

**Sygn. akt: KIO 399/18**

**WYROK**  
**z dnia 15 marca 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Zuzanna Idzkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 13 marca 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 1 marca 2018 roku przez wykonawcę K. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K. J. Zakład Projektowo-Produkcyjno-Uslugowy „Power” z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Krakowie

przy udziale:

- A) wykonawcy Dynniq Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Modlniczce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 399/18 po stronie Zamawiającego,
- B) wykonawcy A. C. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą A. C. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowe „Altum” z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 399/18 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę K. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K. J. Zakład Projektowo-Produkcyjno-Usługowy „Power” z siedzibą w Krakowie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę wykonawcę K. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K. J. Zakład Projektowo-Produkcyjno-Usługowy „Power” z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy K. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K. J. Zakład Projektowo-Produkcyjno-Usługowy „Power” z siedzibą w Krakowie na rzecz Zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Krakowie kwotę 3 600 gr 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „*Bieżące utrzymanie, konserwacja i naprawy awaryjne urządzeń sygnalizacji świetlanych, znaków podświetlanych, aktywnych znaków i aktywnych urządzeń brd oraz wymiana sterowników sygnalizacji, zlokalizowanych na drogach krajowych województwa małopolskiego*”.

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 listopada 2017 roku pod numerem 2017/S 228-475231.

1 marca 2018 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania w sposób niezgodny z ustawą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że cena jego ofert nie ma charakteru rażąco niskiej i obejmuje wszystkie elementy wymaganego przedmiotu zamówienia,
- 2) naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy przez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w zakresie istnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na sposób prezentacji kosztów realizacji zamówienia,  
*ewentualnie:*
- 4) naruszenie art. 90 ust. 1 lub art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, o ile złożone wyjaśnienia wciąż pozostawiały jakiegokolwiek wątpliwości ze strony Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w zakresie części 2, 5 i 6 Zamówienia i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego w zakresie odrzucenia ofert Odwołującego dla części 2, 5 i 6 oraz ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert dla części 2, 5 i 6 z uwzględnieniem ofert Odwołującego, oraz ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższego żądania - nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania, w tym znajdujących się w aktach postępowania jak i dokumentów przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w odwołaniu oraz zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przez radcę prawnego, według spisu kosztów, który zostanie złożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący powołał się posiadanie interesu w uzyskaniu trzech (3) z sześciu (6) części zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, gdyż złożona przez Odwołującego oferta jest jedną z czterech złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert, co oznacza, że odrzucenie jego oferty w sposób bezpośredni pozbawia go możliwości uzyskania tego zamówienia, czego konsekwencją jest poniesienie przez Odwołującego szkody z tym związanej, w tym w postaci utraconych korzyści.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Zamawiający w dniu 21 lutego 2018 r. przekazał Odwołującemu pocztą elektroniczną zawiadomienia o odrzuceniu jego oferty w zakresie części 2, 5 i 6 z postępowania, z którym to stanowiskiem nie zgodził się Odwołujący.

Odwołujący wskazał, że zarówno w przepisach tzw. dyrektywy klasycznej, jak i ustawy brak jest definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Przyjmuje się w praktyce i w orzecznictwie, że „rażąco niska cena” oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28.04.2008 r. (*Sygn. akt XIX Ga 128/08*) „można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Odwołujący wskazał, że analizując treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 15

SIWZ) - Wykonawca zobowiązany był w Formularzu Cenowym, w kolumnie „cena jednostkowa netto”, ustalić i wpisać w każdym z działów tego Formularza Cenowego zryczałtowane miesięczne koszty wykonania usługi (dział I), zryczałtowane koszty wymiany uszkodzonego elementu na nowy (dział II), zryczałtowane koszty wykonania wszystkich prac wyszczególnionych w tym dziale (dział III). Poza tym, z treści istotnych dla stron postanowień umowy (§ 6 IPU) wynikało, że: *„łączne wynagrodzenie Wykonawcy strony ustalają, zgodnie z ofertą Wykonawcy (...). Wynagrodzenie (...) zostanie wyliczone w oparciu o przewidywane ilości prac i nie stanowi zobowiązania dla Zamawiającego do realizacji Umowy do tej wartości. Określone przez Wykonawcę: ceny jednostkowe w Formularzu Cenowym oraz stawki roboczogodziny i maszynogodziny w załączniku do Formularza Cenowego, są ryczałtowe i nie podlegają zmianie w okresie trwania Umowy [pogrubienie własne autora odwołania], z wyjątkiem (...).”*

Zgodnie z § 7 IPU, wynagrodzenie Wykonawcy rozliczne będzie według następujących zasad:

- a) *„Wynagrodzenie za wykonane usługi z zakresu konserwacji i bieżącego utrzymania obiektów objętych zamówieniem rozliczane będzie miesięcznie, w wysokości stanowiącej sumę zryczałtowanych [pogrubienie własne autora odwołania] cen jednostkowych określonych w dziale I Formularza Cenowego, (...).*
- b) *Wynagrodzenie za naprawy awaryjne i czynności wyszczególnione w działach II i III Formularza Cenowego, rozliczane będzie nie częściej niż raz w miesiącu w wysokości stanowiącej wynik iloczynu ilości faktycznie wykonanych napraw i ryczałtowych [pogrubienie własne autora odwołania] cen jednostkowych określonych w działach II i III Formularza Cenowego.*
- c) *Wynagrodzenie za inne naprawy awaryjne urządzeń objętych niniejszą Umową niewyszczególnione w dziale II Formularza Cenowego, rozliczane będą po ich wykonaniu, w wysokości wynikającej z kalkulacji indywidualnej sporządzonej przez wykonawcę, zgodnie z procedurą określoną w §8.*
- d) *Wynagrodzenie za wymianę sterowników i niezbędnych elementów towarzyszących w zakresie sygnalizacji objętych niniejszą Umową, rozliczne będzie po ich wykonaniu, w wysokości stanowiącej iloczyn faktycznie wykonanych wymian oraz ryczałtowych [pogrubienie własne autora odwołania] cen jednostkowych określonych w działach II i III Formularza Cenowego.”*

Powyższe oznacza w ocenie Odwołującego, że wszystkie ceny jednostkowe wskazane w Formularzu Cenowym mają charakter zryczałtowanych cen jednostkowych, zaś wynagrodzenie globalne ma charakter obmiarowo-ryczałtowy. Mając na uwadze, że strony umowy umawiają się, że ceny jednostkowe za poszczególne pozycje Formularza Cenowego będą stanowiły zryczałtowane ceny jednostkowe, w celu prawidłowego zrozumienia

tej sytuacji niezbędne jest odniesienie się do istoty samego ryczałtu. Przepisem normującym wynagrodzenie ryczałtowe jest art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego. Przepis ten stanowi, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac (wskazuje orzeczenie sygn. akt KIO 2361/17). Zamawiający w pkt 15.7 SIWZ jednoznacznie wskazał, że ceny jednostkowe i stawki określone w ofercie nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia. Powyższe stanowi więc, że nie można żądać ich podwyższenia. Stawki i ceny jednostkowe są stałe. Oznacza to nic innego jak to, że wykonawca w danej zryczałtowanej cenie jednostkowej lub zryczałtowanej stawce globalnej musi wykonać prace zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Przy takim ukształtowaniu wynagrodzenia oraz zasadach płatności jak w przedmiotowym postępowaniu, stwierdził Odwołujący, że żądanie przez Zamawiającego podania bardzo szczegółowych kalkulacji dotyczących elementów składających się na zryczałtowane ceny jednostkowe było niezasadne - Zamawiający nie powinien był wchodzić w szczegóły każdego elementu zryczałtowanej ceny jednostkowej, lecz co najwyżej mógł żądać wyjaśnień dotyczących czynników (ogólnych) składających się na tę zryczałtowaną jednostkową cenę. Treść wezwania Zamawiającego, która dotyczyła podania szczegółowej kalkulacji elementów składających się na zryczałtowane ceny jednostkowe już na wstępie była chybiona, bowiem była ona sprzeczna z celem oraz istotą ustalenia cen jako zryczałtowanych cen jednostkowych. Wyjaśnienia Odwołującego, który odwoływał się do ogólnych czynników składających się na zryczałtowane ceny jednostkowe były prawidłowe i zostały niewątpliwie Zamawiającemu przedłożone w formie zgodnej z ustawą.

W zakresie części 2,5 i 6 zamówienia Odwołujący ustosunkował się do poszczególnych twierdzeń zawartych w informacjach o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części 2, 5 i 6 zamówienia - treść informacji o odrzuceniu oferty w odniesieniu do części 2, 5 i 6 zamówienia w zdecydowanej części zawierała tożsame twierdzenia Zamawiającego, Odwołujący ustosunkował się do tych twierdzeń zbiorczo. Odwołujący nie wyszczególniał m.in. numerów pozycji Formularza Cenowego dotyczących informacji o odrzuceniu oferty w zakresie części 5 i 6 zamówienia, a jedynie przytaczał numery pozycji Formularza Cenowego z informacji o odrzuceniu oferty w zakresie części 2, celem niepowielania trzykrotnie takiej samej argumentacji.

W zakresie pkt 1 twierdzeń Zamawiającego:

Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia w zakresie części 2 zamówienia kalkulacji elementów dla pozycji od 1-13 oraz 35-40 działu I oraz pozycji działu II Formularza Cenowego. Zamawiający żądał podania szczegółowej kalkulacji cenowej dla miesięcznej zryczałtowanej ceny jednostkowej w ramach poszczególnych pozycji Formularza Cenowego.

Pozycje opisane były jako: poz. 1. sygnalizacja świetlna na skrzyżowaniu DK 7 z ul.(...) itd. - dział I, dział II dotyczył natomiast poz. 1 montażu i wymiany wskazanych tam urządzeń (...) itd. Zamawiający w treści wezwania wskazał, że kalkulacja powinna określać zakres czynności opisanych w pkt 5.1.1. i 5.1.2. OPZ - którymi to czynnościami były zdarzenia tam opisane, w tym m.in.: całodobowa dyspozycyjność, prowadzenie w formie elektronicznej rejestru zgłoszonych usterek itp. oraz ceny robót przygotowawczych, cotygodniowych objazdów, pełnej obsługi i kontroli technicznej i innych kosztów wskazanych w OPZ.

Odwołujący podał, że tak ukształtowana treść wezwania wskazywała jednoznacznie, że wyjaśnienia mają potwierdzać, że w zryczałtowanej cenie jednostkowej wykonywanej usługi koszty te winny były być uwzględnione. Zarówno z treści SIWZ, OPZ jak i wezwania wynikało, że katalog czynności, jakie ma wykonać wykonawca, jest katalogiem otwartym i to na wykonawcy spoczywa ryzyko prawidłowego oszacowania zryczałtowanej ceny jednostkowej danej pozycji Formularza Cenowego. Zamawiający nawet nie udostępnił w postępowaniu, chociażby informacyjnie, żadnych tabeli wyceny, w oparciu o które należałoby dokonywać oszacowania poszczególnych elementów składających się na zryczałtowaną cenę jednostkową danej pozycji. W postępowaniu przetargowym wyodrębnione jedynie zostały pozycje wraz z miesięcznymi cenami ryczałtowymi za ich wykonanie (Formularz Cenowy). Zdaniem Odwołującego, gdyby Zamawiający zamierzał wprowadzić konkretne wymogi dotyczące sposobu prezentacji kalkulacji cenowej w ramach poszczególnych pozycji, z pewnością zrobiłby to analogicznie jak w przypadku ceny za wykonanie całości zamówienia tj. wskazanie że jest to suma wszystkich pozycji. Skoro nie wprowadzono żadnych ograniczeń, należało uznać, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają w tym zakresie pełną swobodę (swobodę przy kalkulowaniu poszczególnych pozycji zgodnie z wymaganiami SIWZ). Z powyższego wynika, że kalkulacja w ramach danej pozycji nie ma żadnego realnego znaczenia, bowiem po wyborze oferty oraz w trakcie realizacji umowy, wybrany wykonawca rozlicza się w oparciu o poszczególne pozycje w Formularzu Cenowym (zryczałtowane ceny jednostkowe), a nie w oparciu o ceny jednostkowe składające się na te pozycje. Ponadto, Zamawiający tak bardzo skupia się na analizie wybranych przez siebie elementów w ramach danej pozycji - których w przypadku ryczałtu nie powinien żądać - że nie wskazuje przy tym, jak rzekome niedoszacowanie przekładać ma się na cenę ofertową jako taką. Przy jednostkowej cenie ryczałtowej załączone do oferty kalkulacje cenowe mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści SIWZ, wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy poszczególnymi pozycjami kalkulacji cenowej.

Zamawiający żądał wyjaśnień w zakresie elementów, które składają się na zryczałtowane ceny jednostkowe wyodrębnionych usług (pozycji). Zakres oczekiwanych przez Zamawiającego wyjaśnień w rzeczywistości ma się nijak do wyceny całkowitej danej pozycji, bowiem koszty te mogą być w jej obrębie przenoszone. Poza tym, zgodnie z treścią § 6 ust.

2 IPU, Zamawiający wskazuje wprost, że wynagrodzenie w ofercie zostało wyliczone w oparciu o przewidywaną ilość prac i nie stanowi zobowiązania do realizacji umowy w tej wartości, co dodatkowo potwierdza, że w aspekcie globalnym wskazane w poszczególnych pozycjach elementy nie mają znaczenia, bowiem zakres prac może zostać znacznie pomniejszony. Odwołujący podniósł, że aby Zamawiający mógł mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie wybiórczych elementów tego zamówienia. Zamawiający, opierając odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, musiał uznać, że oferta „zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Ten sposób definicji jest szczególnie istotny przy porównaniu z art. 90 ust. 1 ustawy, gdzie Zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma prawo wezwać wykonawcę m.in. do wyjaśnienia wątpliwości odnoszących się do cen jednostkowych, ale ustawodawca nie nadał mu kompetencji do odrzucania oferty tylko z powodu rażąco niskiego, w przeczuciu Zamawiającego, sposobu wyceny jednego z tych elementów. Powyższe zachowanie z pewnością wykracza ponad treść ustawy. Ustawodawca w art. 90 ust. 3 ustawy celowo nie posłużył się pojęciem części składowej przy ocenie wyjaśnień. W związku z powyższym Zamawiający nie może dokonywać interpretacji rozszerzającej tego przepisu.

Zamawiający nie wprowadził w SIWZ żadnego zakazu przenoszenia kwot w ramach pozycji Formularza Cenowego, a więc należy uznać taką możliwość za dozwoloną, co potwierdza orzecznictwo, w tym np. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19.03.2015 r. (X Ga 76/15). W przywołanym powyżej wyroku Sąd trafnie wskazuje na problemy związane z przygotowywaniem przez wykonawców - wprawdzie - kosztorysów ofertowych, uznając jednocześnie, że dzielenie i łączenie przez wykonawcę w ramach poszczególnych pozycji kosztorysowych kosztów czy uzyskanych upustów nie jest przejawem manipulowania ceną, a działaniem jak najbardziej dozwolonym i racjonalnym. Sytuację tę można na zasadzie analogii odnieść do niniejszego przypadku. Skoro więc orzecznictwo akcentuje taką sytuację, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym występują istotne różnice pomiędzy sposobem wyceny tych samych pozycji kosztorysowych przez różnych wykonawców, będące właśnie wynikiem odmiennego grupowania przez nich kosztów, to tym bardziej sytuacja ta akceptowalna jest przy zryczałtowanych cenach jednostkowych, gdzie wykonawca, dokonując kalkulacji zryczałtowanej ceny jednostkowej, musi dbać o jej rynkowy charakter, a podział kosztów między poszczególne elementy jej wyceny ma dla niego charakter wtórny i - podobnie jak dla Zamawiającego - informacyjny.

Odwołujący wskazał, że pkt 15.2 SIWZ wymagano, że wykonawca w cenie oferty powinien uwzględnić wszystkie wymogi, o których mowa w SIWZ, oraz ująć wszelkie koszty związane



z wykonanie niniejszego zamówienia, w tym koszty towarzyszące, niezbędne dla jego prawidłowego i pełnego wykonania. Z kolei pkt 15.7 SIWZ określa, że stawki i ceny jednostkowe określone przez Wykonawcę w ofercie nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca ponosi więc ryzyko co do poprawności kalkulacji poszczególnych pozycji wyceny, co po raz kolejny wskazuje, że elementy wchodzące w ich skład mają charakter jedynie informacyjny. W przypadku ceny ryczałtowej (oraz - analogicznie - ceny jednostkowej zryczałtowanej) wykonawca zobowiązany jest tylko ująć wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a ustalona kwota wynagrodzenia za wykonanie zamówienia jest niezmienna. Ponadto, jak wskazała KIO w wyroku z dnia 12.02.2016 r. (KIO 93/16), przy wynagrodzeniu ryczałtowym (analogicznie - przy zryczałtowanej cenie jednostkowej) w kontekście wymogów wynikających z legalnej definicji ceny, nie jest ważna struktura wewnętrzna ceny jednostkowej (gdyż zryczałtowana cena jednostkowa jest jedną i z góry określoną wartością, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy). Zamawiający w SIWZ nie zawarł zakazu odnośnie do możliwości przenoszenia kosztów w ramach pozycji w Formularzu Cenowym. Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, że przy tak skonstruowanej SIWZ wykonawcy mieli pełną dowolność w kształtowaniu pozycji cenowych. Mogli oni dowolnie przenosić koszty pomiędzy poszczególnymi elementami w ramach pozycji, bowiem powyższe nie zostało zabronione ani w jakikolwiek sposób ograniczone przez Zamawiającego. Ponadto płatności za zrealizowane etapy (części) Zamówienia nie są w jakikolwiek sposób powiązane z elementami wyceny poszczególnych pozycji, których Zamawiający żąda, lecz z samymi pozycjami.

Odwołujący argumentował, że złożone przez Odwołującego oświadczenie, że w wycenie pozycji uwzględnił wszystkie wymagania, o których mowa w SIWZ (str. 2 wyjaśnień z dnia 01.02.2018 r. - w zakresie cz. 2) jak również oświadczenie, że przy dokonywaniu wyceny w tym zakresie brał pod uwagę uśrednienia pozycji oraz średnie odległości wszystkich sygnalizacji od bazy oraz fakt, że wyceny dokonał w oparciu o posiadane długoletnie doświadczenie oraz potencjał kadrowy i techniczny, jest w pełni wystarczające i prawidłowe. Zamówienie dotyczy wykonywania usług o charakterze ciągłym, dlatego też trudno jest odmówić zasadności wytłumaczeniu Odwołującego w tym względzie. Odwołujący posiada niezbędną wiedzę i umiejętności, aby szacowania tego rodzaju usługi w sposób prawidłowy dokonać, na tę okoliczność przedłożył bowiem referencje (zresztą wydane przez samego Zamawiającego), potwierdzające fakt, że wykonuje tego rodzaju usługi w sposób prawidłowy, a więc dokonywane przez niego szacowanie jak najbardziej może się opierać m.in. na posiadanym przez niego doświadczeniu.

Trudno jest stwierdzić, czy na tym etapie Zamawiający oczekiwał od Wykonawcy, że ten przedstawi mu kalkulacje będące wynikiem sumowania, z przeliczeniem na metry lub też będącą iloczynem godzin pracy poszczególnych wyodrębnionych do wykonywania danego

rodzaju usługi osób, ale powyższe z pewnością byłoby żądaniem nieuprawnionym w aspekcie wymagań wynikających z ustawy oraz treści SIWZ. Podkreślenia wymaga przecież, że Zamówienie realizowane jest w przypadku faktycznego zapotrzebowania na danego rodzaju usługi, a nie „pomimo wszystko”. Trudno jest przewidzieć Odwołującemu i jakiegokolwiek innemu przedsiębiorcy, ile to przykładowo awarii wystąpi w trakcie realizacji zamówienia, dlatego też w swoich wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że wycena obejmuje szacowanie w oparciu o uśrednienie, w tym ceny kształtują się na wskazanym w wyjaśnieniach pewnym poziomie. Takie szacowanie jest elementem swego rodzaju ryzyka biznesowego immanentnie związanego z ryczałtem. Przy tak ukształtowanym wynagrodzeniu, w ocenie Odwołującego, złożone informacje były wystarczające i prawidłowe.

W przypadku, gdy Zamawiający miał jeszcze wątpliwości zobowiązany był wezwać Odwołującego do dalszych wyjaśnień, nie powinien zaś odrzucać jego oferty.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy tylko w przypadku, gdy nie złożył on wyjaśnień oraz tylko w przypadku, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nieuprawniona jest interpretacja Zamawiającego, że można odrzucić ofertę na podstawie braku podania (w subiektywnej ocenie Zamawiającego) szczegółowej kalkulacji i wyjaśnień w zakresie elementów wchodzących w skład zryczałtowanych cen jednostkowych, których zresztą - jak się okazuje - sam Zamawiający nie zna, ani nie znał.

Dowód: (1) Wezwanie do udostępnienia treści protokołu ZP-PN wraz z załącznikami - na okoliczność potwierdzenia podstaw szacowania. (2) Informacja z badania ofert wstępnych udostępniona przez Zamawiającego, zwana dalej „Informacją” - na okoliczność potwierdzenia, że sam Zamawiający nie oszacował poszczególnych elementów i pozycji wskazanych w Formularzach Cenowych. Zamawiający w udostępnionej Odwołującemu na jego wniosek Informacji wskazał, że wartość szacunkową zamówienia oszacował w dniu 13 listopada 2017 r. na podstawie „uśrednionych cen obecnie realizowanych umów, uwzględniając wzrost wynagrodzeń oraz innych kosztów prowadzenia działalności gospodarczej”. Zamawiający nie udostępnił jednak Odwołującemu protokołu ZP-PN, z którego treści jednoznacznie by wynikało, jaka była podstawa szacowania (pkt 3 protokołu ZP-PN). Zgodnie z art. 34 ust. 1 ustawy podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju nie zaś uśrednienie cen obecnie realizowanych umów. Fakt ten jest o tyle istotny, że obecnie realizowane umowy mogą dotyczyć zupełnie innego zakresu, tj. np. obejmować większe lub mniejsze ilości świadczonych usług. Przyjmuje się, że istnieją dwa sposoby obliczania wartości zamówień na usługi. Pierwszy z nich przewiduje uwzględnienie zamówień udzielonych w terminie

poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych!; usług oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem. Zamawiający oblicza więc szacunkową wartość na podstawie zamówień udzielonych w ostatnim roku lub roku budżetowym z zastosowaniem waloryzacji. Drugą możliwością jest wzięcie pod uwagę zamówień, których Zamawiający dopiero zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie. Oblicza się w takim wypadku wartość zamówienia na podstawie przewidywanej wielkości zamówienia w ciągu roku. Zarówno pierwszy sposób jak i drugi sposób szacowania zamówienia, nie został przez Zamawiającego dokonany. W konsekwencji, podstawa i sposób szacowania dokonanego przez Zamawiającego w niniejszej sprawie były w sposób oczywisty nieprawidłowe. Nieprawidłowe szacowanie (vide: str. 1 Informacji) doprowadziło Zamawiającego do nieprawidłowych wniosków.

Ponadto z treści udostępnionej Odwołującemu Informacji wynika, że Zamawiający oszacował jedynie poszczególne części zamówienia. Stąd pojawia się pytanie, na jakiej podstawie Zamawiający żądał kalkulacji poszczególnych elementów w ramach danych pozycji Formularza Ofertowego? Zamawiający nie miał bowiem możliwości, aby takie elementy porównać z jego własnym szacunkiem, z uwagi na to, że sam po prostu nie dysponował takimi wielkościami. Dlatego też wniosek Zamawiającego, jakoby cena poszczególnych pozycji wskazanych w Formularzu Cenowym była rażąco niska jest nieuprawniony. Zamawiający przecież sam nie dysponował stosowną kalkulacją. W przeciwnym przypadku bowiem stanowiłaby ona załącznik do protokołu ZP-PN. Zamawiający sam nie dysponuje oraz nie dysponował szczegółową kalkulacją cenową dla poszczególnych pozycji Formularza Cenowego, to nie miał on możliwości porównania wartości w Formularzu Cenowym Odwołującego ze swoim własnym szacowaniem. Poza tym, z treści Informacji z badania wstępnego ofert wynika, że „porównując złożone przez Odwołującego formularze cenowe dla części 2, 5 i 6 zamówienia stwierdzono analogiczność cen jednostkowych w działach II formularzy, co wzbudziło wątpliwości w zakresie zaniżenia ceny również w częściach 2 i 6. Mając na uwadze powyższe postanowiono zwrócić się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny także w zakresie tych części” (str. 3 Informacji). Podstawą wezwania Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny było porównanie zryczałtowanych jednostkowych cen Wykonawcy ze zryczałtowanymi cenami jednostkowymi tego samego Wykonawcy w poszczególnych częściach Zamówienia. Gdyby więc Odwołujący złożył ofertę jedynie na jedną część Zamówienia, wnioskując per analogiam - do zaistnienia wątpliwości u Zamawiającego w tym zakresie w ogóle by nie doszło. W kontekście brzmienia art. 90 ust. 1a ustawy Zamawiający ma wprawdzie prawo „mieć wątpliwości”, ale w przypadku gdy cena całkowita oferty

Wykonawcy jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W takim wypadku Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny danej oferty, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. W przypadku natomiast, gdy Zamawiający sam nie posiada żadnych kalkulacji dotyczących pozycji wyodrębnionych w Formularzu Cenowym stanowiącym *de facto* ofertę na daną część zamówienia, w tym również szczegółowych kalkulacji w zakresie elementów składających się na ww. pozycje Formularza Cenowego, to w rzeczywistości Zamawiający nie ma żadnych podstaw prawnych do żądania ich wyjaśnienia, bowiem sam takimi informacjami nie dysponuje (i to jeszcze w oparciu o wątpliwości wynikające z treści trzech różnych niezależnych ofert, bowiem złożonych na trzy różne, niezależne części Zamówienia).

Za tym, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny przemawia również porównanie cen w zakresie ww. części zamówienia z cenami ofert pozostałych Wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu oraz fakt, że Zamawiający zgodnie z pkt 5.3 SIWZ przewiduje udzielanie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy. Zamawiający wezwał bowiem Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, która to kwota jest tożsama z wartością szacunkową zamówienia (vide. str. 1 Informacji oraz informacja z otwarcia ofert oraz treść wezwań w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny skierowanych do Odwołującego). Zamawiający więc całkowicie pomija wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy, których ewentualne udzielenie zależy wyłącznie od woli Zamawiającego i których wartość nie powinna być uwzględniana przy porównywaniu ceny oferty Odwołującego z kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację tego Zamówienia.

W zakresie części 2 Zamawiający zamierzał na realizację tego Zamówienia przeznaczyć kwotę w wysokości 1 338 916,18 zł. Odwołujący zaoferował zrealizowanie zamówienia w kwocie 940 018,64 zł, zaś kolejny Wykonawca w kwocie 1 006 866,93 zł., a więc jedynie w kwocie o 66 848,29 zł wyższej od ceny Odwołującego, co stanowi przy tym zamówieniu różnicę w stosunku do konkurenta rzędu około 6,64%. Poza tym, z porównania wynika, że cena Odwołującego jest o 29,79% niższa od wartości zamówienia oraz o 10,32% niższa od cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert.

W zakresie części 5 Zamówienia Zamawiający zamierzał na realizację tego Zamówienia przeznaczyć kwotę w wysokości 2 441 180,73 zł. Odwołujący zaoferował zrealizowanie zamówienia w kwocie 1 648 187,09 zł, zaś kolejny Wykonawca w kwocie 1 773 045,00 zł, a więc jedynie w kwocie o 124 857,91 zł wyższej od ceny Odwołującego, co stanowi przy tym zamówieniu różnicę w stosunku do konkurenta rzędu około 7%. Jest to wielkość znikoma.

Poza tym, z porównania wynika, że cena Odwołującego jest o 32,48% niższa od wartości zamówienia oraz o 10,08 % niższa od cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert.

W zakresie części 6 Zamówienia Zamawiający zamierzał na realizację tego Zamówienia przeznaczyć kwotę w wysokości 1 548 519,47 zł. Odwołujący zaoferował zrealizowanie zamówienia w kwocie 1 138 716,78 zł, zaś kolejny Wykonawca w kwocie 1 182 522,00 zł, a więc jedynie w kwocie o 43 805,22 zł wyższej od ceny Odwołującego, co stanowi przy tym zamówieniu różnicę w stosunku do konkurenta rzędu około 3,7 ‰. Ponownie należy uznać, że jest to wielkość znikoma. Poza tym, z porównania wynika, że cena Odwołującego jest o 26,46% niższa od wartości zamówienia oraz o 4,27 % niższa od cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert.

Odwołujący wskazał, że brak było obligatoryjnego obowiązku Zamawiającego do wyjaśniania rażąco niskiej ceny w zakresie części 2, 5 oraz 6 Zamówienia. W orzecznictwie wskazuje się, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, „tak niskiej, że aż razi w oczy”, a nie ceny „niskiej”. Te dwa pojęcia nie są tożsame. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej podnoszono, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyrok z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyrok z dnia z dnia 27 listopada 2001 r. C-285/99, wyrok z dnia 15 maja 2008 r. C-147/06, wyrok z dnia 29 marca 2012 r. C-599/10). Zamawiający naruszył art. 7 ustawy w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy przez to, że w przedmiotowym postępowaniu wezwał do złożenia wyjaśnień wyłącznie Odwołującego, podczas gdy znaczne rozbieżności pomiędzy cenami ofert a wartością szacunkową zamówienia występowały również w pozostałych jego częściach. Przykładem może być część 3 i 4 Zamówienia, gdzie różnica pomiędzy kwotą na sfinansowanie Zamówienia wynosiła odpowiednio 19,43% dla części 3 oraz 19,94% dla części 4 Zamówienia. Zamawiający w wymienionych częściach nie wzywał innych wykonawców do wyjaśnień w związku z podejrzeniem wystąpienia rażąco niskiej ceny, co jednoznacznie wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców przez Zamawiającego, którego przejawem było odrzucenie jedynie oferty Odwołującego.

W zakresie pkt 2 twierdzeń Zamawiającego:

Wykonawca został w treści wezwania poproszony o wskazanie ilości osób skierowanych do realizacji usługi wraz z określeniem kosztów ich wynagrodzenia o pracę. W tym zakresie, zdaniem Zamawiającego, Wykonawca ograniczył się do oświadczenia, że wszystkie

skierowane osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę do realizacji zamówienia będą otrzymywały wynagrodzenie w kwocie nie mniejszej niż ustawowe stawki minimalnego wynagrodzenia. Dodatkowo Zamawiający stwierdził, że odwoływanie się do minimalnych stawek jest niezrozumiałe. Poza tym, zdaniem Zamawiającego, z wyjaśnień nie wynika, czy osoby przewidziane do realizacji usługi posiadają wymagane certyfikaty lub zaświadczenia producentów, o których mowa w pkt 4.1.1.lit. b) OPZ, co ma bezpośredni wpływ na ich wynagrodzenie. W ocenie Odwołującego uzasadnienie podane w treści odrzucenie w tym zakresie jest zupełnie niezrozumiałe. Przeciż zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Zamawiający zwraca się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień również w zakresie przyjęcia przy kalkulacji ceny kosztów pracy, które nie mogą być niższe niż ustawowe stawki minimalnego wynagrodzenia. W tym też kontekście Odwołujący oświadczył, że wszystkie osoby realizujące to zamówienie zatrudnione na umowę o pracę, będą otrzymywały wynagrodzenie w kwocie nie niższej niż ww. stawka, co nie jest przecież równoznaczne z kwotą równą minimalnemu wynagrodzeniu, o której to wartości w treści swojego uzasadnienia wspomina Zamawiający. W aspekcie wskazania ilości przeznaczonych do realizacji zamówienia osób, Odwołujący w załączeniu oświadczył oraz przekazał stosowne dokumenty (zaświadczenia) potwierdzające fakt, że - po pierwsze - dysponuje takimi osobami, po drugie - posiada wymagane uprawnienia oraz oświadczył, że spełnia wszystkie wymagania SIWZ. Co, do kwalifikacji podmiotowej dla potencjału Odwołującego, podkreślenia wymaga, że Zamawiający może odnieść się do warunków udziału w niniejszym postępowaniu osób dopiero w terminie późniejszym, na etapie oceny ofert, nie zaś na etapie badania rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego, oświadczenie przez niego przedłożone w omawianym zakresie, było wystarczające, jednoznaczne i potwierdzało, że Odwołujący wykona to zamówienie. W przypadku zaś wątpliwości Zamawiający mógł skonkretyzować swoje zapytanie i dopytać Odwołującego. Odwołujący wskazał, że na możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanej przez wykonawcę wyceny oferty, wskazuje również dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych ( wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1490/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15, wyrok SO w Olsztynie sygn. akt V Ga 122/10). Odwołujący podnosił, że trudno jest na tym etapie wyinterpretować, czy Zamawiający oczekiwał podania orientacyjnej ilości osób przeznaczonych do realizacji zamówienia tj. przykładowo w liczbie od 2-10 (określenie przez liczbę), czy też podania, że będzie to ilość odpowiednia i zgodna z SIWZ (określenie poprzez opis- jak uczynił to Odwołujący, w złożonym przez siebie oświadczeniu). W aspekcie zaś podania kosztów posiadania przez te osoby stosownych certyfikatów i zaświadczeń - te wymagania Zamawiającego uwidoczniły się dopiero na etapie odrzucenia oferty Odwołującego, bowiem brak jest jakichkolwiek informacji w treści wezwaniu Zamawiającego, że o tego rodzaju wyjaśnienia mu chodziło.

Wezwania Zamawiającego, które okazały się niespójne z jego subiektywnymi oczekiwaniami, wyartykułowanymi w informacji o odrzuceniu oferty, są również nieadekwatne do treści SIWZ, gdzie weryfikacja w zakresie zdolności technicznej i zawodowej następuje dopiero po zbadaniu podstaw do odrzucenia oferty. Zamawiający, pomimo tego, że przewiduje procedurę odwróconą w niniejszym postępowaniu (pkt 9.6 SIWZ) dokonuje weryfikacji warunków udziału w nim łącznie z dokonaniem oceny oferty najkorzystniejszej, która to procedura nie została w tym postępowaniu przewidziana (pkt 9.7 SIWZ). Nie sposób w ocenie Odwołującego zgodzić się z zasadnością przyjętej przez Zamawiającego konkluzji w uzasadnieniu podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.

W zakresie pkt 3 twierdzeń Zamawiającego:

Zamawiający wskazał, że złożone wraz z wyjaśnieniami zaświadczenia przez Odwołującego potwierdzają kwalifikacje do wykonania czynności w zakresie obsługi i diagnostyki urządzenia A-STER U, którego obsługa nie jest przedmiotem części 2 Zamówienia. Ponadto Wykonawca - w ocenie Zamawiającego - nie udowodnił, że stawka roboczogodziny w wysokości 25 złotych, była uwzględniona przy kalkulacji usługi, nie wykazał również jakie elementy wynagrodzenia stawka ta zawierała.

Odnosząc się do przedstawionej powyżej argumentacji odrzucenia oferty Odwołującego, podkreślenia wymaga, że w przypadku, gdy Odwołujący przedłożył dodatkowo dokumenty nie objęte tą częścią Zamówienia, trudno jest mu w tym aspekcie stawiać jakikolwiek zarzut, bowiem jego działania miały na celu wykazanie, że ów dokumentami dysponuje. Dlatego też w sytuacji, gdy przykładowo Zamawiający żąda przedłożenia trzech dokumentów, a Odwołujący przedkłada cztery dokumenty, brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do czynienia mu zarzutów z jego zapobiegliwości. Powyższe jedynie potwierdza, że Odwołujący ma i miał na celu w sposób kompetentny i rzetelny przedstawić wszelkie informacje, które pozwoliłyby Zamawiającemu na prawidłowe podjęcie decyzji.

W przypadku zaś zarzutu dotyczącego jedynie części 5 Zamówienia, a polegającego na tym że Odwołujący, zdaniem Zamawiającego, przedłożył jedynie kwalifikacje w zakresie obsługi urządzenia A-STER IT, bez uwzględnienia kwalifikacji co do drugiego urządzenia PEEK EC, podkreślam jeszcze raz, że (1) w treści SIWZ brak było takiego wymogu, aby dokumenty te na tym etapie postępowania przedłożyć, (2) wystarczające w tym zakresie było przedłożenie jedynie oświadczenia- co Odwołujący uczynił, (3) brak było w treści wezwania informacji, że Zamawiający żąda przedłożenia ww. dokumentów, z przedłożenia których w aktualnej sytuacji czyni Odwołującemu zarzuty, pomimo, że przedłożył je „nadmiarowo”, co świadczyć jedynie może o jego przezorności.

W kontekście zarzutu, że Odwołujący nie załączył do wyjaśnień żadnej oferty producenta dotyczącej wgrania i wykonania programu do sterowników sygnalizacji świetlnych, wskazuję,

że Odwołujący nie miał obowiązku zlecać producentowi wykonania i wgrania tychże programów. Odwołujący wskazał, że może to wykonać inna firma i z tej możliwości Odwołujący chce skorzystać. Tak więc wystarczające było złożenie jedynie oświadczenia, że ww. usługi Odwołujący uwzględnił w swojej wycenie, czego potwierdzeniem jest oferta handlowa w tym zakresie.

Dowód: Oferta handlowa - Budinfo Z. S. z siedzibą w Krakowie – na okoliczność potwierdzenia, że uwzględniono w ofercie zakres prac zgodnych z OPZ.

Odwołujący odnosząc się do problemu udowodnienia jakie elementy wynagrodzenia zawierała stawka roboczogodziny wskazana przez Zamawiającego oświadczył, że wynagrodzenie było wystarczające oraz prawidłowe z uwagi na jej informacyjny charakter, a wskazana wartość nie mogła budzić wątpliwości Zamawiającego, bowiem była zgodna z wymaganiami ustawy. Wezwanie do wyjaśnienia ceny ofertowej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z uwagi na podejrzenie rażąco niskiej ceny odnosi się do całej ceny ofertowej, tj. ceny za wykonanie całego przedmiot zamówienia. W przypadku więc, gdy Zamawiający miał wątpliwości do co oświadczenia w zakresie jednego z elementów cenowych oferty Odwołującego, winien on był skierować wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy - jeżeli o taki zakres mu chodzi (element zryczałtowanej ceny jednostkowej). W świetle art. 90 ust. 1 ustawy, nawet gdyby uznać, że wskazany element kalkulacyjny ceny oferty został przez wykonawcę zaniżony, nie można stwierdzić, że Odwołujący zaoferował rażąco niską cenę za cały przedmiot Zamówienia, a w konsekwencji brak jest podstaw do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W zakresie pkt 4 twierdzeń Zamawiającego:

Analogicznie- uzasadnienie jak pkt 1, dotyczy pkt 4 twierdzeń Zamawiającego

W zakresie pkt 5 twierdzeń Zamawiającego:

Odwołujący wskazał, że złożył oferty handlowe dotyczące zakupu wymaganych do realizacji usługi materiałów, w tym jedna z nich datowana jest na dzień 1 luty 2018 roku, po dniu otwarcia ofert. Dodatkowo dwie z trzech budzą wątpliwości Zamawiającego, przez to, że w ich treści nie podano ani modelu ani producenta produktu. Odwołujący wskazał, że art. 90 ust. 3 ustawy nie określa w sposób wyczerpujący co może stanowić dowód potwierdzający, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Stąd przyjąć należy, że są to m.in. dokumenty takie jak: oferty od kontrahentów czy dostawców pokazujące, że wykonawca może nabywać towary/materiały na korzystnych warunkach, informacje o otrzymanych rabatach handlowych, umowy z podwykonawcami, opracowania lub analizy rynkowe, z których wynika, że zaoferowana cena lub jej elementy odpowiadają cenom rynkowym. Fakt datowania pisma na dzień 1 lutego 2018 r. nie ma w niniejszym przypadku żadnego



znaczenia, bowiem z jego treści jednoznacznie wynika, że Odwołujący może nabywać wskazane w jego treści towary/urządzenia na warunkach zgodnych z ofertą handlową. W przypadku zaś zaistnienia wątpliwości Zamawiającego co do dwóch pozostałych ofert handlowych przedłożonych przez Odwołującego, w takiej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego było ich wyjaśnienie lub też uznanie ich za wystarczające, zgodnie z procedurą o której była mowa powyżej.

Niezrozumiałe jest również w ocenie Odwołującego wymaganie Zamawiającego, aby Odwołujący podał w wyjaśnieniach dotyczących kalkulacji ceny nazwy producenta, modeli lub parametry materiałów uwzględnionych przy kalkulacji oferty, skoro sam Zamawiający w treści OPZ-u ograniczył się jedynie do wyliczenia urządzeń mających być przedmiotem utrzymania i konserwacji, nie opisując jednocześnie ich parametrów oraz wymagań technicznych do materiałów, które mają mieć zastosowanie przy ich utrzymaniu i konserwacji. Dalej Odwołujący podał, że Zamawiający swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego oparł na niekorzystnej interpretacji wątpliwości, jakie pojawiły się po stronie Zamawiającego w zakresie sposobu konstruowania wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny, pomimo tego, że wątpliwości te powinny być oczywiście interpretowane na korzyść Odwołującego (sygn. akt KIO 958/17, KIO 1593/14).

W zakresie pkt 6 twierdzeń Zamawiającego:

Wykonawca – Odwołujący wezwany do podania kosztów pracy sprzętu i kosztów robocizny, w tym ilości i stawek roboczogodziny - zdaniem Zamawiającego - ograniczył się jedynie do złożenia oświadczenia, że ujął w cenie wszystkie koszty oraz odwołał się do oferty producenta Aster - do wyjaśnień nie dołączył żadnej oferty tej firmy. Odwołujący wskazał, że zarzut ten jest niezrozumiały w kontekście rozumienia pojęcia zryczałtowanych cen jednostkowych (punkt 1 uzasadnienia) Odnosząc się do dołączenia do wyjaśnień oferty producenta Aster - należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego w przypadku, gdy w ocenie Zamawiającego zaistniały wątpliwości w zakresie przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień, Zamawiający mógł żądać ich doprecyzowania lub szerszych informacji w tym zakresie, nie zaś od razu odrzucać ofertę Odwołującego. W treści wezwania Zamawiającego nie było bowiem żadnej informacji, że Odwołujący ma dołączyć oferty handlowe producentów, a jedynie widniała treść, że powinien dołączyć te dowody, które w jego ocenie uzna za istotne (str. 3 wezwania).

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 1 marca 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Zamawiający w dniu 5 marca 2018 roku powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego w dniu 7 marca 2018 roku przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego tj. wykonawcę Dynniq Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Modlniczce – w imieniu tego wykonawcy, prawidłowo zawiadomionego o terminie, nikt nie przybył na posiedzenie i rozprawę z udziałem stron. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego w dniu 8 marca 2018 roku przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę A. C. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. C. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowe „Altum” z siedzibą w Krakowie – w imieniu tego wykonawcy, prawidłowo zawiadomionego o terminie, nikt nie przybył na posiedzenie i rozprawę z udziałem stron.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na rozprawie, do protokołu.

Izba uwzględniła również stanowiska pisemne zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 12 marca 2018 roku *Odpowiedź na odwołanie* złożonym w oryginale do akt sprawy w trakcie

posiedzenia z udziałem Stron postępowania. Izba uwzględniła również stanowiska zawarte w zgłoszonych przystąpieniach do postępowania odwoławczego.

II.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

III.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*
- art. 87 ust. 1 ustawy – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*
- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*
- art. 90 ust. 3 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*
- art. 90 ust. 1 ustawy - *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:*
  - 1) *oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy,*

- oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*
  - 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
  - 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;*
  - 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

#### IV.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

Ponadto, co dla rozpoznania tej sprawy jest niewątpliwie istotne, zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera*

*rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.*

V.

Izba ustaliła:

Odwołanie zostało złożone w zakresie:

części 2 – Rejon Kraków, obszar 2,

części 5 – Rejon Tarnów,

części 6 – Rejon Wadowice.

Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1, ust. 1a pkt 1) ustawy oraz art. 87 ust. 1 ustawy, za pismami z dnia 26 stycznia 2018 roku, wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w zakresie części 2, 5 i 6 zamówienia, w celu ustalenia, czy zaoferowana cena lub jej istotna część składowa w stosunku do przedmiotu zamówienia jest rażąco niska oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) i zwrócił się o udzielenie informacji dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty oraz wyjaśnień treści oferty.

Dla poszczególnych części zamówienia Zamawiający w wezwaniach określił szczegółowo pozycje Formularza Cenowego działu I w zakresie których Zamawiający wezwał do przedstawienia szczegółowego wyjaśnienia i kalkulacji, z wyszczególnieniem elementów, które zostały uwzględnione w tych cenach, w tym (między innymi co wymienił Zamawiający) całodobowej dyspozycji i gotowości do usuwania usterek lub/i awarii niezależnie od przyczyn ich powstania, materiałów koniecznych do zastosowania w ramach bieżącego utrzymania i konserwacji urządzeń, pełnej obsługi i kontroli technicznej, obsługi i eksploatacji sprzętu i pojazdów, wszystkie koszty bezpośrednie, pośrednie oraz zysk, a także pozostałe koszty wynikające z zakresu obowiązków wykonywanych w ramach bieżącego utrzymania urządzeń i inne wymienione w wezwaniu. Zamawiający wskazując wymagania zawarte w SIWZ podał również, że wyjaśnienia i kalkulacja winny określać sposób i koszty zapewnienia tych wymagań. Zamawiający wymagał również podania ilości osób skierowanych do realizacji zamówienia ww. zakresie pozycji oraz określenia kosztów ich wynagrodzenia za pracę.

W zakresie wskazanych pozycji z Formularza Cenowego działu II zamawiający wezwał do podania między innymi (między innymi co wymienił Zamawiający) sposób kalkulacji cen i podania kosztów robót przygotowawczych, zakupu nowego elementu, robót rozbiórkowych

przy demontażu elementu, w tym innych elementów stanowiących wyposażenie lub zamontowanych na demontowanym elemencie, transportu nowego elementu, transportu zdemontowanego elementu, koszty bezpośrednie, pośrednie oraz zysk i inne wymienione w wezwaniu. Zamawiający wymagał również podania ilości osób skierowanych do realizacji zamówienia ww. zakresie pozycji oraz określenia kosztów ich wynagrodzenia za pracę.

W zakresie wskazanych pozycji z Formularza Cenowego działu III Zamawiający wymagał podania odpowiednio w zakresie pozycji 3 (część 2 i 6), dla pozycji nr 1,2,3 (część 5) wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji cen oraz podania kosztów pracy sprzętu, kosztów robocizny, w tym ilość i stawkę roboczogodziny.

Zamawiający wskazał w wezwaniu, że prosi o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość oferty, mając na uwadze między innymi zaangażowanie osobowe i rzeczowe oraz związane z tym niezbędne do poniesienia koszty, a także zakładany poziom zysku. Zamawiający wskazał na regulację art. 90 ust. 2 ustawy oraz wskazała, że wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą wykonawca ma zamiar wykonać zamówienie, dlatego Zamawiający prosił o przesłanie wszelkich informacji i dowodów, które uzna wykonawca za istotne, a których Zamawiający nie wymienił w wezwaniu.

Wykonawca za pismami z dnia 1 lutego 2018 roku przedstawił wyjaśnienia dla poszczególnych części zamówienia, wskazując między innymi, że zgodnie z SWIZ był zobowiązany wpisać, w Formularzy Cenowym w dziale I ceny ryczałtowe za wykonanie usług utrzymaniowych u konserwacyjnych (zryczałtowane miesięczne koszty wykonania usług, zgodnie z SWIZ (pkt 5.1.1.i pkt 4 i 10.1 OPZ/pkt 15.3. SWIZ). Wykonawca wskazał między innymi w swoich wyjaśnieniach, że ceny zaoferowane w pozycjach w dziale I Formularza Cenowego, o określonych wartościach są cenami ryczałtowymi i uwzględniają wszystkie wymagania, o których mowa w SWIZ, w szczególności te wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu (między innymi: koszt całodobowej dyspozycji i gotowości do usuwania usterek lub/i awarii niezależnie od przyczyn ich powstania, materiałów koniecznych do zastosowania w ramach bieżącego utrzymania i konserwacji urządzeń, pełnej obsługi i kontroli technicznej, obsługi i eksploatacji sprzętu i pojazdów, wszystkie koszty bezpośrednie, pośrednie oraz zysk, a także pozostałe koszty wynikające z zakresu obowiązków wykonywanych w ramach bieżącego utrzymania urządzeń). Wykonawca wskazał, że powyższe pozycje zostały uśrednione, a w kalkulacji zostały uwzględnione średnie odległości wszystkich lokalizacji od bazy wykonawcy.

Wykonawca wskazał, że w kalkulacji uwzględniono fakt posiadania swoich środków transportu wraz z przyczepami na których znajdują się strzałki, 3 zwyżek, minikoparki, wywrotki, własnej bazy i magazynów, biura na terenie bazy – co powoduje zminimalizowanie kosztów utrzymania sprzętu i załogi. Powołał się wykonawca na posiadane długo letnie doświadczenie w wykonywaniu tego typu prac (utrzymanie konserwacji oświetlenia ulicznego oraz cotygodniowe przeglądy na autostradzie związane z utrzymaniem oświetlenia ulicznego) i w ich szacowaniu oraz posiadanie kadry, co powoduje, że nie będą generowane dodatkowe koszty związane z jej utworzenie.

W zakresie ilości osób – wykonawca oświadczył, że „na chwilę obecną ilość osób skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia jest zgodna z treścią SWIZ (a w szczególności z pkt 5.5 SWIZ – tj. formularzem – wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego).” Wykonawca wskazał, że wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia zatrudnione na umowę o pracę „będą otrzymywały wynagrodzenie w kwocie nie mniejszej niż ustawowe stawki minimalnego wynagrodzenia – zgodnie z wymaganymi ustawy pzp.”

Wykonawca wskazał, że powyższe usługi, w tym usługi wskazane w punkcie 5.1.1. i 5.1.2. OPZ zawarte i skalkulowane w wycenie przynoszą zysk w granicach 2-3 %, przy koszcie roboczogodziny pracowników – 25 zł, sprzętu – 58 zł.

W zakresie działu II Formularza Cenowego wykonawca podał, że wszystkie pozycje zawierają materiał i sprzęt, podał ceny za montaż dla poszczególnych pozycji oraz wartości robocizny i sprzętu dla poszczególnych pozycji. W wyjaśnieniu dotyczącym jakie koszty zawierają wymienione wyżej pozycje wskazał, że między innymi koszty określone przez Zamawiającego w wezwaniu (sposób kalkulacji cen i podania kosztów robót przygotowawczych, zakupu nowego elementu, robót rozbiórkowych przy demontażu elementu, w tym innych elementów stanowiących wyposażenie lub zamontowanych na demontowanym elemencie, transportu nowego elementu, transportu zdemontowanego elementu, koszty bezpośrednie, pośrednie oraz zysk i inne wymienione w wezwaniu). Wskazał, że ceny zakupu nowych elementów są wynikiem długotrwałej współpracy handlowej z dostawą (oferty dostawców załączone do wyjaśnień). Koszty pośrednie 35 % i zyska w granicach 3 %, a prace rozliczane według kalkulacji indywidualnej – wykaz stawek godzinowych: robocizna 25 zł, sprzęt 58 zł.

W zakresie działu III Formularza Cenowego wykonawca podał, że kalkulacja cenowa uwzględnia zryczałtowane koszty wykonania wszystkich wymaganych przez Zamawiającego prac – w tym w szczególności związanych z montażem sterowników oraz zryczałtowany

koszt za wgranie i wykonanie programu do jednego sterowania sygnalizacji świetlnej. Wykonawca wskazał dla części 2, że jego oferta za wykonanie i wgranie programów wynosi 800 zł i wskazał dowód – ofertę producenta. Podał że „ww. prace kształtują się w granicach kosztów pośrednich 35% i zysku co najmniej 3%. Wskazał na posiadane doświadczenie.

Wykonawca wskazał dla części 5, prace rozliczane według kalkulacji indywidualnej – wykaz stawek: robocizna + sprzęt 1500 zł, materiał – sterownik z fundamentem do 16 grup sygnalizacji – 23 000 zł i sterownik z fundamentem do 32 grup sygnalizacji 27 900 zł (według oferty firmy zewnętrznej), oferta wykonawcy za wykonanie i wgranie programów wynosi 810 zł i wskazał dowód – ofertę producenta. Podał że „ww. prace kształtują się w granicach kosztów pośrednich 35% i zysku co najmniej 2%. Wskazał na posiadane doświadczenie.

Wykonawca wskazał dla części 6, prace rozliczane według kalkulacji indywidualnej – robocizna 1500 zł, sprzęt 500 zł, materiał – sterownik 8000 zł (według oferty) materiał – fundament 1000 zł. Podał że „ww. prace kształtują się w granicach kosztów pośrednich 35% i zysku co najmniej 10%. Wskazał na posiadane doświadczenie.

Zamawiający za pismami z dnia 21 lutego 2018 roku, poinformował o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone z postępowania podając uzasadnienie swojej decyzji.

W zakresie części 2:

Wykonawca nie przedstawił szczegółowej kalkulacji i wyjaśnień dla pozycji od 1-13 oraz 35-40 działu I Formularza Cenowego. W tym zakresie ograniczył się jedynie do przytoczenia elementów z zapytania. Podana przez Wykonawcę informacja dotycząca uśrednienia pozycji oraz uwzględnienia w wycenie średniej odległości wszystkich sygnalizacji od bazy wykonawcy, bez poparcia jej wyliczeniami i dowodami, nie stanowi wiarygodnego argumentu. Wykonawca nie udowodnił w jaki sposób posiadane doświadczenie oraz potencjał kadrowy i techniczny – który wskazywał – pozwoliły zaoferowanie niższej ceny.

Zamawiający podał, że wykonawca ograniczył się do oświadczenia, że wszystkie skierowane osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę do realizacji zamówienia będą otrzymywały wynagrodzenie w kwocie nie mniejszej niż ustawowe stawki minimalnego wynagrodzenia, które jest kolejnym gołosłownym twierdzeniem. Zamawiający podał, że odwoływanie się do minimalnych stawek jest niezrozumiałe, ponieważ do realizacji usługi wymagane są osoby o konkretnych kwalifikacjach, co ma bezpośrednie przełożenie na ich wynagrodzenie – a z wyjaśnień nie wynika czy osoby posiadają wymagane certyfikaty lub zaświadczenia



producentów lub czy w cenie oferty uwzględniono koszt uzyskania tych certyfikatów przed rozpoczęciem pracy. Zamawiający podał, że wykonawca nie udowodnił, że stawka roboczogodziny w wysokości 25 złotych była uwzględniona przy kalkulacji usługi, nie wykazał również jakie elementy wynagrodzenia stawka ta zawierała. Wykonawca nie podał konkretnej ilości osób, odwołał się do postanowień SWIZ.

Wykonawca nie przedstawił, według Zamawiającego, szczegółowej kalkulacji wymaganych wyjaśnień dla pozycji 1, 2, 3, 5-10, 12, 23, 25, 28-32, 35 i 36 działu II Formularza Cenowego. Wykonawca przytoczył zakres zapytania Zamawiającego, a wyjaśnienia ograniczył do podania łącznej wartości robocizny i sprzętu dla każdej pozycji, wskazując, że ze względu na własny sprzęt do obliczeń przyjęto wartość Sprzęt = 0,1\* Robocizna. Zamawiający nie zgodził się z takim wyjaśnieniem, ponieważ każda czynność/roboty określona w dziale II wymaga innego nakładu robocizny oraz innego zaangażowania sprzętu, tym samym udział sprzętu w koszcie robocizny będzie zróżnicowany. Fakt, że sprzęt jest własnością wykonawcy nie oznacza od razu, że koszty związane z wykorzystaniem sprzętu będą minimalne, chociażby z tej przyczyny, że sprzęt wymaga użycia materiałów eksploatacyjnych (jak np. paliwo). Wykonawca nie podał ani przewidywanych ilości roboczogodzin ani stawek przyjętych do kalkulacji. Wysokość tych stawek wynika wyłączenie z załącznika do Formularza Cenowego, który dotyczy napraw innych niż wymienione w dziale II Formularza Cenowego.

Wykonawca złożył oferty handlowe dotyczące zakupu wymaganych do realizacji usług materiałów, jedna z nich datowana jest na dzień 01.02.2018 r., po dniu otwarcia ofert. Dodatkowo dwie z trzech budzą wątpliwości Zamawiającego co do merytorycznej wartości zawartych w nich informacji – wskazano nazwę produktu nie podając ani producenta ani modelu ani chociażby parametrów potwierdzających, że dany produkt spełnia wymagania Zamawiającego. Zamawiający nie ma pewności czy ceny oferowane za jednostkowy produkt są adekwatne do cen produktów wymaganych przez Zamawiającego (przykładowo – jest wiele typów kamer wideodetekcji, cena konstrukcji bramowej (rurowej) wraz z listwami łączeniowymi zależna jest od wymiarów takiej konstrukcji. Oferty nie mogą być potraktowane jako wiarygodny dowód w sprawie.

Wykonawca, w zakresie działu III ograniczył się do ogólnego oświadczenia, że ujął w cenie wszystkie koszty oraz odwołał się do oferty producenta Aster na wykonanie i wgranie programu, nie załączył oferty tej firmy. Tak sformułowane wyjaśnienia, niepoparte faktami i dowodami, nie odpowiadają na wątpliwości Zamawiającego, które zostały w sposób czytelny zakomunikowane wykonawcy.

W zakresie części 5:

Wykonawca nie przedstawił szczegółowej kalkulacji i wyjaśnień dla pozycji od 1-63 działu I Formularza Cenowego. W tym zakresie ograniczył się jedynie do przytoczenia elementów z zapytania. Podana przez Wykonawcę informacja dotycząca uśrednienia pozycji oraz uwzględnienia w wycenie średniej odległości wszystkich sygnalizacji od bazy wykonawcy, bez poparcia jej wyliczeniami i dowodami, nie stanowi wiarygodnego argumentu. Wykonawca nie udowodnił w jaki sposób posiadane doświadczenie oraz potencjał kadrowy i techniczny – który wskazywał – pozwoliły zaoferowanie niższej ceny.

Zamawiający podał, że wykonawca ograniczył się do oświadczenia, że wszystkie skierowane osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę do realizacji zamówienia będą otrzymywały wynagrodzenie w kwocie nie mniejszej niż ustawowe stawki minimalnego wynagrodzenia, które jest kolejnym gołosłownym twierdzeniem. Zamawiający podał, że odwoływanie się do minimalnych stawek jest niezrozumiałe, ponieważ do realizacji usługi wymagane są osoby o konkretnych kwalifikacjach, co ma bezpośrednie przełożenie na ich wynagrodzenie – a z wyjaśnień nie wynika czy osoby posiadają wymagane certyfikaty lub zaświadczenia producentów lub czy w cenie oferty uwzględniono koszt uzyskania tych certyfikatów przed rozpoczęciem pracy. Zamawiający podał, że wykonawca nie udowodnił, że stawka roboczogodziny w wysokości 25 złotych była uwzględniona przy kalkulacji usługi, nie wykazał również jakie elementy wynagrodzenia stawka ta zawierała. Wykonawca nie podał konkretnej ilości osób, odwołał się do postanowień SWIZ.

Wykonawca nie przedstawił, według Zamawiającego, szczegółowej kalkulacji wymaganych wyjaśnień dla pozycji 1, 2, 3, 5-10, 12, 13, 23, 25, 28 - 32, 34 - 38 działu II Formularza Cenowego. Wykonawca przytoczył zakres zapytania Zamawiającego, a wyjaśnienia ograniczył do podania łącznej wartości robocizny i sprzętu dla każdej pozycji, wskazując, że ze względu na własny sprzęt do obliczeń przyjęto wartość Sprzęt = 0,1\* Robocizna. Zamawiający nie zgodził się z takim wyjaśnieniem, ponieważ każda czynność/robotą określona w dziale II wymaga innego nakładu robocizny oraz innego zaangażowania sprzętu, tym samym udział sprzętu w koszcie robocizny będzie zróżnicowany. Fakt, że sprzęt jest własnością wykonawcy nie oznacza od razu, że koszty związane z wykorzystaniem sprzętu będą minimalne, chociażby z tej przyczyny, że sprzęt wymaga użycia materiałów eksploatacyjnych (jak np. paliwo). Wykonawca nie podał ani przewidywanych ilości roboczogodzin ani stawek przyjętych do kalkulacji. Wysokość tych stawek wynika wyłączenie z załącznika do Formularza Cenowego, który dotyczy napraw innych niż wymienione w dziale II Formularza Cenowego.

Wykonawca złożył oferty handlowe dotyczące zakupu wymaganych do realizacji usług materiałów, jedna z nich datowana jest na dzień 01.02.2018 r., po dniu otwarcia ofert. Dodatkowo dwie z trzech budzą wątpliwości Zamawiającego co do merytorycznej wartości zawartych w nich informacji – wskazano nazwę produktu nie podając ani producenta ani modelu ani chociażby parametrów potwierdzających, że dany produkt spełnia wymagania Zamawiającego. Zamawiający nie ma pewności czy ceny oferowane za jednostkowy produkt są adekwatne do cen produktów wymaganych przez Zamawiającego (przykładowo – jest wiele typów kamer wideodetekcji, cena konstrukcji bramowej (rurowej) wraz z listwami łączeniowymi zależna jest od wymiarów takiej konstrukcji. Oferty nie mogą być potraktowane jako wiarygodny dowód w sprawie.

Wykonawca, w zakresie działu III pozycja 1, 2, 3 ograniczył się do ogólnego oświadczenia, że ujął w cenie wszystkie koszty, oraz że prace będą rozliczane według kalkulacji indywidualnej. Dodatkowo podał stawkę „robocizna + sprzęt 1500 zł” bez dodatkowych wyliczeń oraz podał ceny za materiały odwołał się do oferty producenta Aster jako dowód w sprawie, ale nie załączył oferty tej firmy. Tak sformułowane wyjaśnienia, niepoparte faktami i dowodami, nie odpowiadają na wątpliwości Zamawiającego, które zostały w sposób czytelny zakomunikowane wykonawcy.

W zakresie części 6:

Wykonawca nie przedstawił szczegółowej kalkulacji i wyjaśnień dla pozycji od 1 – 7, 9 i 12 - 16 działu I Formularza Cenowego. W tym zakresie ograniczył się jedynie do przytoczenia elementów z zapytania, które to elementy winny być przedmiotem wyjaśnienia. Podana przez Wykonawcę informacja dotycząca uśrednienia pozycji oraz uwzględnienia w wycenie średniej odległości wszystkich sygnalizacji od bazy wykonawcy, bez poparcia jej wyliczeniami i dowodami, nie stanowi wiarygodnego argumentu. Wykonawca nie udowodnił w jaki sposób posiadane doświadczenie oraz potencjał kadrowy i techniczny – który wskazywał – pozwoliły zaoferowanie niższej ceny.

Zamawiający podał, że wykonawca ograniczył się do oświadczenia, że wszystkie skierowane osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę do realizacji zamówienia będą otrzymywały wynagrodzenie w kwocie nie mniejszej niż ustawowe stawki minimalnego wynagrodzenia, które jest kolejnym gołosłownym twierdzeniem. Zamawiający podał, że odwoływanie się do minimalnych stawek jest niezrozumiałe, ponieważ do realizacji usługi wymagane są osoby o konkretnych kwalifikacjach, co ma bezpośrednie przełożenie na ich wynagrodzenie – a z wyjaśnień nie wynika czy osoby posiadają wymagane certyfikaty lub zaświadczenia producentów lub czy w cenie oferty uwzględniono koszt uzyskania tych certyfikatów przed

rozpoczęciem pracy. Zamawiający podał, że wykonawca nie udowodnił, że stawka roboczogodziny w wysokości 18 złotych była uwzględniona przy kalkulacji usługi, nie wykazał również jakie elementy wynagrodzenia stawka ta zawierała. Wykonawca nie podał konkretnej ilości osób, odwołał się do postanowień SWIZ.

Wykonawca nie przedstawił, według Zamawiającego, szczegółowej kalkulacji wymaganych wyjaśnień dla pozycji 1, 2, 3, 5-10, 12, 13, 23, 25, 28 - 32, 34 i 35 działu II Formularza Cenowego. Wykonawca przytoczył zakres zapytania Zamawiającego, a wyjaśnienia ograniczył do podania łącznej wartości robocizny i sprzętu dla każdej pozycji, wskazując, że ze względu na własny sprzęt do obliczeń przyjęto wartość Sprzęt = 0,1\* Robocizna. Zamawiający nie zgodził się z takim wyjaśnieniem, ponieważ każda czynność/roboty określona w dziale II wymaga innego nakładu robocizny oraz innego zaangażowania sprzętu, tym samym udział sprzętu w koszcie robocizny będzie zróżnicowany. Fakt, że sprzęt jest własnością wykonawcy nie oznacza od razu, że koszty związane z wykorzystaniem sprzętu będą minimalne, chociażby z tej przyczyny, że sprzęt wymaga użycia materiałów eksploatacyjnych (jak np. paliwo). Wykonawca nie podał ani przewidywanych ilości roboczogodzin ani stawek przyjętych do kalkulacji. Wysokość tych stawek wynika wyłączenie z załącznika do Formularza Cenowego, który dotyczy napraw innych niż wymienione w dziale II Formularza Cenowego.

Wykonawca złożył oferty handlowe dotyczące zakupu wymaganych do realizacji usług materiałów, jedna z nich datowana jest na dzień 01.02.2018 r., po dniu otwarcia ofert. Dodatkowo dwie z trzech budzą wątpliwości Zamawiającego co do merytorycznej wartości zawartych w nich informacji – wskazano nazwę produktu nie podając ani producenta ani modelu ani chociażby parametrów potwierdzających, że dany produkt spełnia wymagania Zamawiającego. Zamawiający nie ma pewności czy ceny oferowane za jednostkowy produkt są adekwatne do cen produktów wymaganych przez Zamawiającego (przykładowo – jest wiele typów kamer wideodetekcji, cena konstrukcji bramowej (rurowej) wraz z listwami łączeniowymi zależna jest od wymiarów takiej konstrukcji. Oferty nie mogą być potraktowane jako wiarygodny dowód w sprawie.

Wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień co do sposobu kalkulacji stawki roboczogodziny wykwalifikowanego pracownika, gdyż stawka ta jest znacząco zaniżona w stosunku do stawki przyjętej przez Zamawiającego przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia – w tym zakresie wykonawca nie udzielił żadnych wyjaśnień.

VI.

Izba zważyła:

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny takie jak korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę – informacje jakie przedstawił wykonawca na wezwanie Zamawiającego - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień zobowiązany jest wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając na uwadze obecne brzmienie art. 90 ust. 2 ustawy zachowuje swoją

aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest.

Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów, natomiast w obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słusność, wprost wskazując ww. przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska. Wymaga zaznaczenia również, że wykonawca powyższe musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, zawierać konieczne odpowiedzi na wszystkie wskazane przez Zamawiającego wątpliwości (np. zadane pytania co do wyceny poszczególnych elementów) oraz odnosić się do pozostałych elementów wpływających na wycenę oferty. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej kadry, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych od dostawców, położeniu siedziby etc... przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka,

może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Odnosnie kwestii dotyczącej składanych przez wykonawców wraz z wyjaśnieniami dowodów Izba wskazuje, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie przedmiotów dostaw czy realizowanych usług etc...) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi. Zaznaczenia wymaga, że o tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy, to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, specjalnej ofercie cenowej za świadczone usługi i inne wpływające na cenę). Jeżeli natomiast okoliczności, jakie przywołuje wykonawca w wyjaśnieniach dotyczą wyłącznie założeń przyjętych do kalkulacji ceny, to wówczas trudno jest oczekiwać od wykonawcy, aby posiadał i złożył dowody mające inny walor niż oświadczenie własne wykonawcy. W takiej sytuacji w zasadzie ustalenie, czy cena ma charakter ceny rażąco niskiej, opierać się będzie na samych wyjaśnieniach wykonawcy, a dla oceny tych wyjaśnień każdorazowo będzie mieć znaczenie ich treść.

Pamiętać należy również, że to wykonawca został zobowiązany do wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tym samym załączenie dowodów do składanych wyjaśnień odnośnie okoliczności, które nie są zależne od wykonawcy, a które udało mu się pozyskać (wynegocjować, ustalić, wypracować w kontaktach gospodarczych i innych formach etc...) na potrzeby wyceny danego zamówienia jest w zasadzie niezbędne i konieczne, aby owo wykazanie realności zaoferowanej ceny było rzeczywiste. Podkreślić należy ponownie, że to wykonawca musi wykazać rzeczywistość, realność zaoferowanej ceny w postępowaniu.

Izba, mając na uwadze powyżej ustalony stan faktyczny spraw, jak również argumentację prawną przedstawioną powyżej przez Izbę, uznała za niezasadny zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego, mimo, że cena jego oferty nie ma charakteru rażąco niskiej i obejmuje wszystkie elementy wymaganego przedmiotu zamówienia oraz zarzut odwołania naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy przez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w zakresie istnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz naruszenia art. 7 ustawy przez prowadzenie postępowania, który narusza zasady.

Uwzględniając powyższą argumentację prawną, która w pełni stanowi uzasadnienie dla oceny złożonych wyjaśnień przez Odwołującego w zakresie każdej z części zamówienia, których dotyczy odwołanie Izba uznała, że wyjaśnienia tego wykonawcy, w szczególności nie odpowiadają na wezwanie Zamawiającego, nie odnoszą się do skonkretyzowanych pytań Zamawiającego, a w efekcie są lakoniczne, niekonkretne i w zasadzie nie wykazują, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest rażąco niska. Izba podzieliła argumentację Zamawiającego zawartą w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego w części 2, 5 i 6 zamówienia.

Odwołujący złożył wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego, jednakże w ocenie Izby nie były one wystarczające, co więcej nie zawierały one odpowiedzi na skonkretyzowane pytania, wnioski Zamawiającego zawarte w wezwaniach do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów zaoferowanej ceny. Warto w tym miejscu podkreślić, że sam Odwołujący w przedstawionym odwołaniu potwierdził szczegółowość wezwania Zamawiającego oraz wymagania przedstawienia przez Odwołującego szczegółowej kalkulacji, uznając wezwanie za chybione ze względu na treści wezwania Zamawiającego odnoszącą się do szczegółowej kalkulacji elementów składających się na zryczałtowane ceny jednostkowe. W tym również miejscu Odwołujący przyznała, że odnosił się do ogólnych czynników składających się na zryczałtowane ceny jednostkowe.

W tym miejscu Izba odniesienie się do podnoszonej argumentacji Odwołującego, przebijającej z uzasadnienia odwołania, a odnoszącej się do nieprawidłowości wezwania wykonawcy do składania wyjaśnień w zakresie elementów zaoferowanej ceny, w tym do składania wyjaśnień odnoszących się do poszczególnych pozycji Formularza Cenowego, które to ceny w pozycjach stanowią ceny ryczałtowe. Izba wskazuje, co już zostało podane powyżej w argumentacji prawnej Izby, że na tym etapie postępowania Izba poddaje ocenie jedynie zasadność dokonanej przez Zamawiającego oceny złożonych wyjaśnień wykonawcy,



tym samym Izba nie poddaje pod ocenę zasadności samego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jak również nie poddaje pod ocenę treści wezwania jakie zostało skierowane do wykonawcy w zakresie wykazania elementów ceny oferty mających wpływ na wartość ceny oferty, ponieważ były to czynności uprzednie Zamawiającego, czynności z 26 stycznia 2018 roku.

Izba wskazuje, że ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy podał, że Zamawiający wzywa wykonawców do składania wyjaśnień w sytuacji, gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Z tej części przepisu wynika jednoznacznie, że to cena oferty lub koszt albo ich istotna część składowa ma wydawać się rażąco niska i budzić wątpliwości Zamawiającego, aby wzywał on do złożenia wyjaśnień. Podkreślenia wymaga, że to każdorazowo Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji, należy pamiętać, że obecnie Zamawiającemu musi „wydawać się”, że zaoferowana cena jest rażąco niska i jednocześnie musi „budzić wątpliwość” Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za tą zaoferowaną cenę.

Pierwszą z przesłanek należy rozpatrywać w kontekście uprawnienia Zamawiającego, jednakże uprawnienia, z którego Zamawiający nie może korzystać swobodnie i które musi odnosić do danego postępowania o zamówienie rozpoznawanego w danych realiach rynkowych, to nie może „wydawać się” Zamawiającemu pozornie co do istnienia, bądź pozornie nie „wydawać się”. Pierwsza z przesłanek stanowiących podstawę zwrócenia się Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie zaoferowanej ceny oferty zaistnieć musi wespół z drugą przesłanką tj. zaoferowana cena musi budzić wątpliwości Zamawiającego tzn.: że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z przedmiotem tego zamówienia wskazanym w SIWZ, że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa jak również, że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z zasadami sztuki zawodowej np.: przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych z zachowaniem określonych standardów.

W rozpoznawanie sprawie Zamawiający wskazał w wezwaniach na wątpliwości jakie pojawiły się po stronie Zamawiającego, a które legły u podstaw wezwania. Zamawiający, w przypadku części 5, w której cena całkowita oferty Odwołującego była niższa od ceny

wartości zamówienia o 32,48 % zobowiązany był, zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy, do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Wykonawca odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie określonym przez Zamawiającego w zasadzie uznał czynność Zamawiającego. Jeżeli wykonawca nie zgadzał się z zasadnością wezwania do złożenia wyjaśnień, nie zgadzał się z zakresem tego wezwania, jak również uznawał, że dane informacje nie podlegają wyjaśnieniu powinien był dać wyraz tym wątpliwością na tamtym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w terminie do dnia 5 lutego 2018 roku. Wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy rodzi po stronie wykonawcy konkretne obowiązki i skutkuje konkretnymi działaniami Zamawiającego mogącymi mieć określone, daleko idące skutki w stosunku do wykonawcy, dlatego też działania wykonawcy winny być adekwatne do poszczególnych czynności Zamawiającego. Wskazywanie na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, po złożonych wyjaśnieniach, wątpliwości co do samego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jego zakresu i wymagań odniesienie do szacunkowej wartości zamówienia i innych podnoszonych przez Odwołującego w tym zakresie należy uznać za spóźnione. Gdyby chcieć oceniać czynności w postępowaniu jak wskazuje Odwołujący, to nie czynność Odwołującego podlegałaby ocenie ale działanie Zamawiającego, które podjęte zostało w styczniu.

Przyjmując systematykę z odwołania Izba wskazuje, że Odwołujący, że w jego ocenie katalog czynności wynikający z OPZ, SWIZ i wezwania Zamawiającego był otwarty – tym samym w ocenie Izby potwierdził Odwołujący, że po pierwsze zrozumiał wezwanie, a po drugie, że miał świadomość zakresu informacji jakie mają zostać ujęte w wyjaśnieniach co do wykazania czynności jakie zostały ujęte w poszczególnych pozycjach Formularza Cenowego. Zamawiający wskazał, że wymagał podania szczegółowych wyjaśnień i kalkulacji dla wymienionych pozycji działu I każdej z trzech części, z wyszczególnieniem elementów, które zostały uwzględnione w cenach. W ocenie Izby w sposób bardziej jasny i precyzyjny Zamawiający skonkretyzował swoje wymaganie. Wykonawca dla każdej z wymaganych pozycji powinien był podać wymagane informacje identyfikujące tą pozycję i uwzględniające w niej realne elementy. Samo przytoczenie treści SWIZ, co było podane w wezwaniu i wynika z dokumentacji postępowania – nie stanowi złożenia wyjaśnień identyfikujących poszczególne pozycje. Brak również wskazania w wyjaśnieniach wymaganej przez Zamawiającego kalkulacji poszczególnych wymaganych pozycji. Fakt, że cena w tych pozycjach (dział I Formularza Cenowego), zgodnie z pkt 15.3.1. SIWZ, to zryczałtowane miesięczne koszty wykonania usługi, zgodnie z pkt 5.1.1 i pkt 4 i 10.1 OPZ nie powoduje, że nie jest niemożliwe podanie wyjaśnień i kalkulacji dla danych pozycji. Również koszty zryczałtowane podlegają wyjaśnieniu w ramach procedury z art. 90 ustawy. W przeciwnym

wypadku, uznając za właściwą argumentację Odwołującego należałoby uznać, po pierwsze, że nie ma możliwości zastosowania procedury z art. 90 ustawy do zryczałtowanych cen i w ten sposób martwą byłaby przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, której nie może zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem zastosować Zamawiającego bez uprzedniego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy – a nie taki jest cel ustawy. Po drugie, należy podkreślić w ocenie Izby, że wskazane przez Zamawiającego wynagrodzenie nie jest to wynagrodzeniem kosztorysowym, do którego tak chętnie odnosi się Odwołujący w swoim stanowisku. Po trzecie, wykonawca ustalając zryczałtowane miesięczne koszty wykonania usługi dla poszczególnych pozycji musiał również dokonać ich obliczenia uwzględniając zakres realizowanego zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący wskazywał, że nie ma znaczenia kalkulacja w ramach danych pozycji, bowiem na etapie realizacji umowy bo wykonawca rozlicza się o cenę pozycji, a nie poszczególne elementy danej pozycji. Nie można zgodzić się z takim twierdzeniem Odwołującego, bowiem waśnienie oceny elementów składających się na wartość danej pozycji pozwala na stwierdzenie realności ceny danej pozycji, które te ceny składają się na cenę całej oferty.

W ocenie Izby również niezasadna jest argumentacja wskazująca, że „wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy poszczególnymi pozycjami kalkulacji cenowej”. Dalej Odwołujący argumentował w odwołaniu, że żądanie wyjaśnień przez Zamawiającego ma się „nijak” do wyceny całkowitej danej pozycji, bowiem koszty w jej obrębie mogą być przenoszone. W ocenie Izby argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, a wniosek ze stanowiska jakie prezentuje Odwołujący sprowadza się do stwierdzenia, że wykonawca mógł przenosić koszty realizacji zamówienia pomiędzy poszczególnymi pozycjami oraz poszczególnymi elementami w konkretnych pozycjach. Fakt, że Zamawiający nie zakazał takiej czynności nie oznacza jednoznacznie, że takie działanie jest dopuszczone; natomiast jeżeli Odwołujący dokonywał takich przesunięć, o czym nie ma mowy w wyjaśnieniach, a wskazuje na to argumentacja podnoszona w odwołaniu, to był to winien wykazać w złożonych wyjaśnieniach podając jednocześnie te elementy, które przeniósł z poszczególnych pozycji do innych pozycji i koszty jakie się z tym wiążą oraz powinien był wykazać jak w zakresie poszczególnych elementów w danych pozycjach dochodzi do przesunięć określonych przez Zamawiającego zadań. Jednocześnie w ocenie Izby Odwołujący w odwołaniu używając określeń „przenoszenie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami kalkulacji cenowej” oraz „dowolnie przenosić koszty pomiędzy poszczególnymi elementami w ramach pozycji” wskazał dwie różne możliwości przesunięć kosztów, czego nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, jak również zabrakło precyzyjnej argumentacji w zakresie przenoszonych kosztów pomiędzy pozycjami, co w ocenie Izby jest

niedozwolone. W ocenie Izby argumentacja ta przedstawiona w odwołaniu została jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego w celu próby wyjaśnienia brakujących w złożonych wyjaśnieniach informacji, a potwierdza to w ocenie Izby samo stanowisko Odwołującego zaprezentowane na rozprawie, wskazując na możliwość przenoszenia kwot przez innych wykonawców w ramach ich ofert. Dodać należy również w tym miejscu, że przy uwzględnieniu stanowiska Odwołującego o dopuszczeniu przesunięć kosztów w ramach poszczególnych pozycji – o czym nie ma mowy w wyjaśnieniach Odwołującego – Zamawiający nie wiedziałby za co płaci na etapie realizacji zamówienia dokonując płatności za daną pozycję.

W wyjaśnieniach Odwołujący podał, że pozycje których wyjaśnienia żądał Zamawiający zostały uśrednione – czyli wartości poszczególnych pozycji nie stanowią odwzorowania realnie i faktycznie ponoszonych kosztów, uwzględniających poszczególne wymagane przez Zamawiającego przy realizacji zamówienia elementy wchodzące w skład poszczególnych pozycji. Odwołujący nie złożył wyjaśnienia w zakresie poszczególnych pozycji wymaganych przez Zamawiającego. Wykonawca nie wykazał w wyjaśnieniach, że przenosił jakieś koszty pomiędzy pozycjami, jak również nie wykazał kosztów elementów wchodzących w skład poszczególnych pozycji (co uniemożliwiało wykazanie przenoszenia kosztów pomiędzy pozycjami jak i w danej pozycji pomiędzy elementami tej pozycji), nie wykazał realności uśrednionej ceny, która to uśredniona wartość również nie spełniała wymagań określonych przez Zamawiającego. Realności wyceny poszczególnych elementów wchodzących w skład pojedynczych pozycji w dziale I Formularza Cenowego dla każdej części zamówienia (przekłada się na cenę całej oferty dla danej części zamówienia) odwołujący nie wykazał, co potwierdza wskazane przez Odwołującego w wyjaśnieniach uśrednienie kosztów pozycji, których wyjaśnienia wymagał Zamawiający. Dosłownie mówiąc, Zamawiający nie otrzymał informacji o szczegółowych kalkulacjach dla danych pozycji, z wyszczególnieniem elementów które tam zostały ujęte (bo nie stanowi tego przepisania wezwania) lecz dowiedział się, że ceny są uśrednione – czyli niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co już potwierdza prawidłowość i zasadność działania Zamawiającego i odrzucenia oferty Odwołującego. Nie sposób zgodzić się również z twierdzeniem, że Zamawiający nie może żądać wyjaśnienia elementów, pozycji zamówienia. Izba wskazuje, mając na uwadze, że jest to argumentacja Odwołującego spóźniona o czym była mowa powyżej, że zasadnie postąpił Zamawiający podając konkretne punkty pozycji, które wymagają wyjaśnienia co do kosztów elementów składowych tych pozycji, a mających swoje źródło co do zakresu przedmiotu zamówienia w SIWZ. Zamawiający oceniając ofertę bada poszczególne pozycje oferty i to przez pryzmat poszczególnych pozycji oferty można oceniać całość oferty. Jeżeli bowiem dany składnik oferty, tak jak w tym przypadku dane pozycje stanowią w ocenie

Zamawiającego element do wyjaśnienia, to w tym zakresie wzywa do wyjaśnienia - ale w przypadku braku takiego wyjaśnienia, cena oferty – która składa się z poszczególnych składników uznawana jest za cenę rażąco niską (bo jej elementy są niedoszacowane, bądź nie zostało wykazane w jaki sposób zostały oszacowane na tak niskim poziomie i co realnie stanowi o takim poziomie ceny oferty).

Odwołujący podniósł, że nie może Zamawiający odrzucić na podstawie braku podania szczegółowej kalkulacji i wyjaśnień w zakresie wchodzącym w skład cen jednostkowych, których Zamawiający nie zna i nie znał, Izba uznała za mylne i chybione. Odwołujący nie podał zgodnie z wezwaniem informacji jakich wymagał od niego Zamawiający, nie podał elementów jakie skalkulował w poszczególnych pozycjach działu I każdej z części zamówienia i bez znaczenia dla oceny złożonych wyjaśnień jest to czy Zamawiający zna czy znał ceny tych elementów, ponieważ Zamawiający oceniając realność poszczególnych cen nie „przymierza” ich do swoich obliczeń, posiadanych wycen, tylko ocenia ich realność na podstawie przedstawionych wyjaśnień Zamawiającego. Gdyby uznać argumentację Odwołującego za prawidłową należałoby stwierdzić, że o realności wyceny świadczy jej porównywalność z tym co obliczył Zamawiający, a to nie jest prawidłowe działanie. Szacowanie Zamawiającego ma znaczenie na etapie wezwania, ale również określone jest ono decyzyjnością Zamawiającego, o czym Izba argumentowała wyżej. Tym samym dowody powołane w punkcie 1 uzasadnienia odwołania stają się bezprzedmiotowe dla oceny argumentacji Odwołującego, świadczą one tylko o tym co w ich treści zostało zawarte.

Podsumowaniem tej części zważeń Izby, oraz jednoznacznym potwierdzeniem zasadności stanowiska prezentowanego przez Izbę jest stanowisko Odwołującego zaprezentowane na rozprawie, gdzie podał konkretne czynności mieszczące się w poszczególnych pozycjach (*objazdy, drobne wymiany takie jak wymiana żarówki, halogenu, podprostowanie maszty, dokręcanie odpowiednich kabli*), które jak oświadczył sam pełnomocnik nie zostały podane w złożonych wyjaśnieniach, ale – co w ocenie Izby jest jednoznaczne – były możliwe do wskazania.

Zamawiający wymagał podania ilości osób realizujących zamówienie wskazane w dziale I Formularza Cenowego oraz koszty ich wynagrodzenia. Wykonawca nie podał ilości osób, samo odwołanie się do treści SWIZ w szczególności do danego punktu, z zaznaczeniem w wyjaśnieniach, że to na chwilę obecną – nie stanowi odpowiedzi na pytanie o ilość osób. Również nie znajduje uzasadnienia w ocenie Izby wskazywanie przez Odwołującego, że zrozumiał wezwanie jako „konieczność podania ilości osób zatrudnionych na umowę o pracę” – ale nawet przy takiej argumentacji nie podał wymaganych informacji.

Odwołanie się do SWIZ nie stanowi podania, wskazania, o świadczenia ilości osób skierowanych do realizacji zamówienia. W SWIZ Zamawiający nie podał w żadnym miejscu, że wymaga konkretnej ilości osób do realizacji zamówienia, to pozostawało po stronie wykonawcy, jedynie Zamawiający określił minimalne wymagania przez ukształtowanie warunku, do którego w wyjaśnieniach odwołał się Odwołujący poprzedzając to stwierdzeniem „w szczególności”.

W trakcie rozprawy Odwołujący był w stanie podać ilość osób dla realizacji zadań z działu I części zamówienia, co oznacza, że mógł również uczynić to na wezwanie Zamawiającego. Wykonawca również nie podał kosztów wynagrodzenia pracowników za pracę – w sumie skoro nie podał ilości pracowników, to nie mógł podać kosztów ich pracy. Samo podanie, że osoby „będą otrzymywały wynagrodzenie w kwocie nie mniejszej niż ustawowe stawki minimalnego wynagrodzenia – zgodnie z wymaganymi ustawy pzp.” nie oznacza nic, ponieważ nie wskazuje jakie będą otrzymywać wynagrodzenie, a to że nie może być niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę określone stosowanymi przepisami wynika z ustawy. Brak podania kosztów faktycznie pobieranego wynagrodzenia przez wykonawców stanowi brak odpowiedzi na wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, choć pytanie było jasne i precyzyjne.

W trakcie rozprawy Odwołujący podał, że skalkulował wartość wynagrodzenia pracowników - dla 3 pracowników, które będzie wynosiło 12 741 złotych (jest to cały koszt pracodawcy). Jednocześnie Izba zaznacza, że wynagrodzenie i ilość pracowników jakie podał w trakcie rozprawy Odwołujący dotyczyły się działu I część 5 i 6 zamówienia, w których dokonał obliczeń (*ma zrobione kalkulacje dla wartości podanych w poszczególnych pozycjach formularza cenowego dla części 5 i 6 dla wszystkich pozycji z działu pierwszego*). Potwierdza to, że po pierwsze dla działu I części 5 i 6 mógł podać te informacje w wyjaśnieniach, jednakże tego nie zrobił. Natomiast wynika z argumentacji Odwołującego, że na moment składania oferty i w dniu rozprawy nie posiadał takich kalkulacji w przypadku działu I części 2 zamówienia, nie podał ich w trakcie rozprawy.

W zakresie argumentów odnoszących się do złożonych wraz z wyjaśnieniami odnośnie części 2 dokumentów oraz braku wykazania uwzględnienia stawki roboczogodziny przy kalkulacji ceny Izba wskazuje, że złożenie dokumentów, które nie są wymagane nie stanowi zarzutu w stosunku do Odwołującego. Jednakże Izba podkreśla, że osoby wskazane do realizacji zamówienia, w konsekwencji realizujące zamówienie, zatrudnione na umowę o pracę miały wykazać się stosownymi uprawnieniami a to przekłada się na koszty pracy, bądź miało znaczenie dla uwzględnienia kosztów nabycia odpowiednich zaświadczeń i certyfikatów. w tym zakresie brakło informacji w wyjaśnieniach. W zakresie wyjaśnień dotyczących części 5 również nie może stanowić skutecznego argumentu brak załączenia

dokumentów potwierdzających posiadanie zaświadczeń, certyfikatów poszczególnych osób. Jednakże podobnie jak wyżej przekłada się taka informacja na ocenę kosztów pracy.

Odnosnie podanej stawki roboczogodziny (argumentacja z części uzasadnienia odwołania z punktu 3) jaka została podana w każdej z części zamówienia, Odwołujący w odwołaniu wskazał, że miała ona jedynie charakter informacyjny i była wystarczająca – ale nie podał na czym ten charakter informacyjny polega. Lakoniczne odniesienie się do uzasadnienia odwołania zawartego w części 1 nie stanowi jakiegokolwiek uzasadnienia, ponieważ nie wiadomo o co chodzi wykonawcy.

Izba nie może domyślać się uzasadnienia faktycznego podniesionego zarzutu, poszukiwać go w uzasadnieniu odwołania i przypasowywać treści tego uzasadnienia.

Izba podkreśla, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść.

Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne

wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”

Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12.

Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

Przenosząc powyższe twierdzenia Sądu Najwyższego na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że w części odwołania zawierającej uzasadnienie faktyczne, argumentację Odwołującego brak jest jakiegokolwiek argumentacji, stanowiska faktycznego uzasadniającego podnoszone przez Odwołującego naruszenie, samo odwołanie do uzasadnienia z innego punktu uzasadnienia nie jest wystarczające w ocenie Izby, bo nie odnosi się do stawki roboczogodziny 25 zł, nie wyjaśnia dlaczego ona ma mieć charakter informacyjny, a jakkolwiek próba podjęcia interpretacji uzasadnienia przez Izbę stanowiłaby wykroczenie poza uprawnienie Izby.

Powyższa argumentacja dotycząca braku zarzutu odwołania odnosi się również do uzasadnienia odwołania zawartego w punkcie 4 – poza tym, że referuje Odwołujący



do twierdzeń Zamawiającego zawartych w punkcie 4 i podaje, że uzasadnienie analogiczne jak w punkcie 1 odwołania nie podaje żadnej argumentacji faktycznej. W ocenie Izby, uwzględniając powyższą argumentację prawną, poszukiwanie uzasadnienia faktycznego przez dokonywanie interpretacji uzasadnienia poczynionego przez Odwołującego w innym zakresie jest nieuprawnione i stanowiłoby samodzielne poszukiwanie i ocenę zarzutów faktycznych odwołania – co jest niedopuszczalne. W tym zakresie, podobnie jak wyżej, Izba uznała, że nie została przedstawiona w odwołaniu argumentacja faktyczna.

Odnośnie braku załączenia oferty producenta dotyczącej wgrania i wykonania programu do sterowników sygnalizacji świetlnej, Izba wskazuje, że Zamawiający w swoim stanowisku o odrzuceniu oferty Odwołującego podał, że Odwołujący nie załączył do wyjaśnień „żadnej oferty tej firmy” – firmy wskazanej w wyjaśnieniach przez Odwołującego tj. firmy Aster. Odwołujący w treści odwołania sam przyznał, że nie załączył oferty przez podanie, że „wystarczające było złożenie jedynie oświadczenia, że ww. usługi uwzględnił w swojej wycenie”. Izba wskazuje i podkreśla, że zgodnie z treścią odwołania Odwołujący zmienił oświadczenie złożone w wyjaśnieniach z dnia 1 lutego 2018 roku dla części zamówienia tj. 2, 5 działu III formularza ofertowego (w wyjaśnieniach dotyczących części 6 nie podał nazwy firmy) i wskazał inną firmę, jednocześnie załączając ofertę tej firmy. W ocenie Izby brak załączenia oferty producenta programu do sterowników, którego Odwołujący wskazuje w wyjaśnieniach, a później na etapie wyjaśnienia ceny oferty zmienia podmiot potwierdza przedstawioną na wstępie zważeń Izby konieczność załączania ofert dostawców – potwierdza to, po pierwsze, realność zaoferowanej ceny co do jej poziomu, jak również realność dokonanej wyceny w oparciu o faktyczne pozyskane oferty realizacji danych fragmentów zamówienia. W rozpoznawanym przypadku Odwołujący nie załączył do wyjaśnień oferty firmy Aster i o ile koszty własne wykonawcy i ich wykazanie oceniane jest w oparciu o oświadczenie i kalkulacje własne danego podmiotu i wpływające na tą wycenę warunki jakie wskazuje dany wykonawca, o tyle ceny jakie podaje wykonawca, a które pozyskała od zewnętrznych podmiotów i wpływające na te ceny okoliczności winny być wykazane, dla swojej skuteczności, przy użyciu dokumentów pochodzących od owych podmiotów. Izba również nie znajduje uzasadnienia dla wzywania wykonawcy do uzupełnienia dowodu załączonego do wyjaśnień. Podkreślenia wymaga również, że Odwołujący zmienił w odwołaniu podmiot wskazany na etapie składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy.

W zakresie złożonych ofert handlowych Izba stoi na stanowisku, że przedstawienie dowodów w postaci ofert handlowych, w sytuacji, gdy oferty te odnoszą się do pozyskiwanych od innych podmiotów dostaw, usług i innych stanowi niezbędny element

dowiedzenia realności oferowanej ceny w postępowaniu. Tym samym oferta handlowa składana przez wykonawcę winna referować do przedmiotu zamówienia i stanowić uszczegółowienie oświadczenia wykonawcy, jednakże aby miała ona wartość takiego dowodu winna nie być ogólnikowa i niejasna, ale precyzować przedmiot oferowany wykonawcy. Izba nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że Zamawiający miał coś wyjaśniać w zakresie złożonych ofert, bowiem dowody zostały złożone, a to że są one niewystarczające jest konsekwencją ich oceny. Fakt podania w ofercie dostawcy nazw modeli lub parametrów oferowanych wykonawcy urządzeń urealnia cenę oferty, podkreślić bowiem należy, że właśnie temu służy taki dowód. Nie dowodzi on w tym wypadku zgodności przedmiotów ale realność cen, a aby mógł dowieść takich realności musi wskazywać jakie to przedmioty zostały wycenione. Gdy brak jest tych informacji, czyli nie sposób odnieść cen do oferowanych wyrobów ocena realności ceny jest bezprzedmiotowa, czyli taka oferta dostawcy jest nieprzydatna. W zakresie daty w ofercie handlowej tj. 1 luty 2018 rok Izba zwraca uwagę, że oferta ta pochodzi z czasu po terminie składania ofert i terminie składania wyjaśnień, potwierdza ona, że wykonawca ma możliwość zakupu przedmiotów wskazanych w ofercie w określonych cenach w tym momencie, jednakże w ocenie Izby nie urealnia ceny oferty złożonej wcześniej.

W odniesieniu do zarzutu podanego w punkcie 6 uzasadnienia odwołania dotyczącego działu III każdej z części zamówienia, gdzie wykonawca był wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oraz podania kosztów pracy sprzętu i kosztów robocizny, w tym ilość i stawkę roboczogodzin Odwołujący nie podał wymaganych przez Zamawiającego informacji – Izba uznała, że brak jest uzasadnienia odwołania w tym zakresie. W ocenie Izby, uwzględniając argumentację prawną podaną powyżej w odniesieniu rozpoznania argumentacji wskazanej w części uzasadnienia odwołania w punkcie 3 i argumentacji odnośnie uzasadnienia dotyczącego punktu 4, poszukiwanie przez Izbę uzasadnienia faktycznego przez dokonywanie interpretacji uzasadnienia poczynionego przez Odwołującego w innym zakresie jest nieuprawnione i stanowiłoby samodzielne poszukiwanie i ocenę zarzutów faktycznych odwołania – co jest niedopuszczalne. W tym zakresie, podobnie jak i w wyżej wskazanych fragmentach, Izba uznała, że nie została przedstawiona w odwołaniu argumentacja faktyczna.

Izba, mając na uwadze powyżej ustalony stan faktyczny spraw, jak również argumentację prawną przedstawioną przez Izbę na wstępie rozważań, uznała za niezasadny zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 90 ust. 1 lub art. 87 ust. 1 ustawy przez

zaniechanie ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

Izba wskazuje, że zasadą wynikającą z orzecznictwa Izby i Sądów Okręgowych jak również mającą swoje źródło w orzecznictwie TSUE jest jednokrotność wzywania do składania wyjaśnień w zakresie elementów oferowanej ceny oferty, jej kosztu lub istotnych części składowych. Jedynie w przypadkach szczególnych np.: gdy w wyniku złożonych zgodnie z wezwaniem Zamawiającego wyjaśnień wynikają nowe, nieznane wcześniej okoliczności, które należy jeszcze wyjaśnić, możliwe jest wezwanie ale tylko w tym wąskim zakresie.

W rozpoznawanej sprawie wezwanie jakie skierował Zamawiający do wykonawcy było jasne i precyzyjne, a sam Odwołujący nie kwestionował tego wezwania w stosownym czasie i złożył wyjaśnienia. Izba podkreśla, że w tej sprawie np. Odwołujący nie podał ilości osób skierowanych do realizacji zamówienia, czy kosztów ich wynagrodzenia, gdzie pytania w tym zakresie nie pozostawiały żadnych wątpliwości. Słusznie w ocenie Izby wskazał Zamawiający, że kolejne wezwanie sprowadzałoby się do zadania tych samych pytań wykonawcy, co jest nieuprawnione w kontekście zasad prawa zamówień publicznych. Izba wskazuje, że wielokrotność wzywania do złożenia wyjaśnień elementów ceny oferty i składanie przez wykonawcę wielokrotnie wyjaśnień w ramach tych samych pytań czy elementów, których wyjaśnienia żąda Zamawiający, prowadzi do sytuacji, w której w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielnie zamówienia naruszono by zasadę równego traktowania wykonawców, a czego Zamawiający nie może czynić. Jednocześnie wielokrotne wzywanie do składania wyjaśnień tych samych elementów oferty narusza reguły art. 90 ust. 1 ustawy, gdzie mowa jest jedynie o wezwaniu wykonawcy, a nie prowadzeniu negocjacji. Wykonawca, który nie rozumie wezwania, bądź nie zgadza się z takim wezwaniem ma prawo to zasygnalizować Zamawiającemu, ma również inne prawa określone ustawą. Jednakże składając wyjaśnienia wykonawca ma obowiązek, wynikający również z art. 90 ust. 2 ustawy, do wykazania Zamawiającemu, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a ciężar wykazania tych okoliczności spoczywa po stronie wykonawcy.

Izba wskazuje, odnosząc się do wszystkich podniesionych zarzutów odwołania, że na kanwie zamówień publicznych granicą stosowania i naruszenia zasad w stosunku do Odwołującego jest naruszenie tej zasady w stosunku do innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców będzie miało miejsce, gdy działania podejmowane w stosunku

do Odwołującego będą powodowały inną, nierówną w postępowaniu sytuację pozostałych wykonawców lub wykonawcy. Granicą dopuszczalności działań Zamawiającego odnośnie danego wykonawcy zawsze będzie naruszenie zasady / zasad w odniesieniu do innego wykonawcy. Zasady Prawa zamówień publicznych – w tym wypadku równego traktowania wykonawców – nie są dane tylko jednemu wykonawcy, który się skarży na działania Zamawiającego, a ich ocena dokonywana w danym postępowaniu oraz podejmowane przez Zamawiającego czynności bądź zaniechania czynności oceniane w kontekście zasad muszą być dokonywane z uwzględnieniem interesów wszystkich wykonawców.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 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 ze zmianami).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....