

Sygn. akt: KIO 209/16
KIO 231/16

WYROK
z dnia 2 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lutego 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 17 lutego 2016 r. przez Odwołującego **EQOS Energie Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Świdnicy przy ul. Gdyńskiej 25, 58-100 Świdnica (sygn. akt KIO 209/16);
- B) w dniu 19 lutego 2016 r. przez Odwołującego **Venessa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Warszawie przy ul. Farbiarska 33, 02-862 Warszawa (sygn. akt KIO 231/16)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego , ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa

przy udziale

wykonawcy **Venessa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Warszawie przy ul. Farbiarska 33, 02-862 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 209/16 po stronie Zamawiającego

wykonawcy **EQOS Energie Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Świdnicy przy ul. Gdyńskiej 25, 58-100 Świdnica zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 231/16 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1

A. Uwzględnia odwołanie EQOS Energie Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy (sygn. akt KIO 209/16);

B. Oddala odwołanie Venessa Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 231/16).

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich (sygn. akt KIO 209/16) oraz Odwołującego – Venessa Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 231/16) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących: EQOS Energie Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy (sygn. akt KIO 209/16) oraz Venessa Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie przy ul. Farbiarska 33, 02-862 Warszawa (sygn. akt KIO 231/16), tytułem wpisów od odwołań.

2.2 zasądza od Zamawiającego Miasta Stołecznego Warszawa – Zarządu Dróg Miejskich, na rzecz Odwołującego – EQOS Energie Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy (sygn. akt KIO 209/16) oraz od Odwołującego – Venessa Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie na rzecz Przystępującego – EQOS Energie Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy oraz na rzecz Zamawiającego – Miasta Stołecznego Warszawa Zarząd Dróg Miejskich (sygn. akt KIO 231/16) kwotę **26.826 zł 90 gr.** (słownie: dwadzieścia sześć tysięcy osiemset dwadzieścia sześć złotych dziewięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów stron poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocników, w tym:

A) od Zamawiającego – Miasta Stołecznego Warszawy Zarząd Dróg Miejskich na rzecz Odwołującego EQOS Energie Polska Sp. z o.o. kwotę **19.113 zł 45 gr.** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto trzynaście złotych czterdzieści pięć groszy) - w sprawie KIO 209/16,

B) od Odwołującego – Venessa Sp. z o.o. Sp. k. na rzecz przystępującego – EQOS Energie Polska Sp. z o.o. kwotę **4.113 zł 45 gr.** (słownie: cztery tysiące sto trzynaście złotych czterdzieści pięć groszy) oraz na rzecz Zamawiającego – Miasta Stołecznego Warszawy Zarząd Dróg Miejskich kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) - w sprawie KIO 231/16.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Dróg Miejskich w trybie przetargu nieograniczonego na *konserwację urządzeń sygnalizacji świetlnej na terenie M.St. Warszawa w czterech niezależnych obszarach* (nr postępowania: DZP/48/PN/42/15), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2015/S 189-343226 w dniu 30 września 2015 r., wobec czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonych na część III przedmiotu zamówienia, zostały wniesione odpowiednio w dniach 17 i 19 lutego 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców: EQOS Energie Polska Sp. z o.o. z/s w Świdnicy (sygn. akt KIO 209/16) oraz Venessa Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 231/16).

Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku oceny ofert złożonych na część III przedmiotu zamówienia w dniu 10.02.2016 r.

A. Sygn. akt KIO 209/16

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 209/16 Odwołujący – EQOS Energie Polska Sp. z o.o. (dalej jako EQOS) zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów ustawy czynności odrzucenia jego oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej na część III przedmiotu zamówienia, polegające na:

1. naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp przez niewłaściwe zastosowanie w związku z niewłaściwą wykładnią art. 87 ust. 1 i przyjęcie, że oferta Odwołującego jest sprzeczna z ustawą do czego doszło przez niedopuszczalną zmianę jej treści, co miało uzasadniać odrzucenie oferty Odwołującego;
2. naruszenie art. 87 ust. 2 Pzp przez jego niezastosowanie i w związku z tym nieuzasadnione zaniechanie podjęcia przez Zamawiającego czynności poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz postanowień rozdziału I pkt 15.10 siwz, podczas gdy w przedmiotowej sprawie zachodziły ku temu przesłanki, jako że ewentualna (jeśli uznać, że oferta była niezgodna z siwz) omyłka w ofercie Odwołującego polegająca na niezgodności oferty z siwz może być traktowana jako oczywista, a przy tym niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, co upoważnia i zobowiązuje Zamawiającego do jej poprawienia;
3. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez wprowadzenie Odwołującego w błąd co do okoliczności, że oferta Odwołującego ze wskazaniem stawki

roboczogodziny w kwocie 35 zł dla celów kosztorysowania nie odpowiada postanowieniom siwz.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i odrzucenia oferty Odwołującego, nakazania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Na istnienie interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania wskazywać ma okoliczność, iż jego oferta jest tańszą od wybranej jako najkorzystniejsza na część III przedmiotu zamówienia, co w świetle przyjętych kryteriów oceny, powinno prowadzić do jej wyboru jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na oświadczenie z oferty, w którym zadeklarował dla celów kosztorysowania stawki: roboczogodziny – 35 zł, koszty pośrednie Kp (od R i S) – 60%, a także zaakceptował warunki siwz i zobowiązał się do zawarcia umowy na warunkach określonych w siwz oraz związaniu ofertą przez okres 60 dni. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnień i udzielenia wyjaśnień, w tym co do średniej stawki roboczogodziny wskazując, że stosownie do siwz, stawka podana w ofercie nie powinna przekraczać średnich stawek według Sekocenbudu, zaś podana przez Odwołującego jest odmienna od „średniej Sekocenbudu za IV kwartał na terenie m.st. Warszawy, kształtującej się w przedziale netto 14,50 zł – 24,00 zł”. W wyjaśnieniach z dnia 19.01.2016 r. Odwołujący wyjaśnił, iż stawki stosowane do kosztorysowania będą zgodne ze średnią Sekocenbud za IV kwartał obowiązujące na terenie m.st. Warszawy i oświadczył, że do celów kosztorysowania będzie stosować stawki: roboczogodziny – 23 zł, koszty pośrednie KP (od R i S) – 60 %.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w części III przedmiotu zamówienia i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, wskazując w podstawie odrzucenia oferty art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz dokonana w wyjaśnieniach zmianę stawki roboczogodziny.

W ocenie Odwołującego decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty wynikała z błędnej interpretacji oraz subsumcji przepisów art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający uznał, iż składając wyjaśnienia Odwołujący dokonał skutecznej zmiany swojej oferty, co miało prowadzić do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Odwołujący podkreślił znaczenie oceny skuteczności zmiany treści oferty, jako istotnej z punktu widzenia oceny prawidłowości działań Zamawiającego. W świetle przepisów ustawy, do skutecznej zmiany treści oferty mogło dojść przed upływem terminu do jej złożenia, po upływie którego wykonawca pozostawał związany treścią oferty (art. 84 Pzp). Do naruszenia ustawy mógłby doprowadzić Zamawiający w sytuacji, gdyby nie wziął pod uwagę dokonanej przed upływem terminu na złożenie oferty jej zmiany, czy też uniemożliwiłby jej wycofanie. Po upływie

terminu do złożenia oferty, niemożliwym jest prowadzenie negocjacji z wykonawcą i dokonywanie zmiany w jej treści (art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp). Regulacje te wskazują na niedopuszczalność samodzielnego ingerowania przez wykonawcę w treść złożonej oferty po upływie terminu składania ofert, co przesądza także o nieskuteczności jakichkolwiek prób ze strony wykonawcy w tym zakresie. Jedynie Zamawiający, w przypadkach o których mowa w art. 87 ust. 2 Pzp, jest uprawniony do takiego ingerowania. Wyjaśnienie treści oferty nie może prowadzić do dokonania w niej zmiany, nawet jeżeli zmiany te byłyby korzystne dla zamawiającego. Nie mogą też prowadzić do uzupełnienia oferty o wymagane w siwz dokumenty. Słusznym jest, w ocenie Odwołującego, stanowisko Izby wyrażone w wyroku z 13.08.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 992/09, iż próby zmiany treści oferty podjęte w wyjaśnieniach (cena, przedmiot, warunki realizacji, itp.), należy uznać za bezskuteczne.

Odwołujący odniósł się do stanowiska wyrażonego w wyroku Izby z 27.03.2013 r., sygn. KIO 540/13, iż niezgodną z ustawą jest oferta po jej zmianie dokonanej po terminie składania ofert. W ocenie Odwołującego, przy prawidłowej wykładni art. 87 ust. 1, wszelkie oświadczenia złożone z naruszeniem zakazu zmiany złożonej oferty są nieważne, a jako takie nie wywołują żadnych skutków prawnych. Art. 58 § 1 k.c. stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą jest nieważna, tym samym oświadczenie wykonawcy złożone w toku badania ofert o zmianie jego oferty (o ile nie znajdzie zastosowanie ust. 1a lub 2), czyli po upływie terminu na składanie ofert, jako sprzecznej z ustawą Pzp, musi zostać obarczone sankcją nieważności tej czynności, a jako takie nie może wywoływać żadnych skutków prawnych. Skoro zaś oświadczenie o zmianie złożonej oferty, niedopuszczalne w myśl art. 87 ust. 1 pkt 1 Pzp, jako nieważne, nie wywarło skutku prawnego, to nie może być mowy o zmianie treści złożonej oferty, a tym samym Odwołującego wiązała oferta złożona w dniu 28.12.2015 r. (datowana na dzień 24.12.2015r.) i nie było możliwości jej odrzucenia, jako niezgodnej z ustawą. Przyjęcie odmiennej interpretacji art. 87 ust. 1 Pzp prowadziłoby nie tylko do uznania za skutecznych sprzecznych z ustawą i nieważnych czynności wykonawców, ale też umożliwiałoby nieuczciwym wykonawcom manipulowanie wynikami postępowania. Prowadziłoby również do naruszenia art. 85 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym wykonawca związany złożoną ofertą, w razie jej wyboru, zobowiązany jest zawrzeć umowę na warunkach wskazanych w ofercie, przez umożliwienie wykonawcy uwolnienie się ze związania złożoną pierwotnie ofertą.

Odnosnie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp Odwołujący podniósł, iż dotyczy on innych wadliwości, niż rzekoma zmiana oferty. Przez pojęcie oferty sprzecznej z ustawą należy rozumieć ofertę, która narusza przepisy Prawa zamówień publicznych lub przepisy wykonawcze, w szczególności sporządzone w języku innym niż polski, w formie inna niż pisemna, zastrzegającej zawarte w niej informacje w sposób sprzeczny z art. 8 ust. 3 Pzp. Ponadto

sprzeczność z ustawą można odnosić wyłącznie do złożonej oferty, a nie do czynności wykonawcy po upływie terminu na składanie ofert. Oznacza to, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego datowaną na dzień 24.12.2015r., bezpodstawnie uznał ją za sprzeczną z prawem, oceniając nienależycie wyjaśnienia Odwołującego złożone na etapie badania oferty.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Odwołujący wywodził z konieczności umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, gdyż oferta nie może podlegać odrzuceniu z powodu niejasności jej treści wówczas gdy zamawiający nie podjął próby wyjaśnienia wątpliwości. Wyjaśnienia mają na celu uzyskanie informacji umożliwiających rozwikłanie wątpliwości, bądź też usunięcie sprzeczności w treści oferty, w szczególności wynikających z niespójnych i sprzecznych informacji zawartych w dokumentach składanych w ofercie. Zamawiający skorzystał z uprawnienia i wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, jednocześnie jednak wprowadził Odwołującego w błąd sugerując, że stawka za roboczogodzinę w wysokości 35 zł. jest niezgodna z siwz. Stąd Odwołujący w odpowiedzi z 19.01.2016 r. usiłował skorygować swoją, jak sądził pomyłkę i wyjaśnił, że będzie uwzględniał wskazani cen średnich Sekocenbudu z terenu m.st. Warszawy, przy czym jednocześnie wskazał stawkę mieszczącą się w widełkach określonych przez Zamawiającego – 23 zł. Oświadczenie wykonawcy może być traktowane wyłącznie, jako wyjaśnienie i upoważnienie dla Zamawiającego do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp omyłki Odwołującego. Zamawiający stwierdzając niezgodność oferty z siwz, na podstawie wyjaśnień, wskazujących na omyłkę wykonawcy w zakresie stawki stosowanej dla celów sporządzenia kosztorysów, winien był dokonać oceny, że omyłka ta nie wpływa w sposób istotny na treść złożonej oferty, co aktualizowało obowiązek poprawienia omyłki. Także w rozdziale I pkt 15.10 siwz Zamawiający zawarł swoje zobowiązanie do poprawienia w treści ofert omyłek polegających na niezgodności z treścią specyfikacji, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty. Przedmiotowa omyłka nie ma żadnego wpływu na *essentialia negotii* umowy, w szczególności nie wpływa na wynagrodzenie oferenta, dotyczy bowiem jedynie opisanego w § 19 ust. 3 wzoru umowy dołączonego do siwz, przypadku sporządzania „dokumentacji dodatkowej, w tym kosztorysów napraw”. Opisany obowiązek sporządzenia kosztorysów w ogóle może nie wystąpić, a przy tym sporządzenie takich kosztorysów nie stanowi podstawy żadnych roszczeń wykonawcy.

Leżące u podstaw odrzucenia oferty wymagania Zamawiającego co do średniej stawki roboczogodziny dla celów kosztorysowania znajduje odbicie tylko w jednym miejscu dokumentacji przetargowej - § 19 ust. 3 wzoru umowy. Zeszyty Sekocenbudu publikowane dla M.St. Warszawy nie zawierają średnich stawek roboczogodzin, a jedynie „stawkę minimalną”, „stawkę maksymalną” i „stawkę najczęściej występującą”. Zapisy wzoru umowy

nie nakazują odnosić się do średniej stawki netto roboczogodziny za IV kwartał na terenie m.st. Warszawy, a taką sugestię zawarł Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, kwestionując prawidłowość zaproponowanej przez Odwołującego stawki 35 zł. Stawka ta jest zgodna z zakresem średniej stawki roboczogodziny brutto dla województwa mazowieckiego w IV kwartale 2015 r. Zamawiający nie wymagał w siwz, aby dotyczyło to m.st. Warszawy, przy czym stawka ta dla miasta nie jest publikowana. Odwołujący wskazał na błąd logiczny Zamawiającego, który wymagał od wykonawcy uwzględnienia ceny obowiązującej w „danym okresie czasu” co sporządzany kosztorys, a jednocześnie zamierzał oceniać, czy zaproponowana stawka 35 zł. odpowiada średniej stawce roboczogodziny. Nie jest możliwym przewidzenie jaka będzie średnia stawka roboczogodziny publikowana w Sekocenbudzie, jeśli sporządzenie kosztorysu będzie miało nastąpić np. 30.10.2019 r. Tym samym nie sposób postawić zarzutu niezgodności oferty Odwołującego z siwz. Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż takich wątpliwości nie budziła stawka zaproponowana przez innego wykonawcę w tym postępowaniu, wynosząca 12,50 zł., czyli mieszcząca się poniżej przedziału wartości 14,50 zł. – 24,00 zł. Ponadto wykonawca ten zaproponował wartość kosztów pośrednich powyżej wartości publikowanych w Sekocenbud, wynoszących od 62,80% do 65,50 %. Powyższe wskazywać ma na różne traktowanie wykonawców. Wskazane w wezwaniu do wyjaśnień sugestia niezgodności stawki z siwz, była dowolną, niezgodną z rzeczywistością, i spowodowała reakcję wykonawcy, który pragnął potwierdzić, że zastosuje w przyszłości właściwą stawkę, co zawierało zgodę na poprawienie średniej stawki za roboczogodzinę na 23 zł.

B. Sygn. akt KIO 231/16

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 231/16 Odwołujący – wykonawca Venessa Sp. z o.o. Sp. k. zaskarżył czynność Zamawiającego związane z oceną i wyborem oferty najkorzystniejszej w części III przedmiotu zamówienia, polegające na:

- zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy EQOS Energie Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy oraz zaniechaniu odrzucenia tej oferty również z innych przyczyn niż wskazane w informacji o jej odrzuceniu, tj. z uwagi na fakt, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę,
- zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum firm KB Consulting z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim oraz Nauka i Technika Sp. z o.o. z siedzibą w Zaczernię z uwagi na fakt, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

Skutkiem zaskarżonych czynności ma być naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy EQOS pomimo, iż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, dysponowania potencjałem osobowym oraz posiadania odpowiedniego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej;
- 2) z ostrożności – art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania EQOS do uzupełnienia brakujących dokumentów w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EQOS oraz oferty Konsorcjum KB pomimo, iż zawierają one rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wykluczenie z postępowania wykonawcy EQOS oraz odrzucenie ofert wykonawców EQOS oraz Konsorcjum KB, ewentualnie nakazanie wezwania wykonawcy EQOS do uzupełnienia brakujących dokumentów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadniając interes w uzyskaniu zamówienia, Odwołujący podniósł, iż jego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, ponieważ jednak podstawy decyzji o odrzuceniu oferty EQOS oraz wykluczenia z postępowania Konsorcjum KB nie były pełne w stosunku do stanu faktycznego może okazać się, iż w wyniku rozpoznania środków ochrony prawnej wniesionych przez tych wykonawców, w odniesieniu do tak wąskich przyczyn wykluczenia/odrzucenia, zostaną oni przywróceny do postępowania. Sytuacja taka uniemożliwi Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji może on ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp. Stąd, z ostrożności pomimo, iż również podstawy wykluczenia i odrzucenia ofert ww. wykonawców wskazane przez Zamawiającego są słuszne i prawidłowe, wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne i uzasadnione.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na wynik oceny ofert złożonych na część III przedmiotu zamówienia, w którym za najkorzystniejszą uznana została oferta Odwołującego, a dwie pozostałe oferty zostały odrzucone z uwagi na wykluczenie z postępowania Konsorcjum KB na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz w przypadku EQOS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W odwołaniu wskazane zostały dodatkowe podstawy dla, odpowiednio wykluczenia z postępowania i odrzucenia ofert ww. wykonawców, których Zamawiający nie uwzględnił przy ocenie tych ofert.

W ocenie Odwołującego wykonawca EQOS nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, dysponowania potencjałem osobowym oraz posiadania odpowiedniego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, co powinno skutkować wykluczeniem go z postępowania. Ponadto obaj wykonawcy, pomimo wezwania przez Zamawiającego, nie udowodnili iż ich oferty nie zawierają rażąco niskich cen, co powinno prowadzić do ich odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Odnosnie warunku wiedzy i doświadczenia, Odwołujący wskazał, iż wykonawca EQOS Energie Polska Sp. z o.o. nie udowodnił, iż dysponuje obecnie, ani że będzie dysponował w trakcie realizacji zamówienia w sposób realny udostępnionym potencjałem podmiotu trzeciego, firmy ELTODO a.s. W pkt 8.8.5 siwz Zamawiający zaznaczył, że będzie weryfikował, czy wykonawca korzystający z zasobów podmiotów trzecich będzie dysponował tymi zasobami w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów. W tym celu wykonawca był obowiązany złożyć takie oświadczenie lub dokumenty, które w sposób nie budzący wątpliwości wykażą realne dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. W ocenie Odwołującego, nie jest możliwym przekazanie wiedzy, a tym bardziej doświadczenia w realizacji tego rodzaju usług jedynie poprzez doradztwo świadczone przez firmę zlokalizowaną kilkaset kilometrów od realizowanego przedmiotu zamówienia. Nie gwarantuje to realnego przekazania potencjału, a tym samym realizacji zamówienia w sposób zgodny z siwz i należyty. Również zobowiązanie podmiotu trzeciego załączone do oferty nie pozwala Zamawiającemu zweryfikować realność udostępnienia. Zawiera ono lakoniczne, ogólnikowe stwierdzenia, brak konkretnych danych co do sposobu, w jaki doradztwo miało być świadczone, jacy pracownicy i w jakim zakresie będą świadczyli usługi (bezsprzeczne jest, iż nie są to pracownicy wskazani, jako osoby wyznaczone do realizacji umowy bowiem w tym zakresie wykonawca wykazał wyłącznie zasoby własne), czy pracownicy ci będą realizowali usługi zdalnie, czy będą oddelegowani, jakie czynności rozumiane są pod pojęciem doradztwa technicznego itp. Nie załączono również umowy, na którą powołuje się wystawca dokumentu w zobowiązaniu. Nie ulega zatem wątpliwości, że dokument ten nie odpowiada postawionym w siwz wymaganiom, aby wykonawca w złożonych wraz z ofertą dokumentach lub oświadczeniach wykazał sposób wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia oraz określił zakres i udział innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Również udzielone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie dowodziły realności udostępnienia potencjału. Zawierały one bowiem powtórzone z zobowiązania zwroty. Wskazanie wyłącznie konsultacji świadczy o fikcyjności udostępnienia ww. potencjału, stąd nie było podstaw do uznania, że wykonawca wykazał, iż posiada

wymaganą wiedzę oraz doświadczenie. Powinien być wezwany do uzupełnienia dokumentów przez wykazanie się realizacją innego zamówienia niż wskazane dotychczas. Ze względu jednak na fakt, iż EQOS podlega wykluczeniu również z innych przyczyn, a jego oferta odrzuceniu, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawcy nie wzywa się do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Odnosnie potencjału kadrowego, wykonawca EQOS, składając ofertę na dwie części zamówienia zobowiązany był wykazać, iż dysponuje łącznie 26 osobami o wymaganych w pkt 7.3.2 kwalifikacjach i doświadczeniu. Zamawiający wymagał wskazania w wykazie osób numerów uprawnień, do czego wykonawca zastosował się częściowo, bowiem w wierszach 3.8, 3.9, 3.11, 3.13 i 3.24 nie wpisał numerów, a przez co nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia wykazu, wykonawca EQOS nadal w stosunku do tych osób nie wykazał, iż posiadają one wymagane uprawnienia SEP, podał bowiem nieprawidłowe numery świadectw kwalifikacyjnych, z czego Odwołujący wywodzi, iż w rzeczywistości osoby te nie posiadają wymaganych uprawnień. Bez tych osób wykonawca nie dysponuje wystarczającą liczbą osób i na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp podlega wykluczeniu z postępowania.

Odnosnie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej odwołujący zakwestionował, aby ubezpieczeniem objęta została działalność zgodna z przedmiotem niniejszego zamówienia. Z załączonej polisy wynika bowiem, że działalność podstawowa wykonawcy to działalność budowlana (str. 2 polisy), która nie jest związana z przedmiotem zamówienia. Wykonawca nie był wezwany do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej zgodnej z przedmiotem zamówienia, jednak z uwagi na dodatkowe podstawy wykluczenia oraz odrzucenia oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawcy nie wzywa się do uzupełnienia dokumentów.

Zarzut zaniechania odrzucenia ofert EQOS oraz Konsorcjum KB z powodu rażąco niskiej ceny Odwołujący opiera na ocenie wyjaśnień tych wykonawców, które jako lakoniczne w żaden sposób nie dowodzą, iż oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny. To na wykonawcach, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy spoczywał ciężar udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie z jednolitą linią orzeczniczą niewystarczające jest złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lakonicznych, czy też ogólnikowych, które nie mogą być uznane za dowodzące braku rażąco niskiej ceny, a nawet nie można uznać ich w ogóle za złożone.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie Venessa (sygn. akt KIO 231/16) uwzględnił w całości zarzuty dotyczące oceny oferty EQOS, w których Odwołujący wskazywał na dodatkowe przesłanki do odrzucenia oferty EQOS oraz wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, a w odpowiedzi na odwołanie EQOS (sygn. akt KIO 209/16) wniósł o jego oddalenie. Zamawiający po zapoznaniu się z odwołaniami uznał, iż czynność oceny oferty EQOS nie była przeprowadzona w sposób kompleksowy i w dniu 24 lutego 2016 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności oceny ofert złożonych na część III przedmiotu zamówienia, w tym decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty EQOS. Zamawiający w tym samym dniu skierował do wykonawcy EQOS wezwanie do uzupełnienia dokumentów w celu oceny, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a w dniu 26 lutego 2016 r. otrzymał wyjaśnienia wraz z dokumentami.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 231/16 skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca EQOS, który na posiedzeniu Izby złożył ustnie do protokołu postępowania sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów z odwołania Venessa. W związku z powyższym odwołanie na podstawie art. 186 ust. 4 Ustawy podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 29 lutego 2016 r. uznała, iż nie występują przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne podnoszonych zarzutów i skierowała oba odwołania na rozprawę.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności wyjaśnień EQOS z dnia 19.01.2016 r., treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty EQOS Izba ustaliła stan rzeczy stanowiący podstawę do rozstrzygnięcia o zasadności podniesionych zarzutów.

W obu odwołaniach skarżona była czynność oceny oferty EQOS zakończona decyzją o jej odrzuceniu (pismo z dnia 26.01.2016 r.), jednak z zarzutów naruszenia przepisów Ustawy obaj wykonawcy wywodzili odmienne wnioski i formułowali różne żądania. W odwołaniu EQOS kwestionował zasadność uznania przez Zamawiającego, iż składając wyjaśnienia dokonał on niedozwolonej zmiany treści oferty, co czynić miało ofertę niezgodną

z Ustawą i żądał unieważnienia decyzji o odrzuceniu swojej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy. Natomiast w odwołaniu Venessa wskazywała na dodatkową, pominiętą przez Zamawiającego podstawę do odrzucenia oferty EQOS, jako zawierającą rażąco niską cenę oraz podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i takie żądania formułował. Dodatkowo odwołanie Venessa dotyczyło oceny oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania – Konsorcjum KB, jako oferty podlegającej odrzuceniu z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze zakres zaskarżenia czynności oceny oferty EQOS, okoliczności faktyczne stanowiące podstawę formułowanych zarzutów wynikały z treści oferty oraz wyjaśnień wykonawcy złożonych w piśmie z dnia 19.01.2016 r. i w oparciu do te dokumenty Izba była uprawniona do zweryfikowania prawidłowości oceny oferty pod kątem ustalenia wpływu wyjaśnień dotyczących stawki roboczo-godziny na ważność oferty, wystąpienia podstawy do uznania oferty za rażąco niską oraz oceny dokumentów złożonych w ofercie mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału kadrowego oraz sytuacji finansowej.

Izba mając na uwadze art. 191 ust. 2 Ustawy dokonała oceny czynności Zamawiającego, uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Przepis Ustawy nie zawierają dalszego wyjaśnienia pojęcia „stan rzeczy ustalony w toku postępowania”, a jego wykładni poszukiwać należy w orzecznictwie. Izba uwzględniła w tym zakresie stanowisko, jakie zajął Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 08.01.2014 r., sygn. X Ga 652/13, wydanym na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.09.2013 r., sygn. akt KIO 2159/13. Sąd zwrócił uwagę na odmienne znaczenie użytego przez ustawodawcę zwrotu, którego nie należy utożsamiać z określeniem „stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy” użytym w art. 316 § 1 k.p.c. *Stan rzeczy określony w p.z.p. jest węższym pojęciem i dotyczy jedynie samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem, jak słusznie wskazał skarżący, podstawą do ewentualnego uwzględnienia odwołania przez Izbę na podstawie art. 192 ust. 2 p.z.p. mógł być jedynie materiał dowodowy zgromadzony podczas trwania postępowania odwoławczego. Izba błędnie uznała, że okoliczności nie znane zamawiającemu w momencie dokonywania czynności związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty, w szczególności – w momencie ustalenia, czy zaistniał obowiązek zwrócenia się do wykonawcy lub wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie przewidzianym przez art. 90 ust. 1 p.z.p., a które zostały ujawnione dopiero w toku postępowania odwoławczego przed KIO, mogą, a nawet powinny być brane pod uwagę przy ocenie prawidłowości postępowania zamawiającego. Izba przy ocenie czy doszło w toku postępowania o udzielenie zamówienia do naruszenia przepisów ustawy p.z.p., poprzez*

dokonanie przez zamawiającego określonych czynności lub zaniechania czynności do których jest on zobowiązany na podstawie ustawy p.z.p., powinna brać pod uwagę stan rzeczy z chwili dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej(...). wystąpienie dodatkowych okoliczności, tu oświadczenie wybranego wykonawcy, iż nie oszacował on swojej oferty, po dokonaniu oceny przez zamawiającego, nie może mieć wpływu na ocenę prawidłowości czynności zamawiającego już dokonanych. (...). Izba nieprawidłowo zarzuciła zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy p.z.p. biorąc pod uwagę stan rzeczy, który istniał w czasie wydania rozstrzygnięcia, a nie w czasie dokonania lub zaniechania czynności zamawiającego. Zadaniem Izby zgodnie z art. 172 ust. 1 w związku z art. 192 ust. 2 p.z.p. w związku z art. 180 ust. 1 p.z.p. nie jest ustalenie prawdy obiektywnej, lecz ocena czynności zamawiającego, zatem powinna ona brać pod uwagę stan rzeczy z momentu ich dokonania.

Przenosząc powyższe na stan sprawy istniejący w momencie podejmowania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty EQOS, Izba uznała, iż nie miały na niego wpływu dokumenty uzupełnione przez EQOS w dniu 26.02.2016 r., których Zamawiający nie mógł wziąć pod uwagę przy czynnościach podjętych w postępowaniu w dniu 10.02.2016 r., a zatem nie miały one znaczenia dla ustalenia, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów Ustawy dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej na część III przedmiotu zamówienia z pominięciem oferty EQOS.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie EQOS wnosząc o jego oddalenie wskazywał na konieczność uwzględnienia przy orzekaniu okoliczności, która wystąpiła już po wniesieniu odwołania, tj. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wskazując jako podstawę przepis art. 191 ust. 2 Ustawy, zgodnie z którym Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (a nie istniejący w dniu wniesienia odwołania). Zdaniem Zamawiającego, w świetle tych działań, naruszenia przepisów Ustawy nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania.

Dla rozpoznania obu odwołań koniecznym było zatem ustalenie znaczenia czynności z dnia 24.02.2016 r. - unieważnienia czynności oceny oferty EQOS, w stosunku do której w odwołaniach formułowane były zarzuty naruszenia przepisów Ustawy. W ocenie Izby, „stan rzeczy ustalony w toku postępowania”, należy odnieść do okoliczności w jakich zamawiający podejmował skarżoną czynność (tu oceny oferty EQOS – jej odrzucenia), ustalonych w toku postępowania odwoławczego na podstawie dokumentów powołanych przez strony, tj. materiału dowodowego, oraz stanowisk stron. Stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego ma na celu określenie, czy w świetle znanych zamawiającemu okoliczności (zasadniczo wynikających z dokumentów złożonych w ofercie lub uzupełnionych na wezwanie zamawiającego przed podjęciem czynności) decyzja, jaką podjął była prawidłowa,

tj. nie naruszała przepisów Ustawy. Ustalenia Izby powinny zatem być ograniczone do dokumentów i okoliczności istniejących w momencie podejmowania przez zamawiającego skarżonej czynności, z pominięciem, zgromadzonych, czy to przez zamawiającego, czy też wykonawcę już po podjęciu skarżonej czynności, dokumentów i wyjaśnień. Ustalenie stanu rzeczy związane jest zatem z ustaleniem okoliczności faktycznych, w jakich zamawiający podejmował czynności w postępowaniu i nie odnosi się do stanu rzeczy istniejącego w chwili zamknięcia rozprawy. Zatem ewentualne późniejsze działania wykonawcy, czy też zamawiającego, w zasadzie pozostają bez wpływu na „stan rzeczy ustalony w toku postępowania”. Przy takim rozumieniu art. 191 ust. 2 Ustawy, decyzja o unieważnieniu czynności oceny oferty EQOS, od której wniesione zostały odwołania, nie ma wpływu na ocenę, czy unieważniona czynność naruszała przepisy Ustawy. Odmiennym zagadnieniem jest natomiast ustalenie, czy unieważnienie skarżonej czynności przed zamknięciem rozprawy, może mieć znaczenie na rozstrzygnięcie Izby w kontekście art. 192 ust. 2 Ustawy wskazującego, jako podstawę dla uwzględnienia odwołania, stwierdzenie naruszenia przepisów Ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe ustalenia na względzie Izba ustaliła i zważyła.

A.) Odwołanie EQOS – sygn. akt KIO 209/16.

Zasadniczo zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy dotyczą zasadności przyjęcia przez Zamawiającego, iż wyjaśnienia jakich udzielił wykonawca EQOS w dniu 19.01.2016 r., prowadziły do niedozwolonej zmiany oferty w zakresie stawki roboczogodziny, co miało uzasadniać przyjęcie, że oferta jest niezgodna z Ustawą. Dodatkowo Odwołujący wskazywał, w przypadku uznania przez Izbę, iż oferta była niezgodna z siwz w tym elemencie, na podstawę do poprawienia stawki roboczogodziny na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Zamawiający poprzez wprowadzenie w błąd Odwołującego co do ustalenia, że oferta nie odpowiada siwz, naruszyć miał zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Ustawy).

Wykonawca EQOS w formularzu ofertowym w pkt 4 wskazał stawkę roboczogodziny – 35 zł. Stawka ta zawierać miała wycenę kosztów usuwania awarii lub uszkodzeń spowodowanych okolicznościami o charakterze siły wyższej jak też działaniami osób trzecich, w tym będących wynikiem aktów wandalizmu oraz wypadków (§ 19 wzoru umowy). Zamawiający jedynie we wzorze umowy określił wytyczne dla wykonawcy, co do sposobu ustalenia stawki wskazując, że *zastosowana przy wycenach stawka roboczogodziny musi być zgodna ze średnimi stawkami przedstawionymi w zeszytach Sekocenbud*. Wskazana w ofercie stawka

roboczogodziny stanowić miała podstawę rozliczenia kosztów napraw i uwzględniana ma być w kosztorysach napraw, które każdorazowo mają podlegać weryfikacji i akceptacji ze strony Zamawiającego (§ 9 ust. 3 wzoru umowy).

Zamawiający w piśmie z dnia 14.01.2016 r. wezwał EQOS do wyjaśnienia oświadczenia co o wysokości przyjętej do celów kosztorysowania stawki za roboczogodzinę w wysokości 35 zł. Zamawiający w wezwaniu wskazał na średnią Sekocenbudu z IV kwartał na terenie m.st. Warszawy, która kształtowała się w przedziale netto 14,50 zł – 24 zł.

W odpowiedzi na to wezwanie EQOS w piśmie z dnia 19.01.2016 r. w pkt 4 wyjaśnił, że *stawki stosowane do kosztorysowanie będą zgodne ze średnią Sekocenbud za IV kwartał obowiązujące na terenie m.st. Warszawy. Oświadczamy, że do celów kosztorysowania będziemy stosować następujące stawki: - Stawka roboczogodziny – 23 zł.*

Zamawiający odrzucił ofertę EQOS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy z uwagi na dokonaną zmianę treści oferty – wysokości stawki roboczogodziny.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, iż w dniu 24 lutego 2016 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej na część 3 przedmiotu zamówienia oraz unieważnieniu zaskarżonej czynności odrzucenia oferty EQOS. Zamawiający stwierdził, iż zachodzi konieczność formalnego powtórzenia czynności badania tej oferty oraz wystąpienia do wykonawcy z wezwaniem do przedłożenia wyjaśnień i uzupełnień, w celu ponownej oceny oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający w piśmie procesowym przyznał, iż możliwe było poprawienie oferty wykonawcy EQOS w zakresie podanej stawki roboczogodziny kosztorysowej z 35 zł na 21,875 zł, jako omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, pod warunkiem wyrażenia zgody przez wykonawcę. Ponadto na rozprawie Zamawiający wskazywał, iż wykonawcy mogli ustalić średnią stawkę roboczogodziny na podstawie zeszytu Sekocenbud publikowanego w listopadzie 2015 r. za IV kwartał 2015 r.

Mając na uwadze poczynione powyżej ustalenia Izba uznała, iż okoliczności jakie występowały w sprawie nie uzasadniały odrzucenia oferty EQOS, jako niezgodnej z Ustawą i na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy odwołanie uwzględniła.

Odnosząc się do stanu rzeczy istotnego z punktu widzenia oceny czynności Zamawiającego należy zauważyć, iż zasady ustalenia stawki roboczogodziny wynikające z wzoru umowy nie precyzowały, w stopniu, w jaki uczynił to Zamawiający w wezwaniu z dnia 14.01.2016 r., obowiązku uwzględnienia średniej stawki roboczogodziny publikowanej w zeszycie Sekocenbud za IV kwartał dla obszaru m. st. Warszawy. Wyjaśnienia Zamawiającego złożone na rozprawie w których odwoływał się do zeszytu publikowanego w 2015 r. (za IV kwartał 2015 r.) pozostawały zatem w sprzeczności z treścią siwz. Izba uznała,

iż sprecyzowanie dopiero na etapie oceny oferty zapisów siwz nie mogło skutecznie tworzyć nowej podstawy do oceny oferty EQOS i jej odrzucenia. Przy braku wyraźnej dyspozycji zapisów siwz uwzględnienia średniej stawki, jaka wynikać miała z danych Sekocenbud za IV kwartał 2015 r. dla m.st. Warszawy, wskazana w ofercie stawka 35 zł., nie świadczyła o niezgodności oferty z siwz, a taka sugestia mogła wynikać z wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, które wywołało u wykonawcy błędne przekonanie o możliwości uznania jego oferty za niegodną z siwz. W ocenie Izby, złożone w wyjaśnieniach oświadczenie dotyczące niższej wysokości stawki roboczogodziny, niż wskazana w formularzu oferty, nie wpływało na ocenę oferty, jako zgodnej z Ustawą, a tym samym decyzja o jej odrzuceniu nie mogła być oceniona jako prawidłowa. Zamawiający wywiódł błędne wnioski co do ważności oferty z faktu złożenia w wyjaśnieniach oświadczenia zmieniającego wysokość stawki wskazanej w ofercie. W ocenie Izby, oświadczenie wykonawcy złożone w ofercie nie stało w sprzeczności z zobowiązaniem się wykonawcy do stosowania stawki zgodnej ze średnimi stawkami przedstawionymi w zeszytach Sekocenbud. Ponieważ siwz nie była precyzyjna w określeniu, do którego z zeszytów wykonawca miał się zastosować, to przy ocenie oferty wskazana stawka roboczogodziny nie mogła wpływać negatywnie na ocenę oferty (Zamawiający nie mógł zweryfikować zgodności tej stawki konkretnym zeszytem). Konsekwencje niedopatrzeń Zamawiającego popełnione na etapie ustalania zasad kosztorysowania dodatkowych prac nie mogły zatem obciążać wykonawców, którzy przygotowując ofertę stosowali się do postanowień siwz, odwołujących się do bliżej nieokreślonej wartości średniej stawki roboczogodziny według Sekocenbud, nie wykluczając również stawek jakie będą występować w okresie świadczenia usługi. Istotną okolicznością było również to, iż stawka roboczogodziny nie wpływała na ocenę oferty według ustalonych kryteriów oceny i dotyczyła wyłącznie możliwych zdarzeń losowych, niepewnych, rozliczanych odrębnie od zasadniczego przedmiotu świadczenia. Ponadto Zamawiający nie zaprzeczył oświadczeniu wykonawcy, iż stawka jaką podał odpowiadała wysokości średniej stawki wg Sekocenbud dla województwa mazowieckiego za IV kwartał 2015 r. Powyższe okoliczności skłaniały do przyjęcia, iż oświadczenie złożone w wyjaśnieniach z dnia 19.01.2015 r., o zmianie stawki roboczogodziny nie wskazywało na niezgodność oferty z siwz i nie prowadziło do zmiany treści oferty. Jediną przewidzianą w Ustawie możliwość zmiany oferty po jej otwarciu przewiduje przepis art. 87 ust. 2 Ustawy, który wymaga podjęcia przez Zamawiającego formalnych czynności, na które wykonawca musi wyrazić zgodę. W ocenie Izby, oświadczenie EQOS złożone w wyjaśnieniach nie mogło wywoływać skutku w postaci zmiany oświadczenia złożonego w ofercie, którym wykonawca pozostaje związany w okresie wskazanym przez Zamawiającego. Mogło ono natomiast wskazywać na ewentualną podstawę do poprawienia treści oferty, gdyby przyjąć, iż stawka 35 zł jest niezgodna z siwz, a jej zmiana nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty. Izba pominęła

przy rozstrzygnięciu wskazaną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie zapowiedź możliwości dokonania poprawienia omyłki, jak również deklarację samego wykonawcy, co do zgody na poprawienie omyłki zawartą w wyjaśnieniach z 26.02.106 r., które wykraczały poza stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż procedura poprawienia treści oferty, jako niezgodnej z istotnymi warunkami zamówienia wymagałaby przyjęcia, iż wskazana stawka roboczogodziny w wysokości 35 zł, pozostaje w sprzeczności z jednoznacznymi wymaganiami Zamawiającego, a do takiej oceny nie uprawniają przywołane zapisy wzoru umowy.

Uwzględniając powyższe izba uznała, iż czynność odrzucenia oferty EQOS dokonana w dniu 10 lutego 2016 r. naruszała przepisy Ustawy, tj. art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 7 Ustawy.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Ustawy *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*. Na tle przedmiotowej sprawy powstało zagadnienie prawne wymagające udzielenia odpowiedzi, czy unieważnienie czynności przez Zamawiającego, wobec której wniesione zostało odwołanie, przed wydaniem orzeczenia przez Izbę powoduje, iż naruszenie do jakiego dopuścił się Zamawiający pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Dla rozstrzygnięcia tej kwestii Izba przyjęła, iż wynik postępowania, o którym mowa w przepisie stanowi pożądane, tj. mające oparcie w ustalonych zasadach, rozstrzygnięcie będące następstwem prawidłowo przeprowadzonych przez zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Koncepcja wyniku postępowania przyjęta przez Izbę odnosi się do zgodnego z Ustawą zakończenia postępowania, a nie wyniku obarczonego wadą. W ocenie składu orzekającego taki sposób rozumienia normy zawartej w art. 192 ust. 2 Ustawy umożliwia uwzględnienie odwołania jedynie w sytuacji, gdy stwierdzone naruszenie przepisów Ustawy uniemożliwia prawidłowe ustalenie wyniku postępowania, i wskazuje na konieczność korekty czynności podjętych w postępowaniu poprzez, np. ich unieważnienia lub przeprowadzenia czynności zaniechanych, a koniecznych dla poprawnej oceny ofert. Jeżeli bowiem naruszenie przepisów Ustawy, do jakich dopuściłby się zamawiający w toku postępowania ostatecznie nie doprowadziło do błędnego ustalenia wyniku, np. zamawiający bezpodstawnie wezwał do uzupełnienia dokumentów, których nie żądał w ogłoszeniu, ale nie wykluczył na tej podstawie żadnego z wykonawców który nie uzupełnił tych dokumentów, to naruszenie art. 26 ust. 3 Ustawy, do jakiego dopuściłby się w takiej sytuacji zamawiający, nie wymagałoby korekty w celu ustalenia prawidłowego wyniku postępowania.

Przenosząc te rozważania na stan faktyczny w niniejszej sprawie należało uznać, iż dokonana przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania, a przed wydaniem orzeczenia przez Izbę, czynność unieważnienia oceny oferty EQOS, wobec której formułowane były

słuszne zastrzeżenia, nie przesądzała o braku wpływu naruszenia przepisów Ustawy na wynik postępowania. W ocenie Izby, nowe czynności podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu po wniesieniu odwołania, nienaruszające zakazu, o jakim mowa w art. 183 ust 1 Ustawy (zakaz zawarcia umowy), nie przesądzały jeszcze o wyniku tego postępowania, który zostanie dopiero ustalony przez Zamawiającego po zakończeniu oceny oferty EQOS. Faktycznie, na skutek unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części III przedmiotu zamówienia oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty EQOS, Zamawiający cofnął się do etapu badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, co zostało poprzedzone negatywną oceną wcześniejszych czynności przez samego Zamawiającego. Powyższe wskazuje, że koniecznym w postępowaniu stało się przeprowadzenie czynności z uwzględnieniem oferty EQOS, które pozwolą na ustalenie prawidłowego wyniku postępowania. Należy zauważyć, iż Izba orzekając w procedurze odwoławczej nie jest władna do tego, aby ustalić za zamawiającego prawidłowy wynik postępowania, a jej kompetencje ograniczają się wyłącznie do oceny czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie podniesionych zarzutów. Ponieważ na etapie rozstrzygnięcia o zasadności odwołania wynik postępowania nie został przez Zamawiającego ustalony (postępowanie ponownie wróciło do etapu weryfikacji ofert niepodlegających odrzuceniu), nie było możliwym stwierdzenie, że naruszenie do jakiego Zamawiający dopuścił się przy pierwszej ocenie oferty EQOS, nie będzie miało istotnego wpływu na przyszły wynik postępowania. Istotną dla tej oceny pozostaje okoliczność, iż poza podstawą odrzucenia oferty EQOS, wskazaną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 10.02.2016 r., zachodzić mogą w stosunku do tej oferty również inne przesłanki prowadzące bądź do odrzucenia oferty, bądź do wykluczenia wykonawcy z postępowania (podniesione w odwołaniu Venessa). W przypadku prawidłowego uznania przez Zamawiającego (po zakończeniu czynności badania i oceny ofert), iż oferta EQOS podlega odrzuceniu (np. jako zawierająca rażąco niską cenę), albo stwierdzeniu, że wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu (po wyczerpaniu procedury z art. 26 ust. 3 Ustawy), pozwalałoby to na przyjęcie, że naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy rzeczywiście nie miałoby wpływu na wynik postępowania, gdyż oferta ta niezależnie od stwierdzonego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy, nie byłaby brana pod uwagę przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Na obecnym etapie czynności podjętych w postępowaniu, zmierzających do ustalenia wyniku postępowania, z udziałem oferty EQOS, Izba nie może przyjąć, iż naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy (w związku z unieważnieniem czynności odrzucenia oferty EQOS) nie może mieć wpływu na wynik postępowania, a tylko na tej podstawie odwołanie mogłoby być oddalone w oparciu o art. 192 ust. 2 Ustawy (wnioskowanie *a contrario*). Skoro efektem zaskarżonej czynności jest przywrócenie do oceny oferty pierwotnie odrzuconej, to naruszenie do jakiego dopuścił się Zamawiający mogło mieć wpływ

na wynik postępowania chociażby z tej przyczyny, iż zachodziła potrzeba powtórzenia czynności oceny ofert z udziałem oferty EQOS. Nie można wykluczyć również tej sytuacji, iż Zamawiający uwzględniając kolejne wyjaśnienia lub nowe okoliczności, jakie wynikną w sprawie w toku dalszych czynności w postępowaniu uzna ponownie, że oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy w związku ze stawką roboczogodziny – 35 zł. Wówczas, w świetle art. 189 ust.2 pkt 4 Ustawy wykonawca mógłby mieć utrudnione dochodzenie swoich praw w drodze odwołania opartego na zarzucie, co do którego Izba już orzekła w niniejszym wyroku.

W związku z powyższym Izba uznała, iż w sprawie KIO 209/16 ziszcza się podstawa z art. 192 ust. 2 do uwzględnienia odwołania. Izba uwzględniając odwołanie nie nakazała unieważnienia czynności z dnia 10.02.2016 r., wyboru oferty najkorzystniejszej na część III przedmiotu zamówienia oraz unieważnienia odrzucenia oferty EQOS, które Zamawiający unieważnił w dniu 24.02.2016 r. i przystąpił do ponownej oceny oferty EQOS. Rozstrzygając o kosztach Izba uwzględniła rachunki złożone przez Odwołującego przed rozprawą, ograniczając wysokość wynagrodzenia pełnomocnika do kwoty 3600,00 zł oraz dzieląc koszty dojazdu i noclegu na dwie sprawy odwoławcze połączone do wspólnego rozpoznania, gdyż spraw z odwołania Veness rozpoznana została w związku ze sprzeciwem EQOS wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów.

B) Odwołanie Venessa Sp. z o.o. Sp. k. (sygn. akt KIO 231/16).

Zarzuty jakie podnosił Odwołujący związane były z brakiem uwzględnienia przez Zamawiającego wszystkich okoliczności, jakie wpływały na ocenę ofert EQOS oraz Konsorcjum KB, a które powinny uzasadniać wykluczenie z postępowania wykonawcy EQOS na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy oraz odrzucenie obu ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Ustawy.

Zamawiający po wniesieniu odwołania uznał, iż czynność oceny oferty EQOS wymaga powtórzenia i unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dla części III przedmiotu zamówienia oraz unieważnił czynność odrzucenia oferty EQOS. Jednocześnie Zamawiający wystąpił do EQOS w piśmie z dnia 24.02.2016 r. o uzupełnienie dokumentów (potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia, zdolności ekonomiczno-finansowej oraz wykazania potencjału kadrowego) oraz o złożenie dodatkowych wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający w piśmie z dnia 24.02.2016 r. nie unieważnił czynności wykluczenia Konsorcjum KB z postępowania, które nie wniosło odwołania, jak również nie przystąpiło do postępowania odwoławczego po

stronie Zamawiającego, w celu odparcia nowych zarzutów skierowanych wobec jego oferty w odwołaniu Venessa.

Przystępując do rozstrzygnięcia Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy Odwołujący ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy. W ocenie Izby taki interes istniał w momencie wnoszenia środka ochrony prawnej, gdyż wykonawca nie mógł mieć pewności, czy wynik postępowania, w tym decyzja o odrzuceniu dwóch konkurencyjnych ofert nie ulegnie zmianie (stanie się ostateczna). Odwołanie zmierzało do wykazania dodatkowych okoliczności, pominiętych przez Zamawiającego, a które mogły zdecydować o utrzymaniu korzystnego dla tego wykonawcy wyniku postępowania. W sytuacji gdyby któryś z wykonawców wniósł swoje odwołanie (co nastąpiło), to okoliczności podniesione przez Venessa mogły prowadzić do stwierdzenia, iż wynik postępowania nie powinien ulec zmianie pomimo stwierdzenia naruszeń wskazywanych przez tego wykonawcę. Ponieważ odwołanie Venessa oraz odwołanie EQOS dotyczyły tej samej czynności Izba zobowiązana byłaby uwzględnić stan sprawy ustalony w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania, tak aby łączne orzeczenie było spójne.

Mając na uwadze stan sprawy ustalony w postępowaniu w odniesieniu do oceny oferty Konsorcjum KB, która została skutecznie przez Zamawiającego odrzucona w dniu 10.02.2016 r. (wykonawca wykluczony nie wniósł odwołania), niezależnie od oceny wyjaśnień, jakie złożył ten wykonawca w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w piśmie z dnia 19.01.2016 r., ewentualne naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania, gdyż oferta Konsorcjum KB uznana za odrzuconą nie mogła być brana pod uwagę przy ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej na część III przedmiotu zamówienia, które to czynności Zamawiający zamierza powtórzyć, ale z pominięciem oferty Konsorcjum KB. Uwzględnienie odwołania Venessa nie prowadziłyby zatem do unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Konsorcjum KB z przyczyn wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z 10.02.2016 r., a tym samym ewentualne uchybienie przez Zamawiającego normie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy przez jej niezastosowanie w stosunku do oferty zawierającej rażąco niską cenę, nie miałyby istotnego wpływu na wynik postępowania. Tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy Izba nie miałaby podstaw do uwzględnienia odwołania. W tych okolicznościach Izba odstąpiła od oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum KB.

Odnosząc się do oceny oferty EQOS podstawę rozstrzygnięcia stanowić mógł stan rzeczy ustalony w postępowaniu na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawcę w ofercie oraz wyjaśnieniach z 19.01.2016 r. Uwzględniając wskazane na wstępie rozważań Izby wytyczne zawarte w przytoczonym fragmencie uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w

Poznaniu z dnia 08.01.2014 r., sygn. X Ga 652/13, Izba uznała, iż dla oceny, czy Zamawiający miał dopuścić się naruszenia przepisów Ustawy, nie mogły mieć znaczenia dokumenty uzupełnione przez EQOS w dniu 26.02.2016 r., czyli już po czynności Zamawiającego z 10.02.2016 r. Rozstrzygnięcie Izby sprowadzało się do oceny, czy w świetle złożonych w ofercie dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wyjaśnień złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny nie zachodziły podstawy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy i czy oferta EQOS nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy.

Mając na uwadze zakres zarzutów, w tym podniesiony z ostrożności zarzut zaniechania wezwania EQOS do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu Izba w pierwszej kolejności odniosła się do zarzutu zaniechania odrzucenie oferty EQOS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Ustawy. Gdyby bowiem zarzut ten okazał się zasadnym to niemożliwym byłoby nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, jeżeli stanowisko Odwołującego co do dokumentów złożonych w ofercie Izba uznałaby za słuszne.

Odwołujący zasadniczo argumentację opierał na wykazaniu, iż wyjaśnienia jakie złożył EQOS w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy nie były wystarczające do uznania, iż wykonawca udowodnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

EQOS zaoferował cenę oferty brutto w wysokości 4.453.707,14 zł.

Zgodnie z pkt 12.6 siwz cenę ogólną brutto należało wyliczyć według wzoru

$$[(C_{jw} \times L_w + C_{jj} \times L_j) \times M] + PK, \text{ gdzie}$$

C_{jw} – stanowi koszt konserwacji 1 latarni wielokomorowej (koszt podstawowej jednostki rozliczeniowej za 1 dzień konserwacji)

$C_{jj} = C_{jw} \times 0,5$ – koszt konserwacji 1 latarni jednokomorowej (koszt podstawowej jednostki rozliczeniowej za 1 dzień konserwacji ze współczynnikiem 0,5)

L_w – liczba latarni wielokomorowych podlegających konserwacji (zgodnie z zał. Nr 1 do specyfikacji technicznej)

L_j – liczba latarni jednokomorowych podlegających konserwacji (zgodnie z zał. nr 1 do specyfikacji technicznej)

M – ilość dni kontraktu

Pk – średni koszt oprogramowań dla okresu realizacji kontraktu.

Zgodnie z pkt 16.2 Zamawiający określił kryteria oceny ofert, jakimi kierować miał się przy wyborze oferty najkorzystniejszej, które odnosiły się do kosztów, stanowiących część składową ceny ogólnej oferty brutto, tj. kosztu konserwacji dla danego obszaru (waga 84%),

kosztu przeprogramowania sterowników: do 8 grup programowych (waga 3%); od 8 do 24 grup programowych (waga 7%); powyżej 24 grup programowych (waga 6%).

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia dla obszaru III na kwotę 9.038.718,69 zł. netto (pkt 2 protokołu ZP-PN) oraz podał przy otwarciu ofert, kwotę 10.863.692,69 zł., którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w obszarze III.

Na część 3 – obszar III złożone zostały trzy oferty:

- oferta Venessa Sp. z o.o., Sp. k. (cena brutto: 5.603.296,06 zł, w tym: koszt podstawowej jednostki rozliczeniowej 0,95 zł, a ze współczynnikiem 0,5 – 0,47 zł oraz koszty przeprogramowania: 98,40 zł – do 8 grup; 123,00 – od 8 do 24 grup; 147,60 zł – powyżej 24 grup; średni koszt przeprogramowania – 123,00 zł);

- oferta EQOS Energie Polska Sp. z o.o. (cena brutto: 4.453.707,14 zł, w tym: koszt podstawowej jednostki rozliczeniowej 0,73 zł, a ze współczynnikiem 0,5 – 0,37 zł oraz koszty przeprogramowania: 1.845,00 zł – do 8 grup; 2.900,00 – od 8 do 24 grup; 2.700,00 zł – powyżej 24 grup; średni koszt przeprogramowania – 2.481,67 zł);

- oferta Konsorcjum KB Consulting, Nauka i Technika Sp. z o.o. (cena brutto: 4.361.332,75 zł, w tym: koszt podstawowej jednostki rozliczeniowej 0,74 zł, a ze współczynnikiem 0,5 – 0,37 zł oraz koszty przeprogramowania: 150,00 zł – do 8 grup; 300,00 – od 8 do 24 grup; 450,00 zł – powyżej 24 grup; średni koszt przeprogramowania – 300,00 zł)

Zamawiający wzywając wykonawcę w piśmie z dnia 14.01.2016 r. do złożenia wyjaśnień, poza przywołaniem brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1 Ustawy wskazał w zakresie części 3 – obszar III, iż *wyjaśnienia powinny dotyczyć ceny ofertowej*. Wykonawca w odpowiedzi, w piśmie z dnia 19.01.2016 r., w pkt 5 odniósł się do ceny całkowitej danej części zamówienia (wynoszącej 4.453.707,14 zł), prezentując okoliczności, które pozwalają na zmniejszenie kosztów związanych z realizacją zamówienia. Wyjaśnienia miały charakter opisowy, nie zawierały szczegółowego wyliczenia wpływu danych okoliczności na poziom kosztów, które wykonawca miał uwzględnić w kosztorysie ofertowym, a którego nie załączył, gdyż nie był on wymagany w ofercie, jak również w wezwaniu Zamawiający o taki kosztorys do wykonawcy się nie zwrócił.

Mając na uwadze dokonane powyżej ustalenia Izba uznała, iż ocena wyjaśnień EQOS z dnia 19.01.2016 r. złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny nie dawał podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy.

Oceniając, czy Zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty w oparciu o złożone wyjaśnienia, Izba uznała, iż decyzja ta nie byłaby prawidłową przede wszystkim z tego powodu, iż w wezwaniu Zamawiający w żaden sposób nie sprecyzował dlaczego cena

zapropozowana przez EQOS budzi wątpliwości, co w niniejszej sprawie jest o tyle istotnym, że na cenę oferty składała się wycena kosztów kilku elementów, tj. kosztu podstawowej jednostki rozliczeniowej (za 1 dzień konserwacji oraz ze współczynnikiem 0,5 za 1 dzień konserwacji), oraz kosztu przeprogramowania (do 8 grup, od 8 do 24 grup oraz powyżej 24 grup), stanowiących jednocześnie kryterium oceny ofert. Podjęta w tych okolicznościach decyzja o odrzuceniu oferty mogłaby zaskakiwać wykonawcę, który nie miał możliwości na etapie składanych wyjaśnień wykazania rzetelności kalkulacji w stopniu satysfakcjonującym Zamawiającego, co przede wszystkim było spowodowane zakresem wezwania z dnia 14.01.2016 r. W oparciu o treść wezwania nie było możliwym wskazanie, wycena którego z elementów kalkulacyjnych budziła uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. Z samego faktu, iż Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, nie sposób wywodzić dowodu na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. Aby taki skutek mógł powstać, koniecznym jest przede wszystkim zapewnienie wykonawcy możliwości realnego wykazania, iż możliwym jest wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę, co wymaga od Zamawiającego wskazania przyczyn dla których cena budzi jego wątpliwości oraz sprecyzowania jakich informacji oczekuje. W ocenie Izby, procedura wyjaśnienia treści oferty nie może być traktowana jako narzędzie do uzyskiwania nowych dokumentów (nie żądanych od innych wykonawców) i jak każda czynność Zamawiającego podejmowana w postępowaniu powinna być przejrzysta i czytelna dla wykonawców. Jeżeli Zamawiający nie wskaże jakich informacji oczekuje, czy też które z elementów kalkulacyjnych budzą jego zastrzeżenia, to wykonawca może nie sprostać oczekiwaniom i narazić się na zarzut złożenia lakonicznych, czy też ogólnikowych wyjaśnień. Należy zauważyć, iż przepis art. 90 ust. 1 Ustawy nie określa, ani elementów, które powinno zawierać pytanie, ani elementów, które powinna zawierać udzielona w tym trybie odpowiedź. Zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa pytanie skierowane do wykonawcy powinno wskazywać elementy oferty, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień, przy czym mogą to być wyłącznie elementy, które mają wpływ na wysokość ceny. Ustawa nie wskazuje formy, w jakiej winny być złożone dokumenty potwierdzające wyjaśnienia, jeśli wykonawca zdecyduje się je załączyć. Ciężar dowodu spoczywa na zamawiający ale nie w zakresie wykazania, że oferta konkretnego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, ale w zakresie wykazania prawidłowości oceny wyjaśnień wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 06.02.2014 r., sygn. akt V Ca 3600/13). Izba w całości przychyliła się do stanowiska prezentowanego w orzecznictwie, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów czy usług za symboliczną kwotę. Jeżeli jednym z kryteriów wyboru oferty jest cena, nie sposób oczekiwać

od zamawiającego, by wybrał ofertę o wiele droższą, jeśli istnieje możliwość sfinansowania zamówienia za cenę niższą. Nie można zapominać, że głównym celem ustawy jest zapewnienie prawidłowości wydawania środków publicznych (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 16.04.2013 r., sygn. akt V Ca 2142/12).

Zasadniczo zarzut zaniechania odrzucenia oferty EQOS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Odwoływający opierał na ocenie wyjaśnień jako niedostatecznych oraz braku możliwości wystąpienia przez Zamawiającego z ponownym wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odnośnie oceny wyjaśnień złożonych w piśmie z dnia 19.01.2016 r. stanowisko Izby zawarte powyżej można podsumować stwierdzeniem, iż wyjaśnienia te nie mogły stanowić podstawy do odrzucenia oferty, a przy braku informacji, które z elementów kalkulacyjnych budziły wątpliwości Zamawiającego Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, iż takowe nadal występowały w odniesieniu do tej oferty. Odnosząc się do drugiej kwestii, Izba nie przychyliła się do stanowiska Odwoływającego, iż przepisy Ustawy zakazują Zamawiającemu ponownego zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie mające na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. W tym zakresie Izba w całości podziela opinię Urzędu Zamówień Publicznych opublikowaną w 2015 r., w której uwzględniając normę z art. 55 ust. 2 dyrektywy klasycznej uznaje się, iż *działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny” nie mogą się ograniczać do jednorazowej czynności, tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione już w złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości. (...). Reasumując, w celu podjęcia decyzji co do braku bądź istnienia podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, zamawiający powinien umożliwić wykonawcy wyjaśnienie wszystkich wątpliwości, jakie powziął w związku z zaproponowaną przez wykonawcę ceną, a także ze złożonymi przez wykonawcę wyjaśnieniami. Celem przepisu nakładającego obowiązek żądania wyjaśnień jest ochrona wykonawcy przed arbitralnością decyzji podejmowanych przez zamawiającego. Stąd też, zamawiający mając nadal, po złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień, wątpliwości co do okoliczności uzasadniających zaoferowaną przez wykonawcę cenę, może żądać od wykonawcy dalszych wyjaśnień. Jest to szczególnie uzasadnione w sytuacji, gdy zamawiający nie wyspecyfikował zakresu oczekiwanych informacji w pierwszym kierowanym do wykonawcy wystąpieniu, bądź w sytuacji, gdy nowe wątpliwości wynikły na tle treści już złożonych wyjaśnień.*

Ponieważ Zamawiający w pierwszym wezwaniu w żaden sposób nie wykazał dlaczego zasadnym było skierowanie wezwania, jak również nie wskazał, którego z elementów wycena budzi jego wątpliwości, nie było podstaw do uznania, iż wyjaśnienia jako ogólnikowe

wskazują na zaferowanie rażąco niskiej ceny przez wykonawcę EQOS. Tym samym zarzut wywodzony z oceny wyjaśnień nie mógł być skuteczny.

Odnosząc się do oceny zasadności zarzutu braku złożenia w ofercie EQOS dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, zasobu kadrowego oraz sytuacji finansowej Izba ustaliła.

W zakresie wiedzy i doświadczenia – Zamawiający wymagał wykazania realizacji co najmniej jednej usługi polegającej na konserwacji urządzeń sygnalizacji świetlnej rozumianej zgodnie ze Specyfikacją Techniczną pkt III A pkt a) – k), zleconych przez odpowiedniego zarządcę drogi, na min. 100 skrzyżowaniach, przejściach dla pieszych, przejazdach tramwajowych w aglomeracji miejskiej o populacji nie mniejszej niż 100 000 mieszkańców.

Zarzut zaniechania wykluczenia EQOS z postępowania, a z ostrożności zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów, odwołujący wywodzi z braku możliwości ustalenia, że potencjał podmiotu trzeciego będzie realnie mógł być wykorzystany przez wykonawcę przy realizacji zamówienia. Zamawiający uwzględniając zarzut wskazał, że będzie dysponował zasobami podmiotu w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Ogólna informacja nie zawierała danych jacy pracownicy będą wspierać wykonawcę, w jaki sposób będą prowadzone konsultacje, np. w przypadku konieczności zapewnienia szybkiego dokonania napraw awarii sygnalizacji świetlnej, nie została załączona umowa cywilno-prawna bez której nie jest możliwa ocena wiarygodności przedłożonego zobowiązania.

EQOS w ofercie wykazało się jednym zamówieniem wykonanym przez spółkę ELTODO a.s, która zobowiązała się do udostępnienia wykonawcy EQOS Energii Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy wiedzy i doświadczenia w toku przedmiotowego postępowania oraz w trakcie jego realizacji. W tym celu *Udostępniający zobowiązuje się do wsparcia w zakresie wiedzy i doświadczenia na okres realizacji Zamówienia. Udostępniający występuje w charakterze doradcy technicznego. Charakter stosunku jaki będzie łączył Wykonawcę z Udostępniającym jest umowa cywilno-prawna. Sposób wykorzystania udostępnianych zasobów będzie polegał na korzystaniu przez Wykonawcę z wiedzy i doświadczenia pracowników Udostępniającego jako doradców technicznych* (str. 33 oferty)

Zamawiający w piśmie z dnia 14.01.2016 r. wezwał EQOS do wyjaśnienia, ewentualnie uzupełnienia dokumentów, gdyż załączone referencje nie wskazywały na czym polegała

konserwacja sygnalizacji świetlnej, a także wyjaśnienia na czym miałyby polegać doradztwo techniczne.

W wyjaśnieniach z dnia 19.01.2016 r. EQOS wskazał, iż sposób wykorzystania zasobów będzie polegał na korzystaniu przez wykonawcę z wiedzy i doświadczenia pracowników udostępniającego jako doradców technicznych, które będzie polegało na konsultacji przy planowaniu, wykonywaniu napraw awarii, organizacji specjalistycznych prac, wykonywaniu przeglądów i kontroli działania urządzeń, przygotowaniu i prawidłowym zarządzaniu projektem.

Mając na uwadze poczynione powyżej ustalenia Izba uznała, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego złożone w ofercie potwierdza, że wykonawca będzie mógł realnie skorzystać z potencjału tego podmiotu, co czyniło zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania EQOS, ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia, niezasadnym.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie, złożoną na rozprawie umowę o współpracy zawartą w dniu 08.10.2015 r. pomiędzy EQOS i spółką ELTODO a.s. – udostępniającą wiedzę i doświadczenie wykonawcy w postępowaniu.

Uwzględniając materiał dowodowy, tj. zobowiązanie ELTODO a.s. załączone do oferty, wyjaśnienia EQOS z 19.01.2016 r. oraz umowę Izba uznała, iż wykonawca wykazał przed Zamawiającym, iż zasób podmiotu trzeciego, na jaki powołał się w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu będzie mógł być wykorzystany przy realizacji zamówienia poprzez doradztwo techniczne pracowników podmiotu trzeciego. Złożona na rozprawie umowa potwierdzała, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego załączone do oferty nie sprowadzało się wyłącznie do przekazania referencji w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale wynikało z gotowości realnego wsparcia merytorycznego wykonawcy na etapie realizacji zamówienia w formie doradztwa technicznego, które przy tym zamówieniu może stanowić rzeczywiste wsparcie merytoryczne dla pracowników wykonawcy. Informacja co do gotowości wsparcia merytorycznego wykonawcy wynikała wprost z treści zobowiązania, a złożona na rozprawie umowa wzmocniała deklarację podmiotu trzeciego oraz wyjaśnienia jakie złożył wykonawca. Odwołujący nie wykazał dlaczego ta forma wsparcia nie może być wystarczająca dla podmiotu, który faktycznie wykonuje tego rodzaju prace (choćby możliwe, że dotychczas na mniejszą skalę), które zasadniczo związane są z konserwacją urządzeń i systemu, a nie usuwaniem awarii (stanowiących zdarzenia losowe, nadzwyczajne). Odwołujący jedynie kwestionował doświadczenie pracowników wykonawcy, co zdaniem Izby nie było wystarczającym dla uznania, iż przy wsparciu merytorycznym pracowników podmiotu trzeciego, nie będą oni

zdolni do należytego wykonania przedmiotu umowy. Przy braku wykazania zakresu prac, przy którym miałyby być konieczny udział podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy nie było podstaw do uznania, iż doradztwo techniczne, jako forma udziału podmiotu trzeciego nie mogła być przyjęta przez Zamawiającego jako potwierdzająca realną możliwość skorzystania z wiedzy i doświadczenia tego podmiotu.

Zamawiający w piśmie z dnia 14.01.2016 r. wystąpił do wykonawcy o wyjaśnienie na czym będzie polegało doradztwo techniczne i stosowne wyjaśnienia otrzymał. Zamawiający nie żądał wówczas podania konkretnych danych osób, czy też przedłożenia umowy łączącej strony, a z braku których wywodzi obecnie negatywną ocenę zobowiązania. Izba uznała, iż samo zobowiązanie chociaż nie było rozbudowane to pozwalało na ustalenie, iż wykonawca będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia pracowników podmiotu trzeciego, co również potwierdza szczegółowa umowa złożona na rozprawie jako dowód w sprawie. Umowa ta potwierdza zatem, iż zobowiązanie złożone w ofercie zawiera w sobie realną deklarację wsparcia wykonawcy przy wykonywaniu zamówienia, a tym samym dokument ten potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odnosnie braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kadry pracowniczej Odwołujący zakwestionował wykaz osób (już raz uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy), w którym wykonawca miał oznaczyć w sposób nieprawidłowy numery uprawnień 5 pracowników, co uniemożliwiało ich weryfikację jak odpowiadających wymaganiom Zamawiającego.

W zakresie potencjału technicznego – Zamawiający wymagał kadry pracowniczej z przygotowaniem zawodowym w zakresie elektrycznym lub elektronicznym z uprawnieniami ESP min. do 1 kV i co najmniej 2 letnim doświadczeniem w liczbie min. 12 osób dla części I oraz 14 osób dla części III (w przypadku złożenia oferty na więcej niż jeden obszar wymagana liczba osób miała stanowić sumę osób wymaganych dla poszczególnych obszarów). EQOS złożył ofertę na dwa obszary, stąd zobowiązany był wykazać 26 pracowników (+ kierownik i osoba z przygotowaniem w zakresie organizacji ruchu i znajomości programów i algorytmów sterowania). W wykazie osób Zamawiający wymagał wskazania danych dotyczących osób, w tym między innymi numeru uprawnień.

W wykazie załączonym do oferty (str. 16) EQOS wskazało 26 osób, w tym kierownika robót elektrycznych oraz osobę z przygotowaniem w zakresie organizacji ruchu i znajomości programów i algorytmów sterowania (poz. 1 i 2) z podaniem numerów uprawnień.

W wezwaniu z dnia 14.01.2016 r. Zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentu wskazał, iż wykaz nie zawiera informacji o przygotowaniu zawodowym osób przewidzianych do realizacji zamówienia.

Wykonawca w dniu 19.01.2016 r. uzupełnił wykaz o informacje dotyczącą przygotowania zawodowego wskazanych 26 osób, nie dokonując zmiany w oznaczeniu ich uprawnień.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, iż z opisu świadectwa kwalifikacyjnego Jakuba Bochenka G-1/E/033/546/06 wynika, iż nie było ono aktualne z uwagi na upływ 5 lat od jego wystawienia w 2006 r.

Odwołujący zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania EQOS wywodził z braku wypełnienia obowiązku wskazania w wykazie osób numerów uprawnień, do czego wykonawca zastosował się częściowo, bowiem w wierszach 3.8, 3.9, 3.11, 3.13 i 3.24 nie wpisał numerów, a przez co nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia wykazu, wykonawca EQOS nadal w stosunku do tych osób nie wykazał, iż posiadają one wymagane uprawnienia SEP, podał bowiem nieprawidłowe numery świadectw kwalifikacyjnych, z czego Odwołujący wywodzi, iż w rzeczywistości osoby te nie posiadają wymaganych uprawnień. Bez tych osób wykonawca nie dysponuje wystarczającą liczbą osób i na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp podlega wykluczeniu z postępowania.

Izba oddaliła zarzut.

W ocenie Izby podstawa faktyczna zarzut, tj. sposób oznaczenia uprawnień nie dowodził tezy, iż osoby wskazane w wykazie nie posiadały wymaganych kwalifikacji zawodowych, tj. uprawnień SEP. Dowodem takim nie były dokumenty przedłożone przez Odwołującego określające zasady oznaczania uprawnień. Mogły one co najwyżej wskazywać na potrzebę złożenia wyjaśnień, o które Zamawiający nie wystąpił przed 10.02.2016 r. Należy jednak wskazać, iż ewentualne wątpliwości rozwiewały przedłożone kserokopie uprawnień zawierające numery wskazane w wykazie. Izba pominęła okoliczność wskazaną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, a dotyczącą aktualności uprawnień osoby (Jakuba Bochenka), co do której Odwołujący nie zgłaszał zastrzeżeń, jako wykraczającą poza zakres zarzutu związanego z numerami uprawnień wyszczególnionych w odwołaniu.

Odwołujący kwestionował prawidłowość oceny dokumentu załączonego do oferty – polisy OC, jako potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej. Odwołujący zakwestionował, aby ubezpieczeniem objęta została działalność zgodna z przedmiotem niniejszego zamówienia. Z załączonej polisy

wynika bowiem, że działalność podstawowa wykonawcy to działalność budowlana (str. 2 polisy), która nie jest związana z przedmiotem zamówienia.

Odnosnie sytuacji ekonomicznej i finansowej Zamawiający wymagał w pkt 7.3.3.2 dla części III wykazania, iż wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia, na wartość co najmniej 1.500.000 zł. (słownie: jeden milion pięćset tysięcy złotych).

EQOS załączył do oferty (str. 19-22) polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej OC-E nr OC-F 4001 wystawioną dla podmiotów z grupy kapitałowej, w której Ubezpieczającym wskazana została spółka EQOS Energie Polska Sp. z o.o. oraz określono działalność podstawową Ubezpieczonego jako działalność budowlana.

Zamawiający nie wzywał EQOS do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy. Na rozprawie wyjaśnił, iż dokument złożony w ofercie byłby prawidłowym, gdyby w odpisie KRS spółki wpisana została działalność polegająca na wykonywaniu napraw i konserwacji urządzeń i instalacji elektrycznych, co potwierdzałoby, iż ubezpieczeniem objęta została działalność zgodna z przedmiotem zamówienia.

Na rozprawie EQOS przedłożyło jako dowód w sprawie oświadczenie InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. (Ubezpieczyciela) w którym potwierdza, że w zakresie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej firmy EQOS Energie Polska Sp. z o.o. w Świdnicy, objętego Polisą OC-E nr OC-F 4001, obejmuje prace związane z wykonawstwem, konserwacją i utrzymaniem instalacji elektrycznych i energetycznych.

Izba oddaliła zarzut, gdyż dokument złożony w ofercie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu i nie wymaga uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy.

Izba oceniając dokument złożony w ofercie uwzględniła istotną okoliczność, jaką było wystawienie tego dokumentu dla kilku spółek z grupy kapitałowej. Polisa stanowiąca jedynie potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia, nie może zawierać szczegółowych postanowień, które wynikają z umowy oraz wniosku o ubezpieczenie. Tym bardziej jest to niemożliwym gdy ubezpieczeniem objęty jest szereg podmiotów z danej grupy kapitałowej, prowadzących różną działalność gospodarczą. Oczekiwanie, aby w polisie wskazana została konkretna działalność związana z naprawą i konserwacją urządzeń i instalacji elektrycznych, stanowiła nadinterpretację treści siwz i nie dała się pogodzić z realną możliwością uzyskania dokumentu o innej treści. W niniejszej sprawie istotnym było stwierdzenie, czy wykonawca objęty jest ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w ramach prowadzonej działalności na kwotę minimalną wymaganą przez Zamawiającego i takie potwierdzenie wynika z załączonej polisy OC. Nie można utożsamiać żądania złożenia polisy OC na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z oczekiwaniem ubezpieczenia

kontraktu od możliwych zdarzeń, z którymi wiązać może się odpowiedzialność cywilna wykonawcy. Izba uznała, iż brak wskazania w treści polisy na konkretną działalność Ubezpieczającego, związaną z przedmiotowym zamówieniem, nie oznacza, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Wskazanie w opisie warunku na działalność zgodną z przedmiotem zamówienia nie stanowiło przeszkody do uznania, iż działalność budowlana obejmuje działalności polegającą na wykonywaniu napraw i konserwacji urządzeń i instalacji elektrycznych. Izba uznała, iż wskazanie na działalność budowlaną, bez ograniczenia oznacza, iż wszelka działalność mieszcząca się w tym zakresie została objęta ubezpieczeniem OC, a niewątpliwie prace związane z instalacjami elektrycznymi mieszczą się w ramach działalności budowlanej w branży elektrycznej.

Mając powyższe na względzie Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy Izba oddaliła odwołanie Venessa w całości. Orzekając o kosztach Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Przystępującego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego oraz na rzecz Zamawiającego, zwrot kosztów stwierdzonych rachunkami złożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmującymi wynagrodzenie pełnomocników w wysokości po 3600 zł dla stron oraz koszty dojazdu Przystępującego ograniczone do połowy wysokości kwoty wynikającej z rachunku hotelowego (221,00 zł) oraz połowy kosztów dojazdu (805,90 zł), rozdzielonych na dwie sprawy połączone do wspólnego rozpoznania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 3 pkt 2 oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania oraz uzasadnione koszty Odwołującego EQOS stwierdzone rachunkami przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika oraz kosztami dojazdu, a także koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy obejmującym koszty wynagrodzenia pełnomocnika i obciążyła nimi odpowiednio Zamawiającego w sprawie KIO 209/16 oraz Odwołującego w sprawie KIO 231/16.

Przewodniczący: