyższa niż każda oferta złożona w postępowaniu. Zamawiający poinformował, iż względem wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym w odniesieniu do tabeli z prezentowanymi miesięcznymi kosztami Wykonawcy, nie powziął wątpliwości. Wykonawca ZSiZ Sp. z o.o. w wyjaśnieniach wskazał (Dowód ZSiZ Sp. z o.o. - Wyliczenia kosztów zadania w stosunku do prognozowanego przychodu, w skali miesięcznej, Lp.1 tabeli), że ponosi koszty pracy elektromonterów w wysokości 94 269,20 złotych, co w podziale na 6 monterów oraz 3 brygadzystów (9 osób) wynik 10 474,36 złotych. Wskazana kwota nie budzi zastrzeżeń, ponieważ jest to kwota rynkowa. Zamawiający przedstawił dane w zakresie średnich zarobków na wskazanych stanowiskach wraz z podaniem źródeł i stwierdził, że nie miał wątpliwości, które przekładałyby się na bardziej szczegółowe analizy porównawcze względem wcześniejszych deklaracji ZSiZ. Zamawiający podał, że do roku 2020 wykonawca ZSiZ nie miał praktycznie żadnej konkurencji na rynku wrocławskim w zamówieniach dotyczących sieci trakcyjnej. W przeważającej liczbie zamówień ofertę składał tylko ten jeden wykonawca. Na potwierdzenie, Zamawiający udostępnił linki do opublikowanych w DUUE ogłoszeń o udzielenie zamówień dot. konserwacji i utrzymania w pełnej sprawności technicznej sieci trakcyjnej i wyposażenia towarzyszącego na terenie miasta Wrocławia i stwierdził, że brak konkurencyjności na rynku wrocławskim przekładał się na wysokie ceny usług i robót świadczonych przez tego Wykonawcę. Od roku 2021 zauważalne jest znacznie większe zainteresowanie wykonawców ofertowaniem w ogłaszanych przez Zamawiającego postępowaniach. Zamawiający nie miał też zastrzeżeń do kosztów pracodawcy, w tym kosztów wydziałowych (Dowód ZSiZ - Wyliczenia kosztów zadania w stosunku do prognozowanego przychodu, w skali miesięcznej, Lp. 2 tabeli). W opinii Zamawiającego w pozycji tej znajdują się wynagrodzenia innych pracowników niż pracownicy fizyczni. Wykonawca wskazał, że został w wycenie tej uwzględniony jedynie faktycznie poświęcony czas pracy na tym zadaniu. Doliczenie do tej pozycji przez Odwołującego kosztów związanych z pracą brygadzystów stanowi jedynie jego nadinterpretację. Zamawiający zwraca uwagę, że Odwołujący koszty brygadzystów ułożył dwukrotnie w 2 pozycjach przywołanych w wyjaśnieniach przez Wykonawcę ZSiZ, tym samym chcąc na siłę wykazać kwoty wynagrodzeń niższych niż minimalna wartość wynagrodzenia wynikająca z regulacji prawnych. Ponadto wykonawca ZSiZ dysponuje własnymi pracownikami zatrudnianymi na umowy o pracę i tylko w minimalnym stopniu zleca pracę podwykonawcom. Analizując przedstawioną w wyjaśnieniach ceny tabelę wykonawcy (Dowód ZSiZ - Wyliczenia kosztów zadania w stosunku do prognozowanego przychodu, w skali miesięcznej, Lp. 3 tabeli), tj. koszty sprzętu i urządzeń, Zamawiający nie dopatrzył się potrzeby bardziej szczegółowych wyjaśnień, czy dodatkowych dowodów, ponieważ przekonywującymi faktami dla Zamawiającego było m. in.:

- niezbędny sprzęt i urządzenia będące własnością ZSiZ Sp. z o.o. (Dowód – Wykaz sprzętu);
- brak obciążenia wskazanego sprzętu kosztami leasingu, czy kredytu;
- własna baza sprzętowo-magazynowa Wykonawcy zlokalizowana na ul. Tyskiej we Wrocławiu oraz sprzętowo-magazynowa baza w porcie Wrocław (umowa wynajmu), jak również zaplecze sprzętowo-magazynowe na posesji stacji prostowniczej Nabycińska (umowa z MPK Sp. z o.o.);
- własna flota pojazdów elektrycznych Wykonawcy (które są również wymagane przy realizacji zamówienia) oraz farma fotowoltaiczna;
- własny warsztat samochodowy;
- Zamawiający nie powziął też podejrzenia nieprawidłowości w odniesieniu do skalkulowanych przez Wykonawcę ZSiZ Sp. z o.o. kosztów materiałów

(Dowód ZSIZ - Wyliczenia kosztów zadania w stosunku do prognozowanego przychodu, w skali miesięcznej, Lp. 4 tabeli). W efekcie złożonych wyjaśnień przez ZSIZ. Zamawiający nie miał podstaw do uznania rażąco niskiej ceny w ofercie tego Wykonawcy. Odwołujący 1 Volt Sp. z o.o. wskazał jedynie ogólne tezy i okoliczności bez wykazania ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny przez Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o., tj. Wykonawcę wybranego na podstawie najkorzystniejszej oferty. Odwołujący wskazuje, że podniesione przez wybranego Wykonawcę argumenty na uzasadnienie ceny są właściwe dla wszystkich wykonawców. W ocenie Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie wiedzy dostępnej każdemu Wykonawcy – Wykonawca, który składał wyjaśnienia co do rażąco niskiej ceny w taki sposób skonstruował swoją ofertę, do czego był w pełni uprawniony. Natomiast takie stanowisko Odwołującego w żaden sposób nie uzasadnia tezy podniesionej przez Odwołującego, że wybrany Wykonawca nie złożył wiarygodnych wyjaśnień ceny zaproponowanej w swojej ofercie. Pomiędzy oboma twierdzeniami, tj. stwierdzeniu, że oferta jest skonstruowana w oparciu o wiedzę dostępną dla każdego wykonawcy oraz stwierdzeniu, że oferta ma zawierać rażąco niską cenę, nie ma związku ani przyczynowego, ani skutkowego. Przy czym sam Odwołujący przyznał, że odpowiednia organizacja pracy, posiadanie własnego warsztatu czy farmy fotowoltaicznej mogą dać przewagę konkurencyjną. Wykonawca ZSIZ wykazał i udowodnił posiadanie własnej infrastruktury pozwalającej mu na osiąganie oszczędności, czego Zamawiający nie może ignorować, nawet jeżeli Wykonawca ten nie skalkulował i nie przedstawił wartości konkretnych oszczędności to należy przyjąć realnie niższe koszty prowadzenia działalności, co również nie pozostaje bez wpływu na możliwości konkurencyjnego ofertowania takiego Wykonawcy. Na podstawie okoliczności wspólnych, czyli takich samych dla wszystkich wykonawców, czyli w oparciu o wiedzę dostępną każdemu Wykonawcy, każdy z Wykonawców indywidualnie kalkuluje cenę swojej oferty, a zatem tożsame dla wszystkich okoliczności nie przekładają się na jednakową wycenę ofert poszczególnych Wykonawców. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca ZSiZ Sp. z o.o. przedstawił wyjaśnienia, do których zostały załączone dowody w postaci:

- wyliczenie kosztów zadania w stosunku do prognozowanego przychodu, w skali miesięcznej z uwzględnieniem zysku na poziomie ok 10%;
- wyliczenie ceny malowania słupów trakcyjnych (standard);
- wyliczenie ceny malowania słupów trakcyjnych (antygraffiti);
- oferty (w zakresie cen jednostkowych wskazanych przez Zamawiającego z domniemaniem rażąco niskiej ceny);
- własne oświadczenia Wykonawcy w zakresie własnej kadry pracowniczej zatrudnionej w oparciu o Kodeks Pracy (personel zatrudniony na umowy o pracę oraz brak konieczności pozyskania z rynku personelu, czy usług podwykonawców) oraz oszczędności m. in. związanych z organizacją Wykonawcy i funkcjonowaniem Spółki i logistyką Wykonawcy; czy posiadaniem własnych zasobów sprzętowych oraz własnego warsztatu samochodowego, farmy fotowoltaicznej, jak i atrakcyjne ceny materiałów i usług z uwagi na długą historię Spółki Wykonawcy;
- oferty cenowe podwykonawców na malowanie i piaskowanie słupów;
- wykazu posiadanego sprzętu;
- schemat organizacyjny Zakładu;
- wykaz i opis posiadanego doświadczenia, w tym wykaz zadań realizowanych w zakresie konserwacji sieci tramwajowej (nie tylko na terenie miasta Wrocław, ale i Olsztyna).

Powyższe okoliczności, wskazane w złożonych wyjaśnieniach przez ZSIZ, przekładają się na możliwość realizacji przedmiotu zamówienia po konkurencyjnych i preferencyjnych cenach dla Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu drugiego (ewentualnego) Zamawiający podał, że Odwołujący 1 VOLT błędnie zarzuca, że oferta ZSIZ została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. W skalkulowanej ofercie nie ma montażu cenowego – Zamawiający nie przyznawał punktów za wyodrębnione ceny jednostkowe, lecz punktowana była cena zamówienia jako całość. Z tego względu zarzut o montaż finansowy jest chybiony. Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. w sposób niebudzący wątpliwości Zamawiającego, spójny i logiczny wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

KIO 1653/24

Odwołujący MMT Idea zarzucił Zamawiającego naruszenie przepisów:

- 1)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji błędny wybór oferty ZSIZ jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona, a co najmniej wybór ten jest przedwczesny, bowiem Zamawiający nie wyjaśnił wszelkich wątpliwości odnośnie ceny oferty;

- 2)art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ZSIŁ, podczas gdy oferta ZSIŁ winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności z powodu niezłożenia przez wykonawcę ZSIŁ prawidłowych (rzetelnych) wyjaśnień w wyznaczonym terminie oraz z powodu tego, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny ani jej istotnych części składowych;
- 3)(zarzut ewentualny w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 2 powyżej) - art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania ZSIŁ do wyjaśnień uzupełniających, podczas gdy ZSIŁ nie złożył wyjaśnień oraz dowodów, które uzasadniłyby podaną w ofercie cenę;
- 4)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty 1VOLT, podczas gdy oferta 1VOLT winna zostać odrzucona z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia, które nie kwalifikują się do poprawy w trybie poprawy omyłek, a to ze względu na zastosowanie błędnego formularza cenowego, którego nie da się konwalidować na podstawie dostępnych dla Zamawiającego danych (np. jako omyłki) bez prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji z Wykonawcą oraz bez niedopuszczalnej zmiany w treści jego oferty;
- 5)art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty 1VOLT, podczas gdy oferta 1VOLT winna zostać odrzucona z powodu błędów w obliczeniu ceny, które nie kwalifikują się do poprawy w trybie poprawy omyłek, a to ze względu na błędne założenia wykonawcy 1VOLT co do wyceny poparte dodatkowo wyjaśnieniami tego wykonawcy, jak również nieujęcia w pozycji nr 3 formularza cenowego wszystkich wymaganych elementów;
- 6)art. 223 ust. 1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 1, pkt 2, pkt 3 ustawy Pzp, poprzez ich błędne zastosowanie, a w konsekwencji prowadzenie pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą 1VOLT niedopuszczalnych negocjacji dotyczących treści złożonej oferty oraz dokonanie niedopuszczalnych zmian w treści oferty wykonawcy 1VOLT, a to dokonanie przez Zamawiającego poprawy rzekomych „omyłek” w treści oferty wykonawcy 1VOLT, podczas gdy błędy w ofercie 1VOLT nie nadawały się do poprawy w trybie poprawy omyłek, o której mowa w przepisie art. 223 ust. 2 pkt 1, pkt 2, czy pkt 3 ustawy Pzp;
- 7)art. 74 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 73 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego nie zastosowanie, a w konsekwencji bezpodstawne nieudostępnienie Odwołującemu, na złożony przez niego wniosek, załączników do protokołu postępowania, a to wyjaśnień ceny ofertowej (wraz z dowodami) złożonych przez wykonawcę 1VOLT w całości, pomimo faktu, że załączniki te winny być jawne, ze względu na nieskuteczne zastrzeżenie „tajemnicy przedsiębiorstwa” przez wykonawcę 1VOLT oznaczające (zgodnie z orzecznictwem) wyrażenie przez tego wykonawcę zgody na ich ujawnienie, czym Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy PZP);
- 8)art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji utajnienie (nie ujawnienie) oraz nieodtajnienie wyjaśnień ceny ofertowej (wraz z dowodami) złożonych przez wykonawcę 1VOLT, pomimo faktu, że wykonawca 1VOLT nieskutecznie zastrzegł powyższe jako „tajemnicę przedsiębiorstwa”, podczas gdy przepis art. 18 ust. 3 ustawy PZP wymaga wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa czym Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy PZP);
- 9)(zarzut ewentualny w przypadku nieuwzględnienia zarzutów nr 7 i nr 8 powyżej) - art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty 1VOLT, podczas gdy oferta 1VOLT winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności z powodu niezłożenia przez wykonawcę 1VOLT prawidłowych (rzetelnych) wyjaśnień w wyznaczonym terminie oraz z powodu tego, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny ani jej istotnych części składowych;
- 10)(zarzut ewentualny w przypadku nieuwzględnienia zarzutów nr 7, nr 8 i nr 9 powyżej) - art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty 1VOLT, podczas gdy oferta 1VOLT winna zostać odrzucona jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji – a to art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) lub niedopuszczalnej inżynierii cenowej
- 11)(zarzut ewentualny w przypadku nieuwzględnienia zarzutów nr 7, nr 8, nr 9 i nr 10 powyżej) - art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania 1VOLT do wyjaśnień uzupełniających, podczas gdy 1VOLT nie złożył wyjaśnień oraz dowodów, które uzasadniłyby podaną w ofercie cenę

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący MMT Idea wniósł w szczególności o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - 2) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZSIZ;
 - 3) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę 1VOLT;
 - 4) odtajnienia wyjaśnień ceny ofertowej złożonych przez wykonawcę 1VOLT (wraz z dowodami)
 - 5) udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień ceny ofertowej złożonych przez wykonawcę 1VOLT (wraz z dowodami)
- z ostrożności procesowej – na wypadek, gdyby Izba przyjęła, że Zamawiający zobowiązany jest do ponownego wezwania wykonawcy ZSIZ lub wykonawcy 1VOLT do wyjaśnień uzupełniających ceny:
- 6) nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy ZSIZ i/lub wykonawcy 1VOLT do złożenia wyjaśnień uzupełniających ceny ofertowej, w tym jej istotnych części składowych

W uzasadnieniu pierwszego zarzutu Odwołujący MMT Idea podniósł, że wybór jako najkorzystniejszej oferty, która winna podlegać odrzuceniu obarczony jest błędem i wadliwością, co najmniej zaś wybór taki jest przedwczesny (w odniesieniu do zarzutu ewentualnego), bowiem nadal nie są wyjaśnione wszelkie aspekty związane z ceną ofertową wykonawcy ZSIZ.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ZSIZ z uwagi na rażąco niską cenę, Odwołujący MMT Idea wskazał m.in., że 7 marca 2024 roku Zamawiający wezwał ZSIZ do złożenia wyjaśnień ceny wraz z dowodami, które wykazałyby rzetelność ceny ofertowej. Zamawiający wskazał, że jego wątpliwości wzbudza możliwość wykonania zamówienia za cenę podaną w ofercie ZSIZ. Zamawiający wyjaśnił, że szczególne wątpliwości wzbudzają w nim pozycje: 1, 3, 5 i 6 Załącznika nr 2.1 do Formularza Ofertowego. Niemniej jednak Zamawiający – jak się wydaje – zapomniał o pozycji nr 9, która również jest rażąco zaniżona w ofercie ZSIZ i odbiega o ponad 30% na minus od prawidłowo wyszacowanej pozycji. W dniu 14 marca 2024 roku ZSIZ złożył wyjaśnienia ceny, których lektura zdaniem Odwołującego MMT Idea wzbudza wątpliwości co do prawidłowego i rzetelnego wycenienia oferty wykonawcy ZSIZ. Wykonawca ZSIZ wprawdzie przedstawił m.in. tabelę z wskazanymi kwotami, które składają się na koszty miesięczne ZSIZ, jednak nie wyjaśnił w jaki sposób te kwoty zostały wyliczone. Odwołujący odniósł się do poszczególnych treści wyjaśnień i stwierdził, że jedyne co można stwierdzić z tych wyjaśnień, to fakt, że przedstawiono oferty cenowe na malowanie słupów trakcyjnych od potencjalnych podwykonawców wykonawcy ZSIZ, co może być rzeczywiście uznane za udowodnienie rzetelności tych cen. W pozostałym zakresie w ocenie Odwołującego MMT Idea wyjaśnienia ZSIZ są nierzetelne, gołosłowne, niezawierające żadnych dowodów ani żadnych realnych kalkulacji cenowych ze stosownymi wyjaśnieniami, a zatem wyjaśnienia te powinny prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy ZSIZ. Odwołujący MMT Idea podkreślił, że wykonawca ZSIZ nie zaskarżył wezwania do wyjaśnień do KIO, a zatem na wezwanie zobowiązany był odpowiedzieć w pełni zgodnie z jego treścią i zadanymi pytaniami. Jednocześnie, zaznaczając, że czyni to z daleko posuniętej ostrożności procesowej, Odwołujący MMT Idea postawił zarzut ewentualny dotyczący niewezwania wykonawcy ZSIZ do złożenia wyjaśnień uzupełniających stwierdzając, że w takim przypadku dokonany wybór oferty najkorzystniejszej jest przedwczesny.

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących oferty 1 Volt w zakresie naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący MMT Idea wskazał w szczególności, że wykonawca 1 VOLT sporządził swoją ofertę na nieaktualnym wzorze formularza cenowego, który zawierał odmienne pozycje cenowe w stosunku do formularza w wersji obowiązującej, do której dostosowali się pozostali dwaj wykonawcy. Różnica w formularzu cenowym polegała na usunięciu pozycji nr 11:

oraz zmianie w pozycji nr 9 z poprzedniej:

na nową:

W ocenie Odwołującego zastosowanie przez 1 VOLT nieaktualnego formularza cenowego spowodowało, że wykonawca ten nie wycenił pełnego zakresu zamówienia, ponieważ dawna pozycja 11 nie łączy się z nową pozycją 9 poprzez zwyczajne „dodanie” tych dwóch pozycji ze starego formularza cenowego. Powyższe wynika ze zwiększonego zakresu obowiązków i wydłużenia okresu, który ma być wyceniony w ramach pozycji nr 9. Przy braku danych wyjściowych, które mogłyby ewentualnie służyć Zamawiającemu do poprawy omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania jakiegokolwiek poprawy omyłki, bowiem w ofercie 1VOLT omyłki takiej poprawić się nie da. Zamawiający nie posiada również możliwości, aby dopytać wykonawcę jaką cenę powinna mieć nowa pozycja nr 9, bowiem stanowiłoby to niedopuszczalne negocjowanie treści oferty pomiędzy

Zamawiającym, a Wykonawcą. Błędne sporządzenie i przedstawienie oferty przez 1VOLT przejawiające się w sporządzeniu i przedstawieniu formularza cenowego na nieobowiązującym wzorze, spowodowało niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Nowy formularz cenowy odbiega zakresowo i w zakresie podstaw wyceny i jej wpływu na kryterium oceny ofert – niezgodność oferty 1VOLT z warunkami zamówienia jest poważna i nieusuwalna, a skutkować to musi odrzuceniem oferty 1VOLT z postępowania.

W zakresie błędu w obliczeniu ceny Odwołujący MMT Idea podał m.in., że wykonawca 1VOLT nieprawidłowo ustalił przedmiot i zakres oferty, bowiem posługując się nieaktualnym formularzem cenowym nie uwzględnił w pozycji 9 wszystkich obowiązków, które zostały nałożone przez Zamawiającego w aktualnej pozycji 9. Z kolei nawet usunięta pozycja 11 razem ze „starą” pozycją 9 – również nie stanowią pełni obowiązków wynikających z nowej pozycji 9, a co więcej różnią się od niej zarówno sposobem kalkulacji i wyceny (ilość kompletów), jak również wpływem na kryterium oceny ofert (co powoduje, że gdyby 1VOLT prawidłowo rozpoznał przedmiot zamówienia i złożył formularz cenowy prawidłowy, to cena jego oferty byłaby zupełnie inna), oferta ta winna zostać odrzucona z powodu błędu w obliczeniu ceny, bez możliwości jej konwalidowania poprzez poprawę omyłki.

Nadto Odwołujący podniósł, że sposób poprawy omyłek przez Zamawiającego odbiega od tego, który wskazywał 1 VOLT w piśmie z 27 lutego 2024 roku. Wykonawca 1 VOLT nie zanegował w żaden sposób takiego sposobu poprawy. Prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego z 1 VOLT, jak również poprawa oferty 1 VOLT przez Zamawiającego doprowadziły do naruszenia uczciwej konkurencji i naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, jak również do naruszenia zakazu negocjowania treści oferty oraz dokonywania zmian w treści oferty, a jakkolwiek poprawa w ofercie 1 VOLT była niedopuszczalna.

W uzasadnieniu zarzutów naruszenia art. 74 ust 1 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 73 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący MMT Idea wskazał w szczególności, że Zamawiający zobowiązany był do udostępnienia Odwołującemu (na jego wniosek) wyjaśnienia ceny wraz z dowodami, złożone przez 1 VOLT, poza informacjami i treściami, które zostałyby skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z treści pisma Zamawiającego z 30 kwietnia 2024 roku wynika, że Zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa poczynione przez 1 VOLT za skuteczne, w związku z czym nie udostępnił Odwołującemu wnioskowanych przez Odwołującego załączników do protokołu postępowania w całości, ale w formie z zasłoniętą treścią. Tymczasem analiza udostępnionego Odwołującemu dokumentu – „Zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa...” wskazuje, że wykonawca 1VOLT nie udźwignął ciężaru wykazania, że informacje zawarte w treści wyjaśnień i załączników stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co dyskwalifikuje zastrzeżenie oraz nakazuje odtajnienie dokumentów 1VOLT. Oferent 1VOLT nie wykazał m.in., że zastrzeżone informacje mają jakąkolwiek wartość gospodarczą i czym ta wartość miałaby się wyrażać. W treści zastrzeżenia, 1VOLT stwierdza, że w treści wyjaśnień mowa o: sposobie przygotowania oferty, sposobie kalkulacji pozycji kosztorysowych, stosowanych rabatach, terminach płatności których ujawnienie, miałoby wyrządzić 1VOLT (cyt.) „niepowetowaną szkodę”. Zamawiający powinien był więc zweryfikować, czy w wyjaśnieniach rzeczywiście znajdują się takie informacje, a dalej zbadać, czy w wyjaśnieniach zawarte są rzeczywiście formuły kalkulacji (np. w dokumencie EXCEL), które mogłyby być wykorzystane przez inne podmioty na rynku, aby – po wpisaniu odpowiednich cen i kosztów – łatwym sposobem uzyskać finalny efekt w postaci ceny całkowitej oferty. Jeśli którakolwiek z powyższych weryfikacji daje wynik negatywny, wyjaśnienia tym bardziej winny zostać odtajnione, jako nieskutecznie zastrzeżone. Zastrzeżeniu – jako tajemnica przedsiębiorstwa – mogłyby podlegać wyłącznie takie wyjaśnienia (np. w ujęciu tabelarycznym), które byłyby w jakikolwiek sposób unikatowe, niezwykle, dające osobom, które uzyskają do nich wgląd rzeczywiście możliwość ich zastosowania i przeniesienia na potrzeby własnej działalności gospodarczej. W wyjaśnieniach ceny 1VOLT nie ma żadnych takich unikatowych treści, nie ma tabel które dałoby się zastosować w działalności innego podmiotu (obiektywnie nie ma możliwości zastosowania czyjegoś rozbitcia cenowego we własnej działalności gospodarczej, bowiem w rozbitciu tym pokazane są ceny i koszty typowe dla danego wykonawcy, a nie dla wszystkich podmiotów działających na rynku – a zatem nie da się ich po prostu wykorzystać, uzyskując jakąkolwiek korzyść gospodarczą), nie pokazano żadnych szczególnych okoliczności, które są typowe tylko dla wykonawcy 1VOLT, które pozwoliłyby mu obniżyć cenę oferty, a które stanowiłyby tajemnicę przedsiębiorstwa. A zatem jako typowe wyjaśnienia cenowe, zawierające rozbitcie składników cenowych na mniejsze – nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem de facto każde wyjaśnienia cenowe pokazują sytuację finansową wykonawców oraz kształtowanie przez nich cen – a zatem w każdym przypadku wyjaśnienia takie musiałyby być niejawne, podczas gdy taka konstatacja nie wynika z ustawy Pzp, a więc aby wyjaśnienia cenowe stanowiły rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa, winny cechować się nad wyraz dużą oryginalnością, być niespotykane, bezprecedensowe lub dawać się wykorzystać w działalności gospodarczej innych podmiotów.

W uzasadnieniu zarzutu ewentualnego naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 227

ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący MMT Idea wskazał, że nie mając dostępu do treści wyjaśnień ceny oferenta 1VOLT, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, nie mając pewności uwzględnienia przez Izbę zarzutów głównych i nakazania Zamawiającemu odtajnienia tych wyjaśnień, zmuszony jest podnieść zarzuty istnienia w ofercie wykonawcy 1VOLT rażąco niskiej ceny, a przynajmniej rażąco niskich istotnych części składowych ceny, a to pozycji: nr 2 formularza cenowego (załącznika nr 2.1 do Formularza ofertowego) i nr 3 formularza cenowego (załącznika nr 2.1 do Formularza ofertowego), które zostały wycenione przez 1VOLT odpowiedni w wysokości 2 zł 50 zł. Proste porównanie cen trzech złożonych ofert wskazuje zdaniem Odwołującego na to, że ceny 1VOLT są oderwane od rzeczywistości i nie są w żaden sposób możliwe do uzasadnienia.

pozycja nr 2		
1 VOLT	Odwołujący	ZSIZ
2,00 złote	22,63 złotych	20 złotych
pozycja nr 3		
1 VOLT	Odwołujący	ZSIZ
50,00 złotych	390,00 złotych	320 złotych

Powyższe pozycje obejmują wiele obowiązków, przykładowo:

- a) pozycja nr 2 – zgodnie z OPZ, m.in.: przykładowo: zgodnie z pkt.2a należy wykonać pomiar rezystancji izolacji dla każdego kabla trakcyjnego - aby to wykonać potrzebny są przynajmniej 2 osoby oraz wyłączenie napięcia w sieci trakcyjnej. Tych prac nie można wykonać podczas przeglądu, dlatego to jest osobna czynność, którą trzeba wycenić.
- b) pozycja nr 3 – zgodnie z OPZ: przykładowo: zgodnie z ppkt 3.1 lit. d - w cenie tej pozycji należy ująć koszty materiałów, których wartość nie przekracza 200 zł (już tylko z tego postanowienia wynika więc, że cena tej pozycji musi przekraczać 200 złotych). Oprócz tej wartości – należy wycenić również szereg innych czynności (co wymusza wycenę wyższą niż 200 złotych) i nie pozwala na wycenę w wysokości 50 złotych.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego MMT Idea, te dwie pozycje, będące istotnymi częściami składowymi ceny zostały rażąco zaniżone przez 1VOLT. W tym kontekście Odwołujący wskazał dwie ewentualne podstawy odrzucenia oferty 1VOLT z powodu wskazanych wycen:

- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. czynu nieuczciwej konkurencji, który polega na oferowaniu produktów i usług poniżej kosztów ich zakupu i świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców i utrudnienia im dostępu do rynku (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) lub niedozwolonej inżynierii cenowej przejawiającej się w takim żonglowaniu cenami jednostkowymi, aby pewne pozycje rażąco zaniżyć, a inne zawyżyć, aby w ostatecznym rozrachunku cena całościowa oferty wydawała się adekwatna
- art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, tj. błędu w obliczeniu ceny – skoro 1VOLT nie wycenił w pozycji nr 3 kosztów materiałów do wysokości 200 złotych, których wycena była obligatoryjna w tej pozycji, zgodnie z opisem OPZ:

W sytuacji wyceny za 2 złote w pozycji nr 2, w ramach której wymagane jest działanie dwóch osób, to przy przyjęciu do wyliczenia samych tylko minimalnych wynagrodzeń tych osób w wysokości 4300 złotych brutto, przy podzieleniu tego przez średnią liczbę godzin pracy w miesiącu (168 złotych) otrzymuje się wynik 25,60 złotych „na głowę” za godzinę oraz 43 grosze „na głowę” za minutę pracy. Przy dwóch osobach – minuta ich pracy „kosztuje” 1VOLT 86 groszy. W związku z tym cena zaoferowana przez 1VOLT powoduje, że wystarcza ona jedynie na dwie minuty pracy dwóch osób (pozostanie jeszcze 28 groszy „do wykorzystania”). Jako że niemożliwe jest zrealizowanie wszystkich obowiązków opisanych w OPZ w dwie minuty, a do tego dochodzą jeszcze koszty sprzętu, urządzeń, itd. – cena jest ewidentnie zaniżona, a koszty świadczenia usługi przez 1VOLT są ewidentnie wyższe niż wynagrodzenie otrzymywane przez 1VOLT (wynikające z formularza cenowego). Analogicznie w przypadku niewycenienia wymaganych kosztów materiałów (do wysokości 200 złotych) w pozycji nr 3, koszty te będą musiały być pokrywane przez 1VOLT z innych dochodów, co – oprócz tego, że może stanowić niedopuszczalne [i również stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji] subsydiowanie skrośne, to jeszcze potwierdza, że 1VOLT zamierzał świadczyć usługę poniżej kosztów jej świadczenia, a nawet poniżej kosztów zakupu materiałów do jej świadczenia. Powyższe stanowi o istnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233). Spełnione są również pozostałe kryteria tego przepisu, a więc działanie 1VOLT nie tylko utrudnia pozostałym wykonawcom dostęp do rynku (skoro na tej podstawie 1VOLT w sposób niedozwolony zajmuje w rankingu ofert lokatę

wyższą niż Odwołujący), ale zmierza również do wyeliminowania wykonawców z rynku, skoro Zamawiający jest monopolistą w ruchu tramwajowym na terenie Wrocławia, a zamówienie przynajmniej na 1 rok (a najprawdopodobniej – razem z dwoma opcjami – na trzy lata) skutecznie wykluczy wykonawców z rynku. W okresie realizacji zamówienia przez 1VOLT nie byłoby bowiem żadnej możliwości dla innych podmiotów, aby tego rodzaju usługi świadczyć, a zatem nastąpiłaby ich eliminacja z rynku. Niezależnie od powyższego, czynem nieuczciwej konkurencji może być również niedopuszczalna inżynieria cenowa, polegająca na zawyżaniu jednych cen, kosztem drugich – które są sztucznie i nad wyraz zaniżane.

W uzasadnieniu zarzutu ewentualnego naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący MMT Idea wskazał, że analogicznie, jak w przypadku wyjaśnień rażąco niskiej ceny ZSIZ, które również nie były prawidłowe, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, na wypadek gdyby Izba uznała, że wykonawca 1VOLT winien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień uzupełniających, Odwołujący formułuje niniejszy zarzut ewentualny – zaniechania wezwania 1VOLT do złożenia wyjaśnień uzupełniających pomimo faktu, że wyjaśnienia ceny 1VOLT nie są prawidłowe i nie uzasadniają rzetelności wyceny ceny ofertowej, a przynajmniej istotnych jej części składowych w pozycjach nr 2 i nr 3 formularza cenowego, w szczególności nie wyjaśniają, czy wykonawca 1VOLT w pozycji nr 3 wycenił koszt materiałów do wysokości 200 złotych.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska w odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty ZSIZ Zamawiający podał podobnie jak w sprawie KIO 1626/24, w tym m.in., że oferta wybranego Wykonawcy spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SWZ" oraz w ustawie Pzp, jest najkorzystniejsza w oparciu o zastosowane kryteria oceny ofert określone w SWZ oraz nie zawiera rażąco niskiej ceny. W toku badania wyjaśnień, złożonych przez ZSIZ, Zamawiający upewnił się, że oferowana cena wykonania usługi jest realna, wiarygodna i gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ wraz z załącznikami. W swych wyjaśnieniach Wykonawca odniósł się do wątpliwości Zamawiającego sformułowanych w wezwaniu. Wykonawca wykazał, że jego oferta jest rzetelna, a cena została skalkulowana na podstawie wymiernych elementów. Zamawiający nie dopatrył się nieuczciwego i nierynkowego zaniżenia ceny ofertowej, czy też błędnej kalkulacji oferty lub innych błędów w przedstawionej wycenie. Zamawiający w ofercie Wykonawcy nie stwierdził niezgodności z przepisami z zakresu prawa pracy, w tym z przepisami dotyczącymi wynagrodzenia. Zamawiający w wezwaniu położył szczególny nacisk na wyjaśnienie sposobu obliczenia ceny w zakresie pozycji określonych w Tabeli - Załącznika nr 2.1. do Formularza ofertowego tj.: Lp. 1 - sieć trakcyjna, Lp. 3 - Układy ochronne przeciwporażeniowe wiaduktów kolejowych, Lp. 5 - Malowanie słupów trakcyjnych (standard), Lp. 6 - Malowanie słupów (antygrafitti) z piaskowaniem - 2.5m. Wyjaśnienia w tym zakresie również rozwały wszelkie wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości realizacji tych czynności za zaoferowaną cenę. Co więcej, w odniesieniu do Lp. 1, Zamawiający stwierdził, że cena jednostkowa, nie odbiega od cen pozostałych Wykonawców, która w odniesieniu do nich jest jedynie o niecałe 26 % niższa. W odniesieniu do Lp. 3, cena jednostkowa nie odbiega od ceny Wykonawcy MMT Idea i jednocześnie jest znacznie wyższa od ceny oferowanej przez Wykonawcę 1 VOLT. W odniesieniu do Lp. 5 i 6 ceny jednostkowe nie odbiegają od ceny Wykonawcy 1 VOLT. Dodatkowo, załączone do wyjaśnień oferty cenowe są niższe niż wycena przedstawiona przez Wykonawcę ZSIZ. Zestawienie cen ofert w tym zakresie przedstawia się następująco:

Cena jednostkowa dla:	1 VOLT Sp. z o.o.	MMT IDEA Sp. z o.o. Sp.k.	ZSIZ Sp. z o.o.
Lp. 1 - sieć trakcyjna,	0,80	0,81	0,60
Lp. 3 - Układy ochronne przeciwporażeniowe wiaduktów kolejowych,	50,00	390,00	320,00
Lp. 5 - Malowanie słupów trakcyjnych (standard)	500,00	1 280,00	600,00
Lp. 6 - Malowanie słupów (antygrafitti) z piaskowaniem - 2.5m.	1 000,00	1 656,00	1 200,00

Zamawiający stwierdził, że przy ocenie rażąco niskiej ceny zwracał uwagę także na ceny jakie dał mu rynek w postaci ofert, które pozyskał w prowadzonym postępowaniu. Szacowana wartość zamówienia przez Zamawiającego jest wyższa niż cena każdej z ofert złożonych w postępowaniu.

Następnie Zamawiający podał, że względem wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym w odniesieniu do tabeli z prezentowanymi miesięcznymi kosztami Wykonawcy, Zamawiający nie powziął przywołanych przez Odwołującego

wątpliwości. Wykonawca ZSiZw wyjaśnieniach wskazał (Dowód ZSiZ Sp. z o.o. - *Wyliczenia kosztów zadania w stosunku do prognozowanego przychodu, w skali miesięcznej, Lp. 1 tabeli*), że ponosi koszty pracy elektromonterów w wysokości 94 269,20 złotych, co w podziale na 6 monterów oraz 3 brygadzystów (9 osób), jak wskazuje Odwołujący daje wynik 10 474,36 złotych. Wskazana kwota nie budzi zastrzeżeń Zamawiającego, ponieważ jest to kwota rynkowa, co wynika z danych w zakresie średnich zarobków na niniejszych stanowiskach wraz z podaniem źródeł.

Źródło

Źródło: <https://wynagrodzenia.pl/moja-placa/ile-zarabia-elektryk>

Źródło: <https://pl.joble.org/salary/brygadzysta-elektryk>

Źródło: <https://praca.money.pl/wynagrodzenia/s/elektryk/>

Źródło: <https://praca.money.pl/wynagrodzenia/s/elektryk/>

Zamawiający zaznaczył, że nie miał wątpliwości, które przekładałyby się na bardziej szczegółowe analizy porównawcze względem wcześniejszych deklaracji Wykonawcy. Zamawiający zwrócił uwagę, że do roku 2020 Wykonawca ZSiZ nie miał praktycznie żadnej konkurencji na rynku wrocławskim w zamówieniach dotyczących sieci trakcyjnej. W przeważającej liczbie zamówień ofertę składał tylko ten jeden Wykonawca. Dopiero w roku 2020 Zamawiający otrzymał dwie oferty na realizację analogicznego zadania. Brak konkurencyjności na rynku wrocławskim przekładał się na wysokie ceny usług i robót świadczonych przez tego Wykonawcę.

Zamawiający podał, że nie miał też zastrzeżeń do kosztów pracodawcy, w tym kosztów wydziałowych (Dowód ZSiZ - *Wyliczenia kosztów zadania w stosunku do prognozowanego przychodu, w skali miesięcznej, Lp. 2 tabeli*). W opinii Zamawiającego w pozycji tej znajdują się wynagrodzenia innych pracowników niż pracownicy fizyczni. Wykonawca wskazał, że został w wycenie tej uwzględniony jedynie faktycznie poświęcony czas pracy na tym zadaniu. Doliczenie do tej pozycji przez Odwołującego kosztów związanych z pracą brygadzystów stanowi jedynie jego nadinterpretację. Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący koszty brygadzystów ułożył dwukrotnie w 2 pozycjach przywołanych w wyjaśnieniach przez Wykonawcę – ZSiZ Sp. z o.o., tym samym chcąc na siłę wykazać kwoty wynagrodzeń niższych niż minimalna wartość wynagrodzenia wynikająca z regulacji prawnych. Ponadto Wykonawca dysponuje własnymi pracownikami zatrudnianymi na umowy o pracę i tylko w minimalnym stopniu zleca pracę podwykonawcom. Analizując przedstawioną w wyjaśnieniach ceny tabelę Wykonawcy (Dowód ZSiZ Sp. z o.o. - *Wyliczenia kosztów zadania w stosunku do prognozowanego przychodu, w skali miesięcznej, Lp. 3 tabeli*), tj. koszty sprzętu i urządzeń, Zamawiający nie widział potrzeby bardziej szczegółowych wyjaśnień, czy dodatkowych dowodów, ponieważ przekonującymi faktami dla Zamawiającego było m. in.:

- niezbędny sprzęt i urządzenia będące własnością ZSiZ Sp. z o.o. (Dowód – Wykaz sprzętu);
- brak obciążenia wskazanego sprzętu kosztami leasingu, czy kredytu;
- własna baza sprzętowo-magazynowa Wykonawcy zlokalizowana na ul. Tyskiej we Wrocławiu oraz sprzętowo-magazynowa baza w porcie Wrocław (umowa wynajmu), jak również zaplecze sprzętowo-magazynowe na posesji stacji prostowniczej Nabycińska (umowa z MPK Sp. z o.o.);
- własna flota pojazdów elektrycznych Wykonawcy (które są również wymagane przy realizacji zamówienia) oraz farma fotowoltaiczna;
- własny warsztat samochodowy Wykonawcy.

Zamawiający nie powziął też podejrzania istnienia nieprawidłowości w odniesieniu do skalkulowanych przez Wykonawcę ZSiZ kosztów materiałów (Dowód: ZSiZ Sp. z o.o. - *Wyliczenia kosztów zadania w stosunku do prognozowanego przychodu, w skali miesięcznej, Lp. 4 tabeli*). W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca ZSiZ Sp. z o.o. przedstawił wyjaśnienia, do których zostały załączone dowody w postaci:

- wyliczenie kosztów zadania w stosunku do prognozowanego przychodu, w skali miesięcznej z uwzględnieniem zysku na poziomie ok 10%;
- wyliczenie ceny malowania słupów trakcyjnych (standard);
- wyliczenie ceny malowania słupów trakcyjnych (antygraffiti);

- oferty (w zakresie cen jednostkowych wskazanych przez Zamawiającego z domniemaniem rażąco niskiej ceny);
- własne oświadczenia Wykonawcy w zakresie własnej kadry pracowniczej zatrudnionej w oparciu o Kodeks Pracy (personel zatrudniony na umowy o pracę oraz brak konieczności pozyskania z rynku personelu, czy usług podwykonawców) oraz oszczędności m. in. związanych z organizacją Wykonawcy i funkcjonowaniem Spółki i logistyką Wykonawcy; czy posiadaniem własnych zasobów sprzętowych oraz własnego warsztatu samochodowego, farmy fotowoltaicznej, jak i atrakcyjne ceny materiałów i usług z uwagi na długą historię Spółki Wykonawcy;
- oferty cenowe podwykonawców na malowanie i piaskowanie słupów;
- wykazu posiadanego sprzętu;
- schemat organizacyjny Zakładu;
- wykaz i opis posiadanego doświadczenia, w tym wykaz zadań realizowanych w zakresie konserwacji sieci tramwajowej (nie tylko na terenie miasta Wrocław, ale i Olsztyna).

Powyższe okoliczności, wskazane w złożonych wyjaśnieniach przez ZSIZ przekładają się na możliwość realizacji przedmiotu zamówienia po konkurencyjnych i preferencyjnych cenach. Odwołujący MMT Idea w treści odwołania w żaden sposób nie podważał złożonych przez wybranego Wykonawcę wyjaśnień ceny oferty. Poza lakonicznymi i nieprecyzyjnymi argumentami, Odwołujący kwestionował cenę wybranego Wykonawcy z tego względu, że cena oferowana przez tego Wykonawcę w poprzednim postępowaniu była wyższa, podczas gdy również Odwołujący MMT Idea skalkulował cenę swej oferty w tym postępowaniu na poziomie niższym niż oferta Zakładu Sieci i Zasilania Sp. z o. o. w poprzednim postępowaniu. Odwołujący MMT Idea wywodzi swoje zarzuty mimo tego, że obecne postępowanie nie jest prowadzone w realiach lat ubiegłych. Poniesione w zeszłych latach koszty usługi nie mogą być automatycznie przenoszone jako element kalkulacji w przedmiotowym postępowaniu, czy też być bezpośrednim i bezdyskusyjnym odniesieniem bieżących kalkulacji. Prezentowana przez Odwołującego MMT Idea argumentacja nie podważa wyjaśnień wykonawcy ZSIZ. Ocena ceny zaoferowanej przez Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. pod kątem jej rażąco niskiego charakteru została dokonana przez Zamawiającego w oparciu o złożone przez tego Wykonawcę wyjaśnienia, które są adekwatne do oczekiwań Zamawiającego. Wykonawca odpowiedział w pełni na wezwanie Zamawiającego uwzględniając w swej odpowiedzi zakres wskazany przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnienia ceny. Wykonawca udzielił odpowiedzi na wskazane w wezwaniu zagadnienia. Zamawiający upewnił się, że oferowana cena wykonania usługi jest realna, wiarygodna i gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentami zamówienia, więc Zamawiający nie widział potrzeby wezwania ZSIZ do wyjaśnień uzupełniających.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty wykonawcy 1 VOLT Zamawiający stwierdził, że dokonał poprawy omyłki, ponieważ artykuł 223 ust. 2 pkt 3 nakazuje Zamawiającemu poprawę omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Zmiana dokonana przez Zamawiającego nie powodowała istotnej zmiany treści oferty, w tym nie spowodowała żadnych zmian w ogólnej (całościowej) cenie jego oferty. Zamawiający w wierszu 9 Tabeli (która w pierwotnej wersji obejmowała: inwentaryzację konstrukcji wsporczych, sieci trakcyjnej górnej, linii kablowych wraz z wdrożeniem platformy internetowej służącej do prezentacji zebranych danych o infrastrukturze trakcyjnej w systemie gis mającej charakter elektronicznej książki obiektu budowlanego), zsumował kwotę wynagrodzenia netto za okres realizacji umowy w zakresie podstawowym wskazaną przez Wykonawcę (300 000,00 zł) z kwotą wskazaną przez Wykonawcę w wierszu 11 pierwotnej wersji Tabeli (Aktualizacja elektronicznej książki obiektu budowlanego w 2 i 3 roku umowy), tj. 600 000,00 zł. Zamawiający bowiem wskazał w formularzu ofertowym (po wprowadzonych zmianach), że w wierszu 9 Tabeli (tj. w jednej pozycji rozliczeniowej) należy wskazać cenę za inwentaryzację konstrukcji wsporczych, sieci trakcyjnej górnej, linii kablowych wraz z wdrożeniem platformy internetowej służącej do prezentacji zebranych danych o infrastrukturze trakcyjnej w systemie GIS mającej charakter elektronicznej książki obiektu budowlanego wraz z koniecznymi aktualizacjami w okresie trwania umowy. Wprowadzone przez Zamawiającego zmiany połączyły jedynie zakresy wskazane w wierszu 9 i 11 pierwotnej wersji tabeli w jedną pozycję rozliczeniową. Zamawiający nie dodał ani do opisu przedmiotu zamówienia, ani też do formularza ofertowego dodatkowego obowiązku, polegającego na konieczności wykonania aktualizacji inwentaryzacji lub platformy w

okresie obowiązywania umowy i konieczności ich skalkulowania w formularzu ofertowym. Zamawiający wymagał jedynie aktualizacji elektronicznej książki obiektu budowlanego (tak jak było wskazane w pierwotnym formularzu ofertowym i jak zostało wskazane w nowym), która swoim zakresem obejmuje (łączy w sobie) inwentaryzację konstrukcji wsporczych, sieci trakcyjnej górnej, linii kablowych i ma formę platformy internetowej. Cena za dokonanie aktualizacji książki została przez Wykonawcę wskazana, wobec czego Zamawiający miał dane, by poprawy omyłki dokonać i nie prowadził niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą w tym, ani też w żadnym innym zakresie. Poprawa omyłki jest dopuszczalna na podstawie przywołanego wyżej przepisu i nie stanowi zmiany treści SWZ. Natomiast obowiązek odrzucenia przez Zamawiającego oferty ma miejsce tylko wtedy, gdy treść oferty nie będzie podlegała poprawieniu w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający zobowiązany jest przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty do sprawdzenia, czy w okolicznościach danej sprawy nie zaistniały obligatoryjne przesłanki do poprawienia oferty w trybach wskazanych w Pzp. Po analizie, biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności sprawy, Zamawiający bez wątpliwości stwierdził, że niezgodność w ofercie Wykonawcy 1 VOLT ma charakter omyłki (Wykonawca omyłkowo nie użył do wyceny uaktualnionego przez Zamawiającego formularza ofertowego), a jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Sposób, w jaki dokonał poprawy oferty, wynika z innych elementów składających się na tę ofertę. Omyłka taka, nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwe było jej poprawienie, ustawodawca bowiem uzależnił możliwość dokonania poprawienia omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wyłącznie od stopnia istotności zmiany oferty. W wyniku poprawienia przez Zamawiającego na mocy art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oferty, nie doszło do zniekształcenia oświadczenia woli Wykonawcy. Z okoliczności wynika zamiar złożenia przez Wykonawcę 1 VOLT oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Poprawienie omyłki, w sposób dokonany przez Zamawiającego nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty. Wykonawca 1 VOLT nie zaoferował 1 łącznej ceny dla wymaganego systemu i aktualizacji, lecz posłużył się „nieaktualną wersją” formularza oferty, który w swej treści zawierał oddzielne pozycje wyceny dla „Inwentaryzacji konstrukcji wsporczych, sieci trakcyjnej górnej, linii kablowych wraz z wdrożeniem platformy internetowej służącej do prezentacji zebranych danych o infrastrukturze trakcyjnej w systemie gis mającej charakter elektronicznej książki obiektu budowlanego” i aktualizacji tego systemu przed dokonaniem modyfikacji SWZ. Zamawiający dokonał modyfikacji formularza ofertowego bowiem nieprecyzyjnie określił w nim wymagane aktualizacje, które odnosić winny się do systemu mającego charakter elektronicznej książki obiektu budowlanego. Poprawa Zamawiającego oferty Wykonawcy 1 VOLT jest wynikiem matematycznego działania polegającego na zsumowaniu i przypisaniu do zamówienia podstawowego pozycji wskazanych rozdzielnie przez tego Wykonawcę z powodu zastosowania niezaktualizowanego formularza. Korekta oferty dokonana przez Zamawiającego nie ingeruje w oświadczenie woli Wykonawcy 1 VOLT w zakresie oferowanego systemu, zgodnego z wymaganiami Zamawiającego określonymi w treści SWZ. Posłużenie się przez Wykonawcę 1 Volt Sp. z o.o. nieaktualnym formularzem oferty stanowi jego omyłkę przy składaniu oferty. Przyjęcie stanowiska odmiennego, prowadziłoby do wniosku, że Wykonawca ten celowo złożył ofertę, niezgodną z treścią SWZ, co z kolei stoi w sprzeczności z treścią oświadczenia złożonego w ofercie, zgodnie z którym Wykonawca 1 VOLT zobowiązuje się wykonać zamówienie zgodnie z wymogami określonymi w SWZ, a w cenie złożonej oferty uwzględnione zostały wszystkie koszty wykonania przedmiotowego zamówienia; cena uwzględnia wszystkie uwarunkowania oraz czynniki związane z realizacją zamówienia i obejmuje cały zakres rzeczowy zamówienia. Zamawiający miał wiedzę w jaki sposób należy dokonać poprawienia omyłki w treści oferty wyłącznie na podstawie danych z oferty tego Wykonawcy. Poprawienie omyłki nie wymagało od Zamawiającego skomplikowanych zabiegów. Korekta polegająca na poprawie Tabeli w Załączniku nr 2.1 do Formularza ofertowego w związku z złożeniem oferty na formularzu ofertowym, obowiązującym przed dokonaniem modyfikacji przez Zamawiającego, polegającej na konieczności wskazania ceny za inwentaryzację konstrukcji wsporczych, sieci trakcyjnej górnej, linii kablowych wraz z wdrożeniem platformy internetowej służącej do prezentacji zebranych danych o infrastrukturze trakcyjnej w systemie GIS mającej charakter elektronicznej książki obiektu budowlanego wraz z koniecznymi aktualizacjami w okresie trwania umowy w wierszu 9 Tabeli, tj. w jednej pozycji rozliczeniowej. W związku z tym, że zmiana nie powoduje istotnej zmiany treści oferty, Zamawiający w wierszu 9 Tabeli, sumuje kwotę wynagrodzenia netto za okres realizacji umowy w zakresie podstawowym wskazaną przez Wykonawcę (300 000,00 zł) z kwotą wskazaną przez Wykonawcę w wierszu 11 pierwotnej wersji Tabeli (Aktualizacja elektronicznej książki obiektu budowlanego w 2 i 3 roku umowy), tj. 600.000,00 zł. W wyniku sumowania, wynagrodzenie netto za prace wskazane w wierszu 9 wynosi 900.000,00 zł. Dokonana poprawa w ofercie Wykonawcy 1 VOLT nie miała charakteru niedopuszczalnych negocjacji, a zarzuty jakoby Wykonawca 1 VOLT nie wycenił w swej ofercie pełnego zakresu czy obowiązków wynikających z wdrożenia systemu do inwentaryzacji jest za daleko idącą interpretacją, co Zamawiający wykazał powyżej. O nadinterpretacji i niesłuszności zarzutów Odwołującego świadczy również fakt, że Odwołujący, który przedmiotowy zakres wycenił łącznie na kwotę 300.000,00 zł netto (369.000,00 zł brutto) zarzuca brak wyceny pełnego zakresu zamówienia Wykonawcy 1 VOLT, który wycenił wdrożenie i utrzymanie systemu do inwentaryzacji na kwotę 900.000,00 zł netto (1.107.000,00 zł brutto).

W odniesieniu do zarzutów nr 7 i 8 Zamawiający stwierdził w szczególności, że udostępnił Odwołującemu MMT Idea niezwłocznie załączniki do protokołu, które zobowiązany był udostępnić na danym etapie postępowania zgodnie z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W dniu 30.04.2024 r., Zamawiający przekazał Odwołującemu informacje, złożone przez 1 VOLT w zakresie rażąco niskiej ceny, w części nieobjętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Udostępniając załączniki w taki sposób, Zamawiający działał zgodnie z zasadami udzielania zamówień, tj. w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty, a także nie łamiąc zakazu („nie ujawnia się”), który ogranicza zasadę jawności w postępowaniu, wyrażonego w art. 18 ust. 3 Pzp, udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie ma możliwości ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzeże, że informacje te nie mogą być udostępniane oraz wykaże, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z SWZ wykonawca, zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa winien określić w jaki sposób zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 11 pkt. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo, Zamawiający wymagał, aby informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa były zawarte w osobnym, podpisanym podpisem elektronicznym, pliku i by zawierały wyraźne zastrzeżenie (np. w nazwie pliku), że nie mogą być udostępniane. Wykonawca po pierwsze powinien uzasadnić, że przedmiotem zastrzeżonych informacji są informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. W uzasadnieniu zastrzeżenia, 1 VOLT wykazał spełnianie tej przesłanki. Wykonawca wskazał, że zastrzeżone zostały informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (m.in. metodologia kształtowania ceny oraz dane cenotwórcze). Zastrzeżone informacje, zawarte w punktach 1-4 wyjaśnień zawierają dane cenotwórcze, w oparciu o które Wykonawca kalkulował swoją ofertę. Ich pozyskanie przez konkurentów i wykorzystanie, mogłoby spowodować, że wykonawca poniesie szkodę. Wykonawca w swoim uzasadnieniu przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach, który potwierdza, że sposób kalkulacji ceny ofertowej i budowania strategii finansowej stanowią informacje na temat organizacji przedsiębiorstwa. Z kolei "metoda kalkulacji ceny jest efektem doświadczenia danego przedsiębiorcy i zdobytego know-how, przez co informacje te posiadają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy" (wyrok SO w Katowicach z 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Wykonawca wykazał także spełnienie drugiej i trzeciej przesłanki przewidzianej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca wskazał, że informacje przekazane w wyjaśnieniach nie są powszechnie dostępne (są opracowywane i gromadzone osobiście przez Prezesa Zarządu) oraz zastosowane zostały procedury wewnętrzne służące utrzymaniu w tajemnicy tych danych. Wykonawca dołączył do wyjaśnień dokument – politykę bezpieczeństwa informacji, do której ma obowiązek stosować się każdy współpracownik Odwołującego, niezależnie od źródła zatrudnienia. Po dokonaniu analizy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, spełniającego wszystkie przesłanki wyrażone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający nie miał wątpliwości, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą dla 1VOLT i nie mógł podjąć innej decyzji, niż tej o uznaniu zastrzeżenia przekazanych informacji dotyczących wyliczenia ceny ofertowej, jako skutecznego. Co więcej Wykonawca starannie zastrzegł jedynie określone, konkretne informacje, które stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa (przede wszystkim opis oceny wagowej, kalkulacja ceny ofertowej wg oceny wagowej, kalkulacje szczegółowe wg KNR5-09 0805-02 oraz KNNR-W 9 1202-03, atakże oferty handlowe), nie zaś cały dokument. Ponadto zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez 1VOLT dokonane zostało sposób prawidłowy i rzetelny. 1 VOLT przekazał Zamawiającemu 2 dokumenty – wyjaśnienia szczegółowe z pełną treścią oraz wyjaśnienia drugie zakrywające informacje, które rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i które Wykonawca zastrzegł. Wykonawca nie zastrzegł pełnej merytorycznej treści wyjaśnień, co jest w orzecznictwie postrzegane jako negatywne. Nie bez znaczenia jest również fakt, że zastrzeżenie zostało wykonane wedle wyraźnych wymagań Zamawiającego określonych w SWZ. Biorąc pod uwagę wszystkie ww. okoliczności, jak również treść dokumentu zawierającego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę 1 VOLT, który zawierał opisane przesłanki określone w przepisach powszechnie obowiązujących dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający nie mógł postąpić inaczej.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca Zakład Sieci i Zasilania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej Przystępujący) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w postępowaniu w sprawach sygn. akt KIO 1626/24 i KIO 1653/24, stając się uczestnikiem postępowania. W pisemnym stanowisku Przystępujący wniósł o oddalenie obydwu odwołań i przedstawił swoje

stanowisko w odniesieniu do zarzutów dotyczących jego oferty.

Na rozprawie strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz przedstawione dowody, w tym złożone na posiedzeniu przez Odwołującego MMT Idea w postaci: ogłoszenia o zamówieniu z 2020 r., formularza cenowego złożonego przez Przystępującego w 2020 r., zestawienia tabelarycznego cen oraz porównania zakresu zamówienia co do 2020 r., opracowania własnego dotyczącego cen paliw, wydruków ze strony GUS dotyczących inflacji, fragmentu sprawozdania finansowego Przystępującego, wydruku ze strony internetowej wraz z tłumaczeniem na język polski w zakresie oprogramowania posiadanego przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawach KIO 1626/24 i KIO 1653/24, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący 1 VOLT i Odwołujący MMT Idea legitymują się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu zostały złożone oferty przez trzech wykonawców:

- 1) MMT Idea Sp. z o.o. Sp. K. ul. Ks. Młyńskiego 37, 83-110 Tczew
- 2) Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. ul. Tyska 8-10, 52-014 Wrocław
- 3) 1 VOLT Sp. z o.o. ul. Johanna Straussa 40/1, 52-129 Wrocław

W dniu 30 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował Wykonawców, że jako najkorzystniejszą wybrał ofertę Zakładu Sieci i Zasilania Sp. z o.o.

Ad zarzuty odwołań w sprawach KIO 1626/24 i KIO 1653/24 dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ZSIZ

W wezwaniu Zakładu Sieci i Zasilania Sp. z o.o. z 7 marca 2024 r. do wyjaśnień ceny Zamawiający wskazał:

Działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp”), Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Bolesława Prusa 75-79, zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie zamówienia podstawowego.

UZASADNIENIE

Cena ryczałtowa brutto, za wykonanie zamówienia podstawowego w ofercie Wykonawcy wynosi: 3.008.651,64 zł, tym samym jest niższa o 36,70 % od oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia podstawowego tj. kwoty 4.753.226,29 zł brutto. Z uwagi na wskazaną różnicę Zamawiający ma wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności na pozycjach określonych w Tabeli - Załącznika nr 2.1. do Formularza ofertowego tj.: Lp. 1 - sieć trakcyjna, Lp. 3 - Układy ochronne przeciwporażeniowe wiaduktów kolejowych, Lp. 5 - Malowanie słupów trakcyjnych (standard) oraz Lp. 6 - Malowanie słupów (antygrafitti) z piaskowaniem - 2.5m.

W związku z powyższym, Zamawiający, w nawiązaniu do art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, prosi o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny, stanowiącej istotną część składową Państwa oferty, w szczególności w zakresie:

- 1) zarządzania procesem świadczonych usług;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług;
- 3) oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wyjaśnienia wraz z dowodami należy złożyć, do dnia 14.03.2024 r. za pośrednictwem platformy przetargowej lub poczty elektronicznej (adres e-mail: p.).

Oferta Wykonawcy, który nie udzieli wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub złożone wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzą, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca ZSIZ złożył wyjaśnienia ceny oferty w określonym terminie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwolania w sprawach KIO 1626/24 i KIO 1653/24 dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego ZSIZ nie zasługują na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty w nich postawione, w granicach których Izba orzeka.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem za cenę rażąco niską uznaje się cenę, która jest nierealistyczna, nierynkowa, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, cenę wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów jego realizacji. Wystosowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciąża wykonawcę. W związku z tym, odpowiedź wykonawcy na takie wezwanie powinna być rzeczowa, spójna, w pełni uzasadniać podaną w ofercie cenę, wykazywać, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę bez ponoszenia straty na tym zamówieniu.

Rozstrzygając spór co do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, Izba bada czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień ceny. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy. Izba bierze pod uwagę w szczególności przedmiot zamówienia, treść wezwania do wyjaśnień ceny oferty i treść udzielonej przez wykonawcę odpowiedzi, a także treść zarzutów odwołania i sposób ich wykazania. Jakkolwiek bowiem, w przypadku powstania domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy, wykazanie, że cena tej oferty nie ma takiego charakteru i pozwala na należyte wykonanie zamówienia, obciąża wykonawcę wezwanego do wyjaśnień, to jednak wykonawca wnoszący odwołanie nie jest zwolniony z wykazania zasadności podnoszonych zarzutów.

KIO 1626/24

Ad zarzut dotyczący naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 4 i 5 Pzp

Zgodnie z art. 224 ust. 4 Pzp *W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.* Przepis ten referuje do treści wezwania do wyjaśnień ceny oferty.

Stosownie do art. 224 ust. 5 Pzp *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

Nie jest sporne, że wykonawca ZSIZ został wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnień ceny oferty i udzielił na to wezwanie odpowiedzi składając wyjaśnienia wraz ze wskazanymi przez Odwołującego 1 VOLT dowodami.

Zdaniem Odwołującego 1 VOLT wykonawca ZSIT nie wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na powyżej wskazanej podstawie.

Według Zamawiającego natomiast wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ZSIZ uzasadniają zaoferowaną w ofercie cenę i rozwiewają jego wątpliwości co do możliwości należytego wykonania za nią przedmiotu zamówienia.

W sprawie zwraca uwagę, że Odwołujący nie stawia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp, chociaż w uzasadnieniu odwołania za podstawę odrzucenia oferty tego wykonawcy wskazuje brak udzielenia przez ZSIT w znacznej części wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty i stwierdza, że w tej części, w jakiej

je przestawił, nie sprostął ciężarowi dowodu wykazania, że nie zaniżył ceny ofertowej. Według Odwołującego 1 VOLT wykonawca ZSIZ przedstawił niewystarczające informacje, sporządził bowiem niewystarczającą liczbę szczegółowych kalkulacji, a w pozostałym zakresie wskazał jedynie części składowe, tj. koszty pracy personelu, koszty sprzętu i urządzeń, koszty materiałów podając ceny globalne. Nadto załączył tylko dwa dowody, a w pozostałym zakresie ograniczył się do złożenia oświadczeń. Zauważenia również wymaga, że Odwołujący 1 VOLT nie podnosi i nie wykazuje, że za cenę oferty wykonawcy ZSIZ nie jest możliwe należyte wykonanie zamówienia, wskazuje, że wskazane w wyjaśnieniach koszty paliwa są zaniżone, nie podając jednak przy tym m.in. czy, a jeśli tak, to w jakim stopniu stanowią one istotny element składowy ceny oferty i jak podnoszone przez niego ich zaniżenie miałyby się przekładać na cenę całej oferty.

W ocenie Izby mając na uwadze zarzuty odwołania oraz przedstawione powyżej stanowisko Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, a także treść wezwania i wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ZSIZ, których omówienie następuje poniżej w uzasadnieniu w sprawie KIO 1653/24, powyższy zarzut nie potwierdził się. Wykonawcy mają prawo do indywidualnego kalkulowania oferty, z uwzględnieniem przewidzianych dla danego zamówienia wymagań oraz własnych możliwości w tym zakresie. Z analizy treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ZSIZ wynika, że Zamawiający miał podstawy do przyjęcia, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest realistyczna i pozwala na należyte wykonanie za nią przedmiotu zamówienia przy zachowaniu jego opłacalności. Zamawiający dochował staranności przy ocenie otrzymanych od wykonawcy ZSIZ wyjaśnień ceny, słusznie nie dopatrując się, aby wystąpiła podstawa odrzucenia oferty tego wykonawcy wskazana w odwołaniu.

Ad zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp

Art. 226 ust. 1 pkt 7 stanowi: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*

Stosownie do art. 3 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) – dalej: „uznk”: 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. 2. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Dla stwierdzenia ww. podstawy odrzucenia oferty konieczne jest wykazanie przesłanek, o których mowa w ww. art. 3 ust. 1 uznk. Z treści odwołania wynika, że Odwołujący 1 VOLT za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje to, iż wykonawca ZSIT zaniżył koszty eksploatacji pojazdów, czym dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w postaci manipulowania ceną.

W ocenie Izby nie sposób uznać, że nawet gdyby doszło do zaniżenia kosztów eksploatacji pojazdów, przesądzałoby to automatycznie o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk. W sprawie nie zostało wykazane, aby przyjęty przez wykonawcę ZSIZ w kalkulacji ceny oferty koszt paliwa miał istotny wpływ na całkowitą cenę oferty, jak też, aby był elementem manipulacji ceną. Nie zostało także wykazane, aby przyjęty przez wykonawcę ZSIZ w kalkulacji ceny oferty koszt paliwa był elementem manipulacji ceną, tj. np. aby był zabiegiem ukierunkowanym na optymalizację wyceny w celu uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami w przyjętych w SWZ kryteriach oceny ofert, zawyżenia ostatecznego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy lub doprowadzenia do innego, niż określone w dokumentach zamówienia, jego rozliczenia, np. uzyskania wynagrodzenia na wcześniejszym etapie jego realizacji.

W związku z tym zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

KIO 1653/24

Ad zarzut dotyczący naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. *Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

Zdaniem Odwołującego MMT Idea do naruszenia ww. przepisu doszło na skutek zaniechania odrzucenia oferty ZSIZ jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności z powodu

niezłożenia przez tego wykonawcę prawidłowych (rzetelnych) wyjaśnień w wyznaczonym terminie oraz z powodu tego, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny ani jej istotnych części składowych.

W ocenie Zamawiającego natomiast oferta wykonawcy ZSIZ nie zawiera rażąco niskiej ceny, a domniemanie w tym zakresie zostało obalone w złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnieniach.

W tym zakresie w pierwszej kolejności wskazania wymaga, że jak wyżej ustalono, wezwanie do wyjaśnień ceny dotyczyło wyliczenia wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie zamówienia podstawowego i wskazywało pozycje formularza cenowego budzące wątpliwości Zamawiającego.

Analiza treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ZSIZ wskazuje, że wykonawca ten wyjaśnił cenę oferty, wskazał jakie czynniki wpłynęły na to, że mógł ją skalkulować w przyjęty sposób. W szczególności wskazania wymaga, że w wyjaśnieniach ZSIZ podał w układzie tabelarycznym wyliczenie kosztów zadania w stosunku do prognozowanego przychodu w skali miesięcznej, w tym przewidziany zysk.

W pierwszej pozycji zostały wskazane koszty pracy elektromonterów zawierające koszty pracodawcy, koszty wydziałowe firmy ze wskazaniem na to, że pracownicy zatrudnieni są na umowę o pracę. W drugiej pozycji zostały wskazane koszty pracy nadzoru, zawierające koszty pracodawcy, koszty wydziałowe firmy ze wskazaniem, że wykonawca uwzględni faktycznie poświęcony czas pracy na danym zadaniu.

Odwołujący w odwołaniu z jednej strony podnosi m.in., że z tej tabeli nie jest wiadomo ile osób wykonawca ZSIZ planuje skierować do realizacji zamówienia i w związku z tym nie sposób obliczyć, czy podana kwota rzeczywiście obejmuje wynagrodzenia nie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę, nie wiadomo bowiem jakie koszty pracodawcy wykonawca ZSIZ przyjął, a zatem czy oferta jest zgodna z przepisami dot. kosztów pracy oraz czy jest zgodna z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, a jednocześnie podnosi, że: *umknęło uwadze Zamawiającego, jest że w stosunku do poprzednich wyjaśnień ceny składanych przez ZSIZ na zamówienie odnoszące się do konserwacji i utrzymania 20 stacji prostownikowych w roku 2021 (postępowanie numer KU.241/pn6_2021/PC) oferent ZSIZ przyjął koszty pracownicze na poziomie 137 760,00 złotych (co w podziale na 12 monterów dawało wynik w postaci 11 480 złotych na osobę). Tymczasem w roku 2024 (pomimo powszechnych wzrostów płac), wykonawca ZSIZ twierdzi, że ponosi koszty w wysokości zaledwie 94 269,20 złotych, co w podziale na 6 monterów oraz 3 brygadzystów (9 osób) daje wynik 10 474,36 złotych, a zatem niższy niż w 2021 roku; Zamawiający winien był zatem zbadać jakie nadzwyczajne i dostępne temu wykonawcy okoliczności pozwoliły mu na obniżenie kosztów pracowniczych i wynagrodzeń pracowników; skoro okolicznością notoryjną jest wzrost, a nie spadek wynagrodzeń pracowniczych.*

Ze stanowiska Odwołującego wynika zatem, że z jednej strony czyni on zarzut braku możliwości pozyskania z wyjaśnień ZSIZ wiedzy o liczbie osób, których wynagrodzenie zostało uwzględnione w cenie oferty przez tego wykonawcę, a z drugiej wskazuje tę liczbę i z porównania wynagrodzenia z innego postępowania, dotyczącego innego przedmiotu, tj. konserwacji i utrzymania 20 stacji prostownikowych w roku 2021 (podczas gdy obecne postępowanie dotyczy konserwacji i utrzymania w pełnej sprawności technicznej sieci trakcyjnej tramwajowej i wyposażenia towarzyszącego na terenie miasta Wrocławia z prawem opcji), wywodzi konieczność zbadania kwestii kosztów pracowniczych z uwagi na to, że skoro w innym postępowaniu w 2021 r. stawki były wyższe niż obecnie, to zważywszy m.in. na inflację czy wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę, jest to okoliczność wystarczająca do podważenia aktualnie przyjętych stawek.

W ocenie Izby nie sposób się z tym zgodzić. Po pierwsze, Zamawiający określił wymagany potencjał kadrowy. Po drugie, Odwołujący nie podniósł i nie wykazał, że przyjęte przez ZSIZ i wskazane w wyjaśnieniach koszty pracy zostały określone na poziomie, który nie pozwala na przyjęcie, że wykonawca ZSIZ nie zastosował się do wymogów wynikających w tym zakresie z przepisów obowiązującego prawa. Po trzecie, nie można dokonywać porównania stawek przyjętych w odmiennych postępowaniach. Jak wskazał Przystępujący ZSIZ w złożonym w sprawie pisemnym stanowisku i na rozprawie, nie są to porównywalne postępowania, bowiem zarówno przedmiot jak i wymagania Zamawiającego są zupełnie inne. Charakter obsługi sieci trakcyjnej nie ma związku z zakresem prac i obsługą stacji prostownikowych. Nadto jak zauważył Przystępujący, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, w odwołaniu porównuje on kwotę netto wynagrodzeń z konserwacji sieci trakcyjnej z kwotą brutto z postępowania na konserwację stacji prostownikowych. Przystępujący przedstawił na tę okoliczność dowód w postaci wyliczenia ceny oferty ze wskazaniem elementów składowych oraz warunki udziału w postępowaniu na konserwację stacji prostownikowych. Odwołujący na rozprawie nie zaprzeczył, że chodzi o odrębne postępowania, dotyczące innego przedmiotu, a jedynie stwierdził, że użył takiego porównania z uwagi na to, że takimi danymi dysponował. Trudno zatem uznać, że Odwołujący w sposób rzetelny prowadzi swoją argumentację.

W trzeciej pozycji 3 został podany koszt sprzętu i urządzeń, ze wskazaniem, że niezbędny sprzęt i urządzenia do realizacji zadania jest własnością ZSIZ i nie jest obciążony kosztami leasingu oraz kredytu.

Odwołujący w tym zakresie podnosi, że nie jest wiadomo ani jaki sprzęt i urządzenia ma na myśli wykonawca ZSIZ, ani w jaki sposób ustalił kwotę z tego tytułu. Zwraca przy tym uwagę, że Odwołujący nie wykazuje, że zważywszy na specyfikę przedmiotu zamówienia, przyjęta przez ZSIZ kwota jest nierealistyczna. Nie kwestionuje także stanowiska Przystępującego, który w piśmie procesowym stwierdził, że Zamawiający określił wymagany sprzęt i urządzenia. Pomija także, że w dalszej części wyjaśnień wykonawca ZSIZ przedstawił dowód w postaci wykazu sprzętu, wskazując przy tym m.in., że stanowi on jego własność, jest dostępny we Wrocławiu, jest obsługiwany przez własny zespół serwisowy.

W czwartej pozycji zostały podane koszty materiałów, ze wskazaniem postanowień § 4 ust. 9 umowy, gdzie jest wskazanie na udział własny Wykonawcy w kosztach materiałów użytych do naprawy jednostkowej związanej z usunięciem awarii w wysokości 3 000,00 zł netto oraz, że Zamawiający pokrywa koszty materiałów w kwocie stanowiącej nadwyżkę wartości netto materiałów według faktur na kwotę ponad 3 000 zł netto oraz stwierdzeniem, że oszacowana kwota 8 000,00 zł wynika z wieloletniego doświadczenia ZSIZ w prowadzeniu konserwacji sieci.

Ze stanowiska Odwołującego wynika, że również ta pozycja powinna być bardziej szczegółowo opisana, np. nie jest wiadomo, czy przyjęta w kalkulacji kwota, to taka która była wydatkowana przez ZSIZ co miesiąc w ramach poprzedniej realizacji tego zamówienia na rzecz tego samego Zamawiającego, czy wynika z jakiegoś innego doświadczenia ZSIZ. Odwołujący podniósł również, *że dodatkowo okolicznością powszechnie znaną jest powszechny wzrost cen materiałów i inflacja (w stosunku do 2021 roku – o około 25%), co nie znalazło odzwierciedlenia w ofercie ZSIZ, a zatem Zamawiający winien zatem zbadać jaki jest stosunek obecnie deklarowanej wartości materiałów do wartości tychże przewidzianych przez ZSIZ w poprzednich postępowaniach (w poprzednio składanych ofertach), oraz czy wykonawca ZSIZ przewidział i wycenił wzrost cen materiałów na poziomie 25% w stosunku do roku 2021.*

W piśmie procesowym Przystępujący podał, że opierał się na doświadczeniach z poprzedniego zadania, gdzie średnia kwota kosztów materiałowych netto/miesięcznie z 36 miesięcy wynosiła 5 000,00 zł. W sytuacji, gdy zadanie było realizowane na rzecz Zamawiającego, to ta okoliczność mogła nie budzić jego wątpliwości.

Nadto Odwołujący wskazał, że wykonawca ZSIZ w żadnej pozycji nie wskazał jakie będą koszty gospodarowania odpadami, które to koszty są znaczące, ze względu na gospodarowanie odpadami niebezpiecznymi, nie wykazując przy tym, że takie odpady przy tym przedmiocie usług występują i jaki należało w tym zakresie przyjąć koszt. Jak natomiast m.in. stwierdził Przystępujący *w ramach usługi na konserwację sieci trakcyjnej nie występują odpady niebezpieczne. Elementy sieci trakcyjnej tramwajowej wykonane są z materiałów stalowych i nieżelaznych (miedź, mosiądz, ocynk.*

W pozycji numer 5 został określony zysk na poziomie ok. 10% z zaznaczeniem, że został ustalony jako minimalny z uwagi na trudną sytuację gospodarczą związaną z brakiem tego typu zamówień na rynku.

W ocenie Izby pokazuje to, że Wykonawca nie jest nastawiony na maksymalizację zysku, jednak nie zamierza realizować zadania bez jego osiągnięcia.

W pozycji 6 została podana suma kosztów i zysku z comiesięcznej realizacji umowy, zaś w pozycji 7 została podana wysokość przychodów miesięcznie z realizacji umowy z rozbiciem na sieć trakcyjną, linie kablowe i układy ochronne, która jest wyższa, niż kwota z pozycji nr 6, co zdaniem Odwołującego powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Jak natomiast w swoim piśmie podał Przystępujący różnica pomiędzy prognozowanymi przychodami a kosztami pozostaje na ewentualne wahania kosztów.

Odwołujący podniósł również, że ZSIZ w swoich wyjaśnieniach nie odpowiada na pytania Zamawiającego w zakresie pozycji 1 i pozycji 3 Załącznika nr 2.1 Formularza Ofertowego, bowiem twierdzi, że kwoty te są niemożliwe do wydzielenia. Zdaniem Odwołującego, skoro ZSIZ nie składał do Zamawiającego wniosków o zmianę tej treści, nie zaskarżał treści Załącznika nr 2.1 do Formularza Ofertowego i potrafił kwoty te wydzielić i podać ceny jednostkowe za te pozycje, to nie może się tłumaczyć, że kwot tych nie da się wydzielić. W sytuacji, gdy wykonawca ZSIZ nie udziela odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, który wyraźnie wskazuje, że to te pozycje wzbudzają jego wątpliwości, to oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

W tym zakresie wskazania wymaga, że ww. formularz jako elementy infrastruktury tramwajowej podlegające konserwacji wskazuje: „1. Sieć trakcyjna, 2. Linie kablowe trakcyjne zasilające i powrotne – głowice kablowe (końcówki) i wyposażenie towarzyszące, 3. Układy ochronne przeciwporażeń wiaduktów kolejowych”. W dalszej części ww. formularz zawiera tabelę zawierającą w poz. 5 i 6 prace dodatkowe dotyczące malowania słupów, co do których Zamawiający również zgłosił wątpliwości, a wykonawca ZSIZ przedstawił w tym zakresie szczegółowe kalkulacje i dowody w postaci ofert podmiotów trzecich.

Zamawiający w ofercie w odniesieniu do pierwszych trzech ww. pozycji wymagał podania m.in. miesięcznej ceny jednostkowej netto i wynagrodzenia za cały okres realizacji umowy w rozbiciu na te elementy oraz łącznie za wszystkie. W wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający wskazał jako budzące wątpliwości jedynie pozycje 1 i 2.

Zwraca uwagę, że Odwołujący MMT Idea nie podnosi, że łączna cena za konserwację tej infrastruktury jest nierealistyczna, że rozdzielenie przez Zamawiającego w ww. formularzu konserwacji sieci trakcyjnej w odniesieniu do trzech elementów wiąże się z ich odrębnym rozliczaniem w toku realizacji umowy. Jak natomiast wskazał Zamawiający wynagrodzenie jest ryczałtowe, natomiast awarie i ceny materiałów zastosowanych przy ich usuwaniu są rozliczane na podstawie kosztorysów powykonawczych. Przystępujący podał w tym zakresie, że wskazane elementy infrastruktury tramwajowej realizuje tymi samymi brygadami monterów, że dotyczą one jednej usługi konserwacyjnej, objętej jedną umową, że realizuje te prace jako jedno zadanie, do którego są oddelegowani konkretni elektromonterzy (wskazani na etapie postępowania przetargowego).

Ze stanowiska Odwołującego wynika, że pomimo, iż Przystępujący przedstawia wyjaśnienia wyliczenia wynagrodzenia ryczałtowego, do czego był zobowiązany, a nie odnosi się odrębnie do dwóch pozycji, oznacza, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu. Odwołujący MMT Idea podnosi zatem formalny aspekt, pomijając w tym aspekcie całą treść wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę ZSIZ, które odnoszą się także do tych pozycji, w tym złożone dowody w postaci kalkulacji kosztów czy wykazów.

Zauważenia wymaga, że to, iż wykonawcy, którzy na wezwanie zamawiającego składają wyjaśnienia ceny ich ofert są zobowiązani do udzielenia adekwatnych odpowiedzi do treści wezwania, nie oznacza, że oceniając wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ZSIZ Zamawiający powinien, jak tego oczekuje Odwołujący MMT Idea, pominąć całą ich treść. Nie oznacza, że powinien ograniczyć się formalnego aspektu i odrzucić ofertę tego wykonawcy uznając, że podstawę do tego stanowi to, iż wykonawca nie przedstawił szczegółowego rozbicia podanych w ofercie części kosztów, pomijając przy tym, że dotyczą one usług, które z uwagi na to, że są realizowane przez tych samych pracowników, kalkulowane są jako całość wraz z elementem opisanym w poz. 2, co do której Zamawiający nie zgłosił wątpliwości, a kalkulacje zostały przedstawione w wyjaśnieniach. Nie można bowiem zapominać o celu, jakiemu służy procedura wyjaśniania ceny oferty w związku z podejrzeniem istnienia w niej rażąco niskiej ceny, tj. pozyskania od wykonawcy informacji, które pozwolą na ocenę możliwości należytego wykonania przedmiotu zamówienia za określoną w ofercie cenę. Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp nie powinien być wykorzystywany do eliminowania z postępowania oferty wykonawcy, którego wyjaśnienia - jak w analizowanym przypadku, z podanych przez niego powodów, które nie były kwestionowane ani przez Zamawiającego ani Przystępującego - nie zawierały formalnie wyodrębnionej kalkulacji dla dwóch z trzech pozycji traktowanych przy wynagrodzeniu ryczałtowym łącznie, lecz znajdował zastosowanie wówczas, gdy wykonawca zignoruje obowiązek wykazania realności ceny oferty, w związku z czym zamawiający, mimo uruchomienia procedury jej wyjaśnienia, nie uzyska od wykonawcy informacji pozwalających na ocenę możliwości prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia za tę cenę.

Nie można także podzielić dalszych argumentów Odwołującego, z których wynika, że skoro ZSIZ nie podał bardziej szczegółowych wyjaśnień w zakresie informacji przedstawionych w wyjaśnieniach, w tym co do dysponowania własnym laboratorium, czy co do kolejnych tabel zawierających wyliczenia kosztów, to jedynym skutkiem niepodania bardziej szczegółowych informacji jest uznanie, że wykonawca ZSIZ nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego.

Wskazania wymaga, że nie istnieje jeden wzorzec wyjaśnień ceny, jak też, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają katalogu dowodów, którymi wykonawcy mogą potwierdzać swoje twierdzenia. W orzecznictwie ukształtowany jest pogląd, że takim dowodem może być również kalkulacja ceny sporządzona przez Wykonawcę.

Sposób przedstawienia wyjaśnień w zakresie ceny oferty zależy od okoliczności danej sprawy. Wykonawcy korzystają z pewnej swobody pozwalającej im na zawarcie tych treści, jakie mają znaczenie z punktu widzenia celu, jakiemu służy składanie wyjaśnień ceny. Ważne jest, aby w składanych zamawiającemu wyjaśnieniach wykonawca przedstawił informacje na tyle rzeczowe i spójne, aby pozwalały na ocenę w zakresie realności ceny jego oferty, w tym istnienia po jego stronie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł określić cenę za realizację zamówienia jak w ofercie. Wykonawcy kalkulują ceny ofert w sposób indywidualny, w oparciu o dostępne im ceny i właściwe dla nich czynniki, co oznacza, że stawki przyjęte przez poszczególnych wykonawców mogą się różnić, np. wykonawca mający własny sprzęt czy odpowiedni personel będzie miał mniejsze koszty realizacji zamówienia, niż wykonawca, który w celu spełnienia wymogów wskazanych w SWZ będzie zmuszony zakupić np. dodatkowe narzędzia czy sprzęt lub zatrudnić dodatkowy personel.

W ocenie Izby treść wyjaśnień ZSIZ, czytanych jako całość, z uwzględnieniem specyfiki przedmiotu zamówienia, pozwalała Zamawiającemu na ocenę, że są one wystarczające dla obalenia domniemania istnienia w ofercie tego

wykonawcy rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia poza ww. kalkulacjami zawierają także m.in. informacje o źródłach oszczędności, w tym kosztach pracy, związanych z organizacją wykonawcy, funkcjonowaniem spółki, logistyką, wynikających z posiadania własnych zasobów sprzętowych, w tym własnej floty pojazdów elektrycznych wykorzystywanych do realizacji prac kontrolnych i przeglądowych, korzystania z energii pochodzącej z własnej farmy fotowoltaicznej, posiadania własnego warsztatu samochodowego, posiadania baz we Wrocławiu, a więc na terenie świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia. Wyjaśnienia w swojej treści zawierają jako dowody przedstawione w układzie tabelarycznym, m.in. wyliczenia kosztów, wykaz sprzętu, dołączone do nich zostały dwie oferty podmiotów trzecich na malowanie słupów.

Zwraca przy tym uwagę, że jak wyjaśnił Zamawiający wystosował do wykonawcy ZSIZ wezwanie do wyjaśnień ceny z uwagi na wielkość szacunku wartości zamówienia, który został zawyżony w stosunku do cen rynkowych, na co wskazuje to, iż wszystkie ceny ofert złożonych w postępowaniu są niższe niż wynikające z szacowania zamówienia. W sytuacji zatem, gdy wyjaśnienia uzasadniają cenę oferty, Zamawiający nie ma wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę, to nie istnieje podstawa do stwierdzenia naruszenia wskazanych przepisów dotyczących odrzucenia oferty wykonawcy ZSZ z uwagi na rażąco niską cenę.

Ad zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp,

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp: Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zdaniem Odwołującego MMT Idea naruszenie tego przepisu nastąpiło poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ZSIZ do wyjaśnień uzupełniających, podczas gdy ZSIZ nie złożył wyjaśnień oraz dowodów, które uzasadniłyby podaną w ofercie cenę.

Jak zostało to powyżej wskazane, wykonawca ZSIZ złożył wyjaśnienia ceny oferty, które Zamawiający zasadnie uznał za uzasadniające podaną w ofercie cenę. Skoro Zamawiający nie miał dalszych wątpliwości, związanych z treścią otrzymanych wyjaśnień, nie dopuścił się naruszenia ww. przepisu nie występując do wykonawcy ZSIZ o uzupełniające wyjaśnienia.

Ad zarzut dotyczący naruszenia art. 239 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 239 Pzp 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zdaniem Odwołującego MMT Idea naruszenie tego przepisu nastąpiło poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji błędny wybór oferty wykonawcy ZSIZ jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona, a co najmniej wybór ten jest przedwczesny, bowiem Zamawiający nie wyjaśnił wszelkich wątpliwości w zakresie ceny oferty.

Nie zostało podniesione i wykazane, aby Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o inne kryteria, niż określone w SWZ. Zarzut ten jest konsekwencją ww. zarzutów dotyczących oferty wykonawcy ZSIZ, które nie znalazły potwierdzenia. W związku z tym również ten zarzut należy uznać za nieuzasadniony.

Ad zarzuty dotyczące oferty wykonawcy 1 VOLT w sprawie KIO 1653/24

W myśl art. 224 ust. 6 ustawy Pzp: Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;*

Na wstępie wskazania wymaga, że zważywszy na przepis art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, aby odwołanie mogło być uwzględnione przez Izbę, konieczne jest nie tylko stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, lecz także stwierdzenie, że naruszenie to jest tego rodzaju, że miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, rozumianego zgodnie z art. 7 pkt 18 ustawy Pzp, czyli w tym przypadku, jako wybór oferty wykonawcy, z którym zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W okolicznościach analizowanej sprawy oferta Odwołującego MMT Idea znajduje się na trzeciej pozycji w rankingu ofert,

za ofertą ZSIT oraz 1 VOLT. Zarzuty obydwu odwołań dotyczące oferty ZSIT nie znalazły potwierdzenia. W związku z tym nie został podważony wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. W konsekwencji ewentualne potwierdzenie się zarzutów odwołania MMT Idea postawionych wobec oferty wykonawcy 1 VOLT nie miałyby wpływu na wynik postępowania, co oznacza, że odwołanie nie mogłoby być uwzględnione.

Następnie wskazania wymaga, że z uwagi na treść zarzutów odwołania i ich powiązanie z określonymi dokumentami i czynnościami Zamawiającego, uzasadnienie zostaje ujęte w określonych grupach:

I. Zarzuty związane z formularzem cenowym (przedstawione w kolejności przyjętej w odwołaniu)

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*, przy czym przez warunki zamówienia zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp *należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego*.

Na wstępie zauważenia wymaga, że dla wypełnienia się przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w ww. przepisie, konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, czyli co i z jakiego względu jest niezgodne z określonymi, jednoznacznie opisanymi warunkami zamówienia. To zamawiający ustala w SWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który stanowi podstawę oceny zgodności treści oferty, z warunkami zamówienia. Dlatego istotne jest prawidłowe ustalenie treści dokumentacji sporządzonej w postępowaniu, która dla uniknięcia niedozwolonej uznaniowości przy ocenie ofert, powinna być rozumiana w sposób ścisły. Wystąpienie niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia jest podstawą jej odrzucenia wówczas, gdy niezgodność ta ma charakter zasadniczy i nieusuwalny.

Zdaniem Odwołującego MMT Idea naruszenie ww. przepisu nastąpiło poprzez zaniechanie odrzucenia oferty 1 VOLT, podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia, które nie kwalifikują się do poprawy w trybie poprawy omyłek ze względu na zastosowanie błędnego formularza cenowego, którego nie da się konwalidować na podstawie dostępnych dla Zamawiającego danych (np. jako omyłki) bez prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji z Wykonawcą oraz bez niedopuszczalnej zmiany w treści jego oferty.

Według Zamawiającego natomiast zastosowanie przez wykonawcę 1 VOLT nieaktualnego formularza cenowego, w którym była poz. 11, skutkowało tym, iż był zobowiązany do poprawy omyłki, poprzez proste zsumowanie wartości podanej w poz. 11 z wartością podaną w poz. 9, z uwagi na dane zawarte w ofercie bez konieczności występowania o wyjaśnienia do Wykonawcy, a tym bardziej bez jakichkolwiek negocjacji.

W sprawie zwraca uwagę, że nie ma sporu, iż wykonawca 1 VOLT zastosował nieaktualny formularz cenowy, gdzie, jak powyżej zostało przedstawione w odwołaniu MMT Idea, widniała pozycja 11 dotycząca aktualizacji książki obiektu budowlanego, która została następnie usunięta oraz została zmieniona poz. 9, jak też, że Zamawiający na podstawie art. 233 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawił omyłkę w ofercie wykonawcy 1 VOLT w ten sposób, że do poz. 9 w nowym brzmieniu dodał cenę z poz. 11 oferty tego wykonawcy, tj. pozycji która nie istnieje w zmienionym formularzu cenowym.

Spór w tym zakresie dotyczy tego, czy taka poprawa była dozwolona.

W opinii Odwołującego MMT Idea nie była ona uprawniona, bowiem wpłynęła na zakres obowiązków wykonawcy czasu realizacji (2 a nie 3 lata), który miał być skalkulowany.

Zdaniem Zamawiającego natomiast był on obowiązany do dokonania poprawy omyłki bowiem z dokumentów zamówienia, w tym opisu przedmiotu zamówienia wynika, że pozycje 9 i 11 dotyczyły tego samego zakresu i dlatego wprowadził zmianę formularza cenowego, wycenienie miało podlegać utrzymanie systemu, a więc także aktualizacja w całym okresie trwania umowy.

W ocenie Izby nie można podzielić stanowiska Odwołującego MMT Idea.

Jest zrozumiałe, że formularz cenowy odnosi się do przedmiotu zamówienia, a zatem powinien uwzględniać jego wycenę, nie zaś kreować dodatkowy przedmiot.

W związku z tym, skoro Odwołujący MMT Idea:

- podnosił i wykazywał (ww. dowód nr 7), że oprogramowanie posiadane przez Zamawiającego nie korzysta ze wsparcia producenta, a zatem na etapie składania oferty wykonawcy mieli świadomość, że możliwa będzie potrzeba dokonywania jego aktualizacji także w pierwszym roku obowiązywania umowy,
- nie zanegował twierdzenia Zamawiającego, że z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że wykonawca jest obowiązany

przez cały czas obowiązywania umowy do utrzymania systemu, w czym mieści się jego aktualizacja,

-nie ma sporu, że w poz. 9 formularza cenowego Zamawiający użył stwierdzenia „mającej charakter elektronicznej książki obiektu budowlanego” a nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający jako odrębny przedmiot zamówienia ujął aktualizację książki obiektu budowlanego,

należy uznać, że w sprawie nie zostało wykazane, aby we wcześniejszym poz. 11 formularza cenowego chodziło o odrębny przedmiot zamówienia, nie związany z poz. 9 po zmianie.

Tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy uznać za nieuzasadniony.

Także zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 223 ust. 1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 1, pkt 2, pkt 3 ustawy Pzp jest niepotwierdzony.

Zgodnie z art. 223 ustawy Pzp: *1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.*

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

Zdaniem Odwołującego MMT Idea naruszenie ww. przepisów nastąpiło poprzez ich błędne ich zastosowanie, a w konsekwencji prowadzenie pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą 1 VOLT niedopuszczalnych negocjacji dotyczących treści złożonej oferty oraz dokonanie niedopuszczalnych zmian w treści oferty wykonawcy 1 VOLT, tj. dokonanie przez Zamawiającego poprawy omyłek w treści oferty wykonawcy 1 VOLT, podczas gdy błędy w ofercie 1VOLT nie nadawały się do poprawy w trybie poprawy omyłki, o której mowa w przepisie art. 223 ust. 2 pkt 1, pkt 2, czy pkt 3 ustawy Pzp.

Ze stanowiska Zamawiającego wynika natomiast, że użycie przez wykonawcę 1 VOLT nieaktualnego formularza nie oznaczało, iż nie został przez tego wykonawcę wyceniony cały przedmiot zamówienia. Przeciwnie, oferta zawierała taką wycenę, ale w dwóch pozycjach, zamiast w jednej. Stąd konieczność poprawy omyłki w ofercie tego wykonawcy na podstawie art. art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby w okolicznościach analizowanej sprawy Zamawiający miał podstawy do dokonania poprawy omyłki w ofercie wykonawcy 1 VOLT na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nastąpiło to poprzez zsumowanie wartości pozycji 11 (nieaktualnego formularza cenowego) z poz. 9 z uwagi na przedmiot zamówienia, przez co cena oferty nie uległa zmianie.

W sprawie nie zostało wykazane przez Odwołującego MMT Idea, że zmieniając formularz cenowy, Zamawiający dokonał także zmiany przedmiotu zamówienia. Argumentacja Odwołującego opiera się jedynie na literalnych zapisach formularza cenowego, przed i po zmianie, z pominięciem opisu przedmiotu zamówienia, natomiast jak wyżej wskazano, formularz cenowy zarówno przed jak i po zmianie dokonanej przez Zamawiającego, służył do wyceny przedmiotu zamówienia określonego w dokumentach zamówienia, a jego zmiana została dokonana celem usunięcia nieścisłości z tym opisem. Jak wyjaśnił Zamawiający, wprowadzone przez niego zmiany połączyły jedynie zakresy wskazane w poz. 9 i 11 pierwotnej tabeli w jedną pozycję rozliczeniową. Zamawiający nie dodał ani do opisu przedmiotu zamówienia, ani też do formularza ofertowego dodatkowego obowiązku, polegającego na konieczności wykonania aktualizacji inwentaryzacji lub platformy w okresie obowiązywania umowy i konieczności ich skalkulowania w formularzu ofertowym. Zamawiający wymagał jedynie aktualizacji elektronicznej książki obiektu budowlanego, tak jak było wskazane w pierwotnym formularzu ofertowym i jak zostało wskazane w nowym, która swoim zakresem obejmuje inwentaryzację konstrukcji wsporczych, sieci trakcyjnej górnej, linii kablowych i ma formę platformy internetowej. Cena za dokonanie aktualizacji książki została przez Wykonawcę wskazana.

Zamawiający dokonał tej poprawy omyłki samodzielnie, pomijając treść wystąpienia wykonawcy 1 VOLT. Trudno zatem przyjąć, że prowadził negocjacje z tym wykonawcą w tym zakresie. Wykonawca 1 VOLT wyraził zgodę na dokonaną przez Zamawiającego poprawę omyłki.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy 1 VOLT z powodu błędu w obliczeniu ceny, który nie kwalifikuje się do poprawy w trybie poprawy omyłek, bowiem polega na błędnych założeniach wykonawcy 1 VOLT co do wyceny i nieuwzględnienia wszystkich wymaganych elementów.

Jak wyżej zostało wskazane, wykonawca 1 VOLT wycenił cały przedmiot zamówienia. W związku z tym ten zarzut nie jest trafiony.

II. Zarzuty dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy 1 VOLT

W tym zakresie Odwołujący MMT Idea postawił zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów:

-art. 74 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 73 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego nie zastosowanie, a w konsekwencji bezpodstawne nieudostępnienie Odwołującemu, na złożony przez niego wniosek, załączników do protokołu postępowania, a to wyjaśnień ceny ofertowej (wraz z dowodami) złożonych przez wykonawcę 1 VOLT w całości, pomimo faktu, że załączniki te winny być jawne, ze względu na nieskuteczne zastrzeżenie „tajemnicy przedsiębiorstwa” przez wykonawcę 1 VOLT oznaczające (zgodnie z orzecznictwem) wyrażenie przez tego wykonawcę zgody na ich ujawnienie, czym Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp);

-art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji utajnienie (nie ujawnienie) oraz nieodtajnienie wyjaśnień ceny ofertowej (wraz z dowodami) złożonych przez wykonawcę 1 VOLT, pomimo faktu, że wykonawca 1 VOLT nieskutecznie zastrzegł powyższe jako „tajemnicę przedsiębiorstwa”, podczas gdy przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wymaga wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa czym Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania;

Stosownie do art. 73 ust. 1: *Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu postępowania.*

Zgodnie z art. 74 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp: 1. *Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.* 2. *Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem lub zdanie drugie*

Art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp stanowią: 1. *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.* 3. *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r.), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w.*

Zgodnie z art. 11 pkt. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.”.

Na wstępie wskazania wymaga, że w toku badania ofert, zamawiający jest zobowiązany do dokonania analizy czy wykonawca prawidłowo zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca, przekazując zamawiającemu zastrzegane informacje, powinien jednoznacznie wskazać, które informacje utajnia, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wykazać, że zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie jest przy tym wystarczające samo powołanie się na spełnienie tych przesłanek, ale konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w danych okolicznościach i w odniesieniu do przekazywanych informacji. Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien mieć na uwadze zasadę minimalizacji utajnianych danych. O tym czy chodzi o informacje zasługujące na ochronę decyduje ich charakter oraz obiektywna wartość gospodarcza.

Wykonawca 1 VOLT nie zastrzegł całych wyjaśnień, lecz przygotował je w wersji pełnej dla Zamawiającego, celem oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny oraz w wersji w części zakrytej. Wykonawca 1 VOLT jednocześnie zastrzegł wyjaśnienia zawarte w pkt 1-4, zawierające koszty robocizny, koszty sprzętu, koszty robocizny + sprzęt, zysk wykonawcy, jak również wskazane załączniki do wyjaśnień.

W zastrzeżeniu informacji, wykonawca 1 VOLT wskazał m.in., że dane zawarte w pkt 1 – 4 ujawniają przyjętą przez niego metodę kalkulacji ceny, jak też konkretne dane cenotwórcze, w oparciu, o które opracował ofertę, które posiadają wartość gospodarczą i kwalifikują się w świetle przywołanego orzecznictwa do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Podobnie zastrzeżone załączniki do wyjaśnień, zawierające albo oferty świadczenia części usług albo inne dane cenotwórcze. Wykonawca 1 VOLT przedstawił także przyjęty sposób chronienia przez niego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jak wynika z przedstawionej powyżej w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający dokonał oceny zastrzeżenia przez wykonawcę 1 VOLT tajemnicy przedsiębiorstwa co do części wyjaśnień ceny i uzasadnił swoje stanowisko. Izba w wyniku analizy zastrzeżenia tego wykonawcy oraz - wobec powyżej przedstawionego uzasadnienia zarzutów odwołania - także treści wyjaśnień ceny tego wykonawcy, nie dopatrzyła się istotnych nieprawidłowości w dokonanej przez Zamawiającego ocenie skutkujących w okolicznościach analizowanej sprawy nakazaniem odtajnienia pełnej treści wyjaśnień.

Wskazania również wymaga, że wyjaśnienia ceny zostały złożone na potrzeby tego postępowania i pozostają w związku z jego przedmiotem, natomiast z uwagi na to, że nie potwierdziły się zarzuty odwołania dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę ZSIZ, cel ich ujawnienia w tym postępowaniu odpadł, tj. dalsza weryfikacja przez Odwołującego MMT Idea, którego oferta znajduje się na dalszej pozycji w rankingu ofert, czynności Zamawiającego polegającej na ocenie tych wyjaśnień. Zwraca przy tym uwagę, że Odwołujący MMT Idea postawił zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy 1 VOLT w oparciu o posiadane dokumenty, których omówienie zostaje przedstawione poniżej.

Pozostałe zarzuty

Mając na uwadze zarzuty ewentualne, tj.

- naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty 1 VOLT, podczas gdy powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności z powodu niezłożenia przez wykonawcę 1 VOLT prawidłowych (rzetelnych) wyjaśnień w wyznaczonym terminie oraz z powodu tego, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny ani jej istotnych części składowych,
- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty 1 VOLT, podczas gdy oferta 1VOLT winna zostać odrzucona jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji – a to art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) lub niedopuszczalnej inżynierii cenowej
- art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania 1VOLT do wyjaśnień uzupełniających, podczas gdy 1VOLT nie złożył wyjaśnień oraz dowodów, które uzasadniłyby podaną w ofercie cenę

naależy w pierwszej kolejności wskazać, że analiza treści złożonych przez wykonawcę 1 VOLT wyjaśnień, potwierdza prawidłowość oceny dokonanej przez Zamawiającego, przedstawionej powyżej w odpowiedzi na odwołanie. Wyjaśnienia ceny złożone przez wykonawcę 1 VOLT mogą być bowiem uznane za obalające domniemanie rażąco niskiej ceny jego oferty. Nie sposób zatem uznać, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

Zauważenia wymaga, że Odwołujący MMT Idea wskazuje na dwie, jego zdaniem, zaniżone pozycje w relacji to analogicznych pozycji pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty ZSIZ, tj. poz. 2 i 3 formularza cenowego nie wykazując przy tym ich wpływu na całość ceny oferty. Używa wprawdzie sformułowania „istotne części składowe ceny” jednak nie wykazuje przy tym, że oferta wykonawcy 1 VOLT zawiera cenę nierealistyczną, która nie pozwala na wykonanie zamówienia bez straty na nim. Odwołujący MMT Idea kwestionuje dwie z trzech pozycji dla usług konserwacji, wskazując z formularza cenowego wykonawcy 1 VOLT jedynie na ceny jednostkowe netto, pomijając przy tym ilość sztuk (odpowiednio: 818 dla poz. 2 oraz 14 dla poz. 3), a w konsekwencji pomijając wynagrodzenie miesięczne netto (odpowiednio: 1 636,00 zł i 700 zł). Nadto pomija, że łączna wartość usług konserwacji z poz. 1-3 w zakresie podstawowym wynosi 2 636 561,09 zł brutto, z czego usługi z poz. 2 przedstawiają wartość 24 147,36 zł brutto, zaś z poz. 3 – 10 332,00 zł brutto, natomiast cena oferty wynosi 4 313 923,31 zł brutto. Pomija także, że usługi te rozliczane są

ryczałtowo.

Nie sposób zatem uznać, że zostało wykazane, iż cena oferty wykonawcy 1 VOLT z uwagi na wskazane przez Odwołującego MMT Idea dwie ww. pozycje zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Nie można także podzielić stanowiska Odwołującego, że złożenie oferty przez wykonawcę 1 VOLT stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący MMT Idea nie wykazał bowiem ww. przesłanek, o których mowa w ww. art. 3 ust. 1 uznk.

Z treści odwołania wynika, że Odwołujący za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje to, iż wykonawca 1 VOLT zaniżył jedne koszty a zawyżył inne koszty, aby pewne pozycje rażąco zaniżyć, a inne zawyżyć, aby w ostatecznym rozrachunku cena całościowa oferty wydawała się adekwatna.

Jak wyżej zostało podane, pozycje 2 i 3 odnoszą się do wyceny usług konserwacji w odniesieniu do dwóch z trzech elementów infrastruktury, rozliczanych ryczałtowo. W sytuacji, gdy Odwołujący MMT Idea nie wykazuje, że suma tych trzech pozycji nie pozwala na należyte wykonanie zamówienia, a nawet nie wykazuje, że nie pozwala ona na należyte wykonanie usług konserwacji (suma poz. 1-3), nie wykazuje, że są realizowane przez innych pracowników i odrębnie rozliczane, że ewentualne przesunięcia pomiędzy tym pozycjami mają w okolicznościach sprawy znaczenie, tj. np. za niektóre następuje wcześniejsza zapłata, to w sytuacji, gdy chodzi o ryczałtowo wypłacane wynagrodzenie, trudno uznać, że wystąpiła zarzucana przez Odwołującego MMT Idea niedozwolona inżynieria cenowa. np. aby ceny tych pozycji były zabiegiem ukierunkowanym na optymalizację wyceny w celu uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami w przyjętych w SWZ kryteriach oceny ofert, zawyżenia ostatecznego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy lub doprowadzenia do innego, niż określone w dokumentach zamówienia, jego rozliczenia, np. uzyskania wynagrodzenia na wcześniejszym etapie jego realizacji.

Powyższe odnosi się również do kwestii podnoszonego przez Odwołującego MMT Idea braku wyceny w poz. 3 oferty wykonawcy 1 VOLT materiałów „do wysokości 200 zł”, co oznacza zdaniem Odwołującego także błąd w obliczeniu ceny, bowiem nie został wyceniony przez wykonawcę 1 VOLT cały przedmiot zamówienia. Tymczasem, jak sam Odwołujący MMT Idea zauważa, materiały miały być wycenione do wysokości 200 zł, a zatem jest to górna a nie dolna granica kosztu w tym zakresie. W sytuacji wskazywanego przez Odwołującego jednostkowego kosztu w wysokości 50 zł netto, jak również przedstawionego przez Zamawiającego sposobu rozliczania awarii, trudno zatem stwierdzić, jak to czyni Odwołujący, że wykonawca 1 VOLT nie wycenił całego przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby trudno też uznać, aby zostało wykazane, że wykonawca 1 VOLT utrudnia pozostałym wykonawcom dostęp do rynku wywodzony z tego, że oferta tego wykonawcy, zdaniem Odwołującego MMT Idea, zajmuje w sposób niedozwolony drugą pozycję w rankingu ofert oraz to, że działanie 1 VOLT zmierza do wyeliminowania wykonawców z rynku, co jest wywodzone z tego, że Zamawiający jest monopolistą na rynku tramwajowym na terenie Wrocławia, a zamówienie jest udzielane przynajmniej na rok.

Ocena oferty tego została dokonana przez Zamawiającego z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert. Nie zostało wykazane, aby oferta ta podlegała odrzuceniu ze wskazanych przez Odwołującego MMT Idea przyczyn. Okoliczność, że na terenie Wrocławia tylko Zamawiający przeprowadza postępowania na analogiczny przedmiot zamówienia nie oznacza, że złożenie oferty przez wykonawcę 1 VOLT miało na celu wyeliminowanie innych wykonawców z rynku. Wykonawcy działający w danej branży, mogą na równych zasadach składać oferty i rywalizować, zgodnie z obowiązującymi przepisami, z innymi wykonawcami o pozyskanie zamówienia, które winno być realizowane przez okres wskazany w dokumentach zamówienia. Jest to naturalnym elementem prowadzonej przez przedsiębiorców działalności gospodarczej. To, iż na danym terenie jest tylko jeden zamawiający mogący udzielić danego zamówienia tego nie zmienia.

Nie potwierdził się także zarzut dotyczący zaniechania wystąpienia w uzupełniające wyjaśnienia. Skoro dokonana przez Zamawiającego ocena treści złożonych przez wykonawcę 1 VOLT wyjaśnień ceny była prawidłowa i wynika z niej, że wykonawca ten obalił domniemanie istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny, a Zamawiający nie ma dalszych wątpliwości, to nie sposób dopatrzeć się naruszenia przez niego przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o*

kosztach postępowania odwoławczego. Izba oddaliła odwołania w sprawach KIO 1626/24 i KIO 1653/24. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponoszą Odwołujący 1 VOLT i MMT Idea.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: