

Sygn. akt: KIO 453/13

Sygn. akt: KIO 484/13

WYROK

z dnia 14 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu **12 marca 2013 r.** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **1 marca 2013 r.** przez wykonawcę: **NKT CABLES S.A. ul. Gajowa 3, 43-254 Warszowice (KIO 453/13),**
- B. w dniu **4 marca 2013 r.** przez wykonawcę: **TELE-FONIKA Kable Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i S.K.A. ul. Francuska 34 bud. B, 43-028 Katowice (KIO 484),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **TAURON Dystrybucja S.A. ul. Zawila 65L, 30-390 Kraków,**

przy udziale:

- A. wykonawcy: **TELE-FONIKA Kable Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i S.K.A. ul. Francuska 34 bud. B, 43-028 Katowice,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o **sygn. akt KIO 453/13,** po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy: **Eksa Sp. z o.o. ul. Sądziecka 1g, 05-806 Sokołów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o **sygn. akt KIO 484/13,** po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.A. Oddala odwołanie wykonawcy: NKT CABLES S.A. ul. Gajowa 3, 43-254 Warszowice (KIO 453/13),

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: NKT CABLES S.A. ul. Gajowa 3, 43-254 Warszowice (KIO 453/13),

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: NKT CABLES S.A. ul. Gajowa 3, 43-254 Warszowice, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego: NKT CABLES S.A. ul. Gajowa 3, 43-254 Warszowice (KIO 453/13), na rzecz zamawiającego: TAURON Dystrybucja S.A. ul. Zawila 65L, 30-390 Kraków, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

1.B. Oddala odwołanie wykonawcy: TELE-FONIKA Kable Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i S.K.A. ul. Francuska 34 bud. B, 430-028 Katowice (KIO 484/13),

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: TELE-FONIKA Kable Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i S.K.A. ul. Francuska 34 bud. B, 430-028 Katowice (KIO 484/13),

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: TELE-FONIKA Kable Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i S.K.A. ul. Francuska 34 bud. B, 430-028 Katowice, 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 453/13

Sygn. akt: KIO 484/13

U z a s a d n i e:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę kabli i przewodów na potrzeby Tauron Dystrybucja S.A., ogłoszonym w dniu 21.12.2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2012 /S 246-404908), zostały wniesione następujące odwołania:

- A. w dniu 1 marca 2013 r. w formie pisemnej przez wykonawcę: NKT Cables S.A. z siedzibą w Warszowicach, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym, (KIO 453/13),
- B. w dniu 4 marca 2013 r. przez wykonawcę: TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. S.K.A., w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym, (KIO 484/13).

Podstawą wniesienia odwołań było powiadomienie w dniu 21 lutego 2013 r. za pośrednictwem faksu o wynikach przetargu - obejmującego 3 części zamówienia.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu: TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp.

Sygn. akt: KIO 453/13

Odwołujący: NKT Cables S.A., złożył odwołanie w zakresie części 3 zamówienia na:

- 1) czynność zamawiającego w postaci bezpodstawnego wyboru w zadaniu nr 3 jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. Spółka Komandytowo Akcyjna z siedzibą w Krakowie,
- 2) czynność zamawiającego w postaci bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 3) czynność zamawiającego, polegającą na bezpodstawnym odrzuceniu w zakresie zadania nr 3 oferty odwołującego,
- 4) czynność zamawiającego w postaci zaniechania wyboru oferty NKT Cables S.A. w zakresie zadania nr 3 jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący: NKT Cables S.A. zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

a) art. 22 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy zostały spełnione wszystkie warunki udziału w postępowaniu,

b) art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 4 Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt. 10 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, polegające na:

- błędnym przyjęciu, iż odwołujący nie wykazał posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę 5.000.000 zł (pkt VIII.5 SIWZ), podczas gdy odwołujący wraz z ofertą przedłożył polisę ubezpieczeniową za rok 2012 wraz z dowodem opłacenia składek, a nadto aneks nr 1 do polisy ubezpieczenia OC wystawiony w Wiedniu 16 stycznia 2013 r. przez XL Insurance Company Limited Zweigniederlassung für Österreich, potwierdzający okres ochrony ubezpieczeniowej do 31 marca 2013 r.,

- pominięciu okoliczności, iż w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów odwołujący przedłożył aneks nr 2 do umowy ubezpieczenia wraz z dowodem opłacenia składki,

- pominięciu okoliczności, iż w dniu upływu terminu do składania ofert - 22 stycznia 2013r. nie nadszedł dla odwołującego termin wymagalności opłacenia kolejnej, dodatkowej składki ubezpieczeniowej,

- pominięciu okoliczności, iż zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów nie zdołał precyzyjnie sformułować, który z otrzymanych od odwołującego dokumentów kwestionuje i z jakiej przyczyny,

c) art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, a to poprzez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji gdy wykonawca ten nie powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu,

d) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez wybór w zakresie zadania nr 3 jako najkorzystniejszej oferty spółki TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. Spółka Komandytowo Akcyjna z siedzibą w Krakowie, pomimo tego, iż najkorzystniejszą ofertę w zadaniu nr 3 złożyła spółka NKT Cables S.A.

e) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty NKT CABLES S.A. w zakresie zadania nr 3, pomimo tego, iż była to oferta najkorzystniejsza.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący, wnosil o uwzględnienie odwołania i o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 3 oferty TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. Spółka Komandytowo Akcyjna z siedzibą w Krakowie,
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadania nr 3,
4. przeprowadzenia ponownej oceny ofert w zakresie zadania nr 3, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Ponadto wnosił o:

1. przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania,
2. zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia do akt sprawy pełnej dokumentacji przetargowej, w szczególności oferty odwołującego, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ogłoszenia o zamówienia oraz korespondencji między stronami prowadzonej w toku postępowania,
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, według norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wykonawcy mogli w tym postępowaniu złożyć oferty częściowe na każde z 3 zadań. Dowód: specyfikacja istotnych warunków zamówienia - w aktach postępowania przetargowego. Odwołujący złożył ofertę w zakresie wszystkich trzech zadań.

W celu potwierdzenia spełnienia wymagania określonego w pkt. VIII.5 SIWZ odwołujący przedłożył wraz z ofertą polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr PL00000540-LI-12A za okres od 1 stycznia 2012r. do 31 grudnia 2012r. wraz z dowodem opłaty tej polisy oraz aneks nr 1 do ww. polisy z dnia 16 stycznia 2013 r., wydłużający ochronę ubezpieczeniową na okres do 31 marca 2013 r. W prolongacie polisy Ubezpieczyciel - XL Insurance Company Limited Zweigniederlassung für Österreich zaznaczył, iż rozliczenie dodatkowej składki z odwołującym nastąpi w terminie późniejszym. Dowód: oferta odwołującego - w dokumentacji postępowania przetargowego polisa nr PL00000540-LI-12A, dowód uiszczenia składki wraz z tłumaczeniem, aneks nr 1 do polisy nr PL00000540-LI-12A.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia pismem z dnia 8 lutego 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, zarzucając, iż dołączona do oferty polisa i polisa prolongacyjna zostały przedłożone bez dokumentu potwierdzającego opłacenie polis. Zamawiający wyznaczył termin na uzupełnienie dokumentów do dnia 13 lutego 2013 r. dowód: pismo zamawiającego z dnia 8 lutego 2013 r.

Odwołujący podnosił, że w odpowiedzi na powyższe - w piśmie z dnia 13 lutego 2013r. wyjaśnił zamawiającemu, iż wraz z ofertą przedłożono opłaconą polisę wraz z polisą

prolongacyjną a nadto w celu wyeliminowania wszelkich wątpliwości odwołujący przedłożył aneks nr 2 do polisy nr PL00000540-LI-12A, na mocy którego wskazano termin opłaty dodatkowej składki. Odwołujący przedłożył także dowód jej uiszczenia. Dowód: pismo odwołującego z dnia 13 lutego 2013r. aneks nr 2 do polisy nr PL00000540-LI-12A, dowód uiszczenia dodatkowej składki wraz z tłumaczeniem.

Pismem z dnia 21 lutego 2013 r. odwołujący został poinformowany o wyniku postępowania. W ww. piśmie wskazano, iż zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucił jego ofertę w zakresie wszystkich 3 zadań.

Odwołujący poczytał wskazane wyżej czynności zamawiającego jako bezwzględnie nieważne i podjęte z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych. Pismo natomiast z dnia 21 lutego 2013 r. nie powinno wywoływać żadnych skutków prawnych już z przyczyn formalnych. Podpisane bowiem zostało przez pana Macieja Zimnego, wskazującego siebie jako pełnomocnika zamawiającego. Dowód: pismo z dnia 21 lutego 2013 r. Tymczasem Pan M..... Z..... nie jest uprawniony do reprezentacji zamawiającego zgodnie z odpisem KRS spółki TAURON Dystrybucja S.A., nie jest też osobą uprawnioną do kontaktu z wykonawcami w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W pkt. XI SIWZ jako osobę uprawnioną do kontaktu z wykonawcami wskazano panią M..... S..... cyt: Osoba upoważniona do kontaktów z Wykonawcami: M..... S..... - Specjalista ds. zamówień. W pkt. X ppkt. 1 SIWZ zastrzeżono cyt: oświadczenia, wnioski i zawiadomienia oraz informacje Zamawiający oraz Wykonawcy przekazują pisemnie. Zamawiający (z zastrzeżeniem pkt. XXII.4 SIWZ) dopuszcza również przekazywanie ww. dokumentów oraz informacji faksem na nr (71) 889 50 67 w godz. od 7:00 do 15:00, pod warunkiem niezwłocznego ich pisemnego potwierdzenia. Dowód: specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Odwołujący powoływał się na zasadę pisemności (art. 27 Pzp) obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro zatem ani nie zmieniono pkt. XI SIWZ i nie wpisano w miejsce lub obok pani M..... S..... pana M..... Z....., ani też nie jest to osoba uprawniona do reprezentacji spółki TAURON Dystrybucja S.A., czynności zamawiającego w tym zakresie powinny zostać dotknięte sankcją bezwzględnej nieważności i jako takie nie mogą odnosić skutków wobec wykonawców. Do pisma z dnia 21 lutego 2013r. nie został także dołączony jakikolwiek dokument pełnomocnictwa dla pana M..... Z..... Czynność ta nie mogła zatem zostać dokonana w przewidzianej w Pzp i pkt. XI SIWZ formie.

Niezależnie od powyższego, odwołujący odniósł się merytorycznie do zarzutów zawartych w piśmie z 21 lutego 2013 r. Opisując stanowisko zamawiającego, odwołujący zastrzegł, że w żaden sposób nie uznaje jednak ww. pisma za ważne, ale czyni to wyłącznie z ostrożności i dla zachowania przejrzystości rozważań.

Odwołujący podnosił, iż brak prawidłowego uzasadnienia decyzji zamawiającego, które uznał za co najmniej niejasne. Na wstępie odwołujący zwracał uwagę na lakoniczność uzasadnienia czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający jako przyczynę wykluczenia odwołującego wskazał brak załączenia dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy przed dniem składania ofert cyt: Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp Wykonawca został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu - przedstawiona polisa ubezpieczenia nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ, tj. Wykonawca mimo wezwania do uzupełnienia nie załączył dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy przed dniem składania ofert. Dowód: pismo Zamawiającego z 21 lutego 2013 r. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2503/11). Zamawiający zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt. 3 PZP winien w sposób wyczerpujący i precyzyjny podać prawne i faktyczne uzasadnienie podejmowanych czynności. Tymczasem zamawiający w jednym zdaniu usiłuje zamknąć uzasadnienie prawne i faktyczne czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu, formułując przy tym twierdzenia ogólnikowe.

Odwołujący ponownie przywoływał te same argumenty, że przedłożył zamawiającemu dokument polisy nr PL00000540-LI-12A, dowód uiszczenia składki, aneks nr 1 do tej polisy (prolongata okresu ubezpieczenia), a następnie na wezwanie zamawiającego przedłożył aneks nr 2 do polisy oraz dowód dokumentu opłaty dodatkowej składki, a zamawiający wykluczając wykonawcę z udziału w postępowaniu nie wskazał nawet, który z ww. przedłożonych dokumentów kwestionuje i dlaczego. Nie jest tym samym, odwołującemu znane pełne stanowisko zamawiającego, co potęguje nie tylko wadliwość dokonanych czynności, ale w sposób znaczący uniemożliwia także obronę przed przeprowadzonymi w toku postępowania czynnościami. Nie wiadomo czym kierował się zamawiający wykluczając odwołującego wykonawcę.

Stawiany zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt. 4 Pzp i art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp, oraz art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 4 Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt. 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane odwołujący motywował następująco: Niezależnie od nieujawnionej przyczyny, którą kierował się zamawiający przeprowadzając czynność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, zdaniem odwołującego w toku postępowania zostały przedłożone prawidłowe - określone przez SIWZ, jak i przepisy

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. dokumenty wykazujące jego zdolność finansową i ekonomiczną (posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej).

Zgodnie z pkt. VIII ppkt. 5 SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek sytuacji ekonomicznej i finansowej tj: posiadają ważną, opłaconą polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą 5 000 000,00 zł.

W pkt. IX ppkt. 9 SIWZ określającym wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zaznaczono: Opłacona polisa, a w przypadku jej braku inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (wykazanie spełnienia warunku zawartego w pkt. VIII. 4 SIWZ).

Po raz kolejny, odwołujący przekonywał, że złożył wraz z ofertą polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej nr PL00000540-LI-12A za okres od 1 stycznia 2012 r. do 31 grudnia 2012 r. wraz z dowodem opłaty tej polisy oraz aneks nr 1 do ww. polisy, wydłużający ochronę ubezpieczeniową na okres do 31 marca 2013 r. Polisa wystawiona została przez XL Insurance Company Limited Zweigniederlassung fur Österreich i dokumentowała udzielenie ochrony ubezpieczeniowej do 31 marca 2013 r. Była to polisa o limicie odpowiedzialności 22.208.000,00 zł, a więc wielokrotnie przewyższającym wymagania zamawiającego. Roczna składka depozytowa w tej polisie wynosiła 332.203,92 zł. Składka ta została przez odwołującego zapłacona. Dowód: potwierdzenie przelewu składki wraz z tłumaczeniem. Wydłużając okres ubezpieczeniowy ubezpieczyciel - Insurance Company Limited Zweigniederlassung fur Österreich wystawił odwołującemu aneks nr 1 do polisy nr PL00000540-LI-12A. Aneks został podpisany w Wiedniu w dniu 16 stycznia 2013 r. a ubezpieczyciel zastrzegł w nim, że rozliczenie składki za okres przedłużony nastąpi w terminie późniejszym. Odwołujący zaznaczał, że w polisach ubezpieczeniowych, obejmujących wysokie kwoty w stosunkach, w których strony stale ze sobą współpracują rozliczenie ochrony za dalsze okresy może i następuje często później, zwłaszcza jeśli dotyczy okresów przedłużonych, a strony nie mają wątpliwości, że będą korzystać ze swoich usług i działają we wzajemnym zaufaniu.

Odwołujący wyjaśniał, że sporym zaskoczeniem dla niego było już pismo zamawiającego z dnia 8 lutego 2013r., w którym żądał on od wykonawcy wykazania opłacenia polisy. Odwołujący zaznaczał, że także to wezwanie zostało sformułowane w sposób niejasny, zamawiający nie wskazał bowiem dlaczego kwestionuje dokumenty wykonawcy i który z tych dokumentów cyt: Do oferty została dołączona polisa oraz polisa

prolongacyjna bez dokumentu potwierdzającego opłacenie polis. Prosimy o uzupełnienie. Dowód: pismo zamawiającego z dnia 8 lutego 2013 r. Odwołujący stwierdził, iż jedynie wykazując dobrą wolę i chęć współpracy - przedstawił zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie aneks nr 2 do polisy, w którym stwierdzono wysokość składki, termin wymagalności; ponadto przedłożono dowód jej uiszczenia. Dowód: pismo odwołującego z dnia 13 lutego 2013 r. Odwołujący zaznaczył również, iż uzyskanie zmiany prolongaty polisy poprzez jej natychmiastowe rozliczenie poprzedzały rozmowy z zagranicznym towarzystwem ubezpieczeniowym, które narażały dobre imię odwołującego wykonawcy. Nie wymaga wyjaśnień, iż w profesjonalnym obrocie gospodarczym, domaganie się od zagranicznego podmiotu ubezpieczeniowego wystawiającego polisę stwierdzającą ochronę ubezpieczeniową dodatkowo - wyznaczenia daty wymagalności (przyspieszenia) i wysokości opłaty spotyka się co najmniej z niezrozumieniem i jest odbierane jako próba podważania wiarygodności polisy - dokumentów ubezpieczyciela stwierdzających jednoznacznie zobowiązanie do udzielenia ochrony i wystawionych w tym celu.

Odwołujący powołał się na regulację § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, że potwierdzenie spełnienia warunków w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej może polegać na przedłożeniu opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący po raz kolejny stwierdził, że wraz z ofertą przedłożył polisę wraz z dowodem opłaty oraz aneksem przedłużającym okres ochronny. Było więc oczywiste, iż spełnił warunki SIWZ oraz warunki ww. rozporządzenia. Wskazał, iż dysponuje czterokrotnie wyższą aniżeli wymagana ochroną ubezpieczeniową, i że składki są opłacane.

W przekonaniu odwołującego, sytuacja, która miała miejsce w niniejszej sprawie była analogiczną do opisanej szeroko w orzecznictwie sprawie, w której kolejne raty składki, są opłacane w okresach późniejszych. W wyroku z dnia 23 stycznia 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza orzekła cyt: Zdaniem Izby „opłacona polisa”, o której mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, to polisa, od której zostały opłacone terminowo składki ubezpieczenia, wynikające z zawartej pomiędzy stronami umowy. Umowa ubezpieczenia została uregulowana w przepisach Kodeksu cywilnego, które przez odesłanie zawarte w art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, znajdują pełne zastosowanie. Zgodnie z art. 813 § 2 oraz 814 § 1 Kc, strony umowy mogą umówić się co do sposobu zapłaty składki oraz co do początku okresu odpowiedzialności ubezpieczyciela. Powszechnie przyjęte jest, że strony umowy ubezpieczenia umawiają się na płatność składki ubezpieczenia w kilku ratach. W ocenie Izby, z przepisów ustawy Prawo zamówień

publicznych nie wynika konieczność „całkowitego opłacenia” polisy to jest zapłaty wszystkich rat składki ubezpieczenia. Za wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy uznać złożenie polisy, od której terminowo opłacono choćby jedną składkę ubezpieczenia. Zgodnie z przepisem art. 814 § 1 Kc, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy ubezpieczenia, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. W kontekście powyższego, skoro odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się z dniem wpłacenia pierwszej raty składki ubezpieczenia to za nieuzasadnione należy uznać żądanie opłacenia składki w pełnej wysokości (wszystkich rat składki ubezpieczenia). Podobnie w wyroku z dnia 23 sierpnia 2011 r. (sygn. akt sygn. akt KIO 2234/11) Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła: „W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie wskazywano, że polisa OC składana przez wykonawców w ramach wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie, lecz ma potwierdzić, to że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez zamawiającego wysokości (wyrok KIO z dnia 30.11.2010 r. sygn. akt KIO 2512/10; wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KI0753/11, KIO 758/11; wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r. Sygn. akt KIO 2801/10; wyrok z dnia 21 maja 2010 r. Sygn. akt: KIO/UZP 814/10; Wyrok KIO z dnia 15.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1395/10; wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11; wyrok z dnia 9 marca 2009 r. Sygn. akt KIO/UZP 216/09, KIO/UZO 223/09). Izba zważyła, że z art. 814 § 1 Kc, jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Natomiast z dyspozycji § 2 wynika możliwość odpowiedzialności ubezpieczyciela jeszcze przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty. Przytoczone przepisy Kodeksu cywilnego korelują ze wskazanym wyżej przepisem § 1 ust. 1 pkt. 10 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 roku, dopuszczającym wykazanie faktu objęcia wykonawcy ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej nie tylko opłaconą polisą, ale też innym dokumentem potwierdzającym posiadanie takiego ubezpieczenia. Przystępujący wraz ofertą złożył polisę z dnia 16 września 2011 roku. W ocenie Izby ON Traffic przedłożył dokument, który potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej polegającego na byciu ubezpieczonym od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na dzień składania ofert. Wykonawca opłacił nie całość składki a jej pierwszą ratę. W ocenie Izby zapłata jedynie pierwszej raty należnej składki nie świadczy o tym, że polisa nie została należycie opłacona. Tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp nie potwierdził się.”

Również w niniejszej sprawie odwołujący uznał, że przedstawił dowody ubezpieczenia za okres poprzedzający dzień składania ofert - za cały rok 2012, a nadto aneks nr 1, z którego wynikała ochrona istniejąca w czasie składania ofert i w okresie późniejszym (ciągłość ochrony ubezpieczeniowej, w aneksie wskazano iż dodatkowa opłata za prolongatę zostanie rozliczona).

W ocenie odwołującego, nawet gdyby zamawiający usiłował kwestionować wartość dokumentów przedłożonych przez odwołującego - jako opłaconą polisę, do czego nie miał żadnych podstaw - winien był uznać przedłożone dokumenty za inny dokument. Za trafne i poparte wnikliwymi rozważaniami uznał odwołujący stanowisko wyrażone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO/KU 108/10), w której Izba wyjaśniła: *„Polisa, zgodnie z art. 809 § 1 Kodeksu cywilnego jest wydawana jako dowód zawarcia umowy ubezpieczenia. Wydaje się, że ustawodawca w rozporządzeniu przez „opłaconą polisę” rozumiał „polisę od której zapłacono składkę”. Stosownie do art. 813 § 2 Kodeksu cywilnego, jeśli nie umówiono się inaczej, składka powinna być zapłacona jednocześnie z zawarciem umowy ubezpieczenia, a jeśli umowa doszła do skutku przed doręczeniem dokumentu ubezpieczenia - w ciągu czternastu dni od jego doręczenia, a według art. 814 § 2 Kodeksu cywilnego, jeśli zakład ubezpieczeń ponosi odpowiedzialność jeszcze przed zapłaceniem składki, a składka nie została zapłacona w terminie, zakład ubezpieczeń może odstąpić od umowy ze skutkiem natychmiastowym, zawiadamiając o tym jednocześnie ubezpieczającego i żądać zapłaty składki za okres, przez który ponosił odpowiedzialność. W braku odstąpienia od umowy, rozwiązuje się ona z końcem okresu, na który przypada niezapłacona składka. W świetle przywołanych przepisów, może zatem zaistnieć sytuacja, że polisa „nie jest opłacona”, a umowa ubezpieczenia przestaje wiązać (warto zwrócić uwagę, że są to przepisy o charakterze dyspozytywnym i strony mogą się umówić inaczej) - a więc legitymowanie się taką polisą przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia dawałoby Zamawiającemu mylną informację o statusie ekonomicznym wykonawcy. Jednak biorąc pod uwagę przepis § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia nakazujący wprost żądanie „opłaconej polisy” i żądanie Zamawiającego w SIWZ, oczekującego „polisy” nie można uznać, że „polisa” jest przeciwieństwem „opłaconej polisy”, a więc taką polisą, od której nieuiszczono składki. Zarówno dla Zamawiającego, jak i dla wykonawców biorących udział w postępowaniu było oczywiste (zgodnie z oceną Zamawiającego zawartą w zastrzeżeniach, wszyscy wykonawcy załączyli opłacone polisy), że polisy załączone do ofert muszą poświadczać istnienie ważnej umowy ubezpieczeniowej. W ocenie składu orzekającego, złożenie polisy, która została wydana na dowód zawarcia umowy ubezpieczenia, która to umowa przestała wiązać w związku z nieuiszczeniem składki, byłoby niedopuszczalne - polisa ma potwierdzać, że „wykonawca jest ubezpieczony” (§ 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia). Zauważyć również trzeba, że fakt zawarcia ważnej umowy*

ubezpieczeniowej może potwierdzać również polisa jeszcze „nieopłacona” (zgodnie z art. 813 § 2 Kodeksu cywilnego, można zapłacić składkę ubezpieczeniową w ciągu 14 dni od doręczenia polisy, zgodnie z art. 814 § 2 Kodeksu cywilnego, ubezpieczyciel może ponosić odpowiedzialność jeszcze przed uiszczeniem składki - a więc można dysponować polisą ważną, lecz jeszcze nieopłaconą) - w świetle obowiązujących przepisów, nie ma przeszkód aby taką polisę uznać za „inny dokument.”

Odwołujący argumentował, że ww. stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej jest w pełni zgodne z przepisami omawianego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. Jest bowiem oczywiste, że jeśli dany podmiot zamiast polisy wystawiłby zaświadczenie, potwierdzenie lub użył innej nazwy zamiast słowa polisa nie budziłoby najmniejszej wątpliwości, iż dany dokument stanowi tzw. inny dokument potwierdzający, iż wykonawca jest ubezpieczony. Nielogicznym byłoby tym samym odmawianie dokumentowi przeznaczonemu ex definitione do potwierdzenia ochrony ubezpieczeniowej (polisie) waloru dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt. 10 ww. rozporządzenia. Jeśli zamawiający kwestionował wartość dokumentu polisy (jako polisy opłaconej), do czego nie było podstaw, winien był w przekonaniu odwołującego - uznać ów dokument za inny dokument ubezpieczenia, tym bardziej, że takowa polisa potwierdza znacznie więcej informacji na temat ubezpieczenia, aniżeli zaświadczenia, potwierdzenia lub inne dokumenty. Odwołujący zwracał uwagę, że celem wymagań określonych w art. 22 ust. 1 Pzp jest zapewnienie udziału w postępowaniach podmiotów o odpowiedniej pozycji finansowej i ekonomicznej. Sposób rozumienia tego przepisu, prezentowany przez zamawiającego prowadzi do wypaczenia sensu omawianej regulacji. W niniejszej sprawie okazało się bowiem, że z postępowania wykluczono wykonawcę posiadającego pełną i przewyższającą wymagania zamawiającego ochronę ubezpieczeniową. Czynności zamawiającego nie tylko zatem były nielogiczne i niespójne, ale w szczególności trudne do zaakceptowania w nowoczesnych stosunkach obrotu gospodarczego. Tak dla podmiotów zagranicznych (zwłaszcza w świetle zasad parole evidence rule) - próba podważania wiarygodności czy zupełności dokumentu polisy jako stwierdzającego zobowiązanie pokazuje, iż podmiot kwestionujący wartość takiego dokumentu albo nie szanuje w pełni kontrahenta, albo nie zdaje sobie sprawy z dokumentów, które są mu przedkładane. Jeżeli więc XL Insurance Company Limited Zweioniedelassung fur Österreich deklaruje, iż udziela ochrony ubezpieczeniowej określonemu podmiotowi, niepodobna takiej deklaracji potwierdzającej zobowiązanie ubezpieczyciela kwestionować. Słusznie Krajowa Izba Odwoławcza w ww. uchwale z 14 stycznia 2011 r. wskazała, iż podmiot niewiarygodny czy pozbawiony wymaganej zdolności finansowej czy ekonomicznej nie uzyskałby w ogóle polisy. Odwołujący podsumował, że wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu w powyższych okolicznościach decyduje tym samym o naruszeniu przez zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt. 4 Pzp i art. 24

ust. 2 pkt. 4 Pzp. Jednocześnie zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 4 Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt. 9 i 10 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Nie było bowiem podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Odwołujący dodatkowo omówił stawiane zarzuty w aspekcie naruszenia przez zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców i zasad uczciwej konkurencji. Oceniając warunki finansowe i ekonomiczne wykonawców zamawiający winien był sprawdzić jaka jest rzeczywistość zgodna ze stanem faktycznym i przedłożonymi dokumentami sytuacja wykonawców. Zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp.

Zdaniem odwołującego - wymagane dokumenty potwierdzające ochronę ubezpieczeniową zostały przedłożone, gdyż pokazują, iż posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej za cały rok 2012 (a więc przed dniem składania ofert) a ponadto za okres do 31 marca 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza podkreślała, iż ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej przez pryzmat polisy OC jest o tyle pozorna, o ile żaden przepis nie zobowiązuje wykonawców do posiadania takowej polisy w konkretnie określonym okresie realizacji zamówienia. Może zatem zdarzyć się sytuacja, iż podmiot nie miałby ważnej polisy już w następnym dniu po upływie terminu składania ofert. W tym kontekście istotne jest, że odwołujący przedstawił dokumenty potwierdzające pełną i przewyższającą wymagania zamawiającego ochronę ubezpieczeniową do 31 marca 2013 r., a pomimo to został wykluczony z udziału w postępowaniu. Powyższe czynności zamawiającego świadczą o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji, które wymagają analizy sytuacji wykonawców według stanu rzeczywistego, a nie stanu abstrakcyjnego - jak uczynił to zamawiający, eliminując z udziału w postępowaniu podmiot posiadający pełną ochronę ubezpieczeniową, za jaki uznawał się odwołujący. Za przykład podał sytuację, że jeżeli wykonawca biorący udział w postępowaniu przedstawiłby, jak chce tego zamawiający, opłaconą polisę z datą ochrony kończącą się 23 stycznia 2013 r. zamawiający uznałby w świetle SIWZ i przepisów ustawy, że taki wykonawca spełnił warunki zdolności ekonomicznej i finansowej. Natomiast jeżeli wykonawca przedłożyłby polisę za rok 2012 w pełni opłaconą, prolongatę okresu ochrony do 31 marca 2013 r. wystawioną przez zagranicznego ubezpieczyciela wraz z deklaracją o późniejszym rozliczeniu składki, to takiego wykonawcę zamawiający by wykluczył. Powyższe pokazuje pozorność zachowania i czynności zamawiającego, który

wyeliminowałby podmioty posiadające rzeczywistą ochronę ubezpieczeniową i zdolność finansową, a dopuściłby podmioty takiej ochrony nie posiadające.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, odwołujący uzasadniał następująco: zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp odrzuceniu podlega oferta, która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Skoro w niniejszej sprawie nie istniały podstawy do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, zamawiający nie mógł odrzucić oferty wykonawcy w zakresie zadania nr 3, powołując się na powyższą przesłankę. Przesłanka odrzucenia oferty nie została spełniona. W zakresie zadania nr 3 wykluczenie wykonawcy stanowiło jedyną podstawę odrzucenia oferty odwołującego. W rezultacie, w ocenie odwołującego, zamawiający nieprawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp w zw. z art. 7 Pzp. Pomimo braku podstaw, odrzucił ofertę, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, odwołujący uzasadniał następująco: w zakresie zadania nr 3 zamawiający za najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. Spółka Komandytowo Akcyjna z siedzibą w Krakowie. Czynność ta nie była prawidłowa. Biorąc bowiem pod uwagę określone w SIWZ kryteria oceny ofert w zakresie zadania nr 3 ofertę najkorzystniejszą złożył odwołujący. Zamawiający w sposób bezpodstawny wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu, przez co oferta odwołującego została odrzucona i nie mogła konkurować z ofertami innych wykonawców, ergo nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą. Zamawiający naruszył zatem ww. przepisy również poprzez zaniechanie wyboru oferty NKT Cables S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

We wnioskach końcowych odwołujący stwierdził, że wyeliminowanie omówionych uchybień i przywrócenie w prowadzonym postępowaniu realizacji zasad uczciwej konkurencji wymaga unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 3 oferty spółki TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. Spółka Komandytowo Akcyjna, unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadania nr 3 i nakazanie zamawiającemu przeprowadzenie ponownej oceny ofert w zakresie zadania nr 3, z uwzględnieniem oferty odwołującego. Powyższe pozwoli na merytoryczną ocenę ofert w zakresie zadania nr 3 i wybór oferty najkorzystniejszej według zawartych w SIWZ kryteriów.

Interes do zaskarżenia czynności zamawiającego odwołujący wiązał z okolicznościami, że gdyby zamawiający nie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu i w sposób bezpodstawny nie odrzucił jego oferty w zakresie zadania nr 3, oferta odwołującego byłaby najkorzystniejszą w świetle przyjętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny ofert. Szkoda, której doznał odwołujący polega tym

samym na braku możliwości uzyskania zamówienia, które odwołujący mógł i powinien był uzyskać oraz poniesionych kosztach przygotowania oferty, zaangażowaniu środków i zasobów potrzebnych do uzyskania zamówienia. Zamawiający nie poddał w sposób bezpodstawny oferty odwołującego merytorycznej ocenie. Z uwagi na fakt, iż w prawidłowo przeprowadzonym postępowaniu oferta odwołującego byłaby wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie zadania nr 3 - po stronie odwołującego istnieje interes w zaskarżeniu błędnych czynności zamawiającego. Jednocześnie powyższe decyduje o tym, iż uchybienia przepisom, których dopuścił się zamawiający miały istotny wpływ na wynik sprawy. Gdyby bowiem nie odrzucono oferty odwołującego, wynik postępowania w zakresie zadania nr 3 byłby zupełnie inny.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 4 marca 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pismem wniesionym dnia 7 marca 2013 r., w kopii przesłanym stronom, zgłosił przystąpienie wykonawca: TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Katowicach.

Zgłaszający przystąpienie, wykazał interes w popieraniu stanowiska zamawiającego na rzecz utrzymania wyboru jego oferty na część 3 zamówienia. Zgłaszający przystąpienie wnosił o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy wyboru jego oferty. Jednocześnie w piśmie z dnia 12 marca 2013 r. ustosunkował do zarzutów odwołania w kontekście przywołanych odnośnych regulacji Kodeksu cywilnego w zakresie umowy ubezpieczenia. Zgłaszający przystąpienie kwestionował twierdzenia odwołującego, że na mocy przedłożonych aneksów do polisy OC wchodzącej w skład dokumentów oferty, wykonawca NKT Cables S.A. mimo nie opłacenia składki – był objęty ochroną ubezpieczeniową od OC na wyznaczony dzień składania ofert.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. S.K.A. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, do protokołu rozprawy podtrzymał swoje stanowisko, przedstawione w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty na część 3 zamówienia. W piśmie złożonym 12 marca 2013 r. wnosząc jednocześnie o oddalenie odwołania NKT Cables S.A. - zamawiający podnosił, że pan Maciej Zimny jest Przewodniczącym Komisji Przetargowej, a ponadto pełnomocnikiem Zarządu Spółki

zamawiającego upoważnionym do wykonywania czynności technicznych, w tym powiadamiania wykonawców o podjętych przez Zarząd decyzjach, w tym w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do zarzutu nieprawidłowego i niepełnego uzasadnienia podjętej czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, zamawiający zaznaczał, że znamienne jest, iż odwołujący nie kwestionował samego wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy. W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący oświadczył, że „w załączeniu uzupełnia brakujący dokument – aneks 2 do polisy nr (...)”. W tych okolicznościach – skoro uzupełnione dokumenty nadal nie potwierdzały spełnienia wyznaczonego warunku udziału, podjęta czynność wykluczenia wykonawcy - została uzasadniona w sposób właściwy w zakresie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego, które w żaden sposób nie utrudniło odwołującemu skorzystania ze środków ochrony prawnej. Szczegółowa analiza przedłożonych przez odwołującego dokumentów przywiodła zamawiającego do wniosków, że w świetle obowiązujących przepisów - nieopłaconej polisy OC nie można uznać za inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Ustawodawca uregulował, że innym dokumentem można posłużyć się dopiero w przypadku braku polisy ubezpieczeniowej. Finalnie zatem zamawiający nie znalazł podstaw do uwzględnienia odwołania, uznając swoje czynności za podjęte w zgodności z przepisami ustawy Pzp. Zaznaczał jednocześnie, że wykładnia prezentowana przez odwołującego, mogłaby prowadzić do sytuacji, gdzie zawierano by umowy ubezpieczenia OC z warunkiem późniejszego opłacenia składki jedynie w przypadku uzyskania zamówienia, co wypaczałoby cel omawianej regulacji i uchybiało zasadom art. 7 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, korespondencji stron, złożonych ofert. Nadto rozważyła stanowiska stron i przystępującego przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, dopuszczonych jw., Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy „Dostawy kabli i przewodów na potrzeby Tauron Dystrybucja S.A.”

W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia SIWZ zawiera następujące postanowienia.

Rozdział VIII. Warunki udziału w postępowaniu oraz sposób oceny spełnienia tych warunków. Na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące, m. inn.:

Pkt 4. Sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj.

- posiadają ważną, opłaconą polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 5 000 000,00 zł.

Ocena spełnienia ww. warunków dokonana zostanie zgodnie z formułą spełnia/ niespełna w oparciu o informacje zawarte w dokumentach, oświadczeniach wyszczególnionych w pkt 9 niniejszej SIWZ.

Z treści załączonych dokumentów, oświadczeń musi wynikać jednoznacznie, że ww. warunki wykonawca spełnił. Niespełnienie chociażby jednego z warunków od 1 do 4 skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Rozdział IX. Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia tych warunków.

Pkt. 9. Opłacona polisa, a przypadku jej braku inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (wykazanie spełnienia warunku zawartego w pkt VIII.4 SIWZ.

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 22 stycznia 2013 r.

W celu potwierdzenia spełnienia wymagania określonego w pkt. VIII.4 SIWZ odwołujący przedłożył wraz z ofertą polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr PL00000540-LI-12A za okres od 1 stycznia 2012r. do 31 grudnia 2012 r. wraz z dowodem pochodzącym od Danske Bank A/S O w Polsce, że 10.05.2012 r. na rzecz beneficjenta XL Insurance Company Limited Filia dla Austrii Wiedeń przelano kwotę 332 203,92 zł. Z treści tegoż dokumentu polisy wynika, że powyższa kwota dotyczy odnowienia ubezpieczenia na okres od 01.01.2012.-31.12.2012 r. Polisa zawiera adnotację, że „Należność prosimy uregulować przelewem w ciągu 14 dni od daty otrzymania niniejszego rachunku na podane konto.” Dokument polisy, został wystawiony w dniu 21 marca 2012 r.

Odwołujący załączył aneks nr 1 do ww. polisy z dnia 16 stycznia 2013 r., wydłużający ochronę ubezpieczeniową według wymienionego numeru polisy na okres do 31 marca 2013r. W proлонgacie polisy Ubezpieczyciel - XL Insurance Company Limited Zweigniederlassung für Österreich zaznaczył, iż składka za przedłużenie okresu ubezpieczenia zostanie rozliczona w terminie późniejszym. Aneks został podpisany przez osoby działające w imieniu ubezpieczyciela i wystawiony dnia 16 stycznia 2013 r.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia pismem z dnia 8 lutego 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, stwierdzając, iż dołączona do oferty polisa i polisa prolongacyjna zostały przedłożone bez dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy. Zamawiający wyznaczył termin na uzupełnienie dokumentów do dnia 13 lutego 2013 r.

W odpowiedzi na powyższe w piśmie z dnia 13 lutego 2013 r. odwołujący wyjaśnił, iż w załączeniu uzupełnia brakujący dokument w postaci aneksu nr 2 do polisy (...). Wraz z ofertą przedłożono opłaconą polisę wraz z polisą prolongacyjną, a nadto odwołujący przedłożył aneks nr 2 do polisy nr PL00000540-LI-12A, na mocy którego wskazano, że niniejszym aneksem rozliczamy składkę za zmianę okresu ubezpieczenia: PLN 96.241,70 zł. Należność prosimy uregulować przelewem w ciągu 14 dni od daty otrzymania niniejszego rachunku na podane konto. Aneks nr 2 został wystawiony w dniu 7 lutego 2013 r. i podpisany przez osoby działające w imieniu ubezpieczyciela. Żądana kwota została przelana na rachunek bankowy ubezpieczyciela dnia 11.02.2013 r.

Pismem z dnia 21 lutego 2013 r. odwołujący został poinformowany o wyniku postępowania. W ww. piśmie podano: Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykonawca został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przedstawiona polisa nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ, tj. wykonawca mimo wezwania do uzupełnienia nie załączył dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy przed dniem składania ofert. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako złożoną przez wykonawcę wykluczonego z postępowania - w zakresie wszystkich 3 zadań. Z tym, że w odniesieniu do części 1 i 2 zamówienia, zamawiający uznał dodatkowo ofertę odwołującego za niezgodną z treścią SIWZ.

Odwołujący kwestionował jedynie wykluczenie z postępowania i odrzucenie jego oferty w zakresie części 3 zamówienia.

W oparciu o protokół postępowania Izba ustaliła, że pan M..... Z....., który podpisał pismo w sprawie ustalenia wyników przetargu pełni funkcję przewodniczącego Komisji Przetargowej, upoważnionego do dokonywania takich czynności technicznych w oparciu o udzielone mu pełnomocnictwo, którego kopia została złożona do akt sprawy. Wynik

postępowania, jak wynika z treści protokołu został zaakceptowany przez zarząd zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - skoro jego oferta, jako zawierająca korzystniejszą cenę niż wybranego wykonawcy - została odrzucona. Zatem był uprawniony aby skarżyć - jak dowodził - niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych, czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny złożonej oferty, które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać odwołującego na poniesienie szkody.

Przytaczane powyżej postanowienia SIWZ w odniesieniu do wykazania sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy ubiegającego się o dane zamówienie pozostają w zgodności z regulacją § 1 ust. 1 pkt. 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817), które upoważniają zamawiającego do żądania na potwierdzenie spełnienia warunków w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp.

Bezsprzecznie odwołujący zarówno w dokumentach oferty, jak i na wezwanie odwołującego przedłożył dokument polisy i aneksów nr 1 i 2 do wymienionej polisy. Nie można zatem mówić, iż z braku polisy były to inne dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

W odniesieniu do polisy (jak i innych dokumentów) zarówno cytowany wyżej przepis rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jak i postanowienia SIWZ w sposób

jednoznaczny wymagają „aby była ona opłacona”. Fakt opłacenia polisy może potwierdzać stosowna adnotacja w jej treści, dowód dokonania w czasie - przed upływem terminu składania ofert - opłaty składki, lub też zaświadczenie ubezpieczyciela o opłaceniu składki.

Izba w całości podziela przytoczone w treści odpowiedzi na odwołanie poglądy, wyrażone w opinii prawnej zamieszczonej w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012 pn.: *„Opłacona polisa lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia jako dokumenty potwierdzające ekonomiczną zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia.”* *„W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca wyraźnie zastrzega obowiązek przedłożenia opłaconej polisy (arg. z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów), co wymaga wykazania spełnienia świadczenia obciążającego ubezpieczającego, wynikającego z umowy ubezpieczenia (art. 805 kc). W związku z powyższym wymóg opłacenia polisy OC powinien być wypełniony na dzień upływu terminu składania ofert (...). Późniejsze wypełnienie tego obowiązku przez wykonawcę (opłata polisy) nie może być uznane za spełnianie warunku podmiotowego udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, nawet - jeśli w świetle obowiązujących przepisów prawa, przede wszystkim przepisów kodeksu cywilnego - później polisa ubezpieczeniowa zostanie przez dany podmiot opłacona, a tym samym ochrona ubezpieczeniowa danego wykonawcy obowiązuje, czy też wstecznie obowiązywała w momencie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (por. wyrok KIO z dnia 10.08.2011 r., sygn. akt KIO 1623/11, wyrok z dnia 6.12.2011 r., sygn. akt KIO 2537/11). Nie można więc uznać za „opłaconą” w rozumieniu przepisów rozporządzenia polisę, której termin płatności jest odroczony i upływa po terminie otwarcia ofert.*

Jak wskazano wyżej ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu odbywa się według stanu na dzień upływu terminu składania ofert. Dotyczy to również dokumentów uzupełnianych na wezwanie (por. 26 ust. 3 ustawy Pzp), czy też składanych w wyniku wyjaśnień (por. 26 ust. 4 ustawy Pzp). W sytuacji, gdy fakt opłacenia składek nie wynika z samej treści polisy, wykonawca powinien załączyć do polisy inny dokument potwierdzający odprowadzanie stosownych składek (np. wyciąg z konta bankowego, rachunek itp.). W braku potwierdzenia w samym dokumencie polisy jej opłacenia, zamawiający powinien w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwać wykonawcę do przedłożenia dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy pod rygorem wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z dnia 5 marca 2012 r., sygn. akt KIO 223/12 KIO 248/12 KIO/UZP 261/12, wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 1151/11). Wykonawca nie będzie podlegał wykluczeniu, gdy na wezwanie zamawiającego przedstawi dokumenty potwierdzające fakt opłacenia polisy przed upływem terminu składania ofert lub wniosków. Zamawiający może żądać jedynie tych składek, które stały się wymagalne do dnia upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu. Ustawa Pzp ani rozporządzenie wykonawcze do niej nie ustanawiają przepisów szczególnych w stosunku do regulacji kodeksu cywilnego, które nakazywałyby uznać, że dla potrzeb wykazania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posiadania ochrony ubezpieczeniowej

wymagane jest opłacenie wszystkich rat składki, przed terminem ich płatności określonym w umowie ubezpieczenia. Zgodnie bowiem z przepisem art. 814 § 1 Kc, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się co do zasady z dniem opłacenia pierwszej raty składki. Wskazać zatem należy, że jeżeli w umowie ubezpieczenia postanowiono, że uiszczenie składki następować będzie w oznaczonych w umowie terminach, tj. w ratach (np. miesięcznych, kwartalnych, itp.), wówczas pierwsza rata składki, płatna przy zawarciu umowy ubezpieczenia, skutkuje rozpoczęciem ochrony ubezpieczeniowej. Zatem wpłata pierwszej raty jest wystarczająca do osiągnięcia celu umowy ubezpieczenia, której zawarcia wymagał zamawiający, a więc posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej i do uznania, że wykonawca przedłożył opłaconą polisę. Żądanie opłacenia pełnej składki, pomimo że po zapłaceniu pierwszej raty aktywowała się odpowiedzialność ubezpieczyciela, jest więc nieuzasadnione. Wskazać należy również, że z chwilą opłacenia pierwszej raty składki ubezpieczeniowej wykonawca zostaje objęty ochroną ubezpieczeniową na wskazaną przez zamawiającego sumę i okoliczności powyższej nie zmienia fakt, że data uiszczenia kolejnej raty składki jest określona przez konkretne zdarzenie w postaci zawarcia umowy w ramach danego zamówienia publicznego. Postanowienie powyższe nie powoduje bowiem w żaden sposób wstrzymania ochrony ubezpieczeniowej (por. wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt X Go 213/11).”

Z przedstawionych polis (aneksów) i dowodów potwierdzających opłacenie składek wynika wprawdzie objęcie odwołującego NKT Cables S.A. ochroną ubezpieczeniową w zakresie odpowiedzialności cywilnej, jednakże nie wynika z nich aby ustalona kwota składki została uiszczona przed upływem terminu składania ofert, który w niniejszym postępowaniu został wyznaczony do dnia 22 stycznia 2013 r. Wprost przeciwnie, dostarczone dowody potwierdzają wprost, że żądana kwota składki za przedłużenie polisy na okres od 1 stycznia 2013 r. do 31 marca 2013 r. - 96.241,70 zł. została przelana na rachunek bankowy ubezpieczyciela dopiero dnia 11.02.2013 r. Wobec wyraźnego wymagania, dotyczącego opłacenia składki od przedstawionej w ofercie polisy OC, zdaniem Izby, niczego w tej kwestii nie zmienia adnotacja ubezpieczyciela w treści aneksu nr 1, „iż składka za przedłużenie okresu ubezpieczenia zostanie rozliczona w terminie późniejszym.” Należało zauważyć, iż ubezpieczyciel w wystawionych dokumentach wymagał opłacenia składki w ciągu 14 dni od daty zawarcia umowy. Izba nie kwestionuje, że odwołujący mógł się posłużyć polisą wystawioną przez zagraniczne towarzystwo ubezpieczeniowe. W tym przypadku XL Insurance Company Limited Zweigniederlassung für Österreich w Wiedniu, (jako Oddziału z główną siedzibą w Londynie) co ze względu na odmienne porządki prawne, mogło powodować pewne zróżnicowanie. Należało jednak zauważyć, że odwołujący jest podmiotem krajowym podlegającym w pełni przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych i wydanego na jej podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy,

oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817), które wprowadza określone odstępstwa od wymaganych dokumentów w stosunku do podmiotów mających siedzibę poza granicami RP, jednakże nie dotyczą one polis ubezpieczeniowych od OC. Za co najmniej dziwne Izba uznała tłumaczenie odwołującego, że nie mógł on opłacić składki od przedłużonej polisy, ponieważ byłby źle postrzegany przez wymienione Towarzystwo Ubezpieczeniowe, które co znamienne - w wystawionych dokumentach - wskazywało na obowiązek opłacenia składki w terminie 14 dni. Wykonawca bowiem zawsze mógłby tłumaczyć swoje czynności wobec ubezpieczyciela - wymaganiami warunków przetargu, w którym zamierzał uczestniczyć.

Zamawiający nie miał żadnego obowiązku badać skuteczności objęcia ochroną ubezpieczeniową odwołującego - bez opłacenia przez niego składki - na podstawie ogólnych warunków ubezpieczenia tegoż ubezpieczyciela, czy odnośnych przepisów obowiązujących w Austrii lub w Anglii. Odwołujący był więc zobowiązany w całości podporządkować się wyznaczonym warunkom w zgodności z przepisami ustawy Pzp i poprzez art. 14 ustawy Pzp - przepisom Kodeksu cywilnego o umowie ubezpieczenia i złożyć wymagany dokument - o treści opisanej w brzmieniu warunku - pod rygorem wykluczenia z postępowania w przypadku jego niespełnienia. Po to wyznaczane są warunki udziału w postępowaniu i podany sposób oceny ich spełnienia, aby wykonawca mógł uczestniczyć w postępowaniu na wyznaczonych warunkach i aby w przewidywalny sposób zamawiający mógł podejmować czynności, oraz aby istniały środki do weryfikacji ich dotrzymania.

Wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza w oparciu o ukształtowaną linię orzeczniczą podkreślała, że zamawiający na równi z wykonawcami jest związany warunkami postępowania, które ustanowił i podał do wiadomości wykonawców, tak że nie może od nich czynić żadnych odstępstw na etapie oceny ofert. Zamawiający wystosował wezwanie odnośnie opłacenia składki od przedłożonej polisy także do wykonawcy TELE-FONIKA Kable Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. Wykonawca wezwany przedłożył zaświadczenie TUIR Warta, potwierdzające, iż na dzień składania ofert na zadanie „Dostawa kabli i przewodów na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A. wykonawca ten posiadał aktualną i opłaconą polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na wymaganą kwotę oraz zaświadczenie Towarzystwa HDI asekuracja o opłaceniu wymaganej składki na dzień 27 grudnia 2012 r. Wyjaśnienie powyższe zamawiający uznał za prawidłowe.

Zamawiający zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązany jest w jednakowy sposób traktować wykonawców, nie mógł więc uwzględnić wyjaśnień odwołującego i przedłożonych dokumentów, które nie potwierdzały spełnienia warunku opłacenia składki od wystawionej polisy OC.

Odwołujący nie kwestionował faktu wezwania go do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego opłacenie składki od przedstawionej polisy, a więc w tym zakresie zaakceptował czynność zamawiającego. Nie może więc podnosić obecnie, iż treść wezwania była niezrozumiała i lakoniczna, a samo wezwanie nie znajdowało usprawiedliwionych racji.

Skoro odwołujący nie spełnił wyznaczonych warunków w zakresie zdolności ekonomiczno finansowej, czynność zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp podjęta została w sposób uprawniony.

Żadnych też wątpliwości nie budzi treść podanego uzasadnienia faktycznego oraz prawnego w powiadomieniu o ustaleniu wyniku przetargu z dnia 21 lutego 2013 r. – podająca jednoznacznie przyczyny wykluczenia odwołującego z postępowania. Przyczyny wykluczenia nie zostały pozostawione domyślności wykonawcy. W oparciu o przytoczone uzasadnienie odwołujący był w stanie podjąć celową i pełną obronę swojej oferty.

Za pozbawione uzasadnionych podstaw Izba uznała zarzuty, iż powiadomienie o wynikach przetargu jest nieważne, gdyż podpisująca je osoba pan M..... Z..... działał bez umocowania. Jako Przewodniczący Komisji Przetargowej powołanej przez członków zarządu zamawiającego, zgodnie ze sposobem reprezentacji ujawnionym w odpisie z KRS zamawiającego nr 73321 i z umocowaniem do powiadomienia o wynikach przetargu, według zatwierdzonego przez kierownika zamawiającego protokołu postępowania w oparciu o przepisy art. 19-21 ustawy Pzp oraz udzielone pełnomocnictwo (w odpisie przedstawione do akt sprawy), pan M..... Z..... skutecznie powiadomił wykonawców uczestniczących w postępowaniu o podjętych czynnościach.

W oparciu o materiał dowodowy sprawy, Izba ustaliła, że zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów:

- a) art. 22 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy zostały spełnione wszystkie warunki udziału w postępowaniu,
- b) art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 4 Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt. 10 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie

rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, polegające na:

- błędnym przyjęciu, iż odwołujący nie wykazał posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę 5.000.000 zł (pkt VIII.5 SIWZ), podczas gdy odwołujący wraz z ofertą przedłożył polisę ubezpieczeniową za rok 2012 wraz z dowodem opłacenia składek, a nadto aneks nr 1 do polisy ubezpieczenia OC wystawiony w Wiedniu 16 stycznia 2013 r. przez XL Insurance Company Limited Zweigniederlassung für Österreich, potwierdzający okres ochrony ubezpieczeniowej do 31 marca 2013 r.,
 - pominięciu okoliczności, iż w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów odwołujący przedłożył aneks nr 2 do umowy ubezpieczenia wraz z dowodem opłacenia składki,
 - pominięciu okoliczności, iż w dniu upływu terminu do składania ofert - 22 stycznia 2013r. nie nadszedł dla odwołującego termin wymagalności opłacenia kolejnej, dodatkowej składki ubezpieczeniowej,
 - pominięciu okoliczności, iż zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów nie zdołał precyzyjnie sformułować, który z otrzymanych od odwołującego dokumentów kwestionuje i z jakiej przyczyny,
- c) art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, a to poprzez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji gdy wykonawca ten nie powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu,
- d) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez wybór w zakresie zadania nr 3 jako najkorzystniejszej oferty spółki TELE-FONIKA Kable sp. z o.o. Spółka Komandytowo Akcyjna z siedzibą w Krakowie, pomimo tego, iż najkorzystniejszą ofertę w zadaniu nr 3 złożyła spółka NKT Cables S.A.
- e) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty NKT Cables S.A. w zakresie zadania nr 3, pomimo tego, iż była to oferta najkorzystniejsza,

- nie znalazły potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1) 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 zasądziła na rzecz

zamawiającego żądany zwrot kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, na podstawie złożonego rachunku.

Sygn. akt: KIO 484/13

Odwołujący: TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Katowicach wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2 (części); a to na:

a. dokonanie przez zamawiającego błędnej oceny, o której mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, odnośnie wyjaśnień złożonych przez innego wykonawcę, mianowicie - Eksa Sp. z o.o. z siedzibą w Sokolowie, które to wyjaśnienia wykonawca - Eksa Sp. z o.o. złożył w piśmie z dnia 11.02.2013 r. a w konsekwencji,

b. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eksa Sp. z o.o. - art. 90 ust 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp - którego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w zakresie zadania nr 1 i 2, w odniesieniu do wagi - cena usługi logistycznej - w stosunku do przedmiotu całego zamówienia,

c. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eksa Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 3 w związku z art. 7 ustawy Pzp - a to wobec czynu nieuczciwej konkurencji, jakim jest zaoferowanie przedmiotu zamówienia skalkulowanego poniżej rzeczywistych kosztów ich wytworzenia (uzyskania) co w konsekwencji spowodowało:

d. wybór innego wykonawcy - Eksa Sp. z o.o. i nie udzielenie zamówienia odwołującemu.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz naruszenie przez zamawiającego wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny wyjaśnień innego wykonawcy, zgodnie z wymaganiami art. 90 ust 2 i 3 ustawy Pzp i w konsekwencji

1. odrzucenie oferty wykonawcy - Eksa Sp. z o.o. i wybór oferty odwołującego,
2. zasądzenie kosztów i opłat wg norm prawem przewidzianych.

W uzasadnieniu zgłaszanych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że przedmiot zamówienia został podzielony na 3 zadania. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych. W SIWZ zamawiający wskazał następujący Opis kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty:

- Lp. Opis kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty: Waga kryterium
1. Cena brutto kabli/przewodów elektroenergetycznych ("B") Max 95 pkt.
 2. Szacunkowa cena brutto kosztów logistyki („KL”) Max 5 pkt.
Łączna max ilość punktów 100 pkt.
4. Zamawiający w specyfikacji sprecyzował pojęcie cena usługi logistycznej (XVI pkt. 5.1)
- 5.1 W przypadku realizacji dostaw kabli, przewodów w odcinkach krótszych niż tzw. pełno-bębnowe (fabryczne) do każdego dostarczonego odcinka doliczona będzie cena usługi logistycznej wyrażona [PLN], która obejmuje;
- a) koszty cięcia kabla, przewodu;
 - b) koszty pakowania (paletowanie, przewijanie na inny bęben kablowy itd.);
 - c) koszty wysyłki i transportu wg formuły INCOTERMS 2000 - DDP do miejsca określonego w zamówieniu.

W toku postępowania zamawiający pismem z dnia 08.02.2013 r. UZZ/MS-2911-119(2)/2012/62, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia) zwrócił się do wykonawcy (Eksa Sp. z o.o.) o wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny elementu oferty „Cena jednostkowa netto usługi logistycznej” w zakresie zadania nr 1 oraz 2. Wyjaśnienie powinno obejmować co najmniej rozbięcie ceny na wszystkie wymagane czynności określone w pkt. XVI.5 SIWZ wraz z uzasadnieniem a także w rozbięciu na niezbędne koszty rodzajowe (w tym robociznę i pracę sprzętu), ich składniki, koszty ogólne oraz zysk wykonawcy.

Pismem z dnia 11 lutego 2013 r. wykonawca - Eksa Sp. z o.o. udzielił na powyższe wezwanie wyjaśnień (dowód: wyjaśnienia innego wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp - w aktach postępowania zamawiającego).

W dniu 21 lutego 2013 r. zamawiający na swojej stronie internetowej ogłosił wyniki postępowania. Za najkorzystniejsze w przedmiotowym postępowaniu uznano oferty firm:

a. dla zadania 1: Eksa Sp. z o.o., na kwotę brutto: za dostawę kabli/przewodów elektroenergetycznych - 23 440 950,08 zł; za logistykę - 110 700,00 zł,

b. dla zadania 2: Eksa Sp. z o.o., na kwotę brutto: za dostawę kabli/przewodów elektroenergetycznych - 65 289 698,82 zł; za logistykę - 73 800,00 zł

Dowód: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej na stronie internetowej zamawiającego.

Poszczególne oferty otrzymały oceny i punkty jak w poniższych tabelach:

Zadanie 1.

1. NKT Cables S.A. - oferta odrzucona,
2. Eksa Sp. z o.o. – cena brutto kabli 96,61, cena logistyki 100,00, razem - 96,8 pkt,
3. TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. SKA cena brutto kabli 100,00, cena logistyki -12,05 razem 95,6 pkt,

Zadanie 2.

1. NKT Cables S.A. - oferta odrzucona,
2. Eksa Sp. z o.o. – cena brutto kabli 96,27, cena logistyki 100,00, razem - 96,46 pkt,
3. TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. SKA cena brutto kabli 100,00, cena logistyki – 4,00 razem 95,20 pkt,

Dowód: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej na stronie internetowej zamawiającego

Jak z powyższego wynika, odwołujący w odniesieniu do ceny brutto kabli/przewodów elektroenergetycznych uzyskał 100 punktów na 100 możliwych; natomiast w odniesieniu do tzw. kosztów logistyki otrzymał odpowiednio 12.05 punktów (zadanie 1) i 4 punkty (zadanie 2) na 100 możliwych. Inny wykonawca (Eksa Sp. z o.o.) w odniesieniu do kosztów logistyki otrzymał 100 punktów na 100 możliwych, co w odniesieniu do zastosowanych kryteriów i wag kryteriów zadecydowało o końcowym wyniku postępowania i wyborze innego wykonawcy (Eksa).

Dalej odwołujący wskazywał, iż różnice w przyznanych punktach obrazują diametralnie różne ceny podane przez wykonawców, i tak:

- a) odnośnie zadania 1 różnica jest większa niż 8 krotność ($100:12.05= 8,333...$)
- b) odnośnie zadania 2 różnica jest równa 25 krotności ($100: 4=25$).

[Przywołane przez odwołującego różnice cenowe odnoszą się do ceny brutto usługi logistyki.]

Odwołujący powoływał się na posiadanie interesu prawnego we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem w przypadku dokonania przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę - Eksa Sp. z o.o. - zgodnie z treścią art. 90 ust 2 i 3 ustawy Pzp - oferta tego wykonawcy jako potwierdzającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia została odrzucona, a zamówienie otrzymałby odwołujący.

Zdaniem odwołującego wykonawca Eksa Sp. z o.o. w celu uzyskania zamówienia podał rażąco niską cenę w odniesieniu do kryterium cena brutto kosztów logistyki („KL”) i tym samym do ceny całego zadania nr 1 i 2. Zgodnie z treścią 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. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności 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. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zaznaczał, że zamawiający podjął czynności przewidziane w art. 90 ust 1 ustawy Pzp, jednakże dokonał nieprawidłowej oceny uzyskanych wyjaśnień, zawartych w piśmie Eksa z dnia 11 lutego 2013 r. W części „Uwagi Ogólne” Eksa wskazuje iż podstawowymi elementami kalkulacji złożonej przez Eksa Sp. z o.o. oferty na „Dostawy kabli i przewodów na potrzeby TAURON Dystrybucja SA „ UZZ/119/PN/2G12 ” były:

- koszt pozyskania kabli od producenta - firmy PRYSMIAN,
- koszty rozładunku oraz składowania kabli na magazynie Eksa,
- koszty dostawy kabli zgodnie z warunkami SIWZ w podziale na:

a/ koszty dostawy kabli w odcinkach pełno-bębnowych,

b/ dodatkowe koszty dostaw kabli w odcinkach niepełno - bębnowych,

Koszty rozładunku, składowania całości dostaw oraz koszty dostaw kabli w odcinkach pełno-bębnowych uwzględnione zostały w cenie kabli.

Koszty dostaw kabli w odcinkach niepełno - bębnowych, jako dodatkowe koszty uwzględnione zostały w ofercie w pozycji „cena jednostkowa usługi logistycznej.”

Zdaniem odwołującego powyższe wskazuje, iż Eksa nie podała wszystkich kosztów kalkulacji kosztów, a jedynie podstawowe koszty, co samo w sobie przesądza o tym, iż wykonawca nie wyjaśnił rzetelnie sposobu kalkulacji, ograniczając się jedynie do podstawowych kosztów.

Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny elementu oferty „Cena jednostkowa netto usługi logistycznej” w zakresie zadania nr 1 oraz 2. Wyjaśnienie powinno obejmować co najmniej rozbić ceny na wszystkie wymagane czynności określone w pkt. XVI. 5 SIWZ wraz z uzasadnieniem a także w rozbić na niezbędne koszty rodzajowe (w tym robocizną i pracę sprzętu), ich składniki, koszty ogólne oraz zysk wykonawcy. Zgodnie z treścią pkt. XVI 5 SIWZ, 5.1. W przypadku realizacji dostaw kabli, przewodów w odcinkach krótszych niż tzw. pełno-bębnowe (fabryczne) do każdego dostarczonego odcinka doliczona będzie cena usługi logistycznej wyrażona [PLN], która obejmuje:

- a) koszty cięcia kabla, przewodu;

- b) koszty pakowania (paletowanie, przewijanie na inny bęben kablowy itd.);
- c) koszty wysyłki i transportu wg formuły INCOTERMS 2000 - DDP do miejsca

określonego w zamówieniu.

W ocenie odwołującego - tym samym już porównanie treści założeń ogólnych odpowiedzi Eksa z dnia 11. 02.2013 r. na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia sposobu kalkulacji wskazuje, iż Eksa nie udzieliła rzetelnych wyjaśnień, natomiast poczyniła założenia, nie przystające do treści wezwania.

W swoich wyjaśnieniach z dnia 11.02.2013 r. wykonawca Eksa dalej wskazuje, jakie poczynił założenia przy kalkulacji - i tym samym do jakich założeń kalkulacja ta została ograniczona:

"Wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny elementu oferty „Cena jednostkowa netto usługi logistycznej” w zakresie - zadania 1 postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego Pn. "Dostawa kabli i przewodów na potrzeby TAURON Dystrybucja SA " UZZ/119/PN/2012

Kalkulacja ceny Jednostkowej usługi logistycznej była sporządzona przy następujących założeniach:

1. nawijanie odcinków kabli krótszych jak pełno-bębnowe wykonywane jest w krążki lub na bębny, których wymiary wynikają z następujących parametrów:

- długości odcinka,
- średnicy zewnętrznej kabla,
- minimalnego promienia gięcia podanego w karcie katalogowej kabla,
- ciężaru jednostkowego odcinka,

2. reprezentatywny kabel to YAKXS 4x120 mm² SE, ponieważ jego planowana ilość podana w SIWZ stanowi 32,5% ogólnej ilości kabli zadania 1, przy czym kable o mniejszej średnicy zewnętrznej jak kabel YAKXS 4x120 mm² stanowią łącznie 38,7% a kable o większej średnicy zewnętrznej jak kabel YAKXS 4x120 mm² 28,8%.

Odwołujący uznał powyższe założenia za nietrafne. Kabel YAKXS 4x120 mm² SE nie może być potraktowany jako reprezentatywny, albowiem koszt kalkulacji dla innych „nierепrezentatywnych” kabli przedstawia się zgoła odmiennie. To że kabel YAKXS 4x120 mm² SE stanowi 32,5 % ogólnej ilości kabla zadania 1 nie przesądza o trafności i prawidłowości kalkulacji zadania na pozostałe 71,5 % zadania 1 i możliwość rozciągnięcia wyników tej kalkulacji na inne kable (niż YAKXS 4x120 mm² SE). Wskazywał dalej, iż prawidłowa kalkulacja musi opierać się m. in. na właściwościach i parametrach każdej grupy (parametrów) kabli w zadaniu 1 (a nie tylko wybranego kabla YAKXS 4x120 mm² SE). Tym samym de facto pominięto przeprowadzenie i przedstawienie rzetelnej kalkulacji na 71,5 %

zadania nr 1, jak utrzymywał odwołujący. Podnosząc, że zamawiający w SIWZ w pkt. XVI ppkt. 5.2 wskazał jednoznacznie:

W celu jednoznacznego zdefiniowania odcinków kabli, przewodów krótszych niż tzw. pełno-bębnowe (fabryczne) wprowadza się długości kabli, przewodów w odcinkach pełno-bębnowych (fabrycznych) zawarte w poniższych tabelach: po czym wskazał w tabelach dla zadania 1. - 10 typów kabla z poszczególnymi długościami; a dla zadania 2.-12 typów kabla z poszczególnymi długościami. Zdaniem odwołującego - Eksa Sp. z o.o. nie miała jakkolwiek podstaw do czynienia założeń przy składaniu wyjaśnień co do sporządzenia kalkulacji tylko na bazie jednego wybranego przez siebie rodzaju kabla, tym bardziej, iż w pkt. XVI ppkt. 5.4 SIWZ wskazano przykład dla odcinków kabla niepełno - bębnowego.

Eksa Sp. z o.o. uznała, że reprezentatywna średnia długość odcinka wynosi < 500 m, ponieważ odcinki mniejsze jak 500 m stanowią 85 % wszystkich odcinków podanych w SIWZ na wykresie danych historycznych za okres pierwszych trzech kwartałów 2012 r.

Również w tym zakresie odwołujący twierdził, że przyjęta metoda kalkulacji jest chybiona i ponownie podnosił, iż fakt, że z danych historycznych wynika, iż 85% kabla ma odcinki mniejsze niż 500 m i nie przesadza w jakikolwiek sposób o kalkulacji pozostałych 15 % (czyli kalkulacji na odcinki dłuższe niż 500 m). Tym samym, w kalkulacji przedstawionej przez Eksa pominięto de facto przeprowadzenie kalkulacji na odcinki powyżej 500 m.

W odniesieniu do wyjaśnień, że Kabel YAKXS 4x120 mm² SE o długości do 500 m jest nawijany na bęben typ 16 (zewnętrzna średnica tarczy 1600 mm) - również to założenie - z wyżej przedstawionych względów – uznał odwołujący za nietrafne. Skoro bowiem kabel YAKXS 4x120 mm² SE stanowi jedynie 32,5 % całości potencjalnych dostaw, to ograniczanie kalkulacji do jednego wymiaru bębna jest nietrafne. Wszak pozostałe 71,5 % kabli będzie nawijanych na bębny o istotnie innych średnicach (niż 1600 mm) - co siłą rzeczy istotnie wpływa na wynik. Podkreślił także, iż niektóre kable nie mogą być nawijane na bębny mniejsze niż 16 a przeciwnie z przyczyn technologicznych muszą być nawijane na bębny większe niż 16; chociażby należało nawinąć tylko 20 mb kabla. Wynika to z konstrukcji i właściwości kabli, które nawinięte na mniejszy niż wymagany bęben uległyby zniszczeniu.

Odnośnie wyjaśnienia, że powierzchnia zajmowana w transporcie przez reprezentatywny odcinek niepełno-bębnowy nie przekracza rzutu poziomego bębna typ 16 czyli wynosi $< 1,6$ m², odwołujący wskazywał na błąd skali. Cała bowiem kalkulacja prowadzona jest co do dalszych kosztów na błędnym (początkowym) założeniu, a błąd ten jest następnie powielany przy dalszych operacjach. Założenie to (z pkt. 5) nijak ma się do stanu faktycznego, w którym 71,5 % zadania nr 1 zajmować będzie inną powierzchnię w transporcie, niż wskazana w tym punkcie.

W odniesieniu do wyjaśnienia, że bębny fabryczne Eksa Sp. z o.o. otrzymuje od producenta PRYSMIAN jako bezzwrotne i są wliczone w cenę, w związku z tym Eksa Sp. z o.o. dysponuje dużym zapasem pustych bębnow do nawijania. Zdaniem odwołującego, z powyższego punktu wynika kwestia sprzeczna z powszechnie obowiązującym porządkiem prawnym. W prowadzonej działalności gospodarczej założenie, iż jeden podmiot gospodarczy otrzyma cokolwiek za darmo jest chybiona. Tak samo jak wskazanie, iż jakikolwiek podmiot gospodarczy dysponuje dużymi zapasami (w tym wypadku bębnow). Każdy podmiot w ramach prowadzonej działalności gospodarczej dąży do maksymalizacji zysków i ograniczenia kosztów (choćby składowania dużych zapasów bębnow, zajmujących znaczną powierzchnię magazynową).

W odniesieniu do wyjaśnień, że operacja krążkowania lub nawijania na bęben odbywa się na profesjonalnej linii do przewijania wyposażonej w automatyczny układacz z wykorzystaniem tyrystorowego układu napędowego, wymagającej w trakcie jej trwania tylko nadzoru przy pulpicie sterowniczym. Odwołujący podnosił, że Eksa Sp. z o.o. czyniąc powyższe założenie, nie wskazała czy w ogóle posiada takie urządzenie, a także czy owo urządzenie do przewijania jest w stanie przewinać wszystkie kable, w szczególności pozostałe 71,5 % - które mają zgoła odmienną średnicę. Czyni to powyższe założenie zupełnie niewiarygodnym, gdyż wszystkie założenia przyjmują wręcz idealny, doskonały stan, a zostały poczynione li tylko celem umożliwienia Eksa Sp. z o.o. zminimalizowanie wyniku końcowego kalkulacji.

W odniesieniu do wyjaśnień, że każdy kabel na bębnie, z którego jest przygotowywany odcinek nie pełno- bębnowy posiada na obydwu końcach kapturki, tak więc do zabezpieczenia uciętej końcówki kabla potrzebny jest tylko jeden kapturek. W tym i pozostałych zakresach, odwołujący zwracał uwagę, że wykonawca Eksa nie założył jakichkolwiek strat. Z wyjaśnień nie wynika także, iż Eksa Sp. z o.o. nabywać będzie kable wraz z kapturkami na obydwu końcach.

W odniesieniu do wyjaśnień, pkt 9, że linia do przewijania jest amortyzowana w 100% - odwołujący uznał powyższą okoliczność za kolejne założenie, które winno było doprowadzić zamawiającego do wniosku, iż wyjaśnienia są nierzetelne. Jeżeli bowiem linia do przewijania jest amortyzowana w 100 % to w jego ocenie - w zasadzie nie nadaje się do użytku.

Odwołujący zaznaczał, że w zależności od potrzeb wykonawca Eksa Sp. z o.o. wskazuje, iż posiada bądź najnowocześniejsze urządzenia (automatyczny układacz z wykorzystaniem tyrystorowego układu napędowego, wymagającej w trakcie jej trwania tylko nadzoru przy pulpicie sterowniczym) bądź amortyzowane w 100 %; a takie założenia

pozwalają na minimalizację kosztów kalkulacji. Ponadto zarzucał, że Eksa nie wykazała, iż właśnie takimi urządzeniami faktycznie dysponuje. Dalej odwołujący podnosił możliwość zaistnienia awarii i konieczność serwisowania urządzeń, czego Eksa Sp. z o.o. ani w założeniach ani w dalszej części kalkulacji nie czyni.

W odniesieniu do wyjaśnień, pkt 10. linia do przewijania jest zlokalizowana na hali obok dwóch innych linii do przewijania ze wspólną obsługą. Zdaniem odwołującego, jest to kolejne założenie, przy którym Eksa Sp. z o.o. nie złożyła oświadczenia, iż faktycznie linia do przewijania jest zlokalizowana na hali obok dwóch innych linii do przewijania ze wspólną obsługą. W powiązaniu do poprzedniego punktu wyjaśnień Eksa Sp. z o.o. nie wiadomo ponadto czy dwie inne linie do przewijania ze wspólną obsługą są także amortyzowane w 100 % (wszak w pkt. 10 jest mowa tylko o jednej linii amortyzowanej w 100 %). Wreszcie wskazał, iż nie wiadomo jaka liczba pracowników i z jakimi kwalifikacjami winna obsługiwać linie.

W odniesieniu do wyjaśnień, pkt 11, że każdego dnia, w związku z realizacją przez Eksa Sp. z o.o. zamówień na dostawy kabli do wszystkich większych hurtowni elektrotechnicznych w Polsce, wyjeżdża w różnych kierunkach kraju kilka samochodów ciężarowych z naczepami 24 t. Podnosił, iż jest to kolejne założenie, co do którego Eksa nie złożyła żadnego oświadczenia, iż w istocie stan taki ma i będzie miał miejsce w trakcie realizacji umowy.

W odniesieniu do wyjaśnień, pkt 12, że do transportu odcinka nie pełno-bębnowego wykorzystany zostanie przy okazji transport z dostawami do hurtowni lub dostawami odcinków pełno bębnowych dla TAURON. Odwołujący podnosił, iż jest to kolejne założenie, co do którego Eksa Sp. z o.o. nie złożyła żadnego oświadczenia i nie udowodniła, iż w istocie stan taki ma i będzie miał miejsce w trakcie realizacji umowy. Ponadto wykonawca Eksa Sp. z o.o. nie może być pewien, iż taki stan - nawet gdyby był prawdziwy - trwałby w czasie realizacji umowy. Innymi słowy założenie innego wykonawcy zakładają dzielenie kosztów wraz z innymi transportami, co w świetle zmienności i nieprzewidywalności działalności gospodarczej (ryzyko) jest nieuzasadnionym i nieuprawnionym założeniem.

W odniesieniu do wyjaśnień, pkt 13, że 30% dostaw kabli przez Eksa Sp. z o.o. połączone jest z odbiorem pustych bębnow (koszt odbioru bębnow zawarty jest w cenie kabla), co obniża jednostkową stawkę za km w transporcie. Także powyższe założenie poczytał odwołujący jako nie wynikające z jakiegokolwiek rzeczywistych przesłanek bądź potwierdzonego stanu faktycznego. Zwrócił szczególną uwagę, iż w tym założeniu wykonawca Eksa powołuje się na jednostkową stawkę za km w transporcie, tymczasem w

dalszej części kalkulacji koszt transportu jest wyrażony w zgoła odmiennej stawce (a to w m2).

W ocenie odwołującego, już tylko analiza założeń poczynionych przez Eksa Sp. z o.o. wskazuje iż są to założenia nierealne, nierzeczywiste i zupełnie sztucznie, podobierane wyłącznie do uzyskania założonego celu, a to uzyskania uzasadnienia dla rażąco niskiej stawki logistyki. Już same poczynione założenia, wskazują iż cała dalsza kalkulacja jest w sposób istotny zaniżona.

Odwołujący przyznał, że w pkt 14 wyjaśnień Eksa wskazała następującą kalkulację:

Kalkulacja netto kosztów logistyki odcinka krótszego jak tzw. cało- bębnowy dla zadania 1

I.p.	Składnik kalkulacji ceny, Cena Jednostkowa zł;	jednostka;	Ilość;	wartość w zł
1.	Robocizna przy cięciu i załadunku	13 rbh	0.2	2.60
2.	Zużycie energii elektrycznej	3.00 h	0.2	0.60
3.	Kapturek termokurczliwy	2.80 szt.	1	2.80
4.	Praca sprzętu	5.00 h	0.2	1.00
5.	Koszty ogólne	0.50 szt.	1	0.50
6.	Transport 25.50 m2 platformy samochodu	1.6		40.80
7.	Zysk	1.70 szt.	1	1.70
	Razem			50 zł

Odnosząc się zatem do powyższych składników kalkulacji przedstawionej przez Eksa Sp. z o.o. odwołujący wymienił kolejno:

lp. 1. Robocizna przy cięciu i załadunku. W tym zakresie wskazał, iż Eksa Sp. z o.o. założyła czas /robocizny- zapewne pracy pracownika/ na cięcie i załadunek (wybranego przez siebie kabla YAKXS 4x120 mm² SE) - jako 12 minut, co odwołujący uznał za czas nierealny, co zobrazował załączoną płytą z takiej operacji. Takie czynności jak przyjęcie zlecenia i wydanie stosownych dyspozycji, pobranie bębna z magazynu wózkiem widłowym, załadowanie bębna do przewijania, drugiego bębna do nawijania, ustawienie maszyny i samo przewijanie, cięcie kabla, zabezpieczenie kapturkiem, zdjęcie bębnow z maszyny, załadunek, przejazd i ułożenie bębna na samochodzie wózkiem widłowym, zabezpieczenie ładunku na pojeździe taśmami i blokami, dokonanie odpowiednich adnotacji magazynowo księgowych, dokonanie oznaczenia nawiniętego bębna, kontrola i zważenie pojazdu na bramie przy wjeździe i wyjeździe - trwają znacznie dłużej niż założony czas 12 minut. Wymagają także zaangażowania wielu pracowników równocześnie, nie jest możliwe bowiem by wskazane czynności wykonała od początku do końca tylko jedna osoba. Ponadto, zwrócił uwagę, iż wskazany koszt robocizny 13 zł/h odpowiada w zasadzie wynagrodzeniu pracownika zarabiającego minimalną krajową. Tymczasem do obsługi wskazanych urządzeń, obsługi

systemu komputerowego itp. należy zatrudnić pracowników z wysokimi kwalifikacjami, co implikuje znacznie wyższy koszt wynagrodzenia. Dalej wskazywał na formułę Incoterms 2000, zgodnie z którą wymagana jest kontrola jakościowa, mierzenie, ważenie oraz liczenie.

Odwołujący stwierdził, że rzeczywisty czas trwania tej operacji u odwołującego - został uwidoczniony na załączonym filmie na płycie DVD. Zdaniem odwołującego nie da się całej operacji przeprowadzić w wskazanym czasie (12 minut) jednym pracownikiem. Film obrazuje przewijanie wskazanego przez Eksa Sp. z o.o. kabla i wskazuje, iż nie jest możliwe wykonanie założonych operacji w czasie krótszym niż 60 minut.

l.p. 2. Zużycie energii elektrycznej. Również podane zużycie energii elektrycznej (wyrażone przez Eksa w h zamiast w Kwh) jest zupełnie nieprawdziwe. Zakładając jednak nawet, iż Eksa Sp. z o.o. podałyby zużycie w Kwh, 0.25 Kwh jest zupełnie nierealną ilością energii, którą należy zużyć do tego typu operacji. Moc urządzeń do przewijania jest nieporównywalnie większa, stąd też nawet zakładając (czemu zaprzeczył) by miały pracować przez 12 minut, to zużyta energia do przewijania nie wynosi jednak 0.2 godziny. Można podać, iż gdyby uwierzyć że urządzenia do przewijania bębnowe miałyby pracować 0,2 h - czyli 12 minut i zużyć 0.2 Kwh, to moc tych urządzeń wynosiłaby co najwyżej 1 Kw. Dodatkowo wskazał, iż w kalkulacji nie uwzględniono w ogóle paliwa dla pracy wózka widłowego (ewentualnie w grę wchodziłoby - w zadanym czasie częściowo praca suwnicy, co dodatkowo powiększyłoby koszty energii, sprzętu i pracownika). Nie uwzględniono żadnych środków produkcji w kalkulacji.

l.p.3. Kapturek termokurczliwy. Wykonawca Eksa Sp. z o.o. wskazał, iż przyjmuje konieczność założenia jednego kapturka, tymczasem w sytuacji kiedy zamawiający zażąda innych kabli, o innej długości, to ilość kapturków wzrasta.

l.p. 4. Praca sprzętu. Wskazał, iż podany czas pracy sprzętu 12 minut jest zupełnie nierealny. Nie da się wykonać wskazanych operacji w czasie 12 minut, gdyż byłyby to przynajmniej: pobranie bębna z magazynu wózkiem widłowym, załadowanie bębna do przewijania, drugiego bębna do nawijania, ustawienie maszyny i samo przewijanie, cięcie kabla, zabezpieczenie kapturkiem, zdjęcie bębnow z maszyny, załadunek przejazd i ułożenie bębna na samochodzie wózkiem widłowym, zabezpieczenie ładunku na pojeździe taśmami i blokami, dokonanie odpowiednich adnotacji magazynowo księgowych, dokonanie oznaczenia nawiniętego bębna. Niektóre czynności ewentualnie można byłoby zamiast wózkiem widłowym wykonać suwnicą - co jeszcze bardziej by je spowolniło. Ponadto wskazał na dodatkowe czynności - ważenie pojazdu na wadze (przy bramie) przed wjazdem i przy wyjeździe.

l.p.5. Koszty ogólne. Również podane koszty ogólne w wysokości 50 groszy uznał odwołujący za nieprawdziwe. Nie pokryłyby nawet kosztów oznaczenia - naklejka z drukarki z kodem kreskowym i zabezpieczenia nawiniętego kabla na nowy bęben. Nie uwzględniają szeregu

kosztów cenotwórczych np. kosztów tarczy do cięcia bądź nożyc, kosztów utrzymania budynków i budowli, kosztów administracyjnych, zarządu, kosztów ubezpieczenia, podatków - w tym podatku od nieruchomości, kosztów usunięcia odpadów (w tym niebezpiecznych - plastikowych osłon kabli) itp.

lp.6 Transport. Podany koszt transportu w jednostce m² platformy samochodu, który ma wynosić 25,50 zł/m platformy samochodu jest wyrażony po pierwsze w jednostce nieznanej w transporcie, po drugie w wysokości znacznie zaniżonej. Nie wyraża się kosztów transportu w jednostce m² platformy samochodu, w oderwaniu przynajmniej od długości trasy, masy, oraz objętości. Jednostka w m² wskazywałaby, iż można przetransportować towar zarówno z Wrocławia do Opola jak i z Wrocławia do Londynu - a koszt wyniósł by tyle samo. Wykazywał niezasadność takiej kalkulacji. Powtórzył podnoszone już argumenty, iż taka stawka abstrahuje od rzeczywistego przewożonego asortymentu. Za nieprawdziwe przyjął odwołujący twierdzenie, iż bęben typu 16 zajmuje powierzchnię 1,6 m². W istocie zajmuje co najmniej powierzchnię 1.72 m². Bębny transportowane są w pozycji stojącej, średnica bębna 16 wynosi 1600 mm x długość 1070 mm = 1.72m² vide: przykład strona internetowa: <http://www.technokabel.com.pl/informatortekniczny.php?op=sk&pid=295>). Zatem skoro koszt transportu 1 bębna ma wynosić wg kalkulacji Eksa Sp. z o.o. 25.50 zł/m² to przy powierzchni 1.72 cena transportu 1 bębna wynosi 25.50 zł/m² x 1.72 m² = 43,86 zł (a nie jak wskazano w kalkulacji 40,80). Zatem przy cenie paliwa 4,40 zł/l (netto); za 43,86 zł można zakupić 4,40 litrów paliwa (po 4.40 zł/l) co daje 9.97 litrów. Zakładając spalanie samochodu z naczepą 30 l/100 km oznacza to iż 33,24 km przy stawce wskazanej przez Eksa Sp. z o.o - wyrażonej w m² za przewóz, sam wydatek na paliwo wystarczy na 33,24 km za bęben. Nawet zakładając idealne warunki tj. ułożenie 8 bębnow (przy długości wewnętrznej naczepy 13,78 m (33,78 m:1,60m = 8,52) co oznacza, iż można przejechać na zakupionym paliwie maksymalnie 266 km, zakładając jednak iż pojazd musi wrócić do bazy - maksymalnie można transportować bębny na odległość do 131,5 km (266:2). Odwołujący podkreślił, iż jest to obliczenie bazujące jedynie na kosztach zakupu paliwa i nie obejmuje jakichkolwiek innych kosztów, oczywiście niezbędnych - typu praca sprzętu (ciężarówka) praca kierowcy, ubezpieczenia, opłaty drogowe, podatki drogowe, przeglądy itp. Obrazuje to, zdaniem odwołującego - jak nierzetelnie wykonawca Eksa Sp. z o.o. przygotowała swoją ofertę. Dane przyczepy 24 t za producentem: <http://www.wielton.com.pl/?pid=46&cid=26&prid=31>. Dalej podnosił, że oddziały zamawiającego są zlokalizowane np. w Legnicy czy Jeleniej Górze jak i we Wrocławiu, Opolu, Gliwicach, Będzinie, Krakowie czy Tarnowie (lub dostawa ma nastąpić na budowy realizowane przez te oddziały).

Raz jeszcze podnosił, iż znaczna część kabli określonych w zadaniu nr 1 i zadaniu nr 2 nawet przy krótkich długościach, nie może być nawijana na bębny „16” z przyczyn technologicznych; kable takie muszą być nawijane na większe bębny. Tym samym

zajmowana powierzchnia na naczepie, masa kabla z bębniem także z tych powodów zupełnie inaczej wpływa na cenę transportu, a w tym przypadku na zajmowaną powierzchnię.

lp. 7. Również zysk, liczony w sztukach - w wysokości 1,70 zł (słownie: jeden złoty siedemdziesiąt groszy) tj. nieco ponad 3 % od danej części kalkulacji kosztów dostawy, w ocenie odwołującego - nijak nie przystaje do wartości (stawek procentowych zysku w normalnym obrocie, dla tego typu działalności. Powyższe uwagi i zarzuty poczynił odwołujący również w analogiczny sposób do drugiej części wyjaśnień z dnia 11 lutego 2013r. wykonawcy Eksa Sp. z o.o. (dot. zadania nr 2), jako iż kalkulacja została sporządzona przy podobnych założeniach i przedstawiona identycznie, zmieniły się jedynie poszczególne dane techniczne lub nakłady czasowe sprzętowe bądź materiałowe.

Nie zmienia to postaci rzeczy, iż powyższe wyjaśnienia Eksa Sp. z o.o. jak przekonywał odwołujący – pozostają niezgodne z zasadami kalkulacji oraz cenami rynkowymi, w sposób nierzetelny i odbiegają od rzeczywistych stawek na rynku. Zaznaczał, iż koszt transportu wg Eksa Sp. z o.o. stanowi ponad 80 % kosztów logistyki, a jak wykazał powyżej koszt ten został rażąco zaniżony, natomiast sposób kalkulacji nie pozwala na zrealizowanie umowy w prawidłowy sposób. Oferowana przez wykonawcę Eksa Sp. z o.o. cena jest nierealna, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia – jak podsumował odwołujący.

Zważywszy na powyższe okoliczności, zdaniem odwołującego, zamawiający winien był po otrzymaniu wyjaśnień od wykonawcy Eksa Sp. z o.o. dokonać analizy i oceny złożonych wyjaśnień, czego de facto zaniechał - ewentualnie dokonana ocena była pobieżna.

Odwołujący przywołał na poparcie swego stanowiska orzecznictwo KIO w tym zakresie i tak:

a. sygn. akt KIO 44/12 - wyrok z dnia 19-01-2012 r. - Wyjaśnianie rażąco niskiej ceny. Skoro wykonawca nie udzielił wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny zgodnie z wezwaniem, a tylko wybiórczo podając dane finansowe, do których został wezwany, to należy uznać, że nie udzielił wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

b. sygn. akt KIO 2559/11 - wyrok z dnia 16-12-2011 r. Procedura badania i ustalania przez zamawiającego ceny rażąco niskiej /teza 2/. Dowodzenie wystąpienia bądź dowodzenie niewystąpienia ceny rażąco niskiej w pierwszej kolejności winno polegać na wykazaniu zakresu wymaganych nakładów materiałowych czy pracy, a następnie ich rynkowych kosztów. W przypadku gdy powyższe nie jest w pełni możliwe zamawiający winien powziąć i ustalić przynajmniej pewne okoliczności (i ich dowody) fragmentaryczne

(np. w odniesieniu do zasadniczych, najbardziej kosztotwórczych części zamówienia) czy wskazujące na powyższe pośrednio, które ewentualnie umożliwiłyby przyjęcie stosownego domniemania faktycznego i ciężar udowodnienia rzeczywistych cen rynkowych lub możliwość obniżenia ceny ofertowej w stosunku do wymagań rynku, przerzuciłyby na wykonawcę.

Dla wykazania zarzutu nieuczciwej konkurencji oferty wykonawcy Eksa Sp. z o.o. odwołujący przywołał definicję art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź narusza ten interes. Czynem nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów własnych. W ocenie odwołującego, jest to przesłanka inna od opisanej powyżej przesłanki ceny rażąco niskiej. W przypadku czynu nieuczciwej konkurencji porównaniu ulegają wyłącznie koszty ponoszone przez wykonawcę z ceną jego oferty. Taka kalkulacja ceny jest bowiem sprzeczna z dobrymi obyczajami, w tym jedną z podstawowych zasad wskazujących na to, iż działalność gospodarcza jest prowadzona w celu osiągnięcia zysku. Tym samym, w ocenie odwołującego, zamawiający winien zastosować w niniejszej sprawie także art. 89 ust 1 pkt. 3 ustawy Pzp i również na tej podstawie oferta wykonawcy Eksa Sp. z o.o. winna ulec odrzuceniu. Jak już wcześniej wykazał, w zakresie usługi logistycznej wykonawca - Eksa Sp. z o.o. skalkulował swoje usługi poniżej ich kosztów. Tym samym oferta Eksa również z tych powodów winna ulec odrzuceniu.

Celem wykazania iż oferta wykonawcy Eksa Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę, odwołujący wnosil o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na następujące szczegółowe tezy dowodowe:

- 1) nagranie filmowe dołączone do odwołania wykazujące niezbędne operacje i czas ich trwania w zakresie całej usługi logistycznej na okoliczność wykazania czynności, które należy wykonać i ile one trwają u odwołującego celem wykazania, że nie jest możliwe wykonanie wszystkich czynności w czasie podanym przez przystępującego, tj. 12 min. – dowód został dopuszczony na okoliczności uznane przez Izbę – potencjału technicznego,
- 2) 2) z ofert od wykonawców w zakresie oferowanych usług transportowych z dokumentów ofert i wyjaśnień usługodawców w zakresie cięcia kabli i logistyki dotyczących oferowanych przez nich usług i stawek odpłatności za nie, tj. firmy ELEKTROTEK z dnia 26 lutego 2013 r., firmy ELEKTROSKANDIA z 27 lutego 2013 r., firmy AMRO sp. z o.o. z dnia 25 lutego 2013 r., firmy ZTE Sp. z o.o. Sp. k., firmy TRANS SPEDITION Zasada. Z 25 lutego 2013 r., firmy TRANSPORT I SPEDYCJAS

OL-TRANS z dnia 25 luty 2013 r.; Firmy KOMPLEX Ewa Suder, firmy Parol Sp. z o.o. oraz firmy JASFBG S.A. Dowody te nie odnoszą się do ceny całkowitej oferty skarżonego wykonawcy, a ponadto, nie dotyczą odniesień porównywalnych do warunków niniejszego postępowania, a więc nie mogły być przydatne dla rozstrzygnięcia sprawy - celem wykazania, że koszty logistyki podane przez przystępującego zostały rażąco zaniżone – dowód niedopuszczony z uwagi na to, że rażąco niska cena oferty zawsze odnosi się do ceny całkowitej oferty, a nie do jej składowych.

- 3) wnosił o powołanie 1 biegłego na dwie tezy dowodowe podane w odwołaniu bądź dowodu z opinii 2 biegłych: w zakresie ustalenia niezbędnych kosztów logistyki w tym transportu celem wykazania, iż kalkulacja kosztów przedstawiona przez przystępującego została przygotowana nierzetelnie, niezgodnie z zasadami kosztorysowania i kalkulacji kosztów, a podana cena usługi logistycznej stanowi rażąco niską cenę, celem wykazania jakie minimalne elementy w świetle SIWZ muszą być uwzględnione przy kalkulowaniu kosztów tak aby prawidłowo wyliczyć usługę logistyki, powołanie biegłego celem ustalenia jakie są minimalne czynności jakie należy wykonać celem wykonania usługi logistyki w szczególności przewijania, cięcia kabli, jakie są minimalne nakłady sprzętu oraz środków produkcji oraz jakie materiały trzeba przewidzieć celem wykazania, że wartość usługi logistycznej przedstawiona przez przystępującego stanowi rażąco niską cenę, odbiega od rzeczywistych kosztów jak i nakładów osobowych, materiałowych, energii i pozostałych kosztów – dowód niedopuszczony rozstrzygnięcie sprawy nie wymaga wiadomości specjalnych, tezy dowodowe sprowadzają się do tego aby biegły stwierdził czy cena oferty Eksa Sp. z o.o. jest rażąco niska i stanowi czy nieuczciwej konkurencji. Rozstrzygnięcie tej kwestii należy do prerogatyw składu orzekającego.
- 4) Opinię prawną Profesora Włodyki, załączoną do odwołania Izba postanowiła potraktować jako stanowisko strony – zgodnie z wnioskiem.
- 5) Ponadto odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt postępowania prowadzonego przez zamawiającego, w szczególności z SIWZ oraz oferty i wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Eksa Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 1 oraz zadania nr 2 na podane wyżej twierdzenia i okoliczności – dowód został dopuszczony z urzędu.

Izba ustaliła, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania określone przepisem art. 198 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 5 marca 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pismem wniesionym dnia 6 marca 2013 r., w kopii przesłanym stronom, zgłosił przystąpienie wykonawca: Eksa Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie.

Zgłaszający przystąpienie, wykazał interes w popieraniu stanowiska zamawiającego na rzecz utrzymania wyboru jego oferty na część 1 i 2 zamówienia. Zgłaszający przystąpienie wnosił o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy wyboru jego oferty.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Eksa Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia 8 marca 2013 r. oświadczył, że działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, po zapoznaniu się z zarzutami ponoszonymi przez firmę TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. S.K.A. – informuje, że odwołanie uwzględni w całości. Pismo zamawiający przesłał do wiadomości wykonawców TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. S.K.A. i Eksa Sp. z o.o.

Przystępujący Eksa Sp. z o.o. w związku z uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego oświadczył w piśmie z dnia 8 marca 2013 r., w kopii przesłanym stronom, że w trybie art. 186 ust. 5 ustawy Pzp wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu – dokonując jednocześnie uzasadnienia swego stanowiska.

W tych okolicznościach odwołanie podlegało rozpatrzeniu na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp.

W ww. piśmie przystępujący przedstawił szczegółową argumentację przemawiającą za uwzględnieniem jego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

- 1) z przedstawionego nagrania DVD obrazującego operacje przewijania kabla, cięcia i załadunku – (12 min - dotyczy reprezentatywnego odcinka 500 i 600 m w zależności od zadania) - dowód został dopuszczony na tezy dowodowe uznane przez Izbę, potencjału technicznego wykonawcy,
- 2) z potwierdzenia realizacji dostaw - praktycznie z referencji, które częściowo zamieścił w ofercie na okoliczność, że zbliżony asortyment dostaw realizował na rzecz innych zamawiających, także na okoliczność kompletacji dostaw i przygotowania odcinków kabli – które zostały przedstawione w dokumentach oferty, stanowiące potwierdzenie realności wywiązania się wykonawcy z realizacji

zamówienia za podaną cenę – dowód dopuszczony w zakresie wykazania skali działalności,

3) rachunku zysków i strat za rok 2012 i 2011, że ogółem uzyskał zysk na działalności – dowód nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy,

4) zał. nr 6 stanowi stroną SIWZ na okoliczność zakresu usługi logistycznej – dowód został dopuszczony z urzędu,

5) zał. 7 wyjaśnienie metody doboru reprezentatywnego odcinka typu kabla dla zadania nr 1 i 2 – dowód potwierdza złożone wyjaśnienia,

6) zał. nr 8 wyjaśnienie metody doboru reprezentatywnego typu kabla dla zadania nr 1 i 2 – dowód potwierdza złożone wyjaśnienia,

7) zał. nr 9 – założenia do wyliczenia kosztów transportu, w cenie kabla skalkulowane zostały koszty transportu, a przy odcinakach niepełno-bębnowych kalkulował dodatkowe koszty transportu - związane z przewozem odcinków niepełno-bębnowych – dowód dopuszczony na okoliczność kalkulacji kosztów transportu i skali działalności.

8) zał. nr 9 – karta katalogowa bębna – dla potwierdzenia gabarytów bębna – w ocenie Izby dowód zbędny, gdyż wymagania w zakresie używania bębnow o gabarytach nie większych niż 1600 mm średnicy wynika wprost z postanowień SIWZ. Natomiast okoliczność kalkulacji jednostkowej w związku z zajmowaniem powierzchni ładunkowej tak jak ogółem jak i przy kalkulacji kosztów transportu Izba uznała za pozbawione znaczenia, gdyż pojęcie rażąco niskiej ceny oferty odnoszone jest do ceny całkowitej oferty,

9) zał. nr 9 – faktury za usługę transportową potwierdzające stawki za usługi transportowe przewozu bębnow z kablami, stawka za 1 km – z tych samych względów jak omówione w pkt 8, Izba nie dopuściła dowodów z faktur za usługi transportowe – identycznie jak w przypadku odwołującego, Izba nie dopuściła tych dowodów z ofert na świadczenie usług przewozowych, gdyż jest to jednostkowy element kalkulacji ceny usługi, nie tylko logistycznej ale i dostawy kabla,

10) zał. nr 10 podsumowanie operacji z załączonego filmu – dowód dopuszczony na okoliczność podaną przez Izbę (potencjału), skoro w ogólności został dopuszczony dowód z tego filmu,

11) zał. nr 11 – wszystkie oferty cenowe złożone w tym postępowaniu – dowód ten stanowi z urzędu materiał dowodowy sprawy - jako ceny oferowane przez poszczególnych wykonawców na zadanie nr 1 i 2,

12) zał. 11 graficzne porównanie cen ofert – dowód został dopuszczony zgodnie z punktem poprzednim, poprzez odnotowane w protokole postępowania kwotowych wartości cen ofert,

- 13) zał. nr 12 wyjaśnienia wykonawcy NKT Cables S.A. w sprawie ceny usługi logistycznej - dowód niedopuszczony ceny oferowane przez NKT Cables zostały odnotowane, zamawiający nie odnosił się do wyjaśnień NKT Cables jako, że wykonawca został wykluczony, a za podstawę oceny czy cena jest rażąco niska musiały służyć wyjaśnienie wykonawcy - w tym przypadku Eksa Sp. z o.o.,
- 14) zał. nr 13 potencjał techniczny, fotografie placów składowych, linii do przewijania kabli, hali, narzędzi do cięcia kabli – dowód został dopuszczony na potwierdzenie ogólnych wyjaśnień przystępującego Eksa Sp. z o.o. co do jego potencjału, który wykorzysta przy realizacji zamówienia,
- 15) zał. nr 14 – dostawy zrealizowane dla ENERGA przy realizacji podobnych zamówień za 1 miesiąc gdzie realizował 722 cięcia na potrzeby tego podmiotu – dowód został dopuszczony na okoliczność skali działalności i związanych z tym efektów oszczędnościowych,
- 16) zał. nr 15 – obrazuje strukturę sprzedaży dla Energa Operator w skali miesięcznej, gdzie liczba cięć jest 7 razy większa niż ilość przewidywana dla zadania nr 1 i 2 - dowód został dopuszczony na okoliczność skali działalności i związanych z tym efektów oszczędnościowych,
- 17) zał. nr 16 – potwierdzenie dostawcy kabli, że opakowania są bezzwrotne – dowód dopuszczony, gdyż takie stwierdzenie zostało zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, z protokołu postępowania z załączonymi dokumentami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert. Wezwania wykonawcy Eksa Sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia ceny oraz udzielonej odpowiedzi. Z wnioskowanych przez odwołującego i przystępującego dowodów, które Izba dopuściła – omówionych, jak wyżej.

Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i przystępującego przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Dowody z filmów obrazujących czynności przewijania, cięcia kabli, załadunku kabli i przewodów energetycznych Izba dopuściła wyłącznie w zakresie odmiennych warunków technicznych i organizacyjnych świadczenia usługi logistycznej u odwołującego oraz przystępującego. Izba nie jest organem do ustalania norm nakładów czasowych robocizny, pracy sprzętu - na poszczególne operacje składające się na przewijanie, cięcie kabli oraz ich załadunek na środki transportu. Kompetencje Izby sprowadzają się do weryfikacji czynności

zamawiającego pod względem przestrzegania wzorca postępowania ustalonego w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający poddał ocenie wyjaśnienia wykonawcy Eksa Sp. z o.o. w takim kształcie jak zostały złożone i do tych wyjaśnień oraz ich oceny może się odnosić orzeczenie Izby. Odwołujący ponadto nie stawiał zarzutu konkurencyjnemu wykonawcy, że podał on nieprawdę w udzielonych wyjaśnieniach, stanowiących integralną część oferty i z tych względów winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a jego oferta odrzucona, co zobowiązywałoby Izbę do dopuszczenia na rozprawie także innych dowodów zgłaszanych na taką okoliczność.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, dopuszczonych jw., Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy: „Dostawy kabli i przewodów na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.”

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wykonawcy mogli w tym postępowaniu złożyć oferty częściowe na każde z 3 zadań:

- zadanie 1 Kable elektroenergetyczne nN z żyłami aluminiowymi o izolacji z polietylenu usieciowanego i powłoce polwinitowej oraz kable elektroenergetyczne nN z żyłami miedzianymi o izolacji z polietylenu usieciowanego i powłoce polwinitowej,
- zadanie nr 2 Kable elektroenergetyczne jednożyłowe z żyłą aluminiową o izolacji z polietylenu usieciowanego z żyłą powrotną miedzianą koncentryczną uszczelnioną wzdłużnie i promieniowo, z powłoką z polietylenu termoplastycznego.

Wymagany termin realizacji – 16 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Rozdział XIV Opis sposobu przygotowania ofert.

Pkt 1.1. oferta musi zawierać wypełniony formularz ofertowy, wg załącznika nr 1 do SIWZ.

Pkt 1.2. wypełniony formularz dla danego zadania, wg załącznika nr 2 do SIWZ

Rozdział XVI Opis sposobu obliczenia ceny.

Pkt 1. (...) cena oferty musi zawierać wszystkie koszty i elementy związane z realizacją przedmiotu zamówienia. W cenie powinny być również uwzględnione wszystkie podatki, opłaty, w tym VAT. Przy ocenie ofert będzie brana pod uwagę cena brutto.

2. cena kabli i przewodów elektrycznych – cena ustalana jako: $CK = Cs + Cm$

Cs – składnik stały ceny [zł/km] obejmujący wszystkie koszty niezbędne do wytworzenia i dostawy w odcinkach pełno bębnowych (fabrycznych) 1 km kabla /przewodu, takie jak tworzywa sztuczne, koszty produkcji, koszty pakowania, koszty certyfikacji i inne,

Cm – składnik zmienny ceny [zł/km] obejmujący koszty aluminium i miedzi niezbędnego do wytworzenia 1 km kabla, przewodu obliczanego według podanego wzoru. W trakcie realizacji umowy cena stała.

Zamawiający w tabelach podał między innymi planowaną ilość zakupu kabli w km w okresie 16 miesięcy dla poszczególnych części zamówienia.

W tych tabelach zamawiający określił ogólny wolumen kabli, które będzie zamawiał w trakcie realizacji umowy obejmujący odcinki pełno-bębnowe jak i niepełno-bębnowe. Z tym, że ilość zamawiana faktycznie i rozliczana w oparciu o ceny jednostkowe podane w ofercie może się różnić od ilości kabli podanych w tabelach określających przedmiot zamówienia. Ilości kabli podane zostały po to, żeby wykonawcy mogli w sposób porównywalny oszacować cenę ofert. Zamawiający wyjaśniał, że wskazówką jakie wielkości odcinków niepełno-bębnowych mieli przyjąć wykonawcy są zamieszczone w tabelach na str. 19 i 20 SIWZ dane historyczne z minionego roku, jakie liczby odcinków zamawiający zamówił z podaniem długości tych odcinków jakie zamówił.

Zamawiający wyjaśniał, że to zamówienie obejmuje dostawy pełno-bębnowe i niepełno-bębnowe. Zamawiający wyjaśniał również, że w cenie odcinków pełno-bębnowych znajdują się wszelkie związane z tym koszty, także koszty transportu, które w odniesieniu do dostaw pełno-bębnowych oddzielnie nie wyspecyfikował. W cenie odcinków pełno-bębnowych zwarty jest koszt transportu, podatki, pakowanie itp., natomiast w odniesieniu do odcinków niepełno-bębnowych w cenie kabli i przewodów również zawarte są te koszty, w tym transportu. Cena 1 km kabla danego rodzaju nie różni się w odniesieniu do dostaw pełno-bębnowych jak i niepełno-bębnowych.

Rozdział XVI Cena usługi logistycznej (XVI pkt. 5.1).

5.1 W przypadku realizacji dostaw kabli, przewodów w odcinkach krótszych niż tzw. pełno-bębnowe (fabryczne) do każdego dostarczonego odcinka doliczona będzie cena usługi logistycznej wyrażona [PLN], które obejmuje;

- a) koszty cięcia kabla, przewodu;
- b) koszty pakowania (paletowanie, przewijanie na inny bęben kablowy itd.);
- c) koszty wysyłki i transportu wg formuły INCOTERMS 2000 - DDP do miejsca określonego w zamówieniu.

Zamawiający wyjaśnił, iż używając określenia, że usługa logistyczna będzie obejmować koszty wysyłki i transportu miał na myśli tylko dodatkowe koszty generowane w skutek przewozu odcinków niepełno-bębnowych. Zachodzi pełniejsze wykorzystanie powierzchni ładunkowej pojazdów w przypadku przesyłek pełno-bębnowych. Zamawiający potwierdził, że określił miejsca dostawy - koszty transportu nie będą rozliczane w oparciu o ilość faktycznie

przejechanych kilometrów, a wykonawca ma sobie te koszty uśrednić i skalkulować w oparciu o udostępnione dane dotyczące miejsc dostawy.

5.2 W celu jednoznacznego zdefiniowania odcinków kabli, przewodów krótszych niż tzw. pełno-bębnowe (fabryczne) wprowadza się długości kabli/przewodów w odcinkach pełno-bębnowe (fabryczne), zawarte w podanych tabelach dla zadań od 1 do 3.

Pkt 5.3 przewiduje się dostawy odcinków pełno-bębnowych na bębnach o podanych wielkościach dla zadań od 1 do 3, Dostawy na bębnach większych niż 2m wymagają każdorazowej zgody zamawiającego.

Pkt 5.5 Dopuszcza się dostawy odcinków krótszych niż określone w powyższych tabelach jako pełno-bębnowe (fabryczne) bez naliczania ceny usługi logistycznej [PLN/odcinek] w przypadku dysponowania przez wykonawcę odcinkami, dla których nie było konieczne wykonanie usługi cięcia.

Zamawiający wyjaśnił, że podał w pkt 6 szacowane ilości odcinków niepełno-bębnowych i ten element ceny usługi za usługi logistyczne należało oszacować w ten sposób, że cenę usługi logistycznej uzyskać przez przemnożenie ceny jednostkowej razy ilość odcinków. Takie wyliczenie należało przyjąć przy obliczeniu ceny ofertowej w zakresie logistyki, dodać wartość kabli wg ilości zapotrzebowanych i rodzajów.

6. Koszty logistyki [KL] stanowią iloczyn usługi logistycznej [PLN/odcinek] oraz szacowanej ilości odcinków innych niż pełno-bębnowe (fabryczne), jakie zostaną zamówione podczas realizacji umowy. Szacowane ilości odcinków nie pełno-bębnowych wynoszą:

- a) dla zadania 1 – 1800,
- b) dla zadania 2 – 1 200
- c) dla zadania 3 – 3 000.

Ilości odcinków innych niż pełno-bębnowe (fabryczne) są ilościami orientacyjnymi i mogą ulec zmianie.

Rozdział XVIII. Opis kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty:

- Lp. Opis kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty: Waga kryterium maks 95 pkt
1. Cena brutto kabli/przewodów elektroenergetycznych ("B") Max 95 pkt.
 2. Szacunkowa cena brutto kosztów logistyki („KL”) Max 5 pkt.
- Łączna max ilość punktów - 100 pkt.

W formularzu oferty (zał. nr 1) należało podać dla każdego z zadań, między innymi:

- łączną cenę brutto B kabli elektroenergetycznych,
- cenę jednostkową netto usługi logistycznej - zł/cięcie,
- koszty netto logistyki dla przewidywanej w zadaniach liczby cięć,
- koszty brutto logistyki.

Formularze cenowe stanowiące załącznik do formularza oferty stanowią cenę przewodów i kabli.

W formularzu oferty jest jedyne miejsce gdzie wykonawca miał podać netto cenę usługi logistycznej oraz koszty netto logistyki z przemnożeniem stawki jednostkowej przez ilość cięć w danym zadaniu i podać cenę brutto za dostawę kabli i usługę logistyczną. W formularzu oferty nie przewidziano pozycji dla wartości sumarycznej brutto obejmującej ceny za dostawę kabli jak i za logistykę.

Szczegółowe warunki realizacji zamówienia przedstawiono w projekcie umowy stanowiącym Załącznik nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W projekcie umowy zostały wskazane Oddziały Zamawiającego dla dostaw kabli: w Jeleniej Górze, Legnicy, Opolu, Wałbrzychu Bielsku-Białej, Będzinie, Częstochowie, Krakowie, Tarnowie, Wrocławiu, Gliwicach, a także teren budowy na terenie działalności dystrybucyjnej zamawiającego z wyłączeniem Oddziału Gliwice. W § 3. Strony ustaliły, że miejscem wykonania umowy są lokalizacje wskazane w zamówieniach wystawionych przez jednostki organizacyjne zamawiającego.

4. Dostawa żądanych ilości kabli, przewodów może nastąpić w formie kręgów w przypadku krótkich odcinków za zgodą zamawiającego. Odcinki dłuższe należy dostarczać na bębnach drewnianych (...).

- dowolnej wielkości – dla TAURON Dystrybucja SA Obszar Wrocław i O/Gliwice.
- o średnicy nie większej niż 2m – dostawy dla TAURON Dystrybucja SA Obszar Kraków.

Przy tym zamawiający potwierdził, że krótki odcinki kabli nie muszą być przewożone na bębnach, mogą być przewożone w zwojach, jest to zależne od asortymentu żeby nie uszkodzić kabla. Dostawca wie w jaki sposób jaki asortyment może przewozić.

6. bębny ustalono jako opakowania zwrotne. Wykonawca nie miał wliczyć do ceny oferty - cen bębnowych ponieważ będą one zwracane.

W § 5 wzoru umowy. Ceny, wynagrodzenia, zasady rozliczenia, płatności, postanowiono:

1. Cena kabli i przewodów elektrycznych, to cena ustalana jako: $CK = Cs + Cm$

Cs – składnik stały ceny [zł/km] obejmujący wszystkie koszty niezbędne do wytworzenia i dostawy w odcinkach pełno bębnowych (fabrycznych) 1 km kabla /przewodu, takie jak tworzywa sztuczne, koszty produkcji, koszty pakowania, koszty certyfikacji i inne, (Zamawiający potwierdził, że w tym pojęciu „inne” mieszczą się zasadnicze koszty transportu, które nie są związane z kosztami odnoszonymi wyłącznie do odcinków niepełno-bębnowych).

Cm – składnik zmienny ceny [zł/km] obejmujący koszty aluminium i miedzi niezbędnego do wytworzenia 1 km kabla, przewodu obliczanego według podanego wzoru.

2. Ceny jednostkowe netto kabli/przewodów oraz sposób ich wyliczenia zawiera zał. nr 1 do umowy.

4. Cena usługi logistycznej – w przypadku realizacji dostaw kabli, przewodów w odcinkach krótszych niż tzw. pełno-bębnowe (fabryczne) do każdego dostarczonego odcinka doliczona będzie cena usługi cięcia wyrażona w [PLN/odcinek], która obejmuje:

a) koszty cięcia kabla, przewodu;

b) koszty pakowania, (paletowania, przewijanie na inny bęben kablowy, itd..).

Zamawiający potwierdził, że we wzorze umowy odnośnie elementów składowych ceny usługi - logistyka nie mówi się o kosztach transportu, ale o dostawie kabla. Zamawiający przyznał, że skoro mówi się o dostawie - to dotyczy to dostawy kabli, a nie usługi logistycznej.

5. cena usługi logistycznej wynosi ... PLN/odcinek.

6. w celu jednoznacznego zdefiniowania odcinków kabli zamawiający podał, że inne niż podane pełno-bębnowe (fabryczne) stanowią dostawy w odcinkach krótszych co do zasady z usługą logistyczną. Zamawiający wyjaśnił, że dla zamawiającego jest to korzyść bo nie będzie miał naliczonej usługi logistycznej ale i dla wykonawcy też jest korzyść, bo gdy dysponuje zbliżonym odcinkiem jak zapotrzebowany - to może się go pozbyć sprzedając zamawiającemu.

7. za zrealizowaną dostawę (...) zamawiający zapłaci wynagrodzenie zgodnie z wyliczeniem: ilość dostarczona z pomnożeniem przez cenę jednostkową netto plus VAT.

Cena netto usługi cięcia [PLN/odcinek] stanowić będzie oddzielną pozycję na fakturze, tzn. nie będzie doliczana do ceny kabla.

8 Dopuszcza się dostawy odcinków krótszych niż określone w tabeli jako pełno-bębnowe (fabryczne) bez naliczania ceny usługi logistycznej [PLN/odcinek] w przypadku dysponowania przez wykonawcę odcinkami, dla których nie było konieczne wykonanie usługi cięcia.

9. Ceny jednostkowe netto plus VAT zawierają wszelkie koszty niezbędne do prawidłowego zrealizowania przedmiotu umowy.

Na zadanie nr 1 oferty złożyli wykonawcy:

a) Eksa Sp. z o.o., na kwotę brutto: za dostawę kabli/przewodów elektroenergetycznych - 23 440 950,08 zł; za logistykę - 110 700,00 zł razem = 23 551 650,08 zł.

b) NKT Cables S.A., na kwotę brutto: za dostawę kabli/przewodów elektroenergetycznych - 23 478 530,78 zł; za logistykę – 88 560,00 zł razem = 23 567 090,78 zł.

c) TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. SKA na kwotę brutto: za dostawę kabli/przewodów elektroenergetycznych – 22 645 597,69 zł; za logistykę – 918 810,00 zł razem = 23 564 407,69 zł.

Na zadanie nr 2:

- a) Eksa Sp. z o.o., na kwotę brutto: za dostawę kabli/przewodów elektroenergetycznych – 65 289 698,82 zł; za logistykę - 73 800,00 zł, razem = 65 363 498,82 zł.
- b) NKT Cables S.A. na kwotę brutto: za dostawę kabli/przewodów elektroenergetycznych – 70 094 222,20 zł; za logistykę – 59 040,00 zł, razem = 70 153 262,20 zł
- c) TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. SKA na kwotę brutto: za dostawę kabli/przewodów elektroenergetycznych – 62 852 776,39 zł; za logistykę – 1 845 000,00 zł, razem = 64 352 776,39 zł.

Zamawiający przyznał, że w zakresie zadania nr 2 cena odwołującego ogółem - jest najniższa.

W protokole postępowania zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ogółem 115.859.640,37 zł, w tym 24.928.538,34 zł zadanie 1, 66.855.652,87 zadanie 2.

W odrębnym dokumencie „Oszacowanie wartości zamówienia” podana jest wartość brutto ogółem zamówienia na kwotę 140.674.845,71 zł., w tym dla zadania 1 brutto – 28.247.844,54 zł, a dla zadania 2 brutto – 84.882.483,97 zł.

Zamawiający nie podał oddzielnie wartości szacunkowej w odniesieniu do dostawy kabli i usługi logistycznej. Wartość szacunkowa odnosi się ogółem do „przedmiotu zamówienia”.

Szacowanie zostało dokonane w oparciu o dane odnośnie cen po których zamawiający nabywał kable i przewody w roku 2012.

W toku postępowania zamawiający pismem z dnia 08.02.2013 r. UZZ/MS-2911-119(2)/2012/62, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia) zwrócił się do wykonawcy Eksa Sp. z o.o. o wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny elementu oferty „Cena jednostkowa netto usługi logistycznej” w zakresie zadania nr 1 oraz 2. Wyjaśnienie powinno obejmować co najmniej rozbiecie ceny na wszystkie wymagane czynności określone w pkt. XVI.5 SIWZ wraz z uzasadnieniem a także w rozbiciu na niezbędne koszty rodzajowe (w tym robociznę i pracę sprzętu), ich składniki, koszty ogólne oraz zysk wykonawcy.

Zamawiający potwierdził, że wezwanie odnosiło się wyłącznie do wyjaśniania elementów kalkulacji ceny usługi logistycznej. Nie wymagał wyjaśniania w zakresie w jakim cenę kabla obciążały inne koszty dodatkowe np. transportu o czym mowa była wyżej. Zamawiającego interesował wyłącznie element usługi logistycznej.

Pismem z dnia 11 lutego 2013 r. wykonawca - Eksa Sp. z o.o. udzielił na powyższe wezwanie wyjaśnień, w których podał:

W części „Uwagi Ogólne”, iż

1. podstawowymi elementami kalkulacji złożonej przez Eksa Sp. z o.o. oferty na „Dostawy kabli i przewodów na potrzeby TAURON Dystrybucja SA „ UZZ/119/PN/2G12 ” były:

- koszt pozyskania kabli od producenta - firmy PRYSMIAN,
- koszty rozładunku oraz składowania kabli na magazynie Eksa,
- koszty dostawy kabli zgodnie z warunkami SIWZ w podziale na:

- a/ koszty dostawy kabli w odcinkach pełno-bębnowych,
- b/ dodatkowo koszty dostaw kabli w odcinkach niepełno - bębnowych

2. Koszty rozładunku, składowania całości dostaw oraz koszty dostaw kabli w odcinkach pełno-bębnowych uwzględnione zostały w cenie kabli.

3. Koszty dostaw kabli w odcinkach niepełno - bębnowych, jako „dodatkowe koszty” uwzględnione zostały w ofercie w pozycji „cena jednostkowa usługi logistycznej.”

1. "Wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny elementu oferty „Cena jednostkowa netto usługi logistycznej” w zakresie - zadania 1 postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego Pn. "Dostawa kabli i przewodów na potrzeby TAURON Dystrybucja SA " UZZ/119/PN/2012.

Kalkulacja ceny jednostkowej usługi logistycznej była sporządzona przy następujących założeniach:

1. nawijanie odcinków kabli krótszych jak pełno-bębnowe wykonywane jest w krążki lub na bębny, których wymiary wynikają z następujących parametrów:

- długości odcinka,
- średnicy zewnętrznej kabla,
- minimalnego promienia gięcia podanego w karcie katalogowej kabla,
- ciężaru jednostkowego odcinka,

2. reprezentatywny kabel to YAKXS 4x120 mm² SE, ponieważ jego planowana ilość podana w SIWZ stanowi 32,5% (ponieważ jest to największa pozycja ilościowa) ogólnej ilości kabli zadania 1, przy czym kable o mniejszej średnicy zewnętrznej jak kabel YAKXS 4x120 mm stanowią łącznie 38,7% a kable o większej średnicy zewnętrznej jak kabel YAKXS 4x120 mm² - 28,8%,

3. reprezentatywna średnia długość odcinka wynosi < 500m, ponieważ odcinki mniejsze jak 500 m stanowią 85 % wszystkich odcinków podanych w SIWZ na wykresie danych historycznych za okres pierwszych trzech kwartałów 2012, założenie w tym zakresie zostały przyjęte jako maksymalne do obliczenia ceny jednostkowej,

4. kabel YAKXS 4x120 mm² SE o długości do 500 m jest nawijany na bęben typ 16 (zewnętrzna średnica tarczy 1600 mm, a promień wynosi 800 mm),

5. powierzchnia zajmowana w transporcie przez reprezentatywny odcinek niepełno-bębnowy nie przekracza rzutu poziomego bębna typ 16 czyli wynosi <1,6 m²,

6. bębny fabryczne Eksa Sp. z o.o. otrzymuje od producenta PRYSMIAN jako bezzwrotne i są wliczone w cenę, w związku z tym Eksa Sp. z o.o. dysponuje dużym zapasem pustych bębnow do nawijania, cena opakowania - bębna jest zawarta w cenie kabla,
7. operacja krążkowania lub nawijania na bęben odbywa się na profesjonalnej linii do przewijania wyposażonej w automatyczny układacz z wykorzystaniem tyrystorowego układu napędowego, wymagającej w trakcie jej trwania tylko nadzoru przy pulpicie sterowniczym, (przystępujący ma do dyspozycji 3 linie do przewijania, każda sterowana z pulpitu, wymaga 1 osobowej obsługi, pulpit sterowniczy jest w zasięgu operatora),
8. każdy kabel na bębnie, z którego jest przygotowywany odcinek nie pełno-bębnowy posiada na obydwu końcach kapturki, tak więc do zabezpieczenia uciętej końcówki kabla potrzebny jest tylko jeden kapturek,
9. linia do przewijania jest zamortyzowana w 100%,
10. linia do przewijania jest zlokalizowana na hali obok dwóch innych linii do przewijania ze wspólną obsługą,
11. każdego dnia, w związku z realizacją przez Eksa Sp. z zamówień na dostawy kabli do wszystkich większych hurtowni elektrotechnicznych w Polsce, wyjeżdża w różnych kierunkach kraju kilka samochodów ciężarowych z naczepami 24 t. w związku z tym przystępujący oświadcza, iż wykorzystuje maksymalnie te transporty dokładając na dany kierunek dostawę adresowaną do tego miejsca przeznaczenia, tak że ten sam transport może obejmować dostawy dla kilku odbiorców, oświadcza, że na stałe współpracuje z tymi samymi przewoźnikami, którzy stale wożą ten sam asortyment,
12. do transportu odcinka nie pełno-bębnowego wykorzystany zostanie przy okazji transport z dostawami do hurtowni lub dostawami odcinków pełno-bębnowych dla TAURON,
13. 30% dostaw kabli przez Eksa Sp. z o.o. połączone jest z odbiorem pustych bębnow (koszt odbioru bębnow zawarty jest w cenie kabla), co obniża jednostkową stawkę za km w transporcie – zamawiający zgłasza od odbioru puste bębny, które dostawca musi odebrać w określonym terminie.

Kalkulacja netto kosztów logistyki odcinka krótszego jak tzw. cało-bębnowy dla zadania 1

I.p	Składnik kalkulacji ceny	Cena	Jednostkowa	z	jednostka	Ilość	Wartość w zł
1.	Robocizna przy cięciu i załadunku	13	Rbh	0.2			2.60
2.	Zużycie energii elektrycznej	3.00	H	0.2			0.60
3.	Kapturek termokurczliwy	2.80	szt.	1			2.80
4.	Praca sprzętu	5.00	H	0.2			1.00
5.	Koszty ogólne	0.50	szt.	1			0.50
6.	Transport	25.50	m2 platformy samochodu	1.6			40.80

7.	Zysk	1.70	szt.	1	1.70
Razem:					50,00 zł.

Przystępujący przedstawił powyższą kalkulację jako uzasadnienie kosztu usługi logistycznej dla reprezentatywnego odcinka, obrazując czynniki cenotwórcze, robocizny przy cięciu, załadunku, zużytej energii elektrycznej, kapturka, pracy sprzętu, koszty ogólne, transport, zysk.

Przystępujący podobne wyliczenia i założenia poczynił w odniesieniu do wyliczenia usługi logistycznej dla zadania nr 2 z tym, że różnice wynikają z tego, że przyjął asortyment, który jest przedmiotem zadania nr 2, reprezentatywna długość odcinka – 600 m na podstawie danych historycznych, elementy kalkulacyjne są takie same.

W dniu 21 lutego 2013 r. Zamawiający na swojej stronie internetowej ogłosił wyniki postępowania i przekazał je wykonawcom. Za najkorzystniejsze w przedmiotowym postępowaniu uznano oferty firm:

a. dla zadania 1: Eksa Sp. z o.o., na kwotę brutto: za dostawę kabli/przewodów elektroenergetycznych - 23 440 950,08 zł; za logistykę - 110 700,00 zł,

b. dla zadania 2: Eksa Sp. z o.o., na kwotę brutto: za dostawę kabli/przewodów elektroenergetycznych - 65 289 698,82 zł; za logistykę - 73 800,00 zł.

Poszczególne oferty podawały ceny i otrzymały oceny i punkty jak w poniżej:

Zadanie 1.

1. NKT Cables S.A. - oferta odrzucona,
2. Eksa Sp. z o.o. – cena brutto kabli 96,61, cena logistyki 100,00, razem - 96,8 pkt,
3. TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. S.K.A. cena brutto kabli 100,00, cena logistyki -12,05 razem 95,6 pkt,

Zadanie 2.

1. NKT Cables S.A. - oferta odrzucona,
2. Eksa Sp. z o.o. – cena brutto kabli 96,27, cena logistyki 100,00, razem - 96,46 pkt,
3. TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. S.K.A. cena brutto kabli 100,00, cena logistyki – 4,00 razem 95,20 pkt.

Zamawiający wzywał też wykonawcę NKT Cables S.A. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny elementu ceny całkowitej oferty, tj. za usługi logistyczne, ale w związku z tym, iż wykluczył wykonawcę NKT nie poddawał jego oferty merytorycznie badaniu, ani nie oceniał czy cena oferty jest rażąco niska.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia ponieważ złożył ofertę w postępowaniu, a w przypadku wykazania bezprawności zaniechania odrzucenia oferty Eksa Sp. z o.o. przez nieprawidłowe zastosowanie przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego - mógłby ponieść szkodę w postaci niezyskania przedmiotowego zamówienia i utraty spodziewanego zysku z jego realizacji.

Przechodząc do merytorycznego rozpatrzenia zarzutu rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Eksa Sp. z o.o. w odniesieniu do zbadania przesłanek do odrzucenia tej oferty z powodu rażąco niskiej ceny, ocenie Izby podlegały wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Eksa Sp. z o.o. wraz z dopuszczonymi dowodami złożonymi na rozprawie przez przystępującego i odwołującego – które posiadały decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia tej sprawy.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 i 2 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. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności 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. Katalog możliwych czynników jest otwarty. Zamawiający w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Definicja ustawowa pojęcia „rażąco niskiej ceny nie istnieje.” W orzecznictwie i w doktrynie wypracowano akceptowane poglądy, że za cenę rażąco niską winna być przyjmowana cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będąca ceną rynkową, wyznaczaną poprzez ogólną sytuację gospodarczą praw popytu i podaży w danej branży, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie działających na tym rynku. Przy czym, należało zważyć, iż nie bez przyczyny ustawodawca

użył określenia „cena rażąco niska,” a więc niska w sposób zauważalny, narzucający w sposób nieodparty takie wnioski.

Zamawiający był wprawdzie uprawniony, aby zwrócić się o wyjaśnienia dotyczące wybranych elementów oferty wykonawcy Eksa Sp. z o.o. mających wpływ na wysokość ceny, w tym przypadku – elementu składowego ceny całkowitej tj. usługi logistycznej, jednakże w kontekście porównania ceny całkowitej badanej oferty do przedmiotu zamówienia ogółem, obejmującego dostawę kabli i usługę pomocniczą – logistyczną cięcia kabli i dostarczania ich w odcinkach zapotrzebowanych przez zamawiającego. Żadnych zastrzeżeń zamawiającego nie budziła wycena przez przystępującego Eksa zasadniczej części zamówienia, tak w odniesieniu do zakresu rzeczowego, jak i wartościowego, tj. dostawa kabli wraz ze wszystkimi narzutami do tej ceny, w tym także z kosztami transportu.

Samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stwarza wzruszalne domniemanie, że cena złożonej oferty pozostaje rażąco niską. Zadaniem wezwanego wykonawcy jest obalenie rzeczowego domniemania.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę treść złożonych wyjaśnień przez wezwanego wykonawcę i ustalony stan faktyczny sprawy w wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego - przystępujący Eksa Sp. z o.o. wykazał, że cena jego oferty nie pozostaje rażąco niską.

Ponadto, zamawiający odrzucając ofertę przystępującego Eksa Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - czego nie uczynił, zobowiązany byłby wykazać, że złożone wyjaśnienia wraz z ewentualnymi dowodami, potwierdzają rażąco niską cenę oferty wykonawcy. Z powyższego wynika, że ciężar dowodzenia w tym przypadku przechodzi na zamawiającego, ponieważ ewentualne odrzucenie oferty jest wynikiem dokonanej przez niego oceny wyjaśnień. Zamawiający ocenił wyjaśnienia przystępującego jako prawidłowe i wystarczające i dokonał wyboru jego oferty.

Jeżeli natomiast odwołujący przypisywał w tym zakresie zaniechanie podjęcia czynności przez zamawiającego – winien te okoliczności udowodnić. Mimo zgłoszenia licznych dowodów, które Izba oceniła również powyżej przy omawianiu materiału dowodowego sprawy, odwołujący zdaniem Izby, nie dowiódł, że wyjaśnienia przystępującego - nie potwierdzają, iż zaoferowana cena konkurencyjnego wykonawcy Eksa Sp. z o.o. jest realna, a zamawiający uwzględniając te wyjaśnienia, naruszył przepisy art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Należało zważyć, iż zamówienie obejmuje dostawy kabli i przewodów tzw. pełno-wymiarowych (fabrycznych) oraz dostawy kabli i przewodów w odcinkach o długości zapotrzebowanej przez zamawiającego, co do których wykonawca zamówienia musi dokonać dodatkowych czynności – przewinięcia zamawianego odcinka na inny bęben, jego cięcia, zabezpieczenia końcówek, zważenia i oznakowania. Cena całkowita oferty składa się z dwóch elementów ceny kabli i przewodów, obejmującej wszelkie narzuty i koszty, w tym koszty transportu, oraz ceny usługi logistycznej – pomocniczej, do której należało cięcie kabli na zapotrzebowane odcinki. Podstawowy element kalkulacyjny ceny oferty to ceny kabli i przewodów, obejmujące również wskazane czynniki cenotwórcze, jak np. koszty transportu, pakowania, oznakowania, certyfikacji, itp.

Wyjaśnienia wezwanego wykonawcy, musiały zatem nawiązywać do charakteru dostaw i usług objętych zamówieniem.

W przeświadczeniu Izby, wyjaśnienia wykonawcy Eksa Sp. z o.o. w sposób dostatecznie szczegółowy i przekonujący wykazały obiektywne czynniki i okoliczności wpływające na sposób kalkulacji ceny, a w szczególności wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla tego wykonawcy w sposób zindywidualizowany, spełniające przesłanki opisane w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Świadczą o tym niepodważone przez odwołującego i sprawdzalne fakty, że: cena ogółem pokrywa:

- koszt pozyskania kabli od producenta - firmy PRYSMIAN,
- koszty rozładunku oraz składowania kabli na magazynie Eksa ,
- koszty dostawy kabli zgodnie z warunkami SIWZ w podziale na:
 - a/ koszty dostawy kabli w odcinkach pełno-bębnowych,
 - b/ dodatkowo koszty dostaw kabli w odcinkach niepełno – bębnowych.

2. Koszty rozładunku, składowania całości dostaw oraz koszty dostaw kabli w odcinkach pełno-bębnowych uwzględnione zostały w cenie kabli.

3. Koszty dostaw kabli w odcinkach niepełno - bębnowych, ale jedynie jako „dodatkowe koszty” uwzględnione zostały w ofercie w pozycji „cena jednostkowa usługi logistycznej.”

Kalkulacja ceny jednostkowej usługi logistycznej była natomiast sporządzona przy następujących założeniach:

1. nawijanie odcinków kabli krótszych jak pełno-bębnowe wykonywane jest w krażki lub na bębny, których wymiary wynikają z następujących parametrów:
 - długości odcinka,
 - średnicy zewnętrznej kabla,
 - minimalnego promienia gięcia podanego w karcie katalogowej kabla,
 - ciężaru jednostkowego odcinka,

2. reprezentatywny kabel to YAKXS 4x120 mm² SE, ponieważ jego planowana ilość podana w SIWZ stanowi 32,5% (największa pozycja ilościowa) ogólnej ilości kabli zadania 1, przy czym kable o mniejszej średnicy zewnętrznej jak kabel YAKXS 4x120 mm stanowią łącznie 38,7% a kable o większej średnicy zewnętrznej jak kabel YAKXS 4x120 mm² - 28,8%.

3. reprezentatywna średnia długość odcinka wynosi około 500m, ponieważ odcinki mniejsze jak 500 m stanowią 85 % wszystkich odcinków podanych w SIWZ na wykresie danych historycznych za okres pierwszych trzech kwartałów 2012, założenie w tym zakresie zostały przyjęte jako maksymalne do obliczenia ceny jednostkowej,

4. kabel YAKXS 4x120 mm² SE o długości do 500 m jest nawijany na bęben typ 16 (zewnętrzna średnica tarczy 1600 mm, a promień wynosi 800 mm),

5. powierzchnia zajmowana w transporcie przez reprezentatywny odcinek niepełno-bębnowy nie przekracza rzutu poziomego bębna typ 16 czyli wynosi <1,6 m².

- powyższe założenia przystępującego, w ocenie Izby, znajdują wprost umocowanie w postanowieniach SIWZ ustalonych przez zamawiającego,

6. bębny fabryczne Eksa Sp. z o.o. otrzymuje od producenta PRYSMIAN jako bezzwrotne i są wliczone w cenę, w związku z tym Eksa Sp. z o.o. dysponuje dużym zapasem pustych bębnow do nawijania, cena opakowania - bębna jest zawarta w cenie kabla, co potwierdziło oświadczenie producenta,

7. operacja krążkowania lub nawijania na bęben odbywa się na profesjonalnej linii do przewijania wyposażonej w automatyczny układacz z wykorzystaniem tyrystorowego układu napędowego, wymagającej w trakcie jej trwania tylko nadzoru przy pulpicie sterowniczym, (przystępujący ma do dyspozycji 3 linie do przewijania, każda sterowana z pulpitu, wymaga 1 osobowej obsługi, pulpit sterowniczy jest w zasięgu operatora) - okoliczności te potwierdziło nagranie DVD oraz fotografie wyposażenia technicznego hali i stanowisk do konfekcjonowania kabli oraz oświadczenie przystępującego.

8. każdy kabel na bębnie, z którego jest przygotowywany odcinek nie pełno-bębnowy posiada na obydwu końcach kapturki, tak więc do zabezpieczenia uciętej końcówki kabla potrzebny jest tylko jeden kapturek, jest to oczywiste w przypadku, jeżeli odcinek cało-bębnowy będzie cięty na dwa odcinki równej lub różnej długości,

9. linia do przewijania jest zamortyzowana w 100% - oznacza to, że wykonawca Eksa Sp. z o.o. nie ponosi w ciężar kosztów działalności odpisów amortyzacyjnych od zamortyzowanych środków trwałych. Okoliczność taka nie jest natomiast równoznaczna ze zużyciem technicznym danej maszyny, wyłączającym ją z użytkowania, co sugerował odwołujący.

10. linia do przewijania jest zlokalizowana na hali obok dwóch innych linii do przewijania ze wspólną obsługą, wyjaśnienie ma charakter konkretny – sprawdzalny i podlegało uwzględnieniu jako oświadczenie wykonawcy,

11. każdego dnia, w związku z realizacją przez Eksa Sp. z o.o. zamówień na dostawy kabli do wszystkich większych hurtowni elektrotechnicznych w Polsce, wyjeżdża w różnych kierunkach kraju kilka samochodów ciężarowych z naczepami 24 t. w związku z tym przystępujący oświadczał, iż wykorzystuje maksymalnie te transporty dokładając na dany kierunek dostawę adresowaną do tego miejsca przeznaczenia, lub po trasie, tak że ten sam transport może obejmować dostawy dla kilku odbiorców, przystępujący na stałe współpracuje z tymi samymi przewoźnikami, którzy wożą ten sam asortyment. Z przedłożonych w ofercie referencji i dowodów obrazujących ilości realizowanych dostaw, wynika, że przystępujący prowadzi działalność dystrybucyjną kabli i przewodów energetycznych na znaczną skalę, obejmując dostawami obszar całego kraju, co w sposób oczywisty stanowi o rozłożeniu kosztów stałych działalności przedsiębiorstwa, pozwalających na oferowanie konkurencyjnych cen,

12. do transportu odcinka nie pełno-bębnowego wykorzystany zostanie przy okazji transport z dostawami do hurtowni lub dostawami odcinków pełno-bębnowych dla TAURON,

13. 30% dostaw kabli przez Eksa Sp. z o.o. połączone jest z odbiorem pustych bębnow (koszt odbioru bębnow zawarty jest w cenie kabla), co obniża jednostkową stawkę za km w transporcie – zamawiający zgłasza od odbioru puste bębny, które dostawca musi odebrać w określonym terminie.

W odniesieniu do wyjaśnień z p-ktu 11,12 i 13, należało uznać je całkowicie logiczne i wiarygodne, że skoro transporty z dostawami realizowanym przez przystępującego są w ciągłym ruchu, każdy racjonalnie działający przedsiębiorca wykorzystywałby je z maksymalną ładownością i z wytyczeniem optymalnej tras.

Kalkulacja netto kosztów logistyki odcinka krótszego jak tzw. cało-bębnowy dla zadania 1 i 2, została sporządzona przez Eksa przy założeniu, że zasadnicze koszty są kalkulowane w cenie kabla, a tylko koszt dodatkowe: cięcia, przewijania na potrzebne odcinki, zabezpieczenia kapturkami, oznakowania – przynależą do usługi logistycznej.

Znamienne jest, że postanowienia SIWZ oraz wzoru umowy nie pozostają spójne i jednoznaczne w tym zakresie. We wzorze umowy, nie mówi się iż w jakiejś części koszty transportu obciążają usługę logistyczną. Zauważył to sam odwołujący w swoim piśmie z dnia 12 marca 2013 r. zestawiając brzmienie postanowień rozdziału XVI pkt 5.1 SIWZ z § 5 pkt 4 wzoru umowy.

Odwołujący skrzętnie pominął fakt, że poza elementem kosztu i ceny usług logistycznych, biorąc pod uwagę ceny całkowite ofert - nie występują dysproporcje cen zaoferowanych przez wykonawców ubiegających się o to zamówienie. Dało się zauważyć, że ceny wykonawców Eksa Sp. z o.o. oraz NKT Cables S.A. na część 1 i 2 zamówienia pozostawały porównywalne i wyrównane w obydwu elementach (cena kabli oraz logistyki). Cena oferty odwołującego podawała natomiast relatywnie niższe ceny za dostawę kabli, a znacznie wyższe za usługi logistyczne. W przekonaniu Izby, potwierdza to, przyjęcie odmiennych założeń kalkulacyjnych w odniesieniu do części dostawy kabli i usługi logistycznej przez odwołującego w odróżnieniu do ofert dwóch pozostałych wykonawców – pośrednio spowodowane przez samego zamawiającego, wskutek niejasnego rozgraniczenia rodzaju kosztów objętych dostawą kabli, a usługą logistyczną. Za najważniejsze należało uznać, że ceny całkowite wszystkich złożonych ofert pozostają na niespotykane wyrównanym poziomie, nawiązującym przy tym do ustalonej przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia, i kwoty przeznaczonej na sfinansowanie realizacji zamówienia, których zamawiający nie podzielił na część dostawy i usługi logistycznej. Nie było żadnych podstaw do dokonania takiego podziału, czego domagał się odwołujący i ustalenia, że oferta wykonawcy jest rażąco niska w zakresie elementu usługi logistycznej, przedstawiającej dosyć marginalną wartościowo pozycję cenową - w stosunku do całości przedmiotu zamówienia.

Inny rozkład kosztów i cen jednostkowych pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty na zadania 1 i 2 nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z tych wykonawców Eksa sp. z o.o. na zadanie 1- jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Oznacza to również, iż z uwagi na indywidualne uwarunkowania każdego z podmiotów (w tym posiadane doświadczenie, urządzenia, sprzęt, materiały, sposób zarządzania przedsiębiorstwem, ilość świadczonych jednocześnie dostaw i usług), wykonanie zamówienia za taką samą cenę nie będzie możliwe dla każdego wykonawcy. Wykonawca może przedstawić cenę oferty nawet odbiegającą od pozostałych cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej przed otwarciem ofert. Ponadto nie można było pominąć, że zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*, LEX nr 127572, niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego, gdyż

wymaga to zbadania danego przypadku. Prawidłowością powszechnie notowaną jest, że oferowane ceny rynkowe na ogół odbiegają *in minus* od wartości oszacowania zamówienia.

Dyspozycja normy art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, uprawnia zamawiającego do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w przypadku, gdy wykonawca w wyjaśnieniach wykaże obiektywne czynniki, w szczególności 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, itp. Katalog okoliczności uzasadniających wysokość oferowanej ceny podany w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie jest wyczerpujący. Ponadto, zwrot, że obiektywne czynniki mają być dostępne wykonawcy w sposób zindywidualizowany – nie oznacza, że nie mogą zostać wskazane takie okoliczności, jak często przywoływany argument prowadzenia działalności w znacznych rozmiarach. Ważna jest bowiem skala tego zjawiska - dostępna indywidualnie dla konkretnego wykonawcy - i jej możliwy i realny wpływ na wyliczenie ceny oferty.

Ponadto, złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają, że przystępujący Eksa Sp. z o.o. realizuje i realizował konkretnie oznaczone porównywalne dostawy na terenie całego kraju, co udawadnia twierdzenia, że zna specyfikę rynku dostaw kabli i przewodów, ma zbudowane struktury organizacyjne oraz zgromadzone środki materialne i techniczne do tego celu oraz, co daje możliwość płynnego uruchomienia tych środków i zasobów w przypadku uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający nie wymagał przedstawienia w dokumentach oferty pełnego skalkulowania oferowanych cen, (w tym dostawy kabli wraz z narzutami) stąd żaden wykonawca nie był zobowiązany kalkulując ceny swojej oferty do przedstawiania kosztorysu. Pełna kalkulacja ceny oferty przystępującego ani odwołującego nie była przedstawiana. W ocenie Izby, odwołujący mógł przyjąć własne założenia cenowe, odmienne od przystępującego, w tym też dowolną stopę zysku. Z tych względów proste porównanie cen oferty odwołującego i przystępującego i zanotowana niewielka różnica (zadanie 1) nie jest miarodajna dla zarzutu rażąco niskiej ceny oferty konkurenta. Ceny jednostkowe usługi logistycznej mogły być skalkulowane nawet na poziomie niższym, gdyż żaden przepis nie nakłada na wykonawcę obowiązku wykazywania rentowności w dowolnym elemencie składowym ceny oferty.

Izba opowiada się za powszechnie aprobowanym poglądem, że wyjaśnienia – aby mogły zostać uwzględnione – nie mogą być ogólnikowe, muszą odnosić się do konkretów – oświadczeń wykonawcy, które będą nadawały się do zweryfikowania. W większości także

treść oferty oparta jest na oświadczeniach własnych wykonawcy, w przypadkach przewidzianych w ustawie obligatoryjnie potwierdzonych dokumentami. Za zgodność złożonych oświadczeń z rzeczywistością wykonawca ponosi wszelką odpowiedzialność, w tym ryzykuje, że w razie ujawnienia, że złożył nieprawdziwe informacje w wyjaśnieniach, jako stanowiących integralną część oferty, a które zostały by uwzględnione przez zamawiającego jako uzasadnienie wysokości ceny oferty w trybie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, mogłoby to stanowić także podstawę dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Treść wyjaśnień wykonawcy Eksa Sp. z o.o. została odwołującemu udostępniona w całości wraz z dowodami i nie podnosił on generalnie zarzutu, że okoliczności podane przez przystępującego – nie zachodzą, i że wyjaśnienia te mijają się ze stanem rzeczywistym, a skarżony wykonawca winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wymienione przez przystępującego czynniki obiektywne, realnie istniejące - zgromadzenie środków materialnych, (które zostało dowiedzione), znaczące doświadczenie w organizacji tego typu dostaw - jako potencjał, który pozwolił na konkurencyjną wycenę przedmiotu obecnego zamówienia, zostało przez Eksa Sp. z o.o. wykazane. Posiadany potencjał w powiązaniu z doświadczeniem, przekłada się bowiem na usprawnienie procesu zarządzania kontraktem, a w ślad za tym powoduje realne zmniejszenie kosztów realizacji dostaw, zatem możliwe w związku z tym oszczędności - zostały również wykazane.

Nie została podważona okoliczność, że wykonawca Eksa Sp. z o.o. posiada znaczący udział w rynku dostaw kabli i przewodów, zatem koszty stałe przedsiębiorstwa mogą zostać rozłożone na większą ilość realizowanych umów, co przyczynia się do ich jednostkowego zmniejszenia - są to więc okoliczności, o których stanowi art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, przy uwzględnieniu specyfiki tych dostaw i usług.

Przystępujący Eksa Sp z o.o. ujął w formularzu oferty cały opisany tam zakres zamówienia, włącznie z kosztami usług logistycznych. Odwołujący nie miał żadnych podstaw do stawiania zarzutów, iż którakolwiek pozycja jest niedoszacowana, bądź też, że przystępujący nie uwzględnił wszystkich kosztów jak np. transportu. Zarzuty te pozostały gołosłowne, gdyż zamawiający, żadnych założeń kalkulacyjnych nie narzucił – pozostawiając także rozwiązania organizacyjne w ramach ustalonych warunków kontraktowych - do decyzji wykonawców. Koszty transportu – jako znacząca pozycja kosztowa kalkulowane były z uwzględnieniem podanych miejsc odbioru kabli – w cenie kabla, a nie jako przewidziane do rozliczenia w osobnej pozycji faktury, według długości danej trasy przewozowej.

W ocenie Izby, przedstawione przez przystępującego wyjaśnienia - mające wpływ na kalkulację ceny oferty są skonkretyzowane i mają charakter opisanych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, pozostają spójne z przedstawionymi dowodami. Zatem przyjęcie tych wyjaśnień - jako czynność zamawiającego - nie budzi zastrzeżeń Izby, mimo dosyć enigmatycznego uzasadnienia wyboru oferty Eksa Sp. z o.o. – nie świadczy to jednak, że zamawiający zaniechał analizy wyjaśnień. Wyjaśnienia złożone przez Eksa Sp. z o.o. stanowiły dokładne odpowiedzi na zapytania zamawiającego i były wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny, a podana cena uzasadniona jest sprzyjającymi warunkami wykonywania zamówienia dostępnymi wykonawcy.

Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość, wykonawca Eksa Sp. z o.o. był zobowiązany przedstawić pełną kalkulację cen ofertowych (jednostkowych) – dającą cenę oferty. Zamawiający nie żądał takich kosztorysów, wymagał jedynie szczegółowych danych dla elementów usługi logistycznej. Zgodnie z tymi wytycznymi SIWZ przystępujący skalkulował cenę oferty. Izba opowiada się za poglądem znajdującym oparcie wprost w treści przepisów art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, iż badania rażąco niskiej ceny dokonuje się w stosunku do przedmiotu zamówienia, (ceny całkowitej oferty), a nie do wyodrębnionej jego części, czy pozycji składowych. Wykonawca nie ma obowiązku wykazania rentowności w każdym szczegółowym elemencie kosztu realizacji zamówienia. Pojęcie rażąco niskiej ceny może być zatem odnoszone do ceny całkowitej oferty. W zakresie ceny całkowitej oferty za część 1 zamówienia oferty odwołującego i przystępującego pozostają wyrównane. W odniesieniu do części 2, cena oferty odwołującego jest niższa niż oferty przystępującego Eksa Sp. z o.o., zatem to raczej jego ofercie można by postawić zarzut rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie wykazał też, że takie rozłożenie kosztów, iż cena usługi logistycznej była przez 2 pozostałych wykonawców skalkulowana na znacząco niższym poziomie niż odwołującego, mogłoby to pociągać za sobą jakiegokolwiek negatywne skutki w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający wyjaśniał, że usługa logistyczna może w ogóle nie być policzona, gdy wykonawca dostarcza posiadane krótsze odcinki kabli, które chce upłynnić.

Zdaniem Izby, nie można było ocenić wyjaśnień Eksa Sp. z o.o. jako zbyt ogólnikowych. Wyjaśnienia spełniały wymagania przepisu art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, miały charakter konkretny – sprawdzalny. Uznając, że wykonawca Eksa Sp. z o.o. wykazał, iż cena jego oferty nie jest rażąco zaniżona, Izba stwierdziła podstawy do zaakceptowania czynności zamawiającego związanych z wyborem tej oferty na część 1 i 2 zamówienia - jako przeprowadzonych poprawnie. Odwołujący nie wykazał, że wykonawca Eksa Sp. z o.o. nie daje gwarancji należytego, rzetelnego wykonania przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę - zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, a powierzenie jego wykonania

przystępującemu stanowi ewidentne zagrożenia dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że zamawiający w niniejszym postępowaniu chciał uzyskać odrębnie zamówienia: dostawy i usługę logistyczną – cyt. *„przedmiotem dostawy był kabel, przedmiotem usługi logistycznej był transport, cięcie i pozostałe wymienione w SIWZ. Zamawiający oczekiwał podania odrębnej ceny za dostawę i za usługi logistycznej, nigdzie nikt nikogo nie upoważnił do sumowania tych dwóch cen.* Cena oferty odnosić się bowiem musi zawsze do przedmiotu zamówienia, niezależnie od tego, czy miała być podana w sposób sumaryczny, czy też nie. Jest to jedno zamówienie publiczne, przy czym dotyczy dostawy kabli, a usługa logistyczna ma znaczenie pomocnicze. Ustalone przez zamawiającego w SIWZ kryteria oceny ofert, i ocena punktowa ofert na ich podstawie, które nie były przez odwołującego kwestionowane, nie mają żadnego związku z przeprowadzaniem procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla badania charakteru ceny oferty - dla zamawiającego może być ustalona przez niego wartość zamówienia, ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w danym postępowaniu, ceny ofert zbliżonych zamówień, monitorowanie cen rynkowych w danej branży, itp. pozwalające na prawidłową weryfikację ceny oferty wykonawcy wezwanego do wyjaśnień i ewentualnego podjęcia czynności odrzucenia oferty z przyczyny rażąco niskiej ceny.

W oparciu o przytoczone powyżej ustalenia dowodowe, Izba podzieliła stanowisko przystępującego, że zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, poprzez:

1. dokonanie przez zamawiającego błędnej oceny, o której mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, odnośnie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę - Eksa Sp. z o.o., które to wyjaśnienia wymieniony wykonawca złożył w piśmie z dnia 11.02.2013 r. a w konsekwencji,
2. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eksa Sp. z o.o. - art. 90 ust 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp - którego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w zakresie zadania nr 1 i 2, w odniesieniu do wagi - cena usługi logistycznej,
3. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eksa Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 3 w związku z art. 7 ustawy Pzp - a to wobec czynu nieuczciwej konkurencji, jakim jest zaoferowanie przedmiotu zamówienia skalkulowanego poniżej rzeczywistych kosztów ich wytworzenia (uzyskania),
 - nie znalazły potwierdzenia.

Nie zachodziły żadne podstawy, aby przypisywać przystępującemu Eksa Sp. z o.o. naruszenie przepisów art. 3 w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 1503) – ceny złożonych ofert pozostawały wyrównane.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

Przewodniczący:

.....