

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2018 r. przez wykonawcę **ENERGO-TEL S.A., ul. Murmańska 25, 04-203 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź, ul. Tuwima 58, 90-021 Łódź**

przy udziale wykonawcy **Technitel Polska S.A., ul. Łąkowa 29, 90-554 Łódź** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ENERGO-TEL S.A. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ENERGO-TEL S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **ENERGO-TEL S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Łodzi**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie Oddział w Łodzi ul. Tuwima 58 prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr GZ/U/268/PK/2017 pod nazwą: „Usługa w zakresie eksploatacji i serwisu infrastruktury telekomunikacyjnej oraz technicznej infrastruktury towarzyszącej niezbędnej do funkcjonowania systemów telekomunikacyjnych i centrów przetwarzania danych” (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w DUUE 2018/S 010-019299 w dniu 16.01.2018 r.

Odwołujący - ENERGO-TEL S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Murmańska 25, 04-203 Warszawa, (dalej: „ENERGO-TEL” lub „Spółka”) wniósł odwołanie wobec wyboru przez Zamawiającego w Postępowaniu oferty TECHNITEL POLSKA S.A. („TECHNITEL”) oraz wobec odrzucenia przez Zamawiającego oferty ENERGO-TEL.

Zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy PZP, tj.:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 4 Ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez TECHNITEL jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 3 Ustawy PZP w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r., poz. 419 ze zm.), przez zaniechanie odrzucenia oferty TECHNITEL mimo, iż złożenie oferty tej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Ustawy PZP przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz legalizmu przez zaniechanie odrzucenia oferty TECHNITEL;
- 4) art. 90 ust. 1 Ustawy PZP przez zaniechanie wezwania ENERGO-TEL do udzielenia kolejnych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu i odrzucenie oferty ENERGO-TEL jako zawierającej rażąco niską cenę;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty TECHNITEL, pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści siwz tj.: z oferty TECHNITEL nie wynika, iż TECHNITEL zrealizował zadania za 3 ostatnie lata na kwotę ponad 1.300.000,00 zł.

Stawiając powyższe zarzuty, na podstawie art. 180 ust. 3 Ustawy PZP wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenie oferty TECHNITEL.

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty TECHNITEL pomimo, iż oferta TECHNITEL zawiera cenę rażąco niską oraz, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W Postępowaniu zostały złożone dwie oferty: ENERGO-TEL oraz TECHNITEL o następującej wartości:

1. ENERGO-TEL - cena oferty: netto 3.381.966,00 zł, brutto 4.159.818,18 zł;
2. TECHNITEL - cena oferty: netto 5.569.200,00 zł, brutto 6.850.116,00 zł.

Zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadził aukcję elektroniczną, w wyniku której zostały złożone oferty o wartości:

1. ENERGO-TEL - cena oferty: netto 1.916.646,00 zł, brutto 2.357.474,58 zł;
2. TECHNITEL - cena oferty: netto 1.897.800,00 zł, brutto 2.334.294,00 zł.

Zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Ustawy PZP, Zamawiający przed wszczęciem Postępowania ustalił szacunkowa wartość zamówienia na kwotę: 5.537.460,00 zł brutto.

Ostateczna cena ofert ENERGO-TEL stanowi 42,6%, zaś cena TECHNITEL to 42,2% kwoty na jaką Zamawiający oszacował wartość zamówienia.

Wobec tego, iż oferty wykonawców w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej znacząco różniły się od szacunkowej wartości zamówienia ustalonego przez Zamawiającego zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Ustawy PZP, Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy PZP wezwał wykonawców do wyjaśnień złożonych oferty pod kątem rażąco niskiej ceny.

W odpowiedzi na wezwanie, ENERGO-TEL złożył wyjaśnienia z dnia 15.03.2018 r.

Zamawiający w dniu 23.03.2018 r. przesłał do Odwołującego informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, w której wskazał, iż dokonał wyboru oferty TECHNITEL, oraz wskazał, iż odrzuca ofertę Odwołującego.

Jako powody odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, iż złożone wyjaśnienia przez Odwołującego nie potwierdzają, iż złożona w aukcji elektronicznej oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach oświadczył, iż zaproponowana cena nie pokrywa kosztów, jakie poniesie świadczenie umowy dla Zamawiającego. Odwołujący wykazał natomiast, żeby uzyskać zysk ze świadczenia umowy jego oferta powinna być wyższa niż oferta złożona w aukcji elektronicznej.

Z powyższego uzasadnienia Zamawiającego wynika, iż Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego bez wszechstronnego wyjaśnienia oferty Odwołującego pod kątem rażąco niskiej ceny przez co naruszył art. 90 ust. 1 Ustawy PZP.

W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23.03.2018 r. Zamawiający nie zawarł wyjaśnienia, iż oferta TECHNITEL nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający w

sposób bezrefleksyjny, dokonał wyboru oferty TECHNITEL, pomijając fakt, iż oferta TECHNITEL była niższa o 23.180,58 zł brutto od odrzuconej oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, a tylko Odwołujący miał możliwości do uzyskania szczególnych oszczędności w realizacji zamówienia. Niewielka różnica w wartości oferty TECHNITEL wskazuje, iż tym bardziej oferta TECHNITEL powinna zostać odrzucona.

W Postępowaniu cena TECHNITEL w aukcji elektronicznej na pierwszy rzut oka budzi istotne wątpliwości i wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Już samo zestawienie ceny zaoferowanej przez TECHNITEL w aukcji elektronicznej tj. kwoty: 2.334.294,00 zł brutto z szacunkową wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego w trybie art. 35 ust. 1 i ust. 2 Ustawy PZP tj. kwoty: 5.537.460,00 zł brutto, wskazuje na różnicę 57,8 % i uzasadnia twierdzenie, iż cena oferty TECHNITEL jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający z należytą starannością oszacował wartość przedmiotu zamówienia, gdyż wartość pierwszych ofert zarówno TECHNITEL jak i Odwołującego była zbliżona do oszacowanej wartości zamówienia przez Zamawiającego w szczególności wartość oferty TECHNITEL nawet przewyższała oszacowaną wartości zamówienia.

Na następnym jednak etapie Postępowania tj. w aukcji elektronicznej, TECHNITEL kierując się jedynie celem chęci „wygrania” postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożył ofertę zawierającą cenę nierealistyczną i nierynkową.

Powwyższą cenę zaoferowaną przez TECHNITEL nie można porównać z ceną zaoferowaną przez Odwołującego. Odwołujący bowiem jako podmiot realizujący obecnie analogiczne do objętych Postępowaniem usługi na rzecz Zamawiającego, dokonywał obniżenia ceny w aukcji elektronicznej mając na uwadze, iż utrata zamówienia spowoduje dużo wyższe koszty dla Odwołującego niż świadczenie usług objętych Postępowaniem po obniżonej cenie. Utrata zamówienia powodowałaby konieczność rozwiązania umów o pracę oraz zapłatę wynagrodzeń za 3 miesięczny okres wypowiedzenia umów o pracę, odpraw i ekwiwalentów za urlopy w łącznej kwocie 673.706,80 zł.

Odnosząc wartość oferty TECHNITEL do przedmiotu zamówienia tj. świadczenia usług będących przedmiotem Postępowaniem, należy stwierdzić, iż zaoferowana cena przez TECHNITEL nie ma uzasadnienia w cenach rynkowych i nie jest możliwe za tę cenę należyte wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z interesem Zamawiającego.

W skład usług eksploatacyjnych będących przedmiotem Postępowaniem wchodzi następujące zadania: Świadczenie usług utrzymania, eksploatacji, serwisowania systemów telekomunikacyjnych i towarzyszącej infrastruktury technicznej oraz zapewnienie dostępności usług opisanych poniżej.

W szczególności dotyczy to: systemów teletransmisji przewodowej, systemu łączności radiowej, systemu komutacyjnego, w tym budynkowych sieci telefonicznych, systemu łączności mobilnej, sieci światłowodowej, kabli miedzianych, okablowania strukturalnego, zasilania gwarantowanego urządzeń telekomunikacji i teleinformatycznych, urządzeń klimatyzacyjnych w serwerowniach i pomieszczeniach OT, usług realizowanych z wykorzystaniem ww. systemów, oraz usługi wsparcia merytorycznego i administracyjnego związanego z funkcjonowaniem telekomunikacji u Zamawiającego.

Realizacja powyższych zadań wymaga poniesienia kosztów przez wykonawcę:

Koszty wynagrodzeń pracowników realizujących umowę, wraz z kosztami ubezpieczeń społecznych. Koszty amortyzacji lub wynajmu urządzeń pomiarowych i serwisowych niezbędnych do realizacji umowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Koszty amortyzacji lub wynajmu środków transportu niezbędnych do realizacji umowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Koszty bezpośrednie zakupu materiałów i usług serwisów specjalistycznych. Koszty ogólnozakładowe związane z realizacją umowy.

Zamawiający wskazał, że do realizacji umowy wymagane jest posiadanie 20 pracowników o określonych specjalnościach. Odwołujący wykonuje identyczne do objętych Postępowaniem zadania dla Zamawiającego od 2013 roku. W okresie od października 2013 roku do kwietnia 2014 dla 62% serwisowanej infrastruktury objętej postępowaniem (dawny obszar PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź-Teren) Odwołujący prowadził rejestrację czasu wykonywanych czynności. Z uwagi na identyczny charakter infrastruktury Oddziału Łódź Teren i Łódź Miasto (obecnie jeden Oddział Łódź) można dokonać aproksymacji czasochłonności na całą infrastrukturę objętą Postępowaniem. W tabeli przedstawiono opisane wyliczenie. Dowód: - kalkulacja z wykazem godzin (w załączeniu).

Biorąc pod uwagę, że wyliczone około 19 etatów wynika wprost z czasochłonności wykonywanych zadań i nie uwzględnia ewentualnej absencji pracowników jak również zadań związanych ze sprawozdawczością dla pracodawcy należy przyjąć, że wymaganie Zamawiającego posiadania 20 pracowników do realizacji umowy oznacza dedykowanie przez wykonawcę tych pracowników tylko do tej umowy. Tak więc nie istnieje możliwość powierzenia tym pracownikom innych zadań umożliwiających obniżenie kosztów realizacji zadań objętych Postępowaniem.

Zgodnie z raportem płacowym firmy S.&S. ze stycznia 2018 roku dla stanowiska Specjalista ds. telekomunikacji mediana całkowitego wynagrodzenia miesięcznego wynosi 6 000,00 zł brutto, a 50% specjalistów mieści się od 4.660,00 zł brutto do 8.792,00 zł brutto.

Przyjmując, że zadanie byłoby realizowane przez specjalistów z wynagrodzeniem z najniższym ze wskazanego przedziału tzn. 4.660,00 zł brutto, to same wynagrodzenia pracowników wraz ze składkami ubezpieczeń społecznych, po uwzględnieniu wynagrodzenia

za nadgodziny z uwagi na 24 godzinną obsługę zgłoszeń wyniosą około 120.000,00 zł brutto m-c, a przez okres trwania umowy tj. 12 m-cy wynagrodzenie pracowników wyniesie ok. 1 440 000,00 zł brutto.

Doliczając koszty bezpośrednio materiałów i serwisów specjalistycznych, koszt powierzchni biurowych, magazynowych, koszty transportu, w tym paliwa, koszty urządzeń pomiarowych, koszty urządzeń serwisowych w tym koszty części zapasowych do usuwania awarii, koszty obsługi finansowo-księgowej i inne koszty wydziałowe i ogólnozakładowe należy doliczyć co najmniej 80.000,00 zł netto.

Łącznie z wynagrodzeniem dla pracowników daje to koszt 200.000,00 zł netto miesięcznie.

Przyjmując minimalny zysk na poziomie 5% otrzymujemy wartość około 210.000,00 zł netto za miesiąc, a przeliczając tę kwotę przez okres trwania umowy tj. 12 miesięcy otrzymamy kwotę około 2 520 000,00 zł netto.

Zestawiając powyższą wartość z zaoferowaną w aukcji przez TECHNITEL miesięczną kwotą netto wynoszącą 158.150,00 zł można wnioskować, że zaproponowana przez TECHNITEL w aukcji cena jest o ponad 33% niższa od minimalnej, którą można by uzyskać na warunkach rynkowych, przy jednoczesnym zachowaniu możliwości wykonywania umowy zgodnie z wymaganiami Postępowania.

Odwołujący wyliczył min. koszty wykonywania umowy, przy zastosowaniu faktycznych wynagrodzeń dedykowanych do wykonywania zadania pracowników, z uwzględnieniem nadgodzin na kwotę netto 215.594,00 zł miesięcznie.

Odwołujący z uwagi na wykonywanie nieprzerwanie zadań identycznych do objętych postępowaniem od 2013 roku do 2018 roku wraz z nabytym doświadczeniem osiągnął poziom organizacyjny (przygotowanie merytoryczne pracowników, środki transportu, wyposażenie w urządzenia pomiarowe i serwisowe) umożliwiające maksymalnie efektywne kosztowo wykonywanie przedmiotowego zadania. W związku z powyższym nie jest narażony na dodatkowe koszty związane z okresem przejmowania obsługi infrastruktury objętej postępowaniem, do których należą przeprowadzenie szkoleń pracowników, inwentaryzacja obiektów i sieci telekomunikacyjnej Zamawiającego. Powyższe dodatkowo uzasadnia, iż cena oferty TECHNITEL znacząco odbiega od cen rynkowych i wskazuje, na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów według wymagań Zamawiającego opisanych w dokumentach Postępowania.

Odnosząc się do ceny zaoferowanej w aukcji przez TECHNITEL należy uwzględnić informację, że TECHNITEL w latach 2010 do 2013 wykonywał podobne jednak w mniejszym zakresie zadania dla PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź Miasto (około 38% infrastruktury) w wyniku wygranego przetargu za 95.000,00 zł netto. Umowa ta nie obejmowała jednak części czynności objętych obecnym Postępowaniem. Opierając się na zakresie z 2010 roku, ilości

urządzeń na koniec 2013 roku, wynagrodzeniu oraz zakresie obecnego Postępowania można wyliczyć ceny jednostkowe usług, a co za tym idzie hipotetyczną wartość oferty TECHNITEL w obecnym Postępowaniu w cenach TECHNITEL postępowania z 2010 roku.

Przedstawiono wyliczenia w ujęciu tabelarycznym, a w nim:

ilości urządzeń rok 2013 Oddział Łódź Miasto, wyliczenie wartości na podstawie umowy Technitel z 2010 roku uzyskanej w przetargu publicznym oraz Symulację wartości oferty Technitel na 2018 rok według stawek wyliczonych na podstawie umowy Technitel z 2010 roku uzyskanej w przetargu publicznym.

Razem netto 1 miesiąc	95 000,00 zł	278 231,91 zł
Razem netto 12 miesięcy	1 140 000,00 zł	3 338 782,94 zł
Razem brutto 12 miesięcy	1 402 200,00 zł	4106 703,02 zł

Analizując powyższe wyliczenie stwierdza, że TECHNITEL w aukcji elektronicznej zaoferował cenę o 43% niższą niż cena jaką zaoferował w przetargu w 2010 roku.

Dodatkowo, biorąc pod uwagę wartość oferty TECHNITEL złożoną w pierwszym etapie Postępowania w wysokości netto 464.100 zł m-c, a w aukcji elektronicznej kwotę netto 158.150,00 zł m-c to przyjmując, że w pierwszym etapie wartość 464.100 zł była wyliczona rzetelnie na podstawie faktycznych kosztów działania TECHNITEL oraz przy zachowaniu bezpiecznego marginesu na negocjacje, TECHNITEL obniżył swoją cenę o 57,8%.

Tak duże obniżenie ceny wskazuje na chęć uzyskania zamówienia niezależnie od ponoszonych przez wykonawcę obiektywnych kosztów koniecznych do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w Postępowaniu. Potwierdza to, iż cena TECHNITEL jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia, a w konsekwencji stanowi rażąco niską cenę, za którą nie jest możliwe wykonywanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 3 Ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt. 1 Ustawy ZNK, „czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców”

W Postępowaniu wartość oferty TECHNITEL w aukcji elektronicznej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji tj. zaproponowanie przez TECHNITEL ceny za świadczenie usług eksploatacyjnych poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innego przedsiębiorcy tj. Odwołującego. Powyższe uzasadnia fakt składania kolejnych postąpień w aukcji

elektronicznej przez TECHNITEL w jedynym celu tj. „wygrania” postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bez względu na końcową wartość oferty za którą nie można należycie wykonać zamówienia, i w celu przejęcia rynku w rozumieniu tego zamówienia i eliminacji Odwołującego.

Zatem, zaoferowanie ceny przez TECHNITEL w aukcji elektronicznej należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji który polegał na intencjonalnym działaniu, nakierowanym na eliminację z rynku innych wykonawców (przedsiębiorców). Takie działanie TECHNITEL musi zostać ocenione jako działanie sprzeczne z prawem oraz z dobrymi obyczajami jakie obowiązują w praktyce gospodarczej i które zagraża nie tylko interesom innych przedsiębiorców, ale także Zamawiającego.

Nadto działania TECHNITEL w Postępowaniu zagrażają interesowi Zamawiającego będącego dysponentem finansów publicznych, który mimo należytego oszacowania i opisanie zamówienia nie uzyska jego realizacji na należytym poziomie, ponieważ nie jest to faktycznie możliwe za cenę oferowaną przez TECHNITEL.

Wobec powyższego, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 3 Ustawy PZP, Zamawiający powinien odrzucić ofertę TECHNITEL.

W Postępowaniu, Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, gdyż dokonał wyboru oferty TECHNITEL, która, jak wykazano powyżej, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający również naruszył w Postępowaniu zasadę równego traktowania wykonawców.

Odrzucił bowiem ofertę Odwołującego ze względu na rażąco niską ceną, a wybrał ofertę TECHNITEL pomimo, iż oferta ta była niższa jedynie o 23.180,58 zł brutto od oferty

Odwołującego. Zgodnie z postanowieniem Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 17.03.2008 r., VIII Ga 22/08, „zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców.”

Ponadto Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP, który stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści siwz.

Zgodnie z pkt. 4.1.3 SIWZ, Zamawiający wymagał od wykonawcy wykazania, iż wykonał w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert co najmniej jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi postępowania, o wartości minimum 1 300 000 zł netto.

W Postępowaniu TECHNITEL złożył, dokument zatytułowany „Poświadczenie” z dnia 16.02.2018 r. Veolia Energia Łódź S.A. z którego wynika, iż to konsorcjum firm: Verbicom S.A., TECHNITEL oraz Verbitech sp. z o.o. zrealizowało usługę odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi postępowania. Natomiast, w dokumencie Wykaz „Doświadczenie”,

TECHNITEL oświadczył, iż rzekomo to Verbitech sp. z o.o. zrealizował usługę odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi postępowania, o wartości: 2 500 000,00 zł.

Wobec powyższego, należy uznać, iż TECHNITEL nie wykazał, iż, zrealizował w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert co najmniej jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi postępowania, o wartości minimum 1 300 000,00 zł netto.

Należy również zwrócić uwagę, iż zgłoszony przez TECHNITEL podwykonawca Verbitech sp. z o.o. zatrudnia jedynie ponad 20 pracowników, co wskazuje, iż wątpliwe jest należyte zrealizowanie umowy przez TECHNITEL zgodnie z wymaganiami.

Wobec powyższego, niniejsze Odwołanie jest konieczne i w pełni zasadne.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Wskazał na orzecznictwo KIO dotyczące określenia oferty z rażąco niską cenę wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, cenę niewiarygodną, oderwaną od realiów rynkowych.

Stwierdził, że w odpowiedzi na wezwanie wykonawca Technitel Polska S.A. (przystępujący) złożył wyjaśnienie dotyczące zastosowanej ceny, które obejmowało szczegółową kalkulację kosztów. Do wyjaśnień załączono również dowody w postaci oferty podwykonawcy, faktury zakupu sprzętu. Zamawiający uznał po zapoznaniu się z wyjaśnieniami, że wykonawca ten zamierza zrealizować zamówienie za cenę zapewniającą osiągnięcie zysku.

Zarzuty odwołującego z dowodami w postaci raportu płacowego S. & S. ze stycznia 2018 r. oraz kalkulatora ofert Energo-Tel S.A. zamawiający uznał za niemiarodajne. Raport płacowy ocenił jako szczątkowy i nie wyjaśniający szczegółowo przyjętej metodologii badania. Dokument jako prywatny zawiera jedynie poglądy autora. W szczególności nie uwzględnia on regionalnego zróżnicowania wynagrodzeń, brak jest możliwości ustalenia jakie obowiązki zawodowe przyporządkowane są do stanowisk, których wynagrodzenie jest badane, a także czy zakres tych obowiązków jest tożsamy z obowiązkami osób wykonujących zamówienie.

Równie kalkulator sporządzony przez i na potrzeby odwołującego zamawiający uznał za niewiarygodny instrument oceny oferty konkurencyjnej.

Zamawiający zauważa, że postępowanie przeprowadzono w trybie konkurencyjnym umożliwiając weryfikację wartości zamawianych usług i przypomniał, że wybrany wykonawca przedstawił wiarygodną kalkulację ceny uwzględniającą oprócz niezbędnych kosztów także zysk z realizacji zamówienia.

Oferta nie zwiera zatem rażąco niskiej ceny i jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający zanegował także żądanie odwołującego, by wezwać go ponownie do udzielenia kolejnych wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących zaoferowanej ceny.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Technitel Polska S.A. pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści siwz, tj. z oferty nie wynika, iż wykonawca zrealizował zadania za 3 ostatnie lata na kwotę ponad 1 300 000 zł, zamawiający zwrócił uwagę, iż wykonawca w formularzu JEDZ oświadczył, iż polega na zdolnościach technicznych i zawodowych podwykonawcy Verbitech sp. z o.o. Jednocześnie do postępowania złożono wymagane zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Biorąc pod uwagę złożony wykaz i poświadczenie potwierdzające wartość, zakres oraz czas realizacji usługi, zamawiający nie ma podstaw do kwestionowania przedstawionych dokumentów i spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Biorąc pod uwagę, że Technitel Polska jak i podwykonawca Verbitech sp. z o.o. byli członkami konsorcjum realizującymi zamówienie wskazane w referencji, to uczestnik konsorcjum jest uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte podczas realizacji zamówienia, a doświadczenia tego nie można ograniczać jedynie do czynności faktycznie wykonywanych w ramach inwestycji, mógłby się legitymować wymaganym doświadczeniem bez konieczności powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego. Ponadto fakt, że podwykonawca Verbitech sp. z o.o. jest spółką celową nie wyklucza uczestnictwa w realizacji innych zadań.

W zakresie interesu prawnego odwołującego zamawiający powołując się na orzeczenie KIO podkreślił, iż nawet w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, oferta odwołującego nie zostanie uznana jako najkorzystniejsza, co powoduje, że odwołujący nie wykazał możliwości poniesienia szkody.

Zamawiający stwierdził także, że w toku składania wyjaśnień odwołujący wręcz potwierdził, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę, zatem zarzuty odwołania podyktowane są chęcią opóźnienia zawarcia umowy.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – wykonawca Technitel Polska S.A. – wniósł o oddalenie odwołania.

W pierwszej kolejności podniósł, że odwołujący w swoich wyjaśnieniach z 15 marca 2018 r. sam przyznał, że zaproponowana przez niego cena nie pokrywa w jego przypadku kosztów realizacji zamówienia. Wobec powyższego zarzuty dotyczące odrzucenia jego oferty stają się bezzasadne. Skoro wykonawca sam przyznał, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę, to absurdalnym jest późniejsze twierdzenie w odwołaniu, że zamawiający nie powinien był tej oferty odrzucać. Konsekwencją przyznania odwołującego jest brak możliwości wykazania, że

jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, nie występuje zagrożenie wystąpienia szkody wobec pozbawienia się możliwości uzyskania i realizacji zamówienia. Z tego względu odwołanie należy oddalić. Ponadto za interes we wniesieniu odwołania nie może zostać uznany brak hipotetycznej możliwości uzyskania zamówienia w przyszłości w ramach kolejnego organizowanego postępowania, odpowiednio także nie wskazuje na interes dążenie do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego /KIO 802/17/.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących ceny ofertowej przystępującego, stwierdził on, że każdy przedsiębiorca ma inną wysokość kosztów prowadzenia działalności i tym samym różny jest próg zyskowności dla tej samej ceny w odniesieniu do różnych przedsiębiorców. W sprawie należy stwierdzić, że oświadczenie odwołującego o niemożności realizacji zamówienia za zaproponowaną cenę pozostaje bez jakiegokolwiek związku z możliwością realizacji tego zamówienia z zyskiem przez przystępującego Technitel Polska. Przystępujący podtrzymał w całości złożone w postępowaniu wyjaśnienia co do sposobu kalkulacji ceny, które należy uznać za zupełne, wiarygodne i poparte dokumentami. Wyjaśnienia zawierają szczegółową kalkulację kosztów realizacji zamówienia, oferty firm trzecich oraz faktury zakupu.

Treść odwołania nie zawiera konkretnych zarzutów co do treści wyjaśnień i stanowi jedynie przedstawienie alternatywnej własnej kalkulacji kosztów. Dla porządku przystępujący zwraca uwagę na kilka elementów argumentacji. Odwołujący na podstawie prowadzonej rejestracji czasu dla zadań objętych częścią zamówienia dokonał aproksymacji czasu pracy dla całego zamówienia, Jako kryterium dokonania aproksymacji przyjęto, że dotychczas wykonywane przez odwołującego zamówienie obejmowało 62% infrastruktury objętej przedmiotowym zamówieniem. Taki współczynnik nie został jednak udowodniony i jest niewiarygodny. Ponadto efektywność pracy pracownika nie ma charakteru ogólnego kryterium i zależna jest od wydajności danej osoby. Nie można w sposób abstrakcyjny zakładać, że wydajność pracowników odwołującego jest taka sama jak przystępującego. Także wysokość wynagrodzenia pracowników oparta o dane z raportu S.&S. budzi wątpliwości, jest przy tym dokumentem prywatnym i nie został dołączony do odwołania, poza złożeniem wydruku strony internetowej z fragmentarycznym wypisem z raportu. Sam raport ma charakter odpłatny i zawiera bardzo duże rozgraniczenia wysokości wynagrodzeń zarówno ze względu na zajmowane stanowisko jak i jego poziom w hierarchii danej firmy. Dopiero szczegółowa analiza całości mogłaby przybliżyć, choć nadal nie udowodnić, wysokość wynagrodzeń pracowników realizujących podobne zadania. W załączeniu przystępujący złożył fragment raportu potwierdzający powyższą okoliczność. Ponadto przedstawiony wydruk strony internetowej dotyczy pracownika o odmiennym zakresie obowiązków w stosunku do

wymaganego przy realizacji zamówienia. Z opisu przedstawionego na stronie internetowej wynika, że obejmuje ono realizację obowiązków z zakresu projektowania i wdrażania systemów telekomunikacyjnych i teleinformatycznych. Tymczasem zamówienie dotyczy eksploatacji i serwisu takiej infrastruktury. Obowiązki te istotnie różnią się od siebie, różnią się także wynagrodzenia projektantów od wynagrodzeń serwisantów. Przyjęte w kalkulacji dane także i z tego względu nie mogą być podstawą prawidłowej kalkulacji ceny.

Kolejnym niepopartym dowodami twierdzeniem odwołującego jest kalkulacja pozostałych, niezwiązanych z wynagrodzeniami pracowniczymi kosztów realizacji zamówienia. Odwołujący szacuje tę wartość na kwotę „co najmniej 80.000 zł netto”, nie pokazując żadnego źródła wyliczenia tej kwoty, wskazując jedynie, że składają się na nią koszty materiałów, serwisów specjalistycznych, powierzchni biurowych, magazynowych, transportu, urządzeń pomiarowych, urządzeń serwisowych, części zapasowych, obsługi finansowo-księgowej, wydziałowe i ogólnozakładowe. Technitel kwestionuje także przedstawioną przez odwołującego kalkulację wykonaną w oparciu o dane dotyczące realizacji innego zamówienia przez Technitel. Odwołujący arbitralnie przeliczył wartość wykonywanych w latach 2010-2013 usług na poszczególne urządzenia (stosując sobie tylko znane przeliczniki), a następnie przemnożył uzyskane wartości przez liczbę urządzeń będących przedmiotem serwisu w aktualnym postępowaniu. Rozumowanie odwołującego jest błędne z wielu powodów, wśród których jako najważniejsze wymienić można: a/ brak bezpośredniego liniowego przełożenia liczby urządzeń na koszt świadczenia całości prac serwisowych, b/ brak uwzględnienia czynnika skali – im więcej serwisowanych urządzeń, tym jednostkowy koszt maleje, c/ odmienny sposób ustalenia ceny usługi w obu postępowaniach.

Przywołanie przez odwołującego doświadczenia przystępującego z lat 2010 – 2013 potwierdza tylko, że podmiot ten wykonuje podobne usługi, również dla tego samego zamawiającego w pokrywającym się zakresie, od wielu lat i dobrze zna czynniki wpływające na koszt realizacji przedmiotowych usług, co potwierdza że cen Technitel Polska oparta jest na rzetelnej kalkulacji, a nie jest ceną przypadkową, omyłkową, ani rażąco niską.

Odnosnie ostatniego zarzutu dotyczącego wykazania wymaganego doświadczenia przystępujący wskazał, że wprost wskazał zamiar powierzenia części zamówienia podwykonawcy Verbitech sp. z o.o. przedstawiając jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów zakresie zdolności technicznych i zawodowych. Tym samym Technitel Polska S.A. udowodnił posiadanie przez Verbitech sp. z o.o. wiedzy i doświadczenia wymaganego w niniejszym postępowaniu i skutecznie skorzystał z prawa do polegania na wiedzy i doświadczeniu tego podmiotu trzeciego. Siwz nie przewidywała przy tym ograniczenia podwykonawstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty odwołującego i oferty uznanej za najkorzystniejszą, wyjaśnienia stron udzielone zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu wraz z dokumentami na potwierdzenie przedstawionych argumentów, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, a tym samym legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania od czynności i zaniechań zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z treści odwołania wynika, że wykonawca jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia publicznego, do czego zmierza przez kwestionowanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konkurenta – przystępującego oraz czynności odrzuceniu oferty odwołującego. Stwierdzenie takie zawarto w zdaniu pierwszym odwołania oraz jego uzasadnieniu jakkolwiek w wykazie zarzutów nie wymieniono wprost zarzutu dotyczącego czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Biorąc pod uwagę wysokość cen zaoferowanych przez obydwu wykonawców w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej oczywiste i niesporne jest, że zaistniały przesłanki przewidziane w art. 90 ustawy pzp co do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego dot. możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, w stosunku do tych wykonawców (obecnie odwołującego oraz przystępującego.)

Wykonawca Technitel Polska S.A. (przystępujący) złożył wyjaśnienie dotyczące zastosowanej ceny, które obejmowało kalkulację kosztów. Do wyjaśnień załączono również dowody w postaci oferty podwykonawcy, faktury zakupu sprzętu. Wykonawca stwierdził, że zamierza zrealizować zamówienie za cenę zapewniającą osiągnięcie zysku.

Odwołujący negując realność wyceny przystępującego posłużył się informacjami w postaci raportu płacowego S. & S. ze stycznia 2018 r. oraz kalkulatora własnego oferty Energo-Tel S.A. Wynik tych ocen mający dowieść, iż cena przystępującego jest rażąco niska, wobec zastosowanej metody wyceny opartej w znaczącej części na danych ogólnopolskich prowadzi do kolejnego wniosku, iż dowodzi nierealności także ceny oferowanej przez odwołującego będącej ceną nieznacznie wyższą. Podmiot ten bowiem nie wskazał

szczególnych, jedynie mu dostępnych możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę, do jakiej postąpił w toku aukcji elektronicznej.

Wykonawca nie stwierdził wprost, że oferuje cenę rażąco niską, nie użył także w złożonych wyjaśnieniach sformułowania, jakie powołał zamawiający w decyzji z dnia 23 marca 2018 r. o wyniku postępowania o treści: „ Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach oświadczył, że zaproponowana cena nie pokrywa kosztów, jakie poniesie świadczenie umowy dla zamawiającego. Wykonawca wykazał natomiast, że aby uzyskać zysk ze świadczenia umowy, jego oferta powinna być wyższa niż oferta złożona podczas aukcji elektronicznej.” Natomiast z treści wyjaśnień jednoznacznie wynika wniosek, iż wykonawca przewiduje poniesienie wyższych kosztów w razie nieuzyskania kontraktu, a uzyskanie zamówienia pozwoli mu wprowadzić na zmniejszenie niektórych kosztów przy braku jednak uzyskania zysku/dochodu. Na powyższe wskazuje m.in. ta część wyjaśnień, w której odwołujący stwierdził, że utrata kontraktu powodowałaby konieczność rozwiązania umów o pracę oraz zapłatę wynagrodzeń za okres wypowiedzenia, odpraw i ekwiwalentów za niewykorzystane urlopy. Wskazał dalej, że ponieważ nowa umowa przewidziana jest na okres 12 miesięcy to zestawiając roczne koszty świadczenia usługi oraz koszty związane z wypowiedzeniem umów można wyliczyć przy jakim miesięcznym wynagrodzeniu za usługi, mniejszym kosztem dla spółki jest świadczenie tej usługi po obniżonej cenie w porównaniu do kosztów wypowiedzenia umów o pracę. „Dodatkowymi kosztami nieuwzględnionymi w wyliczeniu progu w aukcji, które poniósłby ENERGO-TEL w przypadku utraty kontraktu, są koszty kar za zerwanie umów na wynajem długoterminowy samochodów serwisowych oraz koszty utylizacji urządzeń serwisowych dedykowanych wyłącznie do obsługi zamawiającego.”

Tym samym wykonawca przyznał, że korzyścią, jaką odniesie z uzyskania przedmiotowego zamówienia, jest jedynie mniejsza strata niż poniesiona w razie przegranej w przetargu. Sytuacja taka odpowiada w ocenie składu orzekającego definicji wypracowanej w orzecznictwie, ceny rażąco niskiej jako uzyskiwanej za realizację zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, cenę niewiarygodnej, oderwanej od realiów rynkowych. W konsekwencji wobec treści wyjaśnień złożonych zamawiającemu, zamawiający zasadnie dokonał oceny, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Przedstawione przez odwołującego w toku postępowania odwoławczego dowody na poparcie argumentacji nie wniosły nowych znaczących informacji i w istocie potwierdzają wcześniejsze ustalenia. Izba nie znajduje również podstaw faktycznych ani prawnych do uwzględnienia żądania nakazania ponowienia wobec odwołującego postępowania wyjaśniającego zaoferowaną przez niego cenę. Należy zauważyć, że postępowanie oparte na art. 90 ust. 1 ustawy pzp, co do zasady nie powinno być powtarzane. Po stronie

wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień leży przedstawienie wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących ceny lub kosztu na poparcie realności oferowanej ceny. Ponawianie czynności wyjaśniających przy braku szczególnych nowych okoliczności mogłoby bowiem być poczytane jako naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy pzp) polegające na uprzywilejowaniu jednego wykonawcy. Odnośnie zarzutów podniesionych wobec oferty przystępującego, należy stwierdzić, że jak wyżej wskazano, podmiot ten przedstawił wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny, co do których, jak i samej ceny nie wykazano nierealności ceny. Skoro zatem oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a cena stanowiła źródło i podstawę faktyczną zarzutu o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, stwierdzić należy, że złożenie oferty przez przystępującego nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Technitel Polska S.A. pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści siwz z uwagi na niewykazanie przez wykonawcę, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu co do wymaganego doświadczenia w zakresie realizacji umowy o świadczenie usługi na kwotę 1 300 000 zł za ostatnie 3 lata, skład orzekający stwierdza, że zarzut w zakresie przedstawionej podstawy prawnej jest wadliwy. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 dotyczy bowiem zgodności, a raczej niezgodności, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z treścią oferty w znaczeniu przedmiotowym tj. oferty rozumianej ściśle jako oświadczenie woli. Faktyczna treść zarzutu dotyczy w omawianym zakresie strony podmiotowej, a ściślej kwestii spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu opisanego w postanowieniach specyfikacji z reguły jako warunki udziału. Tak rozumiany zarzut Izba ocenia jako niezasadny, jako że wykonawca wykazał spełnianie przytoczonego warunku udziału na zasadach dopuszczonych przepisami ustawy pzp.

Wykonawca (przystępujący) w formularzu JEDZ oświadczył, iż polega na zdolnościach technicznych i zawodowych podwykonawcy Verbitech sp. z o.o. Jednocześnie do postępowania złożono wymagane zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Biorąc pod uwagę złożony wykaz i poświadczenie potwierdzające wartość, zakres oraz czas realizacji usługi, nie ma podstaw do kwestionowania przedstawionych dokumentów co do spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Biorąc pod uwagę, że Technitel Polska jak i podwykonawca Verbitech sp. z o.o. byli członkami konsorcjum realizującymi zamówienie wskazane w referencji, uczestnik konsorcjum jest uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte podczas realizacji zamówienia, a doświadczenia tego nie można ograniczać jedynie do czynności faktycznie wykonywanych w ramach inwestycji, mógłby się legitymować wymaganym doświadczeniem nawet bez konieczności

powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego. Również fakt, że podwykonawca Verbitech sp. z o.o. jest spółką celową nie wyklucza uczestnictwa w realizacji innych zadań. Należy także przypomnieć, że każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się i realizujących zamówienie publiczne w formie konsorcjum działający zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy pzp, ma prawo wskazywać na doświadczenie uzyskane w ramach realizacji wspólnie wykonywanego przedmiotu zamówienia. Powyższemu uprawnieniu odpowiada zasada solidarnej odpowiedzialności wynikająca z art. 141 ustawy pzp.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: