Sygn. akt: KIO 2656/23 KIO 2661/23

WYROK
z dnia 28 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Matecka
Ernest Klauziński
Agnieszka Trojanowska

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2023 r. przez:
A.wykonawcę Elpator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zaczerniu (sygn. akt KIO 2656/23)
B.wykonawcę Eltel Networks Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Gutkowie (sygn. akt KIO 2661/23)
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie
przy udziale wykonawcy Enprom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2656/23 oraz sygn. akt KIO 2661/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

I.KIO 2656/23

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego Elpator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zaczerniu 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od odwołującego Elpator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zaczerniu na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego;

2.3.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego wykonawcy Elpator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zaczerniu kwoty 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej ponad wymagany wpis od odwołania.

II.KIO 2661/23

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego Eltel Networks Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Gutkowie 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od odwołującego Eltel Networks Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Gutkowie na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego;

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca: ……..

……

……

Sygn. akt:KIO 2656/23

KIO 2661/23

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

Zamawiający Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Świadczenie usług eksploatacyjnych na liniach elektroenergetycznych NN należących do PSE S.A. na obszarze ZKO Katowice, ZKO Poznań i ZKO Bydgoszcz w latach 2024 – 2025 z prawem opcji dot. przedłużenia umowy o dodatkowy 1 rok tj. na 2026 rok" (dalej „Postępowanie"). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 czerwca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 105-327114.

KIO 2656/23

I. W dniu 11 września 2023 r. wykonawca Elpator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zaczerniu (dalej: „Odwołujący Elpator") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej w Pakiecie Katowice (dot. ZKO w Katowicach – ZES:Bujaków, Byczyna, Dobrzeń, Joachimów, Łagisza, Skawina, Wielopole) oferty wykonawcy Enprom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Wykonawca Enprom"), pomimo że:

1)nie została w sposób prawidłowy zabezpieczona wadium od momentu upływu terminu składania ofert - Wadium wniesione przez Wykonawcę Enprom w formie gwarancji bankowej nr GWAR/2023/07/17/1 z dnia 17 lipca 2023 r. na kwotę wadium - 900.000,00 PLN zabezpiecza bliżej niedookreśloną „Ofertę", którą miał zamiar złożyć ENPROM Sp. z o.o. w tymże postępowaniu oraz nie uwzględnia specyfiki tego Zamówienia, które zostało podzielone na trzy części z możliwością składania ofert częściowych na: Pakiet Katowice, Pakiet Poznań, Pakiet Bydgoszcz w ramach jednego postepowania;
2)zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - Wykonawca Enprom w odpowiedzi na precyzyjne wezwanie Zamawiającego (pismo 0779-DL-SP.230.24.2023.13 z dnia 21 lipca 2023 r.) o wyjaśnienie konkretnych elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w Pakiecie Katowice, nie wykazał rzeczywistości oraz realności zaoferowanej ceny w Postępowaniu.

Odwołujący Elpator zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), dalej jako „ustawa Pzp":

1)art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp;
2)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący Elpator wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

–unieważnienia czynności wyboru oferty częściowej Wykonawcy Enprom jako najkorzystniejszej dla Pakietu – Katowice oraz odrzucenia tej oferty, a następnie
–powtórzenia czynności oceny i badania ofert złożonych na Pakiet - Katowice oraz dokonania powtórnego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając pierwszy z ww. zarzutów Odwołujący Elpator wskazał m.in., że w sytuacji, w której zamówienie zostało podzielone na części z treści gwarancji wadialnej składanej przez wykonawcę w odniesieniu do kilku części zamówienia powinna jasno wynikać wartość wadium przyporządkowana każdej z tych części. Wymogu tego nie spełnia gwarancja bankowa złożona przez Wykonawcę Enprom, gdyż została w niej wskazana kwota 900.000,00 PLN bez rozbicia na poszczególne części zamówienia. Ponadto, zakres odpowiedzialności gwaranta odnosi się do bliżej nieokreślonej „Oferty", którą Wykonawca Enprom ma zamiar złożyć w tym postępowaniu.

Uzasadniając drugi z ww. zarzutów Odwołujący Elpator stwierdził m.in., że Wykonawca Enprom w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył ogólne i gołosłowne wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny i tym samym nie wywiązał się z obowiązku wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Odwołujący Elpator wskazał, że Wykonawca Enprom udzielając wyjaśnień nie przedstawił żadnych konkretnych informacji ani dowodów. Zauważył, że zasadniczą kategorię kosztów w tym zamówieniu stanowią koszty osobowe i w związku z tym w szczególności w tym zakresie winny zostać przedstawione szczegółowe wyjaśnienia i wyliczenia. Natomiast na podstawie wyjaśnień Wykonawcy Enprom nie można ustalić chociażby ogólnego poziomu wynagrodzenia kluczowego personelu lub kosztów roboczodnia osób przewidzianych do realizacji zamówienia.

II. Pismem wniesionym w dniu 21 września 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie.Zamawiający uznał

zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

W odniesieniu do pierwszego z zarzutów odwołania Zamawiający wskazał m.in., że zarówno w ustawie Pzp, jak i w SWZ, brak jest przepisów lub postanowień wymagających, aby w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej określona była część lub części zamówienia, w których wykonawcy składają ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w których ich oferta ma być zabezpieczona wadialnie. Również w treści wzoru gwarancji, w oparciu o który Zamawiający zalecał sporządzenie gwarancji wadialnej, brak jest tego rodzaju wymagań. Wymaganie dotyczące określenia pakietu (części) zamówienia, w związku z którymi wykonawca składa wadium – zgodnie z treścią rozdz. XII pkt 6 SWZ – dotyczyło wyłącznie przypadków, w których wadia wnoszone były w gotówce. W przypadku gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej istotnym jest tylko to, czy gwarancja pozwala na żądanie zapłaty kwoty równej co najmniej wartości wszystkich kwot wadium dla części, w których wykonawca złożył ofertę.

W odniesieniu do drugiego z zarzutów odwołania Zamawiający wskazał m.in. na istotną – w jego ocenie – okoliczność, tj. że same oferty wykonawców złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia przedstawiały szczegółowe kalkulacje cenowe (Tabele cenowe) odnoszące się z osobna do każdego elementu (pozycji) zamówienia rozliczanego w oparciu o ceny ofertowe (cenniki składane wraz z ofertą zgodnie z Tabelą cenową, której wzór stanowi załącznik nr 10B do SWZ). Co więcej, § 8 OPZ szczegółowo przypisuje określone prace jakie uwzględnione muszą być w poszczególnych pozycjach wspomnianej Tabeli cenowej. Ponadto, Zamawiający udziela analogicznych zamówień dla każdego z 5 ZKO z osobna (w ramach przedmiotowego zamówienia dla 3 z nich w podziale na części), a dla każdego z tych zamówień stosuje takie same lub bardzo zbliżone zasady rozliczeń, Tabele cenowe, uwzględniające zbliżone lub identyczne pozycje. W związku z tym, konstruując wezwanie w zakresie ceny oferty nie wymagał złożenia szczegółowych kalkulacji cenowych (dysponując już nimi), a oczekiwany zakres wyjaśnień określił przez odwołanie się do treści przepisu art. 223 ustawy Pzp i wymagania złożenia wyjaśnień w podstawowych kwestiach dotyczących ceny oferty.

W dniu 26 września 2023 r. Zamawiający złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci tabeli porównawczej cen jednostkowych obowiązujących w ramach sześciu umów zawartych dla różnych ZKO (ZKO Warszawa, ZKO Radom, ZKO Katowice, ZKO Poznań, ZKO Bydgoszcz) wraz z cennikami a także umowami (ZKO Katowice, ZKO Radom).

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Wykonawca Enprom. Stanowisko w sprawie Wykonawca Enprom przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 21 września 2023 r. (wraz z załączonymi dowodami). Wykonawca Enprom uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

W odniesieniu do pierwszego z zarzutów odwołania Wykonawca Enprom wskazał m.in., że złożył gwarancję zgodnie ze wzorem załączonym do SWZ. Stwierdził, że przypisywanie kwot wadium poszczególnym pakietom jest zbędne, jeżeli wykonawca składa ofertę na wszystkie pakiety, tj. na całe zamówienie. Zakres odpowiedzialności gwaranta jest jednoznaczny – obejmuje 900 000,00 zł i dotyczy całego zamówienia (wszystkich trzech pakietów). Tym samym realizacja gwarancji nie wiąże się z żadnymi trudnościami: żądanie do kwoty 900 000,00 zł, dotyczące tego zamówienia, zostanie zrealizowane przez gwaranta.

W odniesieniu do drugiego z zarzutów odwołania Wykonawca Enprom wskazał m.in., że wpływ na średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert dla Pakietu Katowice ma fakt złożenia przez jednego z wykonawców (Elektrotim S.A.) oferty przekraczającej wartość zamówienia oszacowaną przez Zamawiającego. Zauważył, że w wyjaśnieniach powołał się na realizację umów wymagających utrzymania w gotowości brygad interwencyjnych w pobliżu terenu realizacji zamówienia. Dowody na potwierdzenie powyższego załączył do wyjaśnień. Podkreślił, że zrealizował na rzecz Zamawiającego dwie umowy (prace zostały zakończone w czerwcu br.), których przedmiotem było świadczenie usług eksploatacyjnych na liniowych obiektach elektroenergetycznych PSE S.A. (umowy z 15 lipca 2019 r. dotyczące Pakietu Warszawa oraz Pakietu Radom). Realizacja w większości tożsamych usług na podstawie umów z 15 lipca 2019 r. pozwoliła mu na weryfikację uprzednio zaoferowanych cen i odpowiednią ich modyfikację w Postępowaniu, przy uwzględnieniu dodatkowych czynników jak koszt materiałów, na który wpływ miała korzystna cenowo oferta od wieloletniego dostawcy oraz fakt posiadania na stanie magazynowym niewykorzystanych materiałów z realizacji innych zamówień. Wykonawca Enprom wskazał również na okoliczność posiadania biur w kilku miejscach w Polce, m.in. w Krzeszowicach i Katowicach oraz posiadania na stanie (jako zasób własny) sprzętu koniecznego do wykonania zamówienia. Dodał, że ceny tego sprzętu w większości nie przekraczają 10 000,00 zł – w związku z tym sprzęt ten został zamortyzowany jednorazowo, a jedyny koszt ponoszony przez niego w tym zakresie to koszt tzw. wzorcowania (kalibracji). Ponadto, Wykonawca Enprom przedstawił szczegółowe wyjaśnienia w odniesieniu do najistotniejszych pozycji cenowych.

KIO 2661/23

I. W dniu 11 września 2023 r. wykonawca Eltel Networks Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Gutkowie (dalej: „Odwołujący Eltel") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Enprom dla Pakietu Poznań oraz wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej dla Pakietu Poznań.

Odwołujący Eltel zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8) i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Enprom z Postępowania, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a złożone w dniu 27 lipca 2023 r. wyjaśnienia w trybie art. 224 ustawy Pzp nie uzasadniały podanej w ofercie ceny;
2. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Enprom, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a Wykonawca Enprom nie złożył wyjaśnień z zachowaniem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego;
3. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy Enprom, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a złożone w dniu 27 lipca 2023 r. wyjaśnienia w trybie art. 224 ustawy Pzp nie uzasadniały podanej w ofercie ceny;
4. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady równego traktowania oraz niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Enprom w sytuacji, gdy oferta ta winna podlegać odrzuceniu na podstawie przepisów art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący Eltel wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Enprom dla Pakietu Poznań,
- odrzucenia oferty Wykonawcy Enprom dla Pakietu Poznań,
- dokonania ponownej oceny i wyboru ofert dla Pakietu Poznań.

Ponadto, Odwołujący Eltel wniósł o:

a) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu energetyki ze specjalizacją kosztorysowanie i rozliczanie prac - celem ustalenia zastosowania przez Wykonawcę Enprom w ofercie rażąco niskiej ceny, w tym przyjęcia przez Wykonawcę Enprom rażąco niskich wartości istotnych elementów składowych ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie Pakietu Poznań objętego Postępowaniem,

b) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków:

- B. S. (wezwanie na adres Odwołującego) - celem wykazania zastosowania przez Wykonawcę Enprom w ofercie rażąco niskiej ceny, w tym przyjęcia przez Wykonawcę Enprom rażąco niskich wartości istotnych elementów składowych ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie Pakietu Poznań objętego Postępowaniem,
- T. K. (wezwanie na adres Odwołującego) - celem wykazania zastosowania przez Wykonawcę Enprom w ofercie rażąco niskiej ceny, w tym przyjęcia przez Wykonawcę Enprom rażąco niskich wartości istotnych elementów składowych ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie Pakietu Poznań objętego Postępowaniem.

c) przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów załączonych do odwołania:

- potwierdzenie uiszczenia Wpisu z dnia 11 września 2023 r. - celem wykazania następujących faktów: uiszczenia Wpisu od Odwołania w wymaganej wysokości i terminie;
- potwierdzenie przekazania Zamawiającemu kopii Odwołania, Wiadomość e-mail Odwołującego z dnia 11 września 2023 r - celem wykazania następujących faktów: przesłania Zamawiającemu kopii odwołania w terminie na wniesienie Odwołania;
- ogłoszenie o postępowaniu z dnia 2 czerwca 2023 r., Specyfikacja Warunków Zamówienia, pismo Zamawiającego z dnia 20 czerwca 2023 r., nr 0634-DL-SP.230.24.2023.3, z dnia 22 czerwca 2023 r., nr 0643 - DL-SP.230.24.2023.5, z dnia 27 czerwca 2023 r., nr 0658-DL-SP.230.24.2023.6, z dnia 29 czerwca 2023 r., nr 0682-DL- SP.230.24.2023.7 oraz z dnia 11 lipca 2023 r., nr 0723-DL-SPl230.24.2023.10 - celem wykazania następujących faktów: treści dokumentów, przedmiotu i zakresu zamówienia, wyjaśnień Zamawiającego w przedmiocie zamówienia;
- oferta Odwołującego z dnia 19 lipca 2023 r. wraz z załącznikami - celem wykazania następujących faktów: treści dokumentów, kalkulacji oferty przez Odwołującego;

–pismo Zamawiającego z dnia 20 lipca 2023 r., nr 0774 - DL-SP.230.24.2023.11, pismo Zamawiającego z dnia 21 lipca 2023 r., nr 0779-DU-SP.230.24.2023.13 - celem wykazania następujących faktów: treści dokumentów;

–pismo Wykonawcy Enprom z dnia 27 lipca 2023 r. zawierające wyjaśnienie ceny - celem wykazania następujących faktów: argumentacji przedstawionej przez Wykonawcę Enprom w zakresie rażąco niskiej ceny, treści dokumentu, w tym daty jego sporządzenia oraz opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

–pismo Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2023 r., nr 0877-DL-SP.230.24.2023.19 – celem wykazania następujących faktów: treści dokumentu, wyboru oferty najkorzystniejszej;

–informacja z otwarcia ofert - celem wykazania następujących faktów: wartości poszczególnych ofert złożonych na realizację Pakietu Poznań;

–tabela zawierająca zestawienie cen jednostkowych z ofert złożonych w ramach przetargu na Zamówienie dla Pakietu Poznań - celem wykazania następujących faktów: cen jednostkowych działań objętych Ofertami składanymi na realizację Pakietu Poznań, różnic w cenach jednostkowych wskazanych przez poszczególnych oferentów;

–faktura VAT nr FKO/162/23 z dnia 28 lutego 2023 r. - celem wykazania następujących faktów: cen jednostkowych dla poszczególnych działań objętych Ofertami składanymi na realizację Pakietu Poznań, różnic w cenach jednostkowych wskazanych przez poszczególnych oferentów;

–faktura VAT nr FS 22/01/P/0003 z dnia 11 stycznia 2022 r. - celem wykazania następujących faktów: kosztu materiałów i ich transportu do wykonania znaków żeglugi wodnej, zaniżonej wyceny prac w tym zakresie przez Wykonawcę Enprom;

–faktura VAT nr FKO/427/23 i faktura VAT nr 299/07/23 - celem wykazania następujących faktów: koszt zakupów łańcuchów izolatorowych ŁPA, ŁP2 220 kV;

–analiza porównawcza wynagrodzenia alpinistów w Polsce w latach 2020-2021 r. - celem wykazania następujących faktów: kosztów roboczogodziny alpinistów, zaniżonej wyceny prac w tym zakresie przez Wykonawcę Enprom;

–dodatkowe informacje i objaśnienia do sprawozdania finansowego Wykonawcy Enprom za okres 1.01.2022 - 31.12.2022 r. - celem wykazania następujących faktów: wyników finansowych netto spółek powiązanych z ENPROM sp. z o.o. za rok 2022 r.;

–raport Polskiej Wywiadowni Gospodarczej sp. z o. o. dot. spółki ENPROM sp. z o.o. - celem wykazania następujących faktów: dotacji pozyskanych w latach 2019 -2021 r. przez ENPROM sp. z o.o.;

–dodatkowe informacje i objaśnienia do sprawozdania finansowego za okres 1.01.2022 r. - 31.12.2022 r. - celem wykazania następujących faktów: liczby zatrudnionych przez ENPROM sp. z o.o. pracowników fizycznych w 2022 r.;

–Pismo Zamawiającego nr 0779-DL-SP.230.24.2023.13 z dnia 21 lipca 2023 r., Pismo Wykonawcy Enprom z dnia 27 lipca 2023 r. – celem wykazania następujących faktów: daty złożenia pism przez Zamawiającego i Wykonawcę Enprom, terminu wyznaczonego Wykonawcy Enprom na złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, niezłożenia przez Wykonawcę Enprom wyjaśnień rażąco niskiej ceny w terminie, konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy Enprom.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący Eltel stwierdził m.in., że w jego ocenie Wykonawca Enprom nie przedstawił wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny wystarczających na gruncie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. W zakresie kosztów pracy Wykonawca Enprom nie przedstawił żadnych konkretnych wyjaśnień ani dowodów - poprzestał jedynie na lakonicznym wyjaśnieniu, iż wartość kosztów przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 z późn. zm.). Wyjaśnienia te pomijają w zupełności kwestię, iż usługi których świadczenia dotyczy przetarg świadczone są przez wysoko kwalifikowanych pracowników, których rynkowe pensje są znacząco wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego w drodze przepisów powszechnie obwiązujących. Także wskazane w pkt IV pisma Wykonawcy Enprom wyjaśnienie, iż „na wysokość zaoferowanej ceny wpływa fakt, iż Wykonawca posiada wieloletnie doświadczenie w realizacji zamówień o bardzo podobnym lub tożsamym zakresie rzeczowym, przede wszystkim na rzecz Zamawiającego, ale także na rzecz innych podmiotów, w tym operatorów systemów dystrybucyjnych" tak naprawdę w żaden sposób nie wyjaśnia rażąco niskiej ceny przyjętej przez Wykonawcę Enprom. W dalszej kolejności Odwołujący Eltel odniósł się do poszczególnych pozycji cenowych oferty Wykonawcy Enprom, które w jego ocenie budzą uzasadnione wątpliwości co do ich rynkowego i realnego charakteru (poz. 1 – 3, 4, 5, 7, 11, 13, 15 – 20, 21, 23, 25, 31, 32 oraz 33). Odwołujący Eltel zwrócił uwagę, że Wykonawca Enprom

dla prac, które mogą być wykonywane w 2026 r. w ramach Pakietu Poznań w ramach prawa opcji założył takie same stawki jednostkowe jak dla prac w latach 2024-2025 r. dla Pakietu Poznań. Z racjonalnego punktu widzenia jest to nieuzasadnione, gdyż w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, Wykonawca Enprom będzie wówczas realizować prace w 2026 roku po stawkach wskazanych przez siebie w ramach wyceny prac objętych prawem opcji, które przyjął na takim samym poziomie jak dla prac realizowanych w 2024 r. Zważywszy na wciąż utrzymującą się wysoka inflację i wzrosty cen działanie takie jest nieracjonalne. Odwołujący Eltel stwierdził, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zakładaną przez Wykonawcę Enprom cenę bez jednoczesnych strat i konieczności finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Natomiast większość spółek powiązanych z Wykonawcą Enprom (spółki, w których jednostka posiada udziały/akcje) ma w ostatnich latach ujemne wyniki finansowe. Z kolei sam Wykonawca Enprom pozyskuje liczne wielomilionowe dotacje. Zdaniem Odwołującego Eltel wykonanie przez Wykonawcę Enprom prac objętych zamówieniem nie jest możliwe bez ponoszenia straty oraz jednoczesnego poszukiwania finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł, jak np. pozyskiwane dotacje. Odwołujący Eltel wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 21 lipca 2023 r. wezwał Wykonawcę Enprom do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w ramach Pakietu Katowice, Pakietu Poznań i Pakietu Bydgoszcz oraz w stosunku do średniej z ofert złożonych w ramach Pakietu Katowice i Pakietu Poznań, określając termin na złożenie wyjaśnień do dnia 26 lipca 2023 r. do godziny 23.55 za pośrednictwem Platformy Zakupowej. Odpowiedź Wykonawcy Enprom na wezwanie z dnia 21 lipca 2023 r. została sporządzona w dniu 27 lipca 2023 r., zaś podpis elektroniczny naniesiony na ww. dokument oznaczony jest datą 27 lipca 2023 r. godz. 10.58.

Na rozprawie Odwołujący Eltel wycofał wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków B. S. oraz T. K. oraz złożył wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka S. I. – na te same okoliczności, co w przypadku uprzednio wnioskowanych świadków. Ponadto, na rozprawie Odwołujący Eltel złożył dodatkowe dowody w sprawie.

II. Pismem wniesionym w dniu 21 września 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający wyjaśnił, że wobec pierwotnego wyznaczenia Wykonawcy Enprom terminu do złożenia wyjaśnień ceny oferty na dzień 26 lipca 2023 r. (do godz. 23:55), Zamawiający przed upływem tego terminu, zmienił go na dzień 28 lipca 2023 r. na godz. 12:00. Złożenie więc przez Wykonawcę Enprom wyjaśnień w dniu 27 lipca 2023 r. (o godz. 11:24), stanowiło zadośćuczynienie wyznaczonemu terminowi.

Zamawiający zauważył, że same oferty wykonawców złożone w Postępowaniu przedstawiały szczegółowe kalkulacje cenowe (Tabele cenowe) odnoszące się z osobna do każdego elementu (pozycji) zamówienia rozliczanego w oparciu o ceny ofertowe (cenniki składane wraz z ofertą zgodnie z Tabelą cenową, której wzór stanowi załącznik nr 10B do SWZ). Co więcej, § 8 OPZ, szczegółowo przypisuje określone prace do poszczególnych pozycji wspomnianej Tabeli cenowej. Ponadto, Zamawiający udziela analogicznych zamówień dla każdego z 5 ZKO z osobna (w ramach przedmiotowego zamówienia dla 3 z nich w podziale na części), a dla każdego z tych zamówień stosuje takie same lub bardzo zbliżone zasady rozliczeń, Tabele cenowe, uwzględniające zbliżone lub identyczne pozycje. W związku z tym, konstruując wezwanie w zakresie ceny oferty nie wymagał złożenia szczegółowych kalkulacji cenowych (dysponując już nimi wobec upływu terminu składania ofert w postaci Tabel cenowych), a oczekiwany zakres wyjaśnień określał przez odwołanie się do treści przepisu art. 223 ustawy Pzp i wymagania złożenia wyjaśnień w podstawowych kwestiach dotyczących ceny oferty. W odpowiedzi na skierowane do niego wezwanie, Wykonawca Enprom ustosunkował się do wszystkich pozycji wezwania oraz przedstawił główne czynniki, jakie pozwoliły mu na zaoferowanie ceny na określonym poziomie, które w ocenie Zamawiającego należało uznać za istotne i potwierdzające prawidłowość konstrukcji ceny. Przede wszystkim jednak, Wykonawca Enprom wykazał, iż realizuje obecnie podobne pod względem zakresu obowiązków i wymaganych czynności zamówienia (por. rozdz. IV Wyjaśnień), a zasoby które w związku z tym zmobilizował, będą mogły być wykorzystane do realizacji zamówienia (w szczególności dotyczy to usług w zakresie likwidacji awarii linowych dla ZKO Poznań i ZKO Bydgoszcz). Takie twierdzenia są o tyle istotnymi dla oceny wyjaśnień tego wykonawcy, że świadczenie związane z realizacją zamówienia nie ma charakteru ciągłego, wymagającego nieprzerwanego zaangażowania tych samych zasobów (osobowych czy sprzętowych) z wyłączeniem możliwości kierowania ich do realizacji kilku podobnych umów. Znaczna część prac związana z przedmiotowym zamówieniem to prace planowane, realizowane w oparciu o opracowany przez Zamawiającego PUT (który jednak uzgadniany jest z Wykonawcą w trybie § 3 ust. 3 umowy), co sprzyja tego rodzaju optymalizacji kosztowej, planowanej przez Wykonawcę Enprom. W odniesieniu do szczegółowych zarzutów dotyczących poszczególnych pozycji tabeli cenowej Zamawiający powołał się na ceny jednostkowe z aktualnie realizowanych umów, które są równe lub niższe od cen jednostkowych podanych przez Wykonawcę Enprom. Wyjątek dotyczy pozycji nr 23 oraz 25, w odniesieniu do których Zamawiający stwierdził, że nie odnotował w realizowanych

umowach stawki na poziomie zaoferowanym przez Wykonawcę Enprom, ale w jego ocenie udział kosztów związanych z tymi pracami w skali całego zamówienia jest marginalny oraz nie może przemawiać ani za rażącym zaniżeniem ceny globalnej ani istotnego elementu tej ceny. Odnosząc się do argumentu, zgodnie z którym pozycje zaoferowane przez tego wykonawcę w ramach zamówienia podstawowego są identyczne jak pozycje w zakresie prawa opcji, wobec okoliczności, że z uwagi na obecne warunki gospodarcze koszty realizacji zamówienia w przyszłości (w której wspomniane prawo opcji może zostać zrealizowane) będą wyższe, Zamawiający wskazał, że zgodnie z przepisem art. 439 ustawy Pzp wprowadził do projektu umowy klauzulę waloryzacyjną (§ 20 ust. 5 wzoru umowy). Zdaniem Zamawiającego chybione są też argumenty, zgodnie z którymi spółki z grupy kapitałowej Wykonawcy Enprom (choć nie on sam) przynoszą straty. Pomijając nawet fakt, że wspomniane uwagi nie dotyczą bezpośrednio Wykonawcy Enprom, sam ujemny bilans spółki nie przemawia automatycznie za zaoferowaniem ceny rażąco niskiej w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak wynika z analizy dokumentów dołączonych w tym zakresie do odwołania, wspomniane dotacje były środkami finansowymi na innowacje, a więc rozwój spółki, a nie na pokrycie negatywnych wyników ekonomicznych.

W dniu 26 września 2023 r. Zamawiający złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci tabeli porównawczej cen jednostkowych obowiązujących w ramach sześciu umów zawartych dla różnych ZKO (ZKO Warszawa, ZKO Radom, ZKO Katowice, ZKO Poznań, ZKO Bydgoszcz) wraz z cennikami, a także umowami (ZK Katowice, ZKO Radom).

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca Enprom. Stanowisko w sprawie Wykonawca Enprom przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 21 września 2023 r. (wraz z załączonymi dowodami). Wykonawca Enprom uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Uzasadniając zajęte stanowisko Wykonawca Enprom wskazał m.in., że termin na złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny został przez Zamawiającego przedłużony do dnia 28 lipca 2023 r. godz. 12:00. Zauważył, że wpływ na średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert złożonych dla Pakietu Poznań ma fakt złożenia przez jednego z wykonawców (Elektrotim S.A.) oferty przekraczającej wartość zamówienia oszacowaną przez Zamawiającego. Wskazał, że w wyjaśnieniach powołał się na realizację umów wymagających utrzymania w gotowości brygad interwencyjnych w pobliżu terenu realizacji zamówienia. Dowody na potwierdzenie powyższego załączył do wyjaśnień. Podkreślił, że zrealizował na rzecz Zamawiającego dwie umowy (prace zostały zakończone w czerwcu br.), których przedmiotem było świadczenie usług eksploatacyjnych na liniowych obiektach elektroenergetycznych PSE S.A. (umowy z 15 lipca 2019 r. dotyczące Pakietu Warszawa oraz Pakietu Radom). Realizacja w większości tożsamych usług na podstawie umów z 15 lipca 2019 r. pozwoliła mu na weryfikację uprzednio zaoferowanych cen i odpowiednią ich modyfikację w Postępowaniu, przy uwzględnieniu dodatkowych czynników jak koszt materiałów, na który wpływ miała korzystna cenowo oferta od wieloletniego dostawcy oraz fakt posiadania na stanie magazynowym niewykorzystanych materiałów z realizacji innych zamówień. Wykonawca Enprom wskazał również na okoliczność posiadania biur w kilku miejscach w Polce, m.in. w Poznaniu, Gdańsku, Krzeszowicach i Katowicach oraz posiadania na stanie (jako zasób własny) sprzętu koniecznego do wykonania zamówienia. Dodał, że ceny tego sprzętu w większości nie przekraczają 10 000,00 zł – w związku z tym sprzęt ten został zamortyzowany jednorazowo, a jedyny koszt ponoszony przez niego w tym zakresie to koszt tzw. wzorcowania (kalibracji). Ponadto, Wykonawca Enprom przedstawił szczegółowe wyjaśnienia w odniesieniu do zakwestionowanych przez Odwołującego Eltel pozycji cenowych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z pkt XII.7 SWZ w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej dokument gwarancyjny powinien zawierać zobowiązanie do płatności bezwarunkowej, na pierwsze żądanie Zamawiającego w przypadku zajścia okoliczności określonych w ustawie. Zaleca się, aby treść gwarancji była zgodna ze wzorem gwarancji stanowiącym Wzór nr 5 do Części III SWZ.

Wykonawca Enprom złożył „Gwarancję bankową na wadium nr GWAR/2023/07/17/1". Zgodnie z treścią tej gwarancji Gwarant zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na rzecz Zamawiającego każdej kwoty do łącznej wysokości nieprzekraczającej: 900 000,00 PLN (słownie: dziewięćset tysięcy złotych, 00/100) w terminie 14 dni od dnia otrzymania od Zamawiającego pierwszego pisemnego żądania zapłaty, zawierającego jego oświadczenie o wskazanej treści. W dokumencie tym została podana nazwa postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 21 lipca 2023 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy Enprom o udzielenie wyjaśnień w zakresie ceny za realizację zamówienia, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2.wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
3.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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2020) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
4.zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
5.zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

Termin na udzielenie odpowiedzi na ww. wezwanie został pierwotnie ustalony na dzień 26 lipca 2023 r. do godz. 23:55. W dniu 26 lipca o godz. 8:45 termin złożenia wyjaśnień został przez Zamawiającego zmieniony na nowy, tj. do 28 lipca 2023 r. godz. 12:00.

Odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 lipca 2023 r. Wykonawca Enprom udzielił pismem z dnia 28 lipca 2023 r. (wpływ: 28 lipca 2023 r. godz. 08:14).

KIO 2656/23

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący Elpator zarzucił, że z treści gwarancji wadialnej złożonej przez Wykonawcę Enprom w odniesieniu do trzech części zamówienia nie wynika wartość wadium przyporządkowana każdej z tych części. Należy jednak zauważyć, że Odwołujący Elpator nie wskazał żadnego przepisu prawa ani postanowienia SWZ, z którego miałby wynikać taki wymóg. Odwołujący Elpator powołał się jedynie na postanowienie SWZ, zgodnie z którym wadium wniesione w pieniądzu powinno być oznaczone m.in. poprzez wskazanie, którą konkretnie ofertę częściową (Pakiet zamówienia) zabezpiecza. Postanowienie to dotyczy jednak wyłącznie wadium wnoszonego w pieniądzu. Ponadto, w treści gwarancji złożonej przez Wykonawcę Enprom zawarte jest oświadczenie gwaranta o zobowiązaniu się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na rzecz Zamawiającego każdej kwoty do łącznej wysokości nieprzekraczającej: 900.000,00 PLN. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 400.000,00 PLN w odniesieniu do Pakietu Katowice, 300.000,00 PLN w odniesieniu do Pakietu Poznań oraz w wysokości 200.000,00 PLN w odniesieniu do Pakietu Bydgoszcz. Wymagane wartości dają łącznie kwotę 900.000,00 PLN, a zatem kwotę wskazaną w gwarancji złożonej przez Wykonawcę Enprom. Zgodnie z treścią tej gwarancji gwarant zobowiązał się do zapłaty na rzecz Zamawiającego każdej kwoty do łącznej wysokości nieprzekraczającej: 900.000,00 PLN. Kwotę do zapłaty przez gwaranta wskazywać będzie Zamawiający. Nie może zatem zaistnieć sytuacja, w której w odniesieniu do któregoś z Pakietów zostałaby wypłacona większa kwota niż wskazana przez Zamawiającego wartość wadium i w konsekwencji inna część zamówienia lub pozostałe części zamówienia byłyby zabezpieczone wadium w mniejszej wysokości niż wskazane przez Zamawiającego w SWZ. Należy zatem zauważyć, że wniesione przez Wykonawcę Enprom wadium zabezpiecza każdą część zamówienia w wysokości wskazanej przez Zamawiającego, a brak przypisania pakietom poszczególnych kwot składających się na sumę 900.000,00 PLN nie ma istotnego znaczenia. Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że zakres odpowiedzialności gwaranta odnosi się do bliżej nieokreślonej „Oferty", którą Wykonawca Enprom ma zamiar złożyć w tym postępowaniu, należy zauważyć, że w treści gwarancji została wskazana nazwa i numer Postępowania. Wykonawca Enprom złożył w Postępowaniu ofertę na 3 pakiety, a ww. gwarancja dotyczy wypłaty kwoty stanowiącej sumę wartości wadium przewidzianych w odniesieniu do każdego z tych pakietów. Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że wniesione przez Wykonawcę Enprom wadium zabezpieczało jego ofertę w odniesieniu do każdego z pakietów w wysokości wymaganej przez Zamawiającego w SWZ. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp należało zatem uznać za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił, że Wykonawca Enprom w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył ogólne i gołosłowne wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny i tym samym nie wywiązał się z obowiązku wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Odnosząc się do tego zarzutu należy w pierwszej kolejności wskazać na treść wezwania Zamawiającego z dnia 21 lipca 2023 r. skierowanego do Wykonawcy Enprom. W wezwaniu tym Zamawiający, w odniesieniu do zakresu wyjaśnień, ograniczył się do powołania się na treść art. 224 ust. 3 pkt 1 – 2, 4 raz 6 - 7 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

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.

Wezwanie to miało zatem ogólny charakter, na co też zwracał uwagę Odwołujący Elpator w swoich wyjaśnieniach ceny (str. 6 niejawnych wyjaśnień wykonawcy Elpator). Należy w tym miejscu wyjaśnić, że w sytuacji, w której Zamawiający nie precyzuje wymaganego zakresu wyjaśnień, do wykonawcy należy wybór, w jaki sposób te wyjaśnienia zostaną przedstawione. Wykonawca może złożyć zamawiającemu szczegółową kalkulację lub przedstawić okoliczności, które skutkowały możliwością zaoferowania korzystnej ceny. Oceny, czy ten drugi sposób przestawienia wyjaśnień wyliczenia ceny będzie mógł zostać uznany za wystarczający, należy dokonywać w konkretnych okolicznościach sprawy. W tym zakresie przede wszystkim należy wziąć pod uwagę zakres informacji w zakresie ceny, którymi dysponował zamawiający na podstawie treści oferty wykonawcy (szczegółowe kalkulacje ceny). W niniejszej sprawie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca Enprom złożył wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny, w których przedstawił okoliczności umożliwiające zaoferowanie mu korzystnej ceny. Istotnie, wyjaśnienia te mają ogólny charakter. Należy jednak zauważyć, że w treści wezwania Zamawiający nie określił szczegółowych wymagań co do zakresu wyjaśnień, w tym nie żądał przedstawienia szczegółowej kalkulacji. Kalkulacja taka została złożona przez Wykonawcę Enprom wraz z ofertą. Jeżeli zatem Zamawiający miałby wątpliwości w zakresie poszczególnych pozycji wskazanych w tej kalkulacji, to mógł jak i powinien wymagać przedstawienia szczegółowych wyjaśnień i wyliczeń w odniesieniu do tych pozycji. Zamawiający nie żądał jednak przedstawienia szczegółowych wyjaśnień w odniesieniu do konkretnych pozycji tabeli cenowej, w tym w odniesieniu do poz. 33 zawierającej cenę roboczogodziny. Z pewnością nie można wymagać od wykonawców przedstawienia szczegółowych wyjaśnień i wyliczeń odnoście wszystkich lub wybranych pozycji, jeżeli nie zostało to wskazane jako wymagane w wezwaniu zamawiającego. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w którym nie sprecyzowano szczegółowo zakresu wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, Wykonawca Enprom złożył wyjaśnienia mające ogólny charakter, ograniczające się do zakresu wezwania, tj. w szczególności poprzez przedstawienie okoliczności wpływających na poziom zaoferowanej ceny. Jak wynika ze stanowiska przedstawionego przez Zamawiającego, istotne znaczenie przypisał on faktowi realizacji obecnie przez Wykonawcę Enprom innych umów wymagających utrzymania w gotowości brygad interwencyjnych, na potwierdzenie czego Wykonawca Enprom załączył do wyjaśnień dowody. Jak wskazał w wyjaśnieniach Wykonawca Enprom umożliwia mu to zaplanowanie i wykonane prac w sposób zapewniający jak najpełniejsze wykorzystanie dostępnych ekip, ich czasu i posiadanego sprzętu, zniwelowanie kosztów delegowania pracowników i transportu sprzętu w miejsce wykonywania prac, co ma bezpośrednie przełożenie na wysokość ceny oferty. W ocenie składu orzekającego Izby wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny złożone przez Wykonawcę Enprom należy - mając na uwadze ogólny charakter wezwania - uznać za wystarczające. Wymaga zauważenia, że Zamawiający ma prawo wezwać wykonawcę do przedstawienia uzupełniających wyjaśnień, jeżeli dotychczas złożone okażą się niewystarczające do dokonania przez zamawiającego oceny w przedmiocie zaniżonego charakteru ceny oferty, chyba że wykonawca nie ustosunkował się do konkretnej treści wezwania zamawiającego. Należy dodać, że zarówno treść wezwania zamawiającego jak i zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia uzupełniających wyjaśnień, może zostać zaskarżone odwołaniem podlegającym rozpoznaniu przez Izbę. Zarzuty w tym zakresie nie zostały jednak postawione w niniejszej sprawie i w konsekwencji nie były przedmiotem oceny Izby. Mając na uwadze powyższe, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp nie podlegał uwzględnieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie I.1 sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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). Ponadto, Izba nakazała zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego Elpator kwoty 5 000 zł uiszczonej ponad wymagany wpis od odwołania, który w niniejszej sprawie wynosi 15 000 zł.

KIO 2661/23

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego Eltel w pierwszej kolejności należy powtórzyć argumentację przedstawioną przez Izbę w sprawie KIO 2656/23.

Wymaga zatem zauważenia, że w wezwaniu z dnia 21 lipca 2023 r. skierowanym do Wykonawcy Enprom. Zamawiający, w odniesieniu do zakresu wyjaśnień, ograniczył się do powołania się na treść art. 224 ust. 3 pkt 1 – 2, 4 raz 6 - 7 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

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.

Wezwanie to miało zatem ogólny charakter. Należy w tym miejscu wyjaśnić, że w sytuacji, w której Zamawiający nie precyzuje wymaganego zakresu wyjaśnień, do wykonawcy należy wybór, w jaki sposób te wyjaśnienia zostaną przedstawione. Wykonawca może złożyć zamawiającemu szczegółową kalkulację lub przedstawić okoliczności, które skutkowały możliwością zaoferowania korzystnej ceny. Oceny, czy ten drugi sposób przestawienia wyjaśnień wyliczenia ceny będzie mógł zostać uznany za wystarczający, należy dokonywać w konkretnych okolicznościach sprawy. W tym zakresie przede wszystkim należy wziąć pod uwagę zakres informacji w zakresie ceny, którymi dysponował zamawiający na podstawie treści oferty wykonawcy (szczegółowe kalkulacje ceny). W niniejszej sprawie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca Enprom złożył wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny, w których przedstawił okoliczności umożliwiające zaoferowanie mu korzystnej ceny. Istotnie, wyjaśnienia te mają ogólny charakter. Należy jednak zauważyć, że w treści wezwania Zamawiający nie określił szczegółowych wymagań co do zakresu wyjaśnień, w tym nie żądał przedstawienia szczegółowej kalkulacji. Kalkulacja taka została złożona przez Wykonawcę Enprom wraz z ofertą. Jeżeli zatem Zamawiający miałby wątpliwości w zakresie poszczególnych pozycji wskazanych w tej kalkulacji, to mógł jak i powinien wymagać przedstawienia szczegółowych wyjaśnień i wyliczeń w odniesieniu do tych pozycji. Zamawiający nie żądał jednak przedstawienia szczegółowych wyjaśnień w odniesieniu do konkretnych pozycji tabeli cenowej, w tym w odniesieniu do poz. 33 zawierającej cenę roboczogodziny. Z pewnością nie można wymagać od wykonawców przedstawienia szczegółowych wyjaśnień i wyliczeń odnoście wszystkich lub wybranych pozycji, jeżeli nie zostało to wskazane jako wymagane w wezwaniu zamawiającego. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w którym nie sprecyzowano szczegółowo zakresu wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, Wykonawca Enprom złożył wyjaśnienia mające ogólny charakter, ograniczające się do zakresu wezwania, tj. w szczególności poprzez przedstawienie okoliczności wpływających na poziom zaoferowanej ceny. Jak wynika ze stanowiska przedstawionego przez Zamawiającego, istotne znaczenie przypisał on faktowi realizacji obecnie przez Wykonawcę Enprom innych umów wymagających utrzymania w gotowości brygad interwencyjnych, na potwierdzenie czego Wykonawca Enprom załączył do wyjaśnień dowody. Jak wskazał w wyjaśnieniach Wykonawca Enprom umożliwia mu to zaplanowanie i wykonane prac w sposób zapewniający jak najpełniejsze wykorzystanie dostępnych ekip, ich czasu i posiadanego sprzętu, zniwelowanie kosztów delegowania pracowników i transportu sprzętu w miejsce wykonywania prac, co ma bezpośrednie przełożenie na wysokość ceny oferty. W ocenie składu orzekającego Izby wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny złożone przez Wykonawcę Enprom należy - mając na uwadze ogólny charakter wezwania - uznać za wystarczające. Wymaga zauważenia, że Zamawiający ma prawo wezwać wykonawcę do przedstawienia uzupełniających wyjaśnień, jeżeli dotychczas złożone okażą się niewystarczające do dokonania przez zamawiającego oceny w przedmiocie zaniżonego charakteru ceny oferty, chyba że wykonawca nie ustosunkował się do konkretnej treści wezwania zamawiającego. Należy dodać, że zarówno treść wezwania zamawiającego jak i zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia uzupełniających wyjaśnień, może zostać zaskarżone odwołaniem podlegającym rozpoznaniu przez Izbę. Zarzuty w tym zakresie nie zostały jednak postawione w niniejszej sprawie i w konsekwencji nie były przedmiotem oceny

Izby.

Przedstawiona powyżej argumentacja dotyczy również szczegółowych zarzutów podniesionych przez Odwołującego Eltel w zakresie wskazanych pozycji tabeli cenowej (poz. 1 – 3, 4, 5, 7, 11, 13, 15 – 20, 21, 23, 25, 31, 32 oraz 33). Jak wskazano powyżej, nie można wymagać od wykonawców przedstawienia szczegółowych wyjaśnień i wyliczeń odnoście wszystkich lub wybranych pozycji tabeli cenowej złożonej wraz z ofertą, jeżeli nie zostało to wskazane jako wymagane w wezwaniu zamawiającego. W związku z tym ww. zarzuty odwołania mogłyby być rozpatrywane w kontekście zaniechania przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy Enprom do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie (tj. w zakresie wskazanych pozycji tabeli cenowej), a nie w kontekście zaoferowania przez Wykonawcę Enprom rażąco niskiej ceny. Taki zarzut nie został jednak postawiony. Niemniej jednak, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił dlaczego w odniesieniu do ww. pozycji nie miał wątpliwości co do realnego charakteru zaoferowanych cen. Zamawiający wskazał na ceny za taki sam przedmiot prac pochodzące z aktualnie realizowanych umów, które są na niższym lub takim samym poziomie, jak ceny zaoferowane przez Wykonawcę Enprom (tabela porównawcza cen jednostkowych obowiązujących w ramach sześciu umów zawartych dla różnych ZKO (ZKO Warszawa, ZKO Radom, ZKO Katowice, ZKO Poznań, ZKO Bydgoszcz) wraz z cennikami). Tego rodzaju okoliczności bierze się w szczególności pod uwagę przy ocenie czy zaistniała konieczność wezwania wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień w określonym zakresie. W związku z powyższym, jedynie dodatkowo należy zauważyć, że na potwierdzenie rażąco niskiego charakteru cen jednostkowych wskazanych w ww. pozycjach tabeli cenowej Odwołujący Eltel powołał się głównie na stosunek tych cen do średniej arytmetycznej poszczególnych cen jednostkowych wszystkich złożonych ofert, przedstawiając jako dowód w sprawie tabelę porównawczą cen (tylko w odniesieniu do niektórych pozycji Odwołujący Eltel przedstawił inne dowody, tj. przykładowe faktury VAT oraz analizę porównawczą wynagrodzenia alpinistów). Należy zauważyć, że również tego rodzaju okoliczności brane są pod uwagę nie w kontekście zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny, lecz w kontekście zaniechania przez zamawiającego wezwania do przedstawienia wyjaśnień w określonym zakresie. Jak zaznaczono powyżej, taki zarzut nie został jednak postawiony.

Jedynie zatem dodatkowo, należy wskazać: W odniesieniu do argumentu, że ceny zaoferowane przez Wykonawcę Enprom w ramach prawa opcji są identyczne jak ceny w zakresie zamówienia podstawowego, Izba za zasadne uznała stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego. Zgodnie z przepisem art. 439 ustawy Pzp Zamawiający wprowadził do projektu umowy klauzulę waloryzacyjną (§ 20 wzoru umowy), na podstawie której będzie możliwe dokonanie waloryzacji cen na etapie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji. Odwołujący nie wykazał, że ww. mechanizm należy uznać za niewystarczający i w konsekwencji z tytułu realizacji zamówienia Wykonawca Enprom nie uzyska żadnego zysku. Za nietrafione należało uznać argumenty Odwołującego Eltel, zgodnie z którymi spółki z grupy kapitałowej Wykonawcy Enprom przynoszą straty, a wykonawca ten będzie zmuszony do poszukiwania finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł, jak np. pozyskiwane dotacje. Jak słusznie zauważył Zamawiający pierwsza z podniesionych powyżej kwestii nie odnosi się bezpośrednio do Wykonawcy Enprom, a sam ujemny bilans spółki nie przemawia automatycznie za zaoferowaniem ceny rażąco niskiej. Do takiego wniosku nie może również prowadzić fakt pozyskiwania przez wykonawcę dotacji. Ponadto, sytuacja finansowa Wykonawcy Enprom podlegała badaniu na gruncie ustalonego w tym zakresie warunku udziału w Postępowaniu.

Zarzut dotyczący złożenia przez Wykonawcę Enprom wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny po upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego nie potwierdził się, gdyż jak wynika z dokumentacji Postępowania termin na udzielenie odpowiedzi na ww. wezwanie został pierwotnie ustalony na dzień 26 lipca 2023 r. do godz. 23:55, natomiast w dniu 26 lipca o godz. 8:45 został przez Zamawiającego zmieniony na nowy, tj. do 28 lipca 2023 r. godz. 12:00. Odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 lipca 2023 r. Wykonawca Enprom udzielił pismem z dnia 28 lipca 2023 r. (wpływ: 28 lipca 2023 r. godz. 08:14). Skoro termin na udzielenie wyjaśnień ustalany jest przez zamawiającego, to również przez zamawiającego może zostać zmieniony, o ile wniosek wykonawcy w tym przedmiocie wpłynie do zamawiającego przed upływem pierwotnie ustalonego terminu. Taka sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do pozostałych dowodów złożonych przez Odwołującego Eltel (poza ww. tabelami cenowymi) należy zauważyć, że załączone do odwołania dowody z dokumentów pochodzących z dokumentacji Postępowania dotyczyły okoliczności niespornych. Pozostałe dowody odnoszące się do konkretnych cen jednostkowych wychodziły poza zakres treści wezwania w sprawie wyjaśnień wyliczenia ceny skierowanego przez Zamawiającego do Wykonawcy Enprom. Jak już wskazano powyżej Zamawiający nie żądał od tego wykonawcy przedstawienia szczegółowych wyjaśnień odnośnie wskazanych przez Odwołującego Eltel pozycji tabeli cenowej. W związku z powyższym przedstawione przez Odwołującego twierdzenia i dowody mogłyby podlegać ocenie w kontekście zaniechania wezwania Wykonawcy Enprom przez Zamawiającego do przedstawienia wyjaśnień w tym zakresie. Jak zaznaczono powyżej, taki zarzut nie został jednak postawiony. Należy przy tym zauważyć, że dowody złożone na rozprawie stanowiły m.in. odpowiedź

Odwołującego Eltel na stanowisko procesowe Wykonawcy Enprom i złożone przez niego dowody. W stanowisku tym Wykonawca Enprom przedstawił szczegółowe wyjaśnienia w zakresie wskazanych w odwołaniu pozycji tabeli cenowej. Zamawiający nie miał możliwości zapoznania się z tymi wyjaśnieniami i dokonania ich oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W związku z tym wymaga podkreślenia, że ocenie Izby podlega treść wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę na etapie postępowania o udzielenie zamówienia – w kontekście wystosowanego do niego wezwania. W postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje bowiem oceny czynności i zaniechań zamawiającego, które miały miejsce w postępowaniu o udzielnie zamówienia, w odniesieniu do dysponowanego przez niego na tym etapie materiału dowodowego. Powyższe uwagi odnośnie przedstawionych przez Odwołującego Eltel dowodów należy również do odnieść do złożonych przez niego wniosków o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z opinii biegłego oraz zeznań świadka, które zostały przez Izbę oddalone. Przede wszystkim jednak należy wskazać, że składając ww. wnioski dowodowe Odwołujący Eltel nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych, które miałaby być tymi dowodami wykazane. Odwołujący Eltel wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie ww. dowodów celem ustalenia zastosowania przez Wykonawcę Enprom w ofercie rażąco niskiej ceny, w tym przyjęcia przez Wykonawcę Enprom rażąco niskich wartości istotnych elementów składowych ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie Pakietu Poznań. Stwierdzenie występowania w ofercie rażąco niskiej ceny następuje na podstawie konkretnych okoliczności faktycznych, które winny zostać wskazane i udowodnione. Natomiast samo stwierdzenie rażąco niskiej ceny oferty nie jest ustaniem faktu, lecz dokonaniem oceny prawnej. Oceny tej dokonuje Izba.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zarzuty odwołanie nie podlegają uwzględnieniu i w związku z tym orzekła, jak w punkcie II.1 sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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).

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: **…...……...**

……

……