

Sygn. akt: KIO 2297/13

WYROK
z dnia 8 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2013 r. przez wykonawcę **Jarosława R., prowadzącego działalność gospodarczą w Barnimie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Powiatowych w Stargardzie Szczecińskim**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Jarosława R., prowadzącego działalność gospodarczą w Barnimie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Jarosława R., prowadzącego działalność gospodarczą w Barnimie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Powiatowych w Stargardzie Szczecińskim prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „konserwacja sygnalizacji świetlnych oraz aktywnych znaków drogowych zlokalizowanych na ulicach i drogach powiatowych powiatu stargardzkiego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 września 2013 r., poz. 354534.

W dniu 23 września 2013 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu wykonawcę Jarosława R., prowadzącego działalność gospodarczą w Barnimie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę EI-Traf w Wołczkowie.

W dniu 27 września 2013 r. odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty,
- 2) czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę EI-Traf,
- 3) zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący argumentował, że nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, aby miał obowiązek dostarczenia dowodów na to, że cena nie jest rażąco niska. Nie zgadzał się również ze stanowiskiem, że ciężar wykazania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy. W ocenie odwołującego dokonał on jasnych wyjaśnień, podając nawet podstawy poczynionych oszczędności. Ponadto wywodził, że zamawiający badał tylko i wyłącznie część oferty a mianowicie cenę ryczałtową z pkt 1 oferty a nie badał pozostałej części oferty, gdzie została wskazana roboczo-godzina, koszty pośrednie, koszty zakupu materiałów, zysk, M-G pracy sprzętu w sytuacji, gdy pozycje te były wyższe nawet o ponad

100% od pozostałych ofert. Argumentował, że część ceny oferty z pkt 1 to elementy, które nie generują wysokich kosztów. Dodatkowo sam zamawiający nie stwierdził, że cena jest rażąco niska a jedynie, że za taką może zostać uznana co prowadzi do wniosku, że oferta nie może być odrzucona bo nie wypełniły się przesłanki odrzucenia oferty, a tym samym zastosowania art. 89 ustawy Pzp. Wywiódł, że do samego objazdu i sprawdzania sygnalizacji na bieżąco nie jest potrzebny sprzęt.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia odwołującego, zawiadomienie zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego i rozstrzygnięciu postępowania, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Oferta odwołującego – w świetle kryteriów oceny ofert – była ofertą najkorzystniejszą. Zarzucał on zamawiającemu niezasadne odrzucenie swej oferty. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiąże się z uzyskaniem zamówienia i niewątpliwie ma związek z

zarzucanymi zamawiającemu naruszeniami ustawy Pzp. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ustalono, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 346.860,00 zł brutto (pkt 8 protokołu postępowania). Kwotę tę zamawiający oszacował na podstawie średniej ceny utrzymania i konserwacji jednego punktu świetlnego wynikającej z umów łączących zamawiającego z wykonawcami usług na konserwację sygnalizacji świetlnych. Do wyceny konserwacji przyjęto 20 zł netto z konserwacji punktu świetlnego, tj. 322 punktów = 3 aktywne znaki x 20 zł x 36 miesięcy, co dało kwotę 234.000 zł netto. DO usunięcia usterek przyjęto 8 awarii w roku, średnia cenę usunięcia – 2.000 zł netto x 3 lata co daje kwotę 48.000 zł netto. Łączna wartość szacunkowa zamówienia to 282.000 zł netto, co przy uwzględnieniu podatku od towarów i usług daje kwotę 346.860 zł brutto (wniosek o rozpoczęcie postępowania, w aktach sprawy).

Zamawiający określił w Rozdziale IV pkt B SIWZ, że oferty w postępowaniu będą klasyfikowane przy uwzględnieniu następujących kryteriów oceny ofert:

1. Cena ryczałtowa za miesięczną konserwację sygnalizacji świetlnej - 80%
2. Pozostałe elementy - 20%,
 - roboczogodzina R - 3%
 - koszty pośrednie Kp od (R,S) - 5%
 - koszty zakupu materiałów - 5%
 - zysk od (R,S,Kp) - 4%
 - m-g pracy sprzętu - 3%

Sprecyzowano, że każda z tych pozycji będzie oceniana oddzielnie.

Do upływu terminu składania ofert oferty złożyli wykonawcy, którzy zaoferowali następujące stawki:

- 1) odwołujący:
 - a) cena ryczałtowa za konserwację: 2.091,00 zł,
 - b) roboczogodzina – 123,00 zł,
 - c) koszty pośrednie – 30%,
 - d) koszty zakupu materiałów – 2%,
 - e) zysk – 3%,
 - f) m-g pracy sprzętu – 50 zł/mg
- 2) wykonawca Tomasz G., Gur-Sped

- a) cena ryczałtowa za konserwację: 3.567,00 zł,
 - b) roboczogodzina – 25,00 zł,
 - c) koszty pośrednie – 60%,
 - d) koszty zakupu materiałów – 10%,
 - e) zysk – 10%,
 - f) m-g pracy sprzętu – 80 zł/mg
- 3) wykonawca El-Traf,
- a) cena ryczałtowa za konserwację: 3.496,89 zł,
 - b) roboczogodzina – 16,00 zł,
 - c) koszty pośrednie – 60%,
 - d) koszty zakupu materiałów – 1%,
 - e) zysk – 5%,
 - f) m-g pracy sprzętu – 80 zł/mg
- 4) wykonawca Marek B., Elmontex
- a) cena ryczałtowa za konserwację: 4.378,80 zł,
 - b) roboczogodzina – 12,00 zł,
 - c) koszty pośrednie – 35%,
 - d) koszty zakupu materiałów – 1%,
 - e) zysk – 1%,
 - f) m-g pracy sprzętu – 45 zł/mg

Pismem z dnia 16 września 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie ceny ryczałtowej za miesięczną konserwację sygnalizacji świetlnej.

Pismem z dnia 18 września 2013 r. złożył wyjaśnienia odnoszące się do niektórych elementów oferty mających wpływ na sposób ustalenie ceny ryczałtowej za miesięczną konserwację sygnalizacji. Wyjaśnienia odwołującego częściowo pozostawały w sprzeczności z treścią oferty złożonej zamawiającemu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ*

na wysokość ceny. Dostrzeżenia wymaga, że co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę a także pewien zysk. Domniemanie to upada z chwilą wystosowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień. Z momentem wezwania to na wykonawcy spoczywa obowiązek ujawnienia czynników, które umożliwią zamawiającemu prawidłową weryfikację biorąc również pod uwagę wskazówki wynikające z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Ustawa określa również sposób dokonywania oceny wyjaśnień wskazując, że oceniając je zamawiający powinien brać pod uwagę czynniki o charakterze obiektywnym, wymieniając przykładowo takie czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 Pzp skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienia za oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Co do konieczności złożenia przez wykonawcę wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień podzielono stanowisko wyrażane wcześniej w orzecznictwie. *Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06).* „Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach i brak dokładnych danych co do uzyskiwanej pomocy publicznej uznać należy za niedostateczne i zasługujące na

zastosowanie art. 90 ust.3 pzp". (por. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08). Z omawianego powodu uznaje się także, że wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010r. sygn. akt: KIO/2498/10).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że opisanych wyżej wymogów dot. konkretności, szczegółowości, umotywowania i precyzji nie spełniły wyjaśnienia, które odwołujący złożył zamawiającemu. Wyjaśnienia złożone przez odwołującego należało uznać za nazbyt ogólne, uniemożliwiające zamawiającemu dokonanie oceny, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że niezasadnym było stanowisko odwołującego, jakoby zamawiający nie miał prawa do badania rzetelności kalkulacji jednego z elementów cenotwórczych, którym w przypadku analizowanego postępowania była cena ryczałtowa za miesięczną konserwację sygnalizacji świetlnej. Dostrzeżenia wymaga, że z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że składane w wyniku wezwania wyjaśnienia dotyczą „elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”, a nie – „wszystkich elementów mających wpływ na wysokość ceny”, czy ogólnie „ceny”. Zatem badanie rzetelności skalkulowania stawki miesięcznej za konserwację sygnalizacji świetlnej nie naruszało przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Najistotniejszym jednak w niniejszej sprawie był fakt, że stawka miesięczna za konserwację była odrębnym kryterium oceny oferty, zaś kryterium to miało decydujące znaczenia dla wyboru oferty, gdyż jego znaczenie określono na 80%. Z powyższego wynika, że oczekiwaniem zamawiającego było aby wykonawcy skalkulowali i obliczyli odrębnie stawkę za konserwację i odrębnie stawki odnoszące się do napraw. Skoro zamawiający zdecydował się oceniać wiele elementów cenotwórczych, a nie jednolitą cenę ofertową brutto, to oczywistym jest, że przedmiotem badania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mogły być wyłącznie odrębnie oceniane ceny, a nie jednolita cena ofertowa brutto, której wykonawcy nawet nie musieli wskazywać. Zatem z punktu widzenia ceny rażąco niskiej można było badać rzetelność kalkulacji miesięcznej stawki za konserwację. W konsekwencji podejrzenie, że stawka za konserwację sygnalizacji świetlnej nie pozwoli na pokrycie kosztów wykonania prac związanych z tą usługą, obligowało zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Stawka miesięczna za konserwację podana przez odwołującego stanowiła zaledwie 59,80% wartości stawki z drugiej oferty oraz jedynie 26,15% kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na miesięczną konserwację (ustalonej w wysokości 7 995,00 zł brutto tj. 287.820 zł brutto / 36 miesięcy). Zatem, w ocenie Izby zamawiający zasadnie powziął podejrzenia co do rzetelności kalkulacji stawki za konserwację i prawidłowo wezwał

wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że zamawiający w wezwaniu z 16 września 2013 r. dokładnie wyjaśnił wykonawcy, dlaczego procedura wyjaśniająca jest uruchamiana i co powinno być przedmiotem wyjaśnień. Zamawiający podkreślił w pierwszej kolejności, że stawka za konserwację, w porównaniu z innymi stawkami zaoficerowanymi w postępowaniu jak również cenami rynkowymi, wzbudza jego podejrzenia. W konsekwencji zażądał złożenia dokumentu obejmującego „szczegółową kalkulację”. Co więcej, wskazano wyraźnie, że należy wyspecyfikować wszystkie składniki cenotwórcze, tj. nakłady robocizny, sprzętu, materiałów oraz wysokości stawek jednostkowych jakie należy ponieść, aby wykonać zamówienie w zakresie wymienionym w Specyfikacji technicznej w części C, pkt 1 do 7. Dostrzeżenia wymaga w tym miejscu, że zakres konserwacji, który należało uwzględnić kalkulując stawkę (pkt C. 1-7 specyfikacji technicznej) obejmował:

- 1. Prowadzenie dla każdego obiektu sygnalizacji świetlnej zlokalizowanych na ulicach powiatowych w Stargardzie Szczecińskim - dziennika eksploatacji sygnalizacji świetlnej.*
- 2. Dokonywanie oględzin sygnalizacji świetlnej trzy razy w tygodniu (poniedziałek, środa, piątek), znaków aktywnych raz w tygodniu.*
- 3. Utrzymanie w stanie czystości soczewek sygnalizatorów oraz znaków aktywnych.*
- 4. Usuwanie awarii szaf sterowniczych sygnalizacji świetlnej oraz znaków aktywnych.*
- 5. Usuwanie zauważonych lub zgłoszonych nieprawidłowości w działaniu sygnalizacji świetlnej oraz znaków aktywnych.*
- 6. Wykonywanie okresowych przeglądów szaf sterowniczych zgodnie z DTR.*
- 7. Wykonywanie zgodnie z przepisami okresowych pomiarów ochrony przeciwporażeniowej i oporności izolacji przewodów i kabli zasilających.*

W ocenie Izby, zamawiający prawidłowo ocenił, że przedstawione mu przez odwołującego wyjaśnienia z 18 września 2013 r. nie odnosiły się do całego zakresu konserwacji wynikającego z pkt C specyfikacji technicznej, a ponadto były sprzeczne z treścią oferty złożonej przez wykonawcę.

Zdaniem Izby, odwołujący nie sprostął konieczności wyjaśnienia w jaki sposób obliczył miesięczny koszt utrzymania w stanie czystości soczewek sygnalizatorów oraz znaków aktywnych, koszt usuwania awarii szaf sterowniczych sygnalizacji świetlnej i znaków aktywnych, jak również koszty związane z usuwaniem zauważonych i zgłoszonych nieprawidłowości w działaniu sygnalizacji, jak również koszty związane z wykonywaniem okresowych przeglądów szaf sterowniczych zgodnie z DTR (pkt 3-6 C specyfikacji technicznej). Skoro zamawiający pytał się o sposób skalkulowania ryczałtowej stawki, to prawidłowe ustosunkowanie się do wezwania w tym zakresie wymagało wskazania, jaki zakres prac oszacowano przeciętnie w miesiącu (liczba szacowanych awarii,

nieprawidłowości, soczewek podlegających czyszczeniu, szaf podlegających przeglądowi) oraz jaki koszt tych prac założono. Takich informacji jednak próżno było szukać w wyjaśnieniach. Odwołujący napisał jedynie, że „*sygnalizacje są wyposażone w nowe sterowniki i źródła światła, które nie wymagają dużych nakładów związanych z ich konserwacją. Jediną rzeczą jaka może podlegać wymianie są bezpieczniki, których cena jest bardzo niska ok. 0,30 zł. za szt.*”.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, że sprowadzenie oględzin sygnalizacji świetlnych trzy razy w tygodniu jedynie do objazdu pojazdem sygnalizatorów, stanowiło niezajdujące oparcia w SIWZ ograniczenie zakresu przedmiotu zamówienia. Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał, że *wykonanie jednego objazdu to czas 3 godzin, przy założeniu że roboczogodzina wynosi 10 zł, daje to nam wartość 30 zł. W miesiącu należy wykonać 12 objazdów, co daje łączną wartość 360 zł.* W ocenie Izby sformułowanie „ogłędziny”, w połączeniu z czynnościami z zakresu usuwania nieprawidłowości, awarii, utrzymania czystości sygnalizatorów świetlnych (pkt C 3-5 ST), nie mogą być przeprowadzone jedynie z samochodu w trakcie objazdu. W trakcie oględzin następuje sprawdzenie stanu i kompletności mocowania daszków nad sygnalizatorami, otworzenie i sprawdzenie szczelności szaf sterowych, sprawdzenie stanu uszczelek przy tych szafach, stanu i kompletności mocowania podzespołów, wizualna ocena celem stwierdzenia ewentualnych uszkodzeń lub aktów wandalizmu. Oświadczenie odwołującego, że ww. czynności zamierzał wykonywać w ramach „objazdu” padło dopiero na rozprawie, a nie w wyjaśnieniach. Zaś przedmiotem oceny Izby jest wszak czynność zamawiającego polegająca na ocenie złożonych mu przez wykonawcę wyjaśnień. W świetle art. 180 ust. 1 ustawy Pzp celem odwołania jest kontrola poprawności czynności lub zaniechań zamawiającego, pod względem zgodności z przepisami ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów, czy wyjaśnień składanych zamawiającemu a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza – w świetle art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – może, jeśli umowa nie została zawarta, uwzględniając odwołanie nakazać wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności zamawiającego, co oznacza, że orzeczenie Izby nie zastępuje czynności zamawiającego. Zamawiający dokonał oceny oferty odwołującego z uwzględnieniem wyjaśnień złożonych przez niego w trakcie badania i oceny ofert i prawidłowość tej oceny jest przedmiotem badania na skutek wniesionego odwołania. Zatem przedstawienie przez wykonawcę w toku postępowania odwoławczego, a więc po dokonaniu przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert nowych wyjaśnień mających świadczyć o rzetelności skalkulowania stawki nie mogło podlegać ocenie zamawiającego, w

konsekwencji również Izby. Zatem Izba uznała je za nieistotne dla rozstrzygnięcia odwołania w zakresie podniesionych zarzutów. Co do braku możliwości złożenia dopiero na etapie postępowania odwoławczego wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny podzielono stanowisko wyrażane w orzecznictwie sądów okręgowych. „Przedstawienie w skardze wniosków dowodowych dla wykazania tej okoliczności w postaci zeznań świadków i zestawienia wykonywanych umów na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłyby do niczym nie uzasadnionego przedłużenia (...) terminu udzielonemu do przedstawienia wyjaśnień. Z tego powodu wnioski dowodowe zamawiającego nie zostały dopuszczone, gdyż odmienna decyzja prowadziłyby do naruszenia art. 90 ust. 3 pzp, z którego wynika obowiązek udzielenia wyjaśnień w określonym terminie, a zachowanie terminu obarczone jest rygorem odrzucenia oferty. Konwalidacja, uzupełnianie wyjaśnień przez (...) na obecnym etapie postępowania stałoby także w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji.” „ Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art.90 ust. 1 pzp powtórne umożliwienie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji. (Wyrok SO w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08).

„W ocenie Sądu Okręgowego złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust.1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego. Z powołanego przez skarżącego przepisu art. 188 ust.1 ustawy Pzp wynika wprawdzie, że „dowody na poparcie swych twierdzeń strony mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”, jednak odnosząc ten przepis do sprawy niniejszej oznacza to dowodzenie, że wykonawca złożył na żądanie Zamawiającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy i jaka była ich treść, a nie uzupełnianie wyjaśnień po uznaniu, że nie są one wystarczające i nakazują odrzucenie oferty” (Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 09.04.2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09).

Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący w swych wyjaśnieniach nie podał w jaki sposób oszacował miesięczne koszty użycia - przy wykonywaniu czynności z zakresu konserwacji - podnośnika koszowego, samochodu dostawczego, agregatów i innych narzędzi. Odwołujący w trakcie rozprawy przyznał, że przedmiotem zamówienia objęta jest

konserwacja co najmniej dwudziestu sygnalizatorów świetlnych zawieszonych na wysokości, z których każdy posiada trzy źródła światła. Wykonanie czynności polegających na utrzymaniu czystości soczewek sygnalizatorów i znaków aktywnych z pewnością wymagać będzie użycia podnośnika, a czynności te należy wykonać co najmniej kilka razy w roku, tak aby utrzymać źródła światła niezabrudzone. W wyjaśnieniach należało zatem podać przewidywaną miesięczną liczbę godzin pracy sprzętu i ponoszone z tego tytułu koszty.

Odwołujący w swych wyjaśnieniach nie podał w ogóle średniomiesięcznych kosztów użycia tego sprzętu. Odwołujący ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że *„...jako pracownikowi przysługuje mi korzystanie ze sprzętów tj. podnośnik koszowy, samochód dostawczy, agregaty i inne narzędzia na preferencyjnych warunkach”*. W trakcie rozprawy sprecyzowano, że odwołujący jest pracownikiem firmy HSGT S.C. w Stargardzie, która zajmuje się udostępnianiem sprzętu typu podnośniki koszowe. Izba stwierdziła, że wyjaśnienia odwołującego w tym zakresie pozostawały w sprzeczności z jego ofertą. Odwołujący złożył bowiem wraz z ofertą oświadczenie Pana Huberta Strzyżewskiego, w którym osoba ta deklarowała wsparcie dla odwołującego wyrażające się w możliwości korzystania z podnośnika koszowego Wumag WT 260 o nr rej. ZST 12718, i samochodu dostawczego VW Lt 28 o nr rej. ZST 17479. A zatem odwołujący w wyjaśnieniach nie mógł się powoływać na to, że będzie korzystał ze sprzętu swego pracodawcy, skoro czynnik ten pozostawał w sprzeczności z planowanym przez samego wykonawcę sposobem wykonania usługi. Natomiast kosztów udostępniania odwołującemu sprzętu przez Pana Strzyżewskiego nie podano.

Izba stwierdziła również, że niektóre z czynności konserwacyjnych ujętych w Specyfikacji Technicznej część C, pkt 4 i 5 może wykonywać jedynie osoba posiadająca właściwe uprawnienia w zakresie konserwacji dotyczące urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1 kV. Nie było spornym pomiędzy stronami, że odwołujący takich uprawnień nie posiadał. W ofercie wskazał jednak, że zamówienie w części wymagającej uprawnień wykonywać będzie Pan Hubert Strzyżewski, posiadający świadectwo kwalifikacyjne nr 514/09-E1. Jako podstawę dysponowania tą osobą wskazano umowę zlecenie (załącznik nr 6 do oferty). Skoro odwołujący, w omawianym zakresie, nie będzie mógł wykonać zamówienia samodzielnie, to w kalkulacji kosztów osobowych winien podać sposób oszacowania i miesięczne koszty, jakie poniesie z tytułu zlecenia części prac zleceniobiorcy. Kalkulacji w tym zakresie wyjaśnienia nie przedstawiały.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że stanowisko odwołującego przedstawione w trakcie rozprawy, że kosztów zlecenia nie ujęto w konserwacji, a zleceniobiorca należne wynagrodzenie uzyska w ramach napraw nie było zasadne. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, w przypadku odrębnych kryteriów oceny ofert odnoszących się do ceny, każde z nich musi być kalkulowane odrębnie i rzetelnie. Oznacza to zakaz przenoszenia

kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi elementami ceny, zaś działanie takie w orzecznictwie Izby i sądów uznaje się za manipulowanie kryteriami oceny ofert i czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym Izba podtrzymuje swoje dotychczas wyrażane w tym zakresie stanowisko dotyczące traktowania jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji praktyki manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji (por. wyrok KIO z 26 września 2012 r. sygn. KIO 1934/12, wyrok KIO z 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11, wyrok KIO wydany w sprawie o sygn. akt KIO 7/13). A zatem niezasadne było twierdzenie, że koszt udziału zleceniobiorcy, posiadającego uprawnienia konieczne do wykonania niektórych czynności z zakresu konserwacji, mógłby być ujęty nie w stawce za konserwację, ale w stawkach dotyczących napraw rozliczanych od roboczogodziny, będących odrębnymi kryteriami oceny ofert.

Reasumując Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego uznając, że nie złożono mu szczegółowych i jednoznacznych wyjaśnień, które pozwalałyby na ustalenie, że stawkę za konserwację skalkulowano rzetelnie. Natomiast częściowo w zakresie, w jakim wyjaśnienia zostały złożone, pozostawały w sprzeczności z treścią oferty złożonej przez wykonawcę w postępowaniu.

Izba postanowiła, na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentu, tj. dzienników eksploatacji sygnalizacji, jak również dowodu z opinii biegłego na okoliczność, za jaką kwotę można wykonać zamówienie uznając, że wnioski te zostały powołane jedynie dla zwłoki. Izba stwierdziła, że okoliczności, jakie zgodnie z tezą mają zostać wykazane, nie posiadają żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Jak wynika z uzasadnienia faktycznego rozstrzygnięcia o odrzuceniu oferty odwołującego, przyczyną odrzucenia złożonej przez niego oferty była niekompletność i niespójność złożonych wyjaśnień, która uniemożliwiła zamawiającemu zbadanie czy wykonawca prawidłowo skalkulował cenę. Powodem odrzucenia nie było zaś ustalenie, że odwołujący z pewnością zaoferował cenę rażąco niską. Dowody wnioskowane przez odwołującego w żaden sposób nie odnosiły się do kompletności i spójności wyjaśnień, jakie przedstawił zamawiającemu, a zatem zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Wobec niepotwierdzenia się podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 90 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż oferta odwołującego podlegała odrzuceniu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący: