

Sygn. akt: KIO 2394/20

WYROK
z dnia 27 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu **22 października 2020 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21 września 2020 r.** przez wykonawcę **Sprint S.A., O/Warszawa, ul. Inflancka 4, 00-189 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa — Główny Inspektorat Transportu Drogowego, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **PolCam Systems Sp. z o.o., ul. plutonu Torpedy 27A, 02-495 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr II, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części nr II, w ramach której nakazuje odrzucenie oferty Przystępującego - PolCam Systems Sp. z o.o., na podstawie art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych z uwagi na nie udzielenie wystarczających wyjaśnień dotyczących ceny oferty (wyjaśnienia rażąco niskiej ceny) a także pomimo, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.**
- 2. kosztami postępowania obciąża PolCam Systems Sp. z o.o., ul. plutonu Torpedy 27A, 02-495 Warszawa i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Sprint S.A., O/Warszawa, ul. Inflancka 4, 00-189 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **PoICam Systems Sp. z o.o., ul. Plutonu Torpedy 27A, 02-495 Warszawa** na rzecz **Sprint S.A., O/Warszawa, ul. Inflancka 4, 00-189 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) 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

Postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej prowadzone w trybie przetargu na: „Dostawę stacjonarnych urządzeń rejestrujących w ramach projektu pn.: Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020”, zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22.04.2020 r. pod nr 2020/S 079-186055 przez: Skarb Państwa — Główny Inspektorat Transportu Drogowego, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 10.09.2020 r. (za pomocą platformy zakupowej Zamawiającego) Zamawiający poinformował o uznaniu w cz. II jako najkorzystniejszych ofert Wykonawców:

1. LIFOR Sp. z o. o., ul. Pułaskiego 49, 41-902 Bytom;
2. Sprint S.A., O/Warszawa, ul. Inflancka 4, 00-189 Warszawa zwany dalej: „Sprint S.A.” albo „Odwołującym”;
3. PolCam Systems Sp. z o.o., ul. plutonu Torpedy 27A, 02-495 Warszawa zwany dalej: „PolCam Systems Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”;

W dniu 21.09.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Sprint S.A. wniosło odwołanie na czynność z 10.09.2020 r. dot. cz. II. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie: 1) art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PolCam Systems Sp. z o.o. w zakresie cz. II pomimo, że nie udzielił on wystarczających wyjaśnień dotyczących ceny oferty (wyjaśnienia RNC) a także pomimo, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr II;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez PolCam Systems Sp. z o.o.

Działając w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1) Pzp, pismem z dnia 29.06.2020 r., Zamawiający wezwał PolCam Systems Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny wykonania 1mb przyłącza elektroenergetycznego.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z d01.07.2020 r. PolCam Systems Sp. z o.o. wskazał:

- „Cena wykonania przyłącza energetycznego wynika z cen pochodzących z taryf operatorów/dystrybutorów energii elektrycznej realizujących przyłącza energetyczne na terenie RP (w załączeniu). Na chwilę składania ofert, istnieje dwóch operatorów/dystrybutorów, którzy, biorąc pod uwagę uwarunkowania i ograniczenia wskazujące możliwość instalowania urządzeń będących przedmiotem zamówienia w pasie dróg krajowych, w tym dróg ekspresowych oraz autostrad. Są to PGE oraz Tauron.”

- „Zakładając zatem, że maksymalna długość przyłącza, nie powinna wynosić więcej niż 500 m., biorąc pod uwagę przyłącze kablowe, średni koszt budowy 1 mb przyłącza energetycznego w PGE wynosi 20,21 zł.”

- „Zakładając zatem, że maksymalna długość przyłącza, nie powinna wynosić więcej niż 500 m., biorąc pod uwagę przyłącze kablowe, średni koszt budowy 1 mb przyłącza energetycznego w Tauron wynosi 20,18 zł.”

- „Ponieważ cena jednostkowa za wykonanie 1 mb przyłącza energetycznego w ofercie Wykonawcy PolCam Sp. z o.o. wynosi 123,00 zł, należy uznać, iż nie jest ona rażąco niska, a różnica pomiędzy zaoferowaną ceną a faktycznymi ewentualnymi kosztami jest wystarczająca aby zapewnić odpowiednią obsługę administracyjno – techniczną oraz wypracować na powyższym zagadnieniu zysk.”

Analizując treść wyjaśnień RNC złożonych przez PolCam Systems Sp. z o.o. Odwołujący stwierdza, że Zamawiający z naruszeniem art. 90 ust. 3 Pzp uznał, że ww. wykonawca uczynił zadość wezwaniu, a także, że udzielone wyjaśnienia obalają domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Wbrew otrzymanemu wezwaniu PolCam Systems Sp. z o.o. nie przedstawił wyjaśnień dotyczących wyliczenia kosztów wykonania 1 mb przyłącza. Swoje wyjaśnienia wykonawca oparł wyłącznie na jednym, ogólnym założeniu tj. wykonania całości przyłącza przez operatora energetycznego po stawkach wynikających z taryf energetycznych. W odniesieniu do tego założenia Odwołujący przede wszystkim kwestionuje możliwość, realność wykonania przedmiotowego przyłącza przez wskazanych operatorów/dystrybutorów energii elektrycznej. Podmioty te nie realizują tego rodzaju projektów, w tym nie w zakresie wymaganym treścią SIWZ (poprowadzenie przyłącza od urządzenia stacjonarnego do sieci energetycznej). Odwołujący zwraca ponadto uwagę na brak jakichkolwiek dowodów potwierdzających realność i adekwatność poczynionego założenia w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając powyższe, Odwołujący kwestionuje realność podanego w wyjaśnieniach RNC kosztu wykonania 1 mb przyłącza w wysokości 20,21 oraz 20,18 zł. Kwoty te nie są dostępne dla PolCam Systems Sp. z o.o. przy realizacji przedmiotowego

zamówienia, a w szczególności nie pokrywają one faktycznych kosztów wykonania 1mb przyłącza. Wbrew twierdzeniom PolCam Systems Sp. z o.o. cena wykonania przyłącza energetycznego w przedmiotowym projekcie nie wynika z cen pochodzących z taryf operatorów/dystrybutorów energii elektrycznej realizujących przyłącza energetyczne na terenie RP, ale winna zostać indywidualnie skalkulowana przez wykonawców.

Uwzględniając powyższe, należy stwierdzić, że PolCam Systems Sp. z o.o. w ogóle nie przedstawił kosztów jakie muszą być poniesione w celu wykonania 1mb przyłącza. Nie przedstawił ponadto żadnych dowodów potwierdzających realność ceny/kosztów w tym zakresie. Brak również dowodów potwierdzających gotowość wskazanych podmiotów (operatorów energetycznych) do wykonania na rzecz PolCam Systems Sp. z o.o. zakresu zgodnego z treścią SIWZ po stawkach wynikających ze złożonych wyjaśnień RNC.

Odwołujący stwierdza, że okoliczność przedstawienia ogólnych, lakonicznych wyjaśnień, nie popartych dowodami, z czym mamy do czynienia w przypadku wyjaśnień PolCam Systems Sp. z o.o. winna zostać zrównana z przypadkiem braku złożenia wyjaśnień. Tego rodzaju okoliczność winna skutkować automatycznym odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że koszt wykonania przyłącza stanowi istotny zakres przedmiotu zamówienia, a równocześnie stanowić będzie istotną część składową ceny oferty w zakresie zamówień wykonawczych. Brak obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, powstałego na skutek skierowania wezwania do udzielenia wyjaśnień RNC, rodzi konieczność odrzucenia oferty.

Niezależnie od lakoniczności, a w zasadzie braku wyjaśnień ze strony PolCam Systems Sp. z o.o., Odwołujący stwierdza, że cena tej oferty jest rażąco niska. Wykonawca ten nie będzie w stanie pokryć kosztów wykonania 1mb przyłącza za zaoferowaną cenę, a równocześnie cena ta nie będzie mogła ulec podwyższeniu na etapie zamówień wykonawczych.

Wymaga podkreślenia, że na wykonanie 1mb przyłącza składa się szereg istotnych pozycji kosztowych w tym:

- Zakup materiałów (m.in. kable zasilające, rury osłonowe, studnia);
- Sprzęt: (m.in. koparka ładowarka; przyczepa z zabezpieczeniem; przewierty);
- Projektowanie (projekty TOR na czas robót; projekty tras kablowych; obsługa geodezyjna; uzgodnienia zewnętrzne);
- Robocizna (m.in. układanie rur osłonowych; praca przy koparce; zaciąganie kabla energetycznego; odtworzenie nawierzchni);
- Koszty kontraktowe;
- Koszty pośrednie których łączna wartość nie może zostać pokryta zaoferowaną przez PolCam Systems Sp. z o.o. ceną 100 zł netto.

Zamawiający w dniu 22.09.2020 r. (za pomocą platformy zakupowej Zamawiającego) wezwał wraz kopia odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 25.09.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) PolCam Systems Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 21.10.2020 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołanie, w której uwzględnił w całości wniesione odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu.

W dniu 21.10.2020 r. (e-mailem) PolCam Systems Sp. z o.o. wniósł sprzeciw na dokonane przez Zamawiającego uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Sprint w swoim odwołaniu stwierdza, jakoby „*PolCam nie przedstawił wyjaśnień dotyczących wyliczenia kosztów wykonania 1 mb przyłącza.*” Przeczy temu zarówno sam Odwołujący już w kolejnym zdaniu wskazując, iż „*Swoje wyjaśnienia wykonawca oparł...*”, jak i treść dokumentu przekazanego przez PolCam Zamawiającemu na wezwanie z dnia 29 czerwca 2020 r. (dalej „*Wyjaśnienia*”). W dokumencie tym, opierając się na informacjach zawartych w SIWZ oraz odpowiedziach na pytania przekazanych przez Zamawiającego, PolCam zawarł (jak sam Odwołujący przyznał, a Zamawiający pierwotnie przyjął) odpowiednie wyjaśnienia. W odniesieniu do kwestionowania przez Odwołującego możliwości/realności wykonania przedmiotowego przyłącza przez wskazanych operatorów/dystrybutorów energii elektrycznej, jak wskazano w Wyjaśnieniach oraz załączonych taryfach tych operatorów/dystrybutorów, podmioty te nie tylko realizują wskazane przyłącza energetyczne, ale są do tego zobowiązane na podstawie regulacji wskazanych w ustawie Prawo energetyczne: „*Przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją paliw gazowych lub energii jest obowiązane do zawarcia umowy o przyłączenie do sieci z podmiotami ubiegającymi się o przyłączenie do sieci, na zasadzie równoprawnego traktowania ...*”. Jednocześnie Odwołujący stwierdza, iż „*Podmioty te nie realizują tego rodzaju projektów, w tym nie w zakresie wymaganym treścią SIWZ (poprowadzenie przyłącza od urządzenia stacjonarnego do sieci energetycznej)*”. Nie jest to twierdzenie prawdziwe. Zarówno z przywołanej ustawy Prawo energetyczne, jak i taryf obu operatorów wynika wprost, iż realizują właśnie takie przyłącza jakie mają zostać ewentualnie wykonane w ramach przedmiotu zamówienia – vide art. 5 tejsze ustawy: „*Przedsiębiorstwo*

energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją paliw gazowych lub energii jest obowiązane zapewnić realizację i finansowanie budowy i rozbudowy sieci, w tym na potrzeby przyłączenia podmiotów ubiegających się o przyłączenie.”, zaś w art. 8 jasno i precyzyjnie zdefiniowano „przyłączenie” oraz sposób jego finansowania i realizacji – *„Przez realizację przyłączenia urządzeń, instalacji lub sieci do sieci elektroenergetycznej lub do sieci ciepłowniczej rozumie się budowę odcinka lub elementu sieci służącego do połączenia urządzeń, instalacji lub sieci podmiotu ubiegającego się o ich przyłączenie do sieci elektroenergetycznej lub do sieci ciepłowniczej, z pozostałą częścią sieci.”* Niezrozumiałe i zupełnie nie osadzone w rzeczywistości zarówno formalnej jak i technicznej są twierdzenia Odwołującego jakoby PGE lub Tauron nie realizował budowy przyłącza energetycznego do urządzeń pomiarowych. Chyba, że Odwołujący twierdzi, iż PGE czy Tauron nie wykonują przyłączy własnymi siłami, tj. zatrudnionymi na umowę o pracę robotnikami i posiadany przez siebie sprzętem. Jeśli nawet jest to prawda i faktycznie przyłącza wykonują zakontraktowani podwykonawcy – nie ma to żadnego znaczenia dla klientów w/w koncernów energetycznych, na których ciąży ustawowy obowiązek realizacji przyłączy urządzeń do sieci. Jak również wykazano w wyjaśnieniach, Zamawiający nie określił lokalizacji instalacji urządzeń będących przedmiotem zamówienia. W odpowiedziach na pytania wykonawców Zamawiający stwierdził, że dokładne lokalizacje zostaną wskazane na etapie zamówień cząstkowych umowy ramowej. Nieuprawnione jest zatem twierdzenie Odwołującego, iż cena winna zostać indywidualnie skalkulowana przez wykonawców. Indywidualna kalkulacja będzie mogła zostać wykonana po określeniu przez Zamawiającego lokalizacji urządzeń oraz ustalenia najlepszego punktu wpięcia do sieci. Mając jednak gwarancję wykonania przez PGE lub Tauron przedmiotowych przyłączy według cen taryfowych, PolCam przyjął odpowiednią podstawę wyceny tego elementu zamówienia. Zarówno w ustawie Prawo energetyczne, jak i taryfikatorach i regulaminach PGE oraz Tauron nie można odnaleźć żadnych wykluczających przesłanek lub warunków, które wskazywałyby na możliwość odmowy realizacji przyłącza dla urządzeń będących przedmiotem zamówienia. Zatem również ten argument Odwołującego należy uznać za chybiony.

Jak zostało to uwypuklone w Wyjaśnieniach koszt wykonania przyłącza wbrew twierdzeniu Odwołującego nie stanowi istotnego zakresu przedmiotu zamówienia, a tym samym nie będzie wpływał w sposób znaczący na cenę całkowitą zamówienia.

Zawarte w wyjaśnieniach wyliczenia są realistyczne oraz oparte na zapewnionych przez ustawodawcę warunkach równego dostępu do sieci energetycznej. Wbrew twierdzeniu Odwołującego zawierają koszty wymienione w odwołaniu oraz dodatkowo wszelkie niezbędne do realizacji przyłącza. Wskazuje na to odpowiednio Ust. 5.13 (str. 30) taryfy Tauron Dystrybucja S.A. oraz Ust. 4.13 (str. 38) taryfy PGE Dystrybucja S.A., gdzie zapewniono, że: *„W nakładach, o których mowa w art. 7 ust. 8 ustawy, uwzględnia się*

wydatki ponoszone na: wykonanie prac projektowych i geodezyjnych, uzgadnianie dokumentacji, uzyskanie pozwoleń na budowę, zakup materiałów do budowy odcinków sieci służących do przyłączenia podmiotów do sieci z uwzględnieniem długości tych odcinków, roboty budowlanomontażowe wraz z nadzorem, wykonanie niezbędnych prób, koszty sporządzenia ekspertyzy wpływu przyłączanych urządzeń, instalacji lub sieci na system elektroenergetyczny a także koszty uzyskania praw do nieruchomości oraz zajęcia terenu, niezbędne do budowy lub eksploatacji urządzeń.”

Wobec absurdalności zarzutów odwołania musi budzić zdziwienie jego uwzględnienie przez Zamawiającego. Zamawiający nie tylko wypiera się wcześniej podjętych decyzji, ale i zdaje się dążyć do zmonopolizowania rynku urządzeń do pomiaru prędkości. Jest to działanie nie tylko nieefektywne, ale i wymierzone w podstawowe interesy państwa.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego (Wnoszącego Sprzeciw) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień SIWZ, wszystkich odpowiedzi na pytania, jak również wezwań do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej oraz udzielonych wyjaśnień – przez Przystępującego, Odwołującego oraz w cz. III wobec – Konsorcjum: ZABERD S.A., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław; Neurocar sp. z o.o., ul. Życzliwa 8, 53-030 Wrocław (częściowo tajemnica przedsiębiorstwa).

Izba zaliczyła także jako dowód złożone przez Odwołującego na rozprawie:

- 1) Korespondencje z Odwołującego z Tauron Dystrybucja S.A. na jednym z przykładowych odcinków na rzecz Miasta Opole z 21.04.2020 r. obejmującą odpowiedź na wniosek, warunki przyłączenia, umowę o przyłączenie, kalkulacje opłaty za przyłączenie, harmonogram realizacji oraz ogólnymi warunkami umowy;
- 2) Korespondencje z Odwołującego z Tauron Dystrybucja S.A. na jednym z przykładowych odcinków na rzecz Miasta Opole z 17.08.2020 r. obejmującą odpowiedź na wniosek, warunki

przyłączenia, umowę o przyłączenie, kalkulacje opłaty za przyłączenie, harmonogram realizacji oraz ogólnymi warunkami umowy;

3) Korespondencje z Odwołującego z Tauron Dystrybucja S.A. na jednym z przykładowych odcinków na rzecz obecnego Zamawiającego z 16.03.2015 r. wraz z umowa o przyłączenie, kopia faktury na opłatę za przyłączenie oraz warunkami przyłączenia do sieci;

4) Korespondencje z Odwołującego z Tauron Dystrybucja S.A. na jednym z przykładowych odcinków na rzecz obecnego Zamawiającego z 14.05.2015 r. wraz z harmonogramem przyłączenia, kalkulacja, warunkami przyłączenia, uzgodnieniami oraz układem sieci /schemat zasadniczy/.

Izba dopuściła jako dowód również załączone przez Przystępującego (Wnoszącego Sprzeciw) do wyjaśnień w zakresie cent rażąco niskiej z 01.07.2020 r.:

1) Taryfa PGE Dystrybucja S.A. dla usług dystrybucji energii elektrycznej PGE Dystrybucja S.A.;

2) Taryfa Tauron Dystrybucja S.A. dla energii elektrycznej Tauron Dystrybucja S.A. na rok 2020.

Izba zaliczyła podobnie jako dowód złożone przez Przystępującego (Wnoszącego Sprzeciw) na rozprawie:

- Odpowiedzi na pytania – wyjaśnienia Zamawiającego z 29.04.2020 r. (zostały one przesłane także wraz z dokumentacją postępowania przez Zamawiającego).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie, przystąpienie, sprzeciw, a także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy.

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PolCam Systems Sp. z o.o. w zakresie cz. II pomimo, że nie udzielił on wystarczających wyjaśnień dotyczących ceny oferty (wyjaśnienia RNC) a także pomimo, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowych odwołań.

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności okoliczności wynikające treści odwołania, wezwania do wyjaśnień z 29.06.2020 r., odpowiedzi z 01.07.2020 r., przystąpienia oraz sprzeciwu. Uznając zarazem że spór nie dotyczy stanu faktycznego, ale oceny zaistniałych okoliczności w sprawie. W pozostałym zakresie, ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownych zarzutów w dalszej części, jak również

dokumenty oraz treść postanowień SIWZ oraz udzielonych odpowiedzi na pytania, na których oparła swoje stanowisko.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest dostawa, instalacja i uruchomienie urządzeń rejestrujących wykroczenia związane z niestosowaniem się kierujących pojazdami do wskazań sygnalizacji świetlnej.

W ramach pkt 3 Wymagania prawne dotyczące urządzeń rejestrujących Zamawiający stwierdził – pkt. 3.10 (str. 48 SIWZ):

„Dostawa i instalacja obejmować będzie wszystkie prace niezbędne do przekazania Zamawiającemu w pełni sprawnych i działających urządzeń rejestrujących, zamontowanych na konstrukcjach wsporczych w docelowych lokalizacjach, a w szczególności:

a) Wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie wymaganym przepisami i w sposób zgodny z zasadami wiedzy technicznej, która umożliwi wykonanie instalacji, a także przyszłe utrzymanie, modernizację i inne zmiany w zakresie stacjonarnych urządzeń rejestrujących, konstrukcji wsporczych i przyłączy,

b) Uzyskanie przed przystąpieniem do instalacji, w imieniu i na rzecz Zamawiającego wszystkich niezbędnych pozwoleń na prowadzenie prac, instalację urządzenia, projektów organizacji ruchu oraz innych niezbędnych uzgodnień, w tym z zarządcami dróg,

c) Wykonanie niezbędnych przyłączy elektroenergetycznych, z tym, że przed przystąpieniem do budowy przyłączy Wykonawca jest zobowiązany uzyskać, w imieniu i na rzecz Zamawiającego warunki techniczne przyłącza oraz uzyskać niezbędne zezwolenia wymagane w celu wykonania przyłączy i jego eksploatacji.”

- pkt. 3.12, podpunktu d (str. 48 SIWZ): *„W toku postępowania wykonawczego o udzielenie zamówienia wykonawczego przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria: (...)*

d) Kryterium „Cena wykonania 1mb przyłącza elektroenergetycznego” – cena brutto wykonania przyłącza elektroenergetycznego.”

Dodatkowo określił w Cz. III B. Badanie i ocena ofert – Część I - III: *„(...) 3. Zamawiający dokona oceny oferty, jako najkorzystniejszej w oparciu o następujące kryteria oceny ofert:*

Lp.	Nazwa kryterium	Waga [%]
1.	<i>Cena wykonania 1 mb przyłącza elektroenergetycznego</i>	50
2.	<i>Gwarancja</i>	25
3.	<i>Koncepcja</i>	25

4. Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania przez Wykonawcę wynosi 100 punktów.

5. Wagi kryteriów określone w procentach będą w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert odzwierciedlone w punktacji za dane kryterium wg zasady 1% = 1 punkt.

6. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans (najwyższa liczba punktów przyznanych w oparciu o ustalone kryteria),

7. Przyznawanie liczby punktów poszczególnym ofertom odbywać się będzie według następujących zasad:

1) W ramach kryterium Cena (C) wykonania 1mb przyłącza elektroenergetycznego oferta może otrzymać maksymalnie 50 punktów. Liczba punktów w kryterium, jaką otrzyma oferta zostanie obliczona zgodnie z następującymi zasadami:

W ramach danego kryterium ocena ofert (C) zostanie dokonana według wzoru:

$$C = \frac{\ln(1 + (C_{max} - C_{obl}))}{\ln(1 + (C_{max} - C_{min}))} \times P_{max}$$

gdzie: **C** – liczba punktów oferty ocenianej

C_{max} – cena brutto najdroższej oferty

C_{min} – cena brutto najtańszej oferty

C_{obl} – cena brutto oferty ocenianej

P_{max} – maksymalna liczba punktów do zdobycia w kryterium (50 pkt) (...).

Elementem wyceny jest koszt wykonania 1 mb przyłącza energetycznego. Zamawiający doprecyzował co mieści się pod tym pojęciem w odpowiedzi na pytanie nr 4 jednego z oferentów (odpowiedzi z 29.04.2020 r.).

Na pytanie 4: „Dotyczy: Część III, część B, punkt 7, podpunkt 1 (strona 69 SIWZ)

Czy jako „Cena (C) wykonania 1 mb przyłącza elektroenergetycznego” we wskazanym punkcie należy rozumieć cenę zamówienia dla części III umowy, tj. dostawy, instalacji, montażu oraz uruchomienia urządzeń rejestrujących dla 30 skrzyżowań oraz 5 przejazdów kolejowo-drogowych?”

Odpowiedział:

„Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ i wyjaśnia, że na etapie postępowania na zawarcie umowy ramowej nie oczekuje podania ceny dostawy, instalacji oraz uruchomienia jakichkolwiek urządzeń rejestrujących. Tym samym pod pojęciem cena wykonania 1 mb przyłącza elektroenergetycznego Zamawiający rozumie zryczałtowany koszt wyceniony przez składającego ofertę, wyłącznie we wskazanym zakresie, niezależnie od warunków jego wykonania takich jak np. długość przyłącza, warunki terenowe, rodzaj kabla zasilającego, występująca w miejscu wykonania linii zasilającej infrastruktura, koszty uzyskania wymaganych uzgodnień i zezwoleń, koszty dokumentacji projektowej przyłącza itp.”. Podobnie w tym zakresie, ale szerzej do wszystkich części odpowiedź na pytanie 2 (odpowiedzi z 18.05.2020 r.): „Czy zgodnie z definicją z pkt. 3.12, podpunktu d (strona 48 SIWZ), która brzmi „Cena wykonania 1mb przyłącza elektroenergetycznego - cena brutto

wykonania przyłącza elektroenergetycznego” należy w ofercie w pkt. 3.3 podpunkt c) (strona 13 SIWZ) podać cenę za całość (1 kpl.) przyłącza elektroenergetycznego dla jednej lokalizacji czy cenę jednostkową za 1 mb przyłącza elektroenergetycznego? Jeśli należy podać cenę jednostkową to prosimy o poprawę zapisu na stronie 48 SIWZ.”

Odpowiedział:

„Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ i odsyła do odpowiedzi na pytanie nr 4 z dnia 29 kwietnia 2020 r.”

Z kolei, odpowiedź na pytanie 11 (odpowiedzi z 12.05.2020 r.): „W odniesieniu do części I zamówienia (dotyczy tzw. „istniejących” lokalizacji) - w jaki sposób Zamawiający przewiduje zachowanie zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy dotychczasowi dostawcy będą mogli wykorzystać istniejącą infrastrukturę, podczas gdy inne 3/8 podmioty nie dość że będą musiały ponieść większe koszty w związku z dostawą oraz montażem nowych obudów oraz konstrukcji wsporczych, to na dodatek będą zobowiązane do poniesienia kosztów demontażu oraz przewiezienia infrastruktury we wskazane przez Zamawiającego miejsce.”

Odpowiedział:

„Zamawiający w prowadzonym postępowaniu na zawarcie umowy ramowej nie oczekuje wyceny i dostarczenia stacjonarnych urządzeń rejestrujących. Szczegółowe warunki udziału w postępowaniach wykonawczych zostaną określone w sposób zapewniający zasady uczciwej konkurencji i będą jednakowe dla wszystkich Wykonawców. Wybrany Wykonawca będzie obowiązany we wskazanej lokalizacji zainstalować stacjonarne urządzenie rejestrujące (fundament, konstrukcja wsporcza, urządzenie rejestrujące) i przyłączyć się do istniejącego przyłącza elektroenergetycznego będącego własnością Zamawiającego lub zaprojektować, uzgodnić i wykonać przyłącznie elektroenergetycznego. Zakres prac do wykonania będzie w ocenie Zamawiającego taki sam dla wszystkich niezależnie od firmy ubiegającej się o zamówienie.”

W zakresie cz. II poszczególni Wykonawcy zaoferowali w ramach ceny 1 mb przyłącza elektroenergetycznego brutto w PLN:

1. LIFOR Sp. z o. o. – 492,00 PLN;
2. Sprint S.A. – 147,60 PLN;
3. PolCam Systems Sp. z o.o. – 123,00 PLN.

Zamawiający wezwaniami z 29.06.2020 r. skierowanym do Przystępującego stwierdził co następuje: „Działając na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „Ustawą Pzp”, Zamawiający - Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego, w zakresie w części I, II i III zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. 2017 r. poz. 847);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z uwagi, iż cena całkowita oferty złożonej w postępowaniu lub jej części składowe, jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa na wstępie, pod rygorem odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) Ustawy Pzp.

Wyjaśnienia objęte niniejszym wezwaniem należy złożyć za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego najpóźniej do dnia 02 lipca 2020 r.

Zamawiający przypomina, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy."

W ramach złożonych wyjaśnień z 01.07.2020 r. Przystępujący (Wnoszący Sprzeciw) wskazał co następuje:

„1. Przestanką do wezwania PolCam System do złożenia wyjaśnień dotyczących wielkości oferowanej ceny jest fakt, iż zaoferowana cena jest o ponad 30% niższa w stosunku do od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert;

2. W niniejszym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest dostawa i instalacja urządzeń pomiarowych. Potwierdzenie tego faktu ma miejsce w ogłoszeniu o zamówieniu, kolejno w:

a. Nazwie zamówienia: Umowa ramowa na „Dostawę stacjonarnych urządzeń rejestrujących”

b. Kodzie CPV: 38410000 – Przyrządy pomiarowe

c. Krótkim opisie: „Postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej na „Dostawę stacjonarnych urządzeń rejestrujących w ramach projektu pn.: Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach programu operacyjnego infrastruktura i środowisko na lata 2014-2020”. Umowa ramowa realizowana będzie w częściach:

— część I – stacjonarne Urządzenia rejestrujące do punktowego pomiaru prędkości,

— część II – stacjonarne Urządzenia rejestrujące służące do pomiaru średniej prędkości na określonym odcinku drogi,

— część III – stacjonarne Urządzenia rejestrujące naruszenia przepisów ruchu drogowego w zakresie niestosowania się do sygnałów świetlnych.

Umowa ramowa dla każdej z części zawarta zostanie na okres 36 miesięcy.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w części III SIWZ oraz w istotnych postanowieniach umowy ramowej (IPU) i jej załącznikach w części IV SIWZ.

d. Nazwie dla części I: Stacjonarne Urządzenia rejestrujące do punktowego pomiaru prędkości.

e. Dodatkowym kodzie CPV dla części I: 51210000 – Usługi instalowania urządzeń pomiarowych

f. Opisie zamówienia dla części I: „Przedmiotem zamówienia, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, jest zawarcie umowy ramowej na Dostawę stacjonarnych urządzeń rejestrujących, zwanych dalej „urządzeniami rejestrującymi” lub „urządzeniami” z tym, że: w przypadku stacjonarnych urządzeń rejestrujących w części I oznacza urządzenie rejestrujące do rejestracji prędkości chwilowej (pomiar punktowy) wraz z obudową i konstrukcją wsporczą(dopuszcza się konstrukcję będącą jednocześnie obudową). Dla części I oferowane urządzenia rejestrujące (zgodnie z obowiązującymi przepisami) muszą posiadać Decyzję Zatwierdzenia Typu wydaną przez Prezesa Głównego Urzędu Miar w sprawie zatwierdzenia typu przyrządu do pomiaru prędkości pojazdów, z której wynika, że urządzenie może pracować na konstrukcji wsporczej (maszt lub bramownica) albo ważną decyzję wydaną przez Prezesa Głównego Urzędu Miar o uznaniu odpowiednich dokumentów potwierdzających dokonanie prawnej kontroli metrologicznej przyrządu do pomiaru prędkości pojazdów, przez właściwe zagraniczne instytucje metrologiczne, za równoważne zatwierdzeniu typu, z której wynika, że urządzenie może pracować na konstrukcji wsporczej (maszt lub bramownica).przy czym w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej dopuszcza się ofertę na urządzenia, które jeszcze nie posiadają ww. decyzji, są przedmiotem trwającej procedury uzyskania ww. decyzji lub najpóźniej w dniu złożenia oferty w postępowaniu wykonawczym będą posiadały ważną jedną z ww. decyzji. Zamawiający, w miarę zapotrzebowania i możliwości finansowych, będzie udzielał zamówień wykonawczych każdorazowo uszczegóławiających przedmiot danego zamówienia i stosując zasady określone w SIWZ i zawartej umowie ramowej. Zamawiający planuje udzielać zamówień wykonawczych zgodnie z harmonogramem wskazanym w SIWZ w części III B ust. 7 pkt 3 lit e. Zamawiający ma prawo udzielania zamówień wykonawczych w innych terminach. Przedstawiony harmonogram ma znaczenie pomocnicze i informacyjne. Zamawiający zawrze umowę ramową z maksymalnie: 8 Wykonawcami w Części I, którzy spełniają warunki udziału

w postępowaniu, nie podlegają wykluczeniu, a ich oferty nie będą podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp oraz uzyskają najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert. W wyniku postępowania zawarta zostanie umowa ramowe, na podstawie których zostaną zawarte umowy wykonawcze pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcami wyłonionymi w celu ich zawarcia na podstawie 101aust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp i zgodnie z procedurą określoną w umowie ramowej. Uwaga. Ze względu na brak możliwości zamieszczenia większej ilości informacji szczegółowe informacje zawarte są w SIWZ.”

g. Nazwie dla części II: Stacjonarne Urządzenia rejestrujące służące do pomiaru średniej prędkości na określonym odcinku drogi.

h. Dodatkowym kodzie CPV dla części II: 51210000 – Usługi instalowania urządzeń pomiarowych

i. Opisie zamówienia dla części II: „Przedmiotem zamówienia, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, jest zawarcie umowy ramowej na Dostawę stacjonarnych urządzeń rejestrujących, zwanych dalej „urządzeniami rejestrującymi” lub „urządzeniami” z tym, że: w przypadku stacjonarnych urządzeń rejestrujących w części II oznacza kompletny system (zespół urządzeń) do rejestracji średniej prędkości na określonym odcinku drogi wraz z konstrukcjami wsporczy. Dla części II oferowane urządzenia rejestrujące (zgodnie z obowiązującymi przepisami) muszą posiadać Decyzję Zatwierdzenia Typu wydaną przez Prezesa Głównego Urzędu Miar w sprawie zatwierdzenia typu przyrządu do pomiaru prędkości pojazdów, z której wynika, że urządzenie może pracować na konstrukcji wsporczej (maszt lub bramownica) albo ważną decyzję wydaną przez Prezesa Głównego Urzędu Miar o uznaniu odpowiednich dokumentów potwierdzających dokonanie prawnej kontroli metrologicznej przyrządu do pomiaru prędkości pojazdów, przez właściwe zagraniczne instytucje metrologiczne, za równoważne zatwierdzeniu typu, z której wynika, że urządzenie może pracować na konstrukcji wsporczej (maszt lub bramownica), przy czym w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej dopuszcza się ofertę na urządzenia, które jeszcze nie posiadają ww. decyzji, są przedmiotem trwającej procedury uzyskania ww. decyzji lub najpóźniej w dniu złożenia oferty w postępowaniu wykonawczym będą posiadały ważną jedną z ww. decyzji. Zamawiający, w miarę zapotrzebowania i możliwości finansowych, będzie udzielał zamówień wykonawczych każdorazowo uszczegóławiających przedmiot danego zamówienia i stosując zasady określone w SIWZ i zawartej umowie ramowej. Zamawiający planuje udzielać zamówień wykonawczych zgodnie z harmonogramem wskazanym w SIWZ w części III B ust. 7 pkt 3 lit e. Zamawiający ma prawo udzielania zamówień wykonawczych w innych terminach. Przedstawiony harmonogram ma znaczenie pomocnicze i informacyjne. Zamawiający zawrze umowę ramową z maksymalnie 4 Wykonawcami w Części II, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, nie podlegają wykluczeniu, a ich oferty nie będą podlegały odrzuceniu na

podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp oraz uzyskają najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert. W wyniku postępowania zawarta zostanie umowa ramowe, na podstawie których zostaną zawarte umowy wykonawcze pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcami wyłoniętymi w celu ich zawarcia na podstawie 101aust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp i zgodnie z procedurą określoną w umowie ramowej. Uwaga. Ze względu na brak możliwości zamieszczenia większej ilości informacji szczegółowe informacje zawarte są w SIWZ.”

j. Nazwie dla części III: Stacjonarne Urządzenia rejestrujące naruszenia przepisów ruchu drogowego w zakresie niestosowania się do sygnałów świetlnych.

k. Dodatkowym kodzie CPV dla części II: 51210000 – Usługi instalowania urządzeń pomiarowych

l. Opisie zamówienia dla części III: „Przedmiotem zamówienia, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, jest zawarcie umowy ramowej na Dostawę stacjonarnych urządzeń rejestrujących, zwanych dalej „urządzeniami rejestrującymi” lub „urządzeniami” z tym, że w przypadku stacjonarnych urządzeń rejestrujących w części III oznacza kompletny system (zespół urządzeń) do ujawniania naruszeń przepisów ruchu drogowego w zakresie niestosowania się do sygnałów świetlnych. Zamawiający, w miarę zapotrzebowania i możliwości finansowych, będzie udzielał zamówień wykonawczych każdorazowo uszczegóławiających przedmiot danego zamówienia i stosując zasady określone w SIWZ i zawartej umowie ramowej. Zamawiający planuje udzielać zamówień wykonawczych zgodnie z harmonogramem wskazanym w SIWZ w części III B ust. 7 pkt 3 lit e. Zamawiający ma prawo udzielania zamówień wykonawczych w innych terminach. Przedstawiony harmonogram ma znaczenie pomocnicze i informacyjne. Zamawiający zawrze umowę ramową z maksymalnie 5 Wykonawcami w Części III, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, nie podlegają wykluczeniu, a ich oferty nie będą podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp oraz uzyskają najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert. W wyniku postępowania zawarta zostanie umowa ramowe, na podstawie których zostaną zawarte umowy wykonawcze pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcami wyłoniętymi w celu ich zawarcia na podstawie 101aust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp i zgodnie z procedurą określoną w umowie ramowej. Uwaga. Ze względu na brak możliwości zamieszczenia większej ilości informacji szczegółowe informacje zawarte są w SIWZ.”

Jak widać, przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu nie jest budowa 1 mb przyłącza energetycznego. Budowa przyłącza energetycznego nie została nawet wskazana w ramach uzupełniającego kodu CPV, pomimo istnienia takiego kodu - 31311000-9 – Podłączenie energetyczne. Z powyższych faktów wynika jasno, że dla Zamawiającego budowa przyłącza energetycznego nie stanowi istotnej części zamówienia i należy je traktować w kategorii daleko pomocniczej. Sam Zamawiający w odpowiedziach na pytania uznał, iż nie do końca jest wiadomo, czy dla części I będzie konieczność budowy

jakiegokolwiek przyłącza energetycznego, a jeśli w ogóle to w zakresie nie więcej niż 5% z 247 lokalizacji.

Również warunki udziału w postępowaniu nie wskazują, aby budowa 1 mb przyłącza energetycznego była dla Zamawiającego kluczowym elementem cenotwórczym przedmiotowego zamówienia.

3. Niniejsze zamówienie jest prowadzone w celu zawarcia umowy ramowej. Należy zatem uznać, iż, jak wcześniej wspomniano, nie wiadomym jest czy i w jaki sposób przedstawiona przez wykonawców cena 1 mb przyłącza energetycznego wpłynie istotnie na wartość/koszt całego zamówienia, zwłaszcza w części I i III. Nawet biorąc pod uwagę część II, zgodnie z informacją Zamawiającego iż nie ma obecnie wiedzy na temat lokalizacji instalacji urządzeń pomiarowych, nie ma żadnych przesłanek, które w sposób kategoriyczny przesądzałyby o konieczności budowania przyłączy energetycznych (być może będą dostępne w lokalizacji instalacji).

4. W wezwaniu z dnia 29 czerwca 2020 r. Zamawiający - wskazał, iż kieruje przedmiotowe wezwanie z uwagi na to, że „cena całkowita lub jej części składowe, jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert ...” – zastosował zatem przesłankę do badania rażąco niskiej ceny wskazaną w art. 90 ust. 1a pkt. 1) ustawy Pzp. W tym kontekście należy zauważyć, że wskazana w przytoczonym przepisie przesłanka dotyczy ceny całkowitej oferty. Trudno zaś uznać cenę jednostkową wykonania 1 mb przyłącza energetycznego za cenę całkowitą oferty, zwłaszcza w kontekście niewiadomej do realizacji liczby mb przyłącza energetycznego.

5. Powyższy opis stanu faktycznego oraz formalnego prowadzi do oczywistego wniosku, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony prowadzi w stosunku do Wykonawcy PolCam Systems Sp. z o.o. czynności przewidziane w art. 90 ustawy Pzp a ewentualne negatywne skutki tych czynności nie powinny obciążać Wykonawcy PolCam Systems Sp. z o.o.

6. Niezależnie jednak od stanowiska zaprezentowanego powyżej, Wykonawca PolCam System Sp. z o.o. przedstawia poniżej wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny wykonania 1 mb przyłącza energetycznego:

a. Cena wykonania przyłącza energetycznego wynika z cen pochodzących z taryf operatorów/dystrybutorów energii elektrycznej realizujących przyłącza energetyczne na terenie RP (w załączeniu). Na chwilę składania ofert, istnieje dwóch operatorów/dystrybutorów, którzy, biorąc pod uwagę uwarunkowania i ograniczenia wskazujące możliwość instalowania urządzeń będących przedmiotem zamówienia w pasie dróg krajowych, w tym dróg ekspresowych oraz autostrad. Są to PGE oraz Tauron.

b. W taryfie PGE ustalono następujące stawki za budowę przyłącza energetycznego (str. 36 taryfy):

i. W przypadku budowy przyłącza na długości do 200 metrów, dla obciążenia 1 kW opłata zryczałtowana wynosi 70,38 zł (siedemdziesiąt złotych, 38/100). Zatem cena budowy 1 mb w tym przypadku wynosi 0,35 zł (zero złotych, 35/100). W przypadku, gdy długość budowanego przyłącza przekroczy 200 metrów, koszt każdego kolejnego metra bieżącego powyżej 200 metrów wynosi odpowiednio

- 1. 33,45 zł w przypadku przyłącza kablowego*
- 2. 24,70 zł w przypadku przyłącza napowietrznego*

ii. Zakładając zatem, że maksymalna długość przyłącza, nie powinna wynosić więcej niż 500 m., biorąc pod uwagę przyłącze kablowe, średni koszt budowy 1 mb przyłącza energetycznego w PGE wynosi 20,21 zł.

c. W taryfie Tauron ustalono następujące stawki za budowę przyłącza energetycznego (str. 28 taryfy):

i. W przypadku budowy przyłącza na długości do 200 metrów, dla obciążenia 1 kW opłata zryczałtowana wynosi 56,31 zł (pięćdziesiąt sześć złotych, 31/100). Zatem cena budowy 1 mb w tym przypadku wynosi 0,28 zł (zero złotych, 28/100). W przypadku, gdy długość budowanego przyłącza przekroczy 200 metrów, koszt każdego kolejnego metra bieżącego powyżej 200 metrów wynosi odpowiednio

- 1. 33,45 zł w przypadku przyłącza kablowego*
- 2. 24,70 zł w przypadku przyłącza napowietrznego*

ii. Zakładając zatem, że maksymalna długość przyłącza, nie powinna wynosić więcej niż 500 m., biorąc pod uwagę przyłącze kablowe, średni koszt budowy 1 mb przyłącza energetycznego w Tauron wynosi 20,18 zł.

d. Ponieważ cena jednostkowa za wykonanie 1 mb przyłącza energetycznego w ofercie Wykonawcy PolCam Sp. z o.o. wynosi 123,00 zł, należy uznać, iż nie jest ona rażąco niska, a różnica pomiędzy zaoferowaną ceną a faktycznymi ewentualnymi kosztami jest wystarczająca aby zapewnić odpowiednią obsługę administracyjno – techniczną oraz wypracować na powyższym zagadnieniu zysk.

W przypadku, gdyby złożone wyjaśnienia budziły jeszcze jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiającego, Wykonawca jest gotowy udzielić stosownych dodatkowych wyjaśnień. Powyższa okoliczność może zaistnieć, z uwagi na zakreślony przez Zamawiającego, nadzwyczaj krótki termin na złożenie wyjaśnień – 3 dni (Wykonawca dostosował się do sygnalizowanej wyznaczonym terminem pilności, aczkolwiek pragnie zauważyć, iż np. na złożenie dokumentów, dokładnie określonych i wskazanych już w dokumentacji przetargowej, ustawodawca nakazuje wyznaczyć termin nie krótszy niż 10 dni, a z kolei Zamawiający wyznaczył maksymalnie długi okres związania ofertą - 90 dni).”

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu zawartego w odwołaniu, Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie może rozpoznawać zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jeśli Przystępujący kwestionuje postanowienia SIWZ, tudzież neguje cenę zaoferowaną przez Odwołującego i sposób jej rozumienia mógł w tym zakresie składać środek ochrony prawnej.

Nadto, Izba podkreśla, że Przystępujący, a zarazem Wnoszący Sprzeciw jest w błędzie co do rozmienia znaczenia ceny za 1mb przyłącza elektroenergetycznego, albowiem tylko w jego wypadku ma miejsce interpretacja ceny za 1mb przyłącza elektroenergetycznego ściśle według przepisów Prawa energetycznego.

W przedmiotowym bowiem postępowaniu Zamawiający nadał tej cenie dla potrzeb postępowania odmienne, tj. o wiele szersze znaczenie. Zostało to wyrażone w odpowiedzi na pytanie 4 – wyjaśnienia z 29.04.2020 r. zgodnie z którym:

„Zamawiający rozumie zryczałtowany koszt wyceniony przez składającego ofertę, wyłącznie we wskazanym zakresie, niezależnie od warunków jego wykonania takich jak np. długość przyłącza, warunki terenowe, rodzaj kabla zasilającego, występująca w miejscu wykonania linii zasilającej infrastruktura, koszty uzyskania wymaganych uzgodnień i zezwoleń, koszty dokumentacji projektowej przyłącza itp.”. Zostało to następnie potwierdzone w odpowiedziach z 12 i 18.05.2020 r. (wskazanych w ustaleniach), które odnoszą się do wszystkich części. Wynika więc z tego że nie chodziło tylko wyłącznie o koszt przyłącza realizowany przez Zakład Energetyczny.

Jednocześnie Izba wskazuje, że Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające w zakresie ceny rażąco niskiej nie tylko wobec Przystępującego, ale również Odwołującego oraz w cz. III wobec – Konsorcjum: ZABERD S.A., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław; Neurocar sp. z o.o., ul. Życzliwa 8, 53-030 Wrocław. Niniejsi Wykonawcy jednoznacznie zrozumieli, tak pytanie zadane w trybie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1) Pzp nota bene tej samej treści co wystosowane 26.09.2020 r. do Przystępującego, a zarazem Wnoszącego Sprzeciw, jak i to do czego referuje. W konsekwencji tylko Przystępujący nie zrozumiał istoty pytania, ani do czego referuje samo wezwanie. Obaj bowiem Wykonawcy przedstawili szczegółowe wyjaśnienia wraz z podaniem wszystkich kosztów, które zostały ujęte w cenie 1 mb przyłącza elektroenergetycznego.

Nadto, wymaga podkreślenia, że wykonanie przyłącza elektroenergetycznego zostało przez Zamawiającego określone wagą 50%, czyli zostało wybrane jako najważniejsze

kryterium, które stanowić będzie o zakwalifikowaniu konkretnych ofert do podpisania umowy ramowej, pomimo tego, że akurat ten zakres kosztów w kontekście realizacji całego zadania nie odgrywa kluczowej roli, albowiem dopiero na etapie zamówień wykonawczych będzie konieczność podania ceny dostawy, instalacji oraz uruchomienia urządzeń rejestrujących. Z tych też względów zasadnie podnosił Odwołujący na rozprawie, że gdyby było tak jak twierdził Przystępujący (Wnoszący Sprzeciw) na rozprawie, to jaki byłby sens ustanowienia tego kryterium i nadawania (w tym zakresie podnosi Izba) temu kryterium aż 50 % wagi.

Nota bene Zamawiający jednoznacznie stwierdził – że: Wykonanie niezbędnych przyłączy elektroenergetycznych, z tym, że przed przystąpieniem do budowy przyłączy Wykonawca jest zobowiązany uzyskać, w imieniu i na rzecz Zamawiającego warunki techniczne przyłącza oraz uzyskać niezbędne zezwolenia wymagane w celu wykonania przyłącza i jego eksploatacji. (pkt. 3.10 lit c - str. 48 SIWZ). Jest to o tyle istotne, że przedłożone na rozprawie dowody przez Odwołującego, potwierdzają tego rodzaju praktykę nie tylko u tego Zamawiającego, ale np. Miasta Opole. Jednocześnie przedłożone przez Odwołującego dowody nie zaprzeczają, iż za część prac związanych z przyłączem odpowiada Zakład Energetyczny, a za część Wykonawca (chodzi o kabel ze skrzynki do urządzenia rejestrującego). Zostało to szczegółowo wyjaśnione podczas rozprawy i znajduje się w protokole. Przystępujący (Wnoszący Sprzeciw) nie podważał powyższego co do zasady, a jedynie kwestionował nazywanie również części prac za które odpowiedzialny jest Wykonawca za wykonanie przyłącza elektroenergetycznego. W tym zakresie abstrahował od postanowień SIWZ przytoczonych powyżej, ale przede wszystkim udzielonych odpowiedzi, które ta kwestie rozstrzygało, określając ryczałtowy charakter wyceny wykonania 1 mb przyłącza elektroenergetycznego.

Odnosnie kwestii ewentualnego dopytania w zakresie ceny rażąco niskiej, na którą możliwość wskazywał Przystępujący (Wnoszący Sprzeciw). Wymaga w tym zakresie podkreślenia za wyrokiem KIO z 06.08.2015 r., sygn. akt: KIO 140/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15, że co do zasady: „(...) Nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)”. Z tym zastrzeżeniem, co jest istotne w tym stanie faktycznym - za wyrokiem KIO z 25.04. 2014 r., sygn. akt: KIO 725/14, że: „(...) prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy”. Podobne stanowisko Izba wyraziła w wyroku KIO z 31.08. 2017 r., sygn. akt: KIO 1733/17. W przedmiotowym stanie

faktycznym Izba nie dopuszcza możliwości nakazania ponownego wezwania o wyjaśnienia - tzn. dopytywania (doprecyzowania), gdyż byłoby to ponad to co zostało faktycznie złożone przez Przystępującego.

W przedstawionych wyjaśnieniach brak jest przedstawienia innych kosztów za wyjątkiem kosztów związanych z opłatą przyłączeniową naliczaną przez Zakład energetyczny, choć nie było w tym zakresie żadnych przeszkód. Ponowne wezwanie nie mogłoby prowadzić do zmiany pierwotnych wyjaśnień, ich przebudowywania i przedkładania dowodów, które nie zostały pierwotnie przedstawione (jeśli nie było żadnych przeszkód w tym zakresie, a pierwotne wezwanie wprost wzywało do ich złożenia). W konsekwencji, w przedmiotowym stanie faktycznym takie ponowne wezwanie nie jest dopuszczalne. Przystępujący był już wzywany także do złożenia dowodów, a kolejne wyjaśnienia skutkowałyby daleko idącym przebudowaniem pierwotnych wyjaśnień, zwłaszcza w zakresie tego czego w nich ewidentnie brakuje. Tym bardziej, że ostatni fragment złożonych wyjaśnień wskazuje, że gdyby Przystępujący (Wnoszący Sprzeciw) wykazał nieco więcej staranności to mógł w ramach przedstawionych wyjaśnień przedstawić cały aspekt kosztów związanych z ceną za 1mb przyłącza elektroenergetycznego albowiem wskazał w nich, że: *„Ponieważ cena jednostkowa za wykonanie 1 mb przyłącza energetycznego w ofercie Wykonawcy PolCam Sp. z o.o. wynosi 123,00 zł, należy uznać, iż nie jest ona rażąco niska, a różnica pomiędzy zaoferowaną ceną a faktycznymi ewentualnymi kosztami jest wystarczająca aby zapewnić odpowiednią obsługę administracyjną – techniczną oraz wypracować na powyższym zagadnieniu zysk.”* . Podobnie stwierdził, na rozprawie (co jest niedopuszczalne w zakresie ceny rażąco niskiej, gdyż wszelkiego rodzaju wyjaśnienia i dowody ponad to co jest w wyjaśnieniach składane na rozprawie nie mogą być brane pod uwagę zgodnie z orzecznictwem KIO oraz sądów powszechnych np.: w wyroku SO Warszawa-Praga w Warszawie z 09.04.2010 r., sygn. akt: IV Ca 1299/09, zgodnie z którym: *„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.”), iż: „Oświadcza do protokołu, że zaoferowana cena obejmuje wszelkie niezbędne koszty i po stronie Zamawiającego nie ma niebezpieczeństwa, iż urządzenie rejestrujące nie zostanie w ramach zaoferowanej ceny podłączone do sieci.”.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że takie dodatkowe wezwanie byłoby możliwe, gdyby wezwanie było nieprecyzyjne, albo gdyby postanowienia SIWZ nie było jednoznaczne. Izba jednakże ustaliła, że inni Wykonawcy wezwani w tym samym zakresie oraz wedle tej samej treści jednoznacznie zrozumieli tak istotę wezwania, jak również doskonale wiedzieli co należy rozumieć przez cenę 1 mb wykonania przyłącza elektroenergetycznego, a ściślej że nie chodzi o wykonanie przyłącza elektroenergetycznego w rozumieniu Prawa Energetycznego, tak jak podnosił w swoim pisemnym sprzeciwie Przystępujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 2 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....