

Sygn. akt: KIO 1431/17

WYROK

z dnia 28 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2017 r. przez wykonawcę **Z. S.A. w siedzibą w K.**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w K.**,

przy udziale wykonawcy **F. S.A. z siedzibą w W.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty F. S.A. z uwagi na rażąco niską cenę i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty F. S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w K. i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w K. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Utrzymanie urządzeń oświetlenia ulicznego i iluminacji obiektów Gminy Miejskiej K. z podziałem na cztery rejony.*

W dniu 10 lipca 2017 r. wykonawca Z. S.A. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy F. S. S.A., zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 2, art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący powołał się na załączniki do SIWZ: nr 5 (Wytyczne do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia), nr 6 (Instrukcja eksploatacji urządzeń oświetlenia ulicznego i iluminacji GMK) oraz nr 12 (cennik ofertowy) i wskazał, że z cennika ofertowego wynika, że Zamawiający nakazał wykonawcom wycenić cztery pozycje. Dwie pierwsze pozycje dotyczą konserwacji 1 punktu świetlnego, przy czym pierwsza odnosi się do czynności utrzymaniowych dotyczących punktów świetlnych standardowych, a druga dotyczy punktów LED. Oprócz tego pod pozycją 3. zostały wskazane prace związane z usuwaniem ulotek, naklejek etc. z elementów infrastruktury oświetleniowej (a zatem w szczególności słupów oświetleniowych), a pod 4. koszt obsługi Zamawiającego w zakresie zgłaszania szkód do towarzystw ubezpieczeniowych. Jednocześnie, celem realizacji prac, zgodnie z punktem 7.2 Wytycznych wykonawca miał obowiązek zapewnić minimum cztery pogotowia energetyczne wyposażone w GPS (w postaci specjalistycznych pojazdów podnośniki koszowe) pracujących 24h na dobę w każdym z rejonów miasta dla zabezpieczenia obsługi prac konserwacyjnych (minimum 1 podnośnik na rejon). Konieczność zaangażowania zespołów w systemie całodobowym została podkreślona także w dalszej części Wytycznych: „wykonawca musi zagwarantować obsługę urządzeń oświetlenia ulicznego w systemie całodobowym, tj. musi posiadać zespoły do pracy przy konserwacji i eksploatacji urządzeń oświetlenia ulicznego i iluminacji” (punkt 7.8 Wytycznych). Odwołujący podniósł, że na każdy z czterech rejonów miasta konieczne jest przedstawienie innego składu osobowego zespołu (punkt 7.10 Wytycznych), natomiast skład zespołu eksploatacyjnego musi być dostosowany *do obowiązujących norm eksploatacyjnych i przepisów BHP i Kodeksu Pracy* (punkt 7.9 Wytycznych). Zdaniem Odwołującego nie ma wątpliwości, że zamawiający wymagał, by w każdym pogotowiu prace wykonywały przynajmniej dwie osoby. Niejednokrotnie mówi on bowiem o zespołach (np. pkt 7.9 Wytycznych) czy „ekipach pogotowia” (np. pkt 7.4

Wytycznych), a zgodnie ze słownikiem języka polskiego, ekipa/zespół to grupa ludzi zebrana w celu wykonania konkretnego zadania, drużyna, grupa ludzi wspólnie pracujących, działających.

Odwołujący wskazał, że z punktu 3.1. Wytycznych wynika, że wykonawca prac eksploatacyjnych realizując zadanie ma nabywać z własnych środków finansowych niezbędne do eksploatacji materiały oraz urządzenia. Podkreślił, że Zamawiający zamiennie stosuje słowa „konserwacja” i „eksploatacja”. Szczególnie jasno widać to w odniesieniu do „cennika ofertowego” (załącznik nr 12), gdzie nakazuje on wycenić koszt „konserwacji 1 punktu świetlnego”, podczas gdy w części VIII SIWZ zatytułowanej „Opis sposobu obliczania ceny” w punkcie 7 czytamy, że: *Zamawiający informuje, że wykonawca w cenniku ofertowym (zał. 12 do SIWZ) powinien podać: a) cenę za eksploatację 1 punktu świetlnego (...).* Analogicznie zamiast słowa „konserwacja” obejmująca całość prac za 1 punkt świetlny (jak wynika to z cennika ofertowego”) Zamawiający w pkt 4.1 Wytycznych wskazał, że: *Wykonawca winien podać to ofercie (tabeli cenowej) cenę za eksploatację 1 punktu świetlnego.* W ramach ryczałtu na konserwację (eksploatację) jednego punktu oświetleniowego (pkt VIII.7a SIWZ) Zamawiający wymaga ujęcia całości kosztów eksploatacji, materiałów i wszystkich czynników mających wpływ na cenę, w tym kosztów prac i czynności dotyczących podłączeń lub wyłączeń w związku z imprezami, które będą organizowane przez GMK, jak i prac związanych z usuwaniem awarii oświetlenia powstałych podczas wypadków komunikacyjnych, aktów wandalizmu, kradzieży i działania siły wyższej oraz innych prac z zakresu oświetlenia wynikających z okoliczności, których wystąpienia nie dało się przewidzieć. Tym samym ryczałt za konserwację (eksploatację) 1 punktu świetlnego obejmuje także pewien zakres prac awaryjnych oraz powinien zawierać całość kosztów eksploatacji, materiałów i wszystkich innych czynników, a więc w szczególności pracy ludzkiej, czy też utrzymywania baz przewidzianymi w SIWZ (dyspozytorskiej, transportowej oraz materiałów zamiennych i depozytowych). Obok kosztów za konserwację punktu świetlnego zwykłego, jak i punktu świetlnego LED, wykonawca miał podać także koszt usuwania ulotek, naklejek etc. (pozycja 3 cennika), jak i prace związane ze zgłaszaniem roszczeń do ubezpieczycieli (poz. 4 cennika). Nie jest do końca jasne, czy prace wskazane pod pozycją 3-cią może wykonywać ten sam zespół, który ma realizować prace konserwatorskie (eksploatacyjne). Odwołujący przyjął w swoich wyliczeniach, że na wykonywanie prac określonych pod poz. nr 3 niepotrzebne są inne zespoły niż te, które mają wykonywać prace eksploatacyjne.

Odwołujący przedstawił kwoty zaofertowane przez F. S.:

Zadanie	Jedn. miary	Cena na jedn. miary	Limit miesięczny	Suma (cena za	Suma cen w skali roku dla
---------	-------------	---------------------	------------------	---------------	---------------------------

			(ilość pkt. do konserwacji w skali miesiąca)	miesiąc)	poszczególnych zadań
Konserwacja: 1 pkt świetlnego cena podstawowa	Szt.	2,11 brutto 1.715447 netto	56.153,00	118.482,83 brutto 96 .327,50 netto	1.421.793,96 brutto 1.155.930,00 netto
Konserwacja 1 pkt świetlnego płatnego 20% ceny podstawowej (oświetlenie LED oraz na gwarancji)	Szt.	0,42 brutto 0,341463 netto	13.038,00	5.475,96 brutto 4.452,00 netto	65.711,52 brutto 53.424,00 netto
Utrzymanie estetyki, usuwanie nieuprawnionych ulotek, naklejek, plakatów itp. z elementów infrastruktury oświetleniowej	Ryczałt na m-c	40.000,00 brutto 32.520,33 netto	1,00	40.000,00 brutto 32.520,33 netto	480.000,00 brutto 390.243,96 netto
Zdarzenia na Infrastrukturze oświetleniowej-obsługa administracyjna w celu odzyskania odszkodowania na rzecz Zamawiającego	Ilość na m-c	500,00 brutto 487,80 netto	7,00	4 200,00 brutto 3.414,60 netto	50.400,00 brutto 40.975,60 netto
Suma cen (poz. 1,2,3,4)					2.017.905,48 brutto 1.640.573,56 netto

Odwołujący wskazał, że w analogicznym zadaniu w W. F. S. wskazało jako najniższą ze swoich kwot kwotę 4,92 zł za 1 punkt świetlny za miesiąc (inni wykonawcy oferowali kwoty od ponad 4 zł za punkt świetlny), natomiast w niniejszym postępowaniu cenę 2,11 zł brutto za 1 punkt.

Odwołujący przedstawił następujące wyliczenia:

W poszczególnych miesiącach od czerwca 2017 r. do maja 2018 r. ilość godzin do przepracowania wynosi:

Okres	Liczba dni pracujących	Liczba godzin
Czerwiec 2017	21	168
Lipiec 2017	21	168
Sierpień 2017	22	176
Wrzesień 2017	21	168
Październik 2017	22	176

Listopad 2017	20	160
Grudzień 2017	19	152
Styczeń 2018	21	168
Luty 2018	20	160
Marzec 2018	22	176
Kwiecień 2018	20	160
Maj 2018	21	168

Daje to w sumie 2.000h, które pracownik winien przepracować w ww. okresie. W sytuacji gdy pogotowia mają jeździć 24 godziny na dobę każdego dnia miesiąca, liczba godzin dla jednego pogotowia przedstawia się w następująco:

Okres	Liczba dni pracujących	Liczba godzin na dobę	Liczba godzin
Czerwiec 2017	30	24	720
Lipiec 2017	31	24	744
Sierpień 2017	31	24	744
Wrzesień 2017	30	24	720
Październik 2017	31	24	744
Listopad 2017	30	24	720
Grudzień 2017	31	24	744
Styczeń 2018	31	24	744
Luty 2018	28	24	672
Marzec 2018	31	24	744
Kwiecień 2018	30	24	720
Maj 2018	31	24	744

W konsekwencji daje to 8.760h, jakie pogotowie musi realizować w ciągu roku. Aby zatem ustalić ile etatów jest potrzebnych celem „obsadzenia” takiego jednego miejsca w pogotowiu należy podzielić liczbę godzin do przepracowania w ciągu 1 roku (8.760) przez nominalny czas pracy 1 pracownika (2.000). Wynik tego działania wynosi 4,38, co oznacza, że aby zapewnić, że przez cały czas w pogotowiu będzie jedna osoba wykonawca musi zaangażować więcej niż 4 pracowników. Na zespół pogotowia winny składać się przynajmniej 2 osoby, a wymagane są 4 pogotowia, minimalna liczba etatów to przynajmniej $4,38 \times 2 \times 4 = 35,04$. Pracownicy mają również prawo do urlopu w ilości przewidzianej przepisami. Zakładając, że pracownik ma 20 dni urlopu w ciągu roku, daje to 160 godzin. Liczba 8.760h jako czas, który jest wymagany „do obsadzenia”, winno być podzielone przez 1.840h (nominalny czas pracy pomniejszony o urlopy). Powoduje to, że w rzeczywistości „na 1 miejsce” w pogotowiu potrzebnych jest 4,76 etatów, co przy pomnożeniu x2 (ilość członków zespołu), jak i ilość zespołów pogotowia (x4) daje liczbę minimalną etatów w ilości 38,08 etatu. Ponadto pracownicy biorą zwolnienia lekarskie, których koszt (do 33 dni) obciąża pracodawcę. Według danych statystycznych przeciętnie pracownik w ciągu roku przebywa 15 dni na zwolnieniu, co daje 120h nieobecności pracownika. Zestawiając to z 8.760h wychodzi konieczność zaangażowania 5,09 etatu na 1 miejsce w pogotowiu. Oznacza to, że do wyliczeń kosztów osobowych (przy czym chodzi o same etaty robocze), należy przyjąć 40,72 etatu. Koszt płacy minimalnej z wszystkimi narzutami za umowę o pracę wynosi 2.412,10 zł za 1 miesiąc pracy. W konsekwencji minimalny koszt etatów dla

pracodawcy wynosi 98.220,71 zł za 1 miesiąc, tj. 1.178.646,52 zł rocznie. W konsekwencji F. S. powinno było zabezpieczyć na wynagrodzenia osób, które wykonują pracę w samych pogotowiach:

- za 1 rok: 1.178.648,52 zł netto, 1.449.737,68 zł brutto,
- za 4 lata: 4.714.594,08 zł netto, 5.798.950,72 zł brutto.

Wykonawca musi odprowadzić z kwoty otrzymanego wynagrodzenia na rzecz fiskusa 23% VAT, a tym samym, aby posiadać niezbędną dla zapłaty wynagrodzeń w ujęciu rocznym kwotę 1.178.648,52 zł. będzie on musiał wystawić faktury na kwotę 1.449.737,68 zł (w ujęciu czterech lat faktury na łączną kwotę 5.798.950,72 zł). W związku z faktem, że praca będzie świadczona także w nocy do wynagrodzeń należy doliczyć dodatek za pracę w porze nocnej (20% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę). Na poszczególne, rozpatrywane miesiące, wynosi on:

Okres	Wysokość dodatku za 1h pracy	Ilość godzin nocnych w mieś.	Suma dodatku
Czerwiec 2017	2,38	240	571,20
Lipiec 2017	2,38	248	590,24
Sierpień 2017	2,27	248	562,96
Wrzesień 2017	2,38	240	571,20
Październik 2017	2,27	248	562,96
Listopad 2017	2,50	240	600,00
Grudzień 2017	2,63	248	652,24
Styczeń 2018	2,38	248	590,24
Luty 2018	2,50	224	560,00
Marzec 2018	2,27	248	562,96
Kwiecień 2018	2,50	240	600,00
Maj 2018	2,38	248	590,24

Daje to następującą kwotę roczną należną za dodatek za pracę w porze nocnej:

Okres	Suma dodatku	Na każde pogotowie po 2 osoby	Suma
Czerwiec 2017	571,20	8	4.569,60
Lipiec 2017	590,24	8	4.721,92
Sierpień 2017	562,96	8	4.503,68
Wrzesień 2017	571,20	8	4.569,60
Październik 2017	562,96	8	4.503,68
Listopad 2017	600,00	8	4.800,00
Grudzień 2017	652,24	8	5.217,92
Styczeń 2018	590,24	8	4.721,92
Luty 2018	560,00	8	4.480,00
Marzec 2018	562,96	8	4.503,68
Kwiecień 2018	600,00	8	4.800,00
Maj 2018	2,38	248	4.721,92

Daje to sumarycznie w ciągu roku kwotę 56.113,92 zł. Tym samym rzeczywista minimalna kwota wynagrodzenia należnego pracownikom za obsługę pogotowia wynosi 1.234.762,44 zł. Oznacza to konieczność zabezpieczenia środków:

- za 1 rok: 1.234.762,44zł netto, 1.518.757,80zł brutto,
- za 4 lata: 4.939.049,76 zł netto, 6.075,031,20 zł brutto.

Ponadto wykonawca winien był przewidzieć zwiększające się corocznie koszty pracy.

Na wypadek podważenia powyższych wyliczeń Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w specjalności ekonomia (sprawy kadrowo-płacowe) na okoliczność ustalenia jaki jest minimalny koszt wykonawcy związany z zatrudnieniem pracowników dla realizacji niniejszego zadania publicznego, a więc zapewnienia odpowiedniej liczby osób pracujących 24 godziny na dobę, a tym samym jaka winna być oferta wykonawcy (wraz z podatkiem VAT, który będzie musiał odprowadzić), by pieniądze w ten sposób uzyskane pozwoliły mu opłacić zarówno podatek VAT, jak i wynagrodzenia pracowników (z wszystkimi składkami społecznymi, które obciążają pracodawcę), z uwzględnieniem konieczności udzielania urlopów i ponoszenia kosztów związanych z L4 (wedle danych statystycznych).

Cena zaoferowana przez F. S. 2.017.905,48 zł brutto (1.640.573,56 zł netto), w skali 4 lat: 8.071.621,92 brutto (6.562.294,24 netto) oznacza, że na inne koszty F. S. pozostaje kwota:

- w skali roku: brutto: 499.147,68 zł (jako wynik 2.017.905,48 -1.518.757,80), netto: 405.811,12 zł (jako wynik 1.640.573,56 -1.234.762,44),
- w skali 1 miesiąca: brutto: 41.595,64 zł (jako wynik 499.147,68/12), netto: 33.817,59 zł (jako wynik 405.811,12/12),
- dla 4 lat: brutto: 1.996.590,72 zł (jako wynik 499.147,68*4), netto: 1.623.244,48 zł jako wynik 405.811,12*4).

Odwołujący wniósł, aby Izba zbadała wyjaśnienia F. S. chociażby w zakresie rozbitcia ceny ofertowej na poszczególne kategorie kosztów. Podniósł, że jeżeli z rozbitcia takiego będzie wynikało, że na pozostałe koszty przeznaczono niższe niż wskazane wyżej kwoty, to z pewnością cena jest rażąco niska.

Pozycja	1 miesiąc		1 rok		4 lata	
	Brutto	Netto	Brutto	Netto	Brutto	Netto
Oferta F. S.	168.158,79	136.714,46	2.017.905,48	1.640.573,56	8.071.621,92	6.562.294,24
Koszt pracowników pogotowia	126.563,15	102.896,87	1.518.757,80	1.234.762,44	6.075.031,20	4.939.049,76
Pozostałe koszty	41.595,64	33.817,59	499.147,68	405.811,12	1.996.590,72	1.623.244,48

Odwołujący podniósł, że aby oferta F. S. nie zawierała rażąco niskiej ceny koszt zakupu materiałów musiałby być całościowo (na całe 4 lata) niższy niż 1.996.590,72 zł brutto. Jakakolwiek bowiem złotówka więcej oznaczałaby, że F. S. nie jest w stanie zapewnić wymaganego obłożenia zespołów pogotowia. Zdaniem Odwołującego nie ma możliwości, aby koszty związane z zakupem materiałów były niższe niż ww. kwota.

Odwołujący podkreślił, że F. S. złożyło odwołanie w poprzednim postępowaniu na wybór oferty Odwołującego, wskazując, że wybrany wykonawca będzie musiał ponosić koszty materiałów niezbędnych do utrzymania i konserwacji oświetlenia (źródła światła, słupy, oprawy, farby do malowania, paliwo do pojazdów itp.), które według jego danych wynoszą miesięcznie około 90.000,00 zł. Uwzględniając okoliczność, że w ramach poprzedniego przetargu było więcej standardowych punktów świetlnych do utrzymania niż jest obecnie (62.726 punktów w stosunku do 56.135), to nie sposób uznać, by koszty mogły diametralnie się zmniejszyć (będą one niższe o ok. 10%). Oznacza to, że koszty materiałów, wedle poziomu przyznanego przez F. S., winny obecnie wynosić ok. 80.000 zł netto miesięcznie (4.723.200 zł brutto za 4 lata). Jednocześnie w poprzednich postępowaniach można było przy pracach odtworzeniowych używać materiałów staroużytecznych, a w obecnym jest to zakazane. W konsekwencji koszt materiałów (po wykluczeniu możliwości korzystania przez wykonawcę z materiałów zrewitalizowanych) powinien wzrosnąć, a nie zmaleć. W kwocie brutto za cały okres 4 lat mamy tym samym kwoty: 6.075.031,20 zł brutto za koszt obsługi pogotowia (wyliczone wedle stawek minimalnych) oraz 4.723.200 zł brutto za koszt materiałów (wyliczone zgodnie z oświadczeniem F. S., pomniejszone co do obecnie wymaganych do wyliczenia ilości punktów świetlnych). Daje to kwotę 10.798.231.20 zł brutto, a więc o 2.726.609;28 zł więcej niż stanowi oferta F. S..

Odwołujący podniósł, że spółki takie jak F. S. (należące do zagranicznej grupy kapitałowej) mają w zwyczaju tłumaczyć realność ceny wskazywaniem na możliwość korzystania z niezwyklej opustów dostępnych dla członków takiej grupy oraz możliwością otrzymywania materiałów od spółek ze swojej grupy kapitałowej bez konieczności ponoszenia za to jakiegokolwiek odpłatności. Odnosząc się do pierwszej z tez Odwołujący wskazał, że w 2015 r. (a więc wówczas, gdy F. S. oświadczyło, że jej koszty są na poziomie ok. 90 tys. zł netto miesięcznie) F. S. należało do tej samej grupy kapitałowej, a tym samym mogło korzystać z tych samych wypracowanych dla grupy poziomów opustów. Jednocześnie materiały z upływem czasu drożeją, a nie tanieją. Co do drugiej z tez, takie tłumaczenie jest – zdaniem Odwołującego – chybione że jest tłumaczeniem całkowicie w zamówieniach publicznych i dodatkowo powodowałoby konieczność odrzucenia oferty F. S. jako niezgodnej z treścią SIWZ. Skoro bowiem z pkt 3.1 Wytycznych wynika wymóg, aby materiały były nabywane „z własnych środków finansowych” przez wykonawcę, to w sytuacji wskazania w wyjaśnieniach, że F. S. będzie bez konieczności zapłaty używał materiałów należących do spółek z grupy kapitałowej, oferta nie będzie zgodna z SIWZ.

Odwołujący podniósł, że oprócz kosztów związanych z materiałami wykonawca musi ponieść także i inne koszty, w szczególności pracowników nadzoru, pracowników dyspozytorni, pracownika zgłaszającego roszczenia do towarzystw ubezpieczeniowych,

utrzymania baz, pozyskania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, związane z obsługą 48-miesięcznej gwarancji, jaką wykonawca ma zapewnić, związane z szeroko rozumianym BHP (w tym koszty odzieży ochronnej, koszty wody w miesiącach letnich etc.), związane z telefonami, sprzętem komputerowym na bazach, jak i z systemem GPS. SIWZ wymaga zatrudnienia dwóch pracowników nadzoru, co przy założeniu minimalnego kosztu pracy dla pracodawcy (choć trudno uwierzyć, aby osoby takie mogły zostać zatrudnione za najniższą wysokość wynagrodzenia krajowego) daje – bez podatku VAT – 4.824,20 zł miesięcznie, 57.890,40 zł rocznie i 231.561,60 zł na okres 4 lat, co po doliczeniu podatku VAT daje kwoty: 5.933,77 zł miesięcznie, zł rocznie i 284.820,96 zł na okres 4 lat. Konieczne jest również zapewnienie całodobowej obsługi dyspozytorskiej, konieczne jest więc ok. 5 etatów celem zapewnienia obsady danego stanowiska na 24h na dobę/7 dni w tygodniu. Koszty pracowników dyspozytorni to zatem 12.645,12 zł netto miesięcznie, 151.741,44 zł rocznie i 606.965,76 zł na 4 lata, co daje kwoty brutto: 15.553,50 zł miesięcznie, 186.642,00 zł rocznie i kwotę 746.568,00 zł za 4 lata. Jednocześnie można poczynić założenie, że osoba pracująca na dyspozytorni może w czasie, w którym nie przyjmuje zgłoszeń, zajmować się wypełnianiem zgłoszeń roszczeń do TU. Tym samym w koszcie osobowym dyspozytorów, który musi zostać poniesiony przez wykonawcę mamy jeszcze koszty związane z osobą do zgłaszania roszczeń do TU. Tym samym już sami pracownicy – inni niż potrzebni do obsługi pogotowia – to kwota za okres 4 lat wynosząca 1.031.388,96 zł brutto.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający w odniesieniu do baz (pkt 7.3 Wytycznych) wymagał dysponowania: bazą dyspozytorską, bazą transportową, magazynem materiałów zamiennych, magazynem materiałów depozytowych. Jedynie w odniesieniu do bazy dyspozytorskiej Zamawiający opisał jej wyposażenie (linie telefoniczne, komputer, Internet, linie komórkowe [przynajmniej 1 na rejon], faks, łączność radiową) (pkt 7.4 Wytycznych). Zdaniem Odwołującego powyższe powinny mieć powierzchnię nie mniejszą niż 100 m², co przy przyjęciu nierealnego wręcz poziomu 10 zł za m² daje kwotę 1.000 zł netto miesięcznie (12.000 zł netto rocznie, 48.000 zł netto za 4 lata), 1.230 zł brutto miesięcznie (14.760 zł brutto rocznie, 59.040 zł brutto za 4 lata). Ceny za najem 1 m² powierzchni magazynowej kształtują się bowiem na poziomie od 15 do 50 zł. Konieczne jest także ponoszenie kosztów telefonów (2 stacjonarnych, a w zakresie linii komórkowych przynajmniej 1 na rejon). Daje to przynajmniej 6 „numerów”. Najniższe abonamenty dla „dużych” podmiotów kształtują się na poziomie 15 zł za numer miesięcznie netto. Daje to zatem 60 zł miesięcznie netto (720 zł netto rocznie, 2.880 zł netto za 4 lata), jak i 73,80 zł miesięcznie netto (885,60 zł brutto rocznie, 3.542,40 zł brutto za 4 lata). W ramach ww. kwot można uznać, iż zapewniony będzie także Internet. Wymagane jest również zapewnienie komputera, jak i łączności radiowej. Komputer wraz z oprogramowaniem to koszt ok. 2.000

zł, a łączności radiowej to ok. 200 zł za urządzenie (których wymaganych jest przynajmniej 5, a to 4 dla pogotowi i 1 na bazę). W sumie jest to kwota 3.000 zł brutto.

Odwołujący podniósł, że w pozostałych kosztach należy także uwzględnić koszt związany z tym, że wykonawca zapewnia przez 48 miesięcy gwarancję i rękojmię (w czym mieści się konieczność zapewnienia odpowiedniego sprzętu i materiałów, jak i pracy ludzi). Nie może być uznana za wysoką kwota 1.000 zł miesięcznie netto (12.000 zł rocznie netto, zł netto za 48 miesięcy świadczenia usługi), a więc 1.230 zł brutto miesięcznie (14.760 zł brutto rocznie, 59.040 zł brutto za 48 miesięcy). Nie jest to nawet etat jednej osoby, nie licząc, że konieczne jest jeszcze użycie materiałów do prac gwarancyjnych. Ponadto pracownikom należy zapewnić odpowiedni ubiór ochronny, jak i inne świadczenia, które są wymagane przepisami BHP (zdaniem Odwołującego nie będzie za niską kwotą 500 zł netto za 4 lata na jednego pracownika, czyli 125 zł netto za 1 osobę na rok. W konsekwencji przy wymaganych około 40 etatach daje to kwotę 201.000 zł netto za cały 4 lata (24.600 zł brutto).

Odwołujący wskazał, że konieczne było wniesienie wadium w kwocie 300.000 zł, a na rynku nie da się spotkać tańszej oferty za takie wadium niż 500 zł netto (615 zł brutto). Jednocześnie wykonawca ma zapewnić zabezpieczenie należytego wykonania umowy i usunięcia wad i usterek. Minimalny koszt dla gwarancji tego rodzaju wynosi ok. 40.000 zł netto, czyli 49.200 zł brutto (jest to przy tym koszt jednorazowy).

Sumując powyższe koszty daje to kwotę na poziomie 1,230.426,36 zł brutto, przy czym przyjęcie stawek 10 zł za m² najmu, czy też 15 zł za jeden numer telefonu, a zatem kwot wręcz nierealnych (za niskich) pokazuje jedynie, że koszty takie należy też uwzględnić. Ponadto konieczne jest również poniesienie kosztów związanych ze sprzętem (w tym jego amortyzacją, zapewnieniem właściwego funkcjonowania, w tym koszty związane z przeglądami, ubezpieczeniami, koszty związane z paliwem). Kwota, jaką winien ponieść F. S. to rząd wielkości 8.000 zł netto miesięcznie, 96.000 netto rocznie, 384.000 zł netto na 4 lata (brutto: 9.840 zł miesięcznie, 118.080 zł rocznie i 472.320 zł brutto za 4 lata). Odwołujący przedstawił następujące zestawienie kosztów za 4 lata:

Koszt pracowników pogotowia	6.075.031,20
Koszt materiałów	4.723.200,00
Koszt sprzętu	472.320,00
Pozostałe koszty	1.230.426,36
Suma	12.500.977,56

Z powyższego Odwołujący wywiódł, że cena zaoferowana przez F. S. jest przynajmniej o 4.429.355.64 zł za niska.

Odwołujący dodał, że Zamawiający przewidział też tzw. kwotę warunkową na wykonywanie innych prac awaryjnych niż objętych ryczałtem. Kwota warunkowa miała zostać ustalona na poziomie 50% rocznej wartości zamówienia, przy czym wykonawca jest

zobowiązany do wykonania tych prac (rozliczanych następnie według S., ale Zamawiający nie jest zobowiązany do ich zlecenia). W konsekwencji powoduje to, że przy badaniu ceny należy odnieść się do kwoty za prace z pewnością zlecane wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1, 1a ustawy Pzp zwrócił się do F. S. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Podkreślił, że z wezwania wynikał wyraźny wymóg udowodnienia wyliczenia ceny, który należy odnosić do wszelkich elementów cenotwórczych, w szczególności zatem F. S. winno było wykazać stosownymi dowodami, że:

- poziom wynagrodzeń poszczególnych pracowników składa się na koszt związany z wynagrodzeniami, jaki zapewne został podany w wyjaśnieniach
- poszczególne ceny na materiały potrzebne do realizacji zamówienia pozwalają na zaproponowanie określonego poziomu cen w ofercie w zakresie materiałów
- we właściwy sposób zostały policzone i uwzględnione koszty sprzętu (amortyzacji) etc.

Odwołujący wskazał, że nie zna treści wyjaśnień (zostały one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), podniósł jednak, że w braku stosownych dowodów w świetle tak skonstruowanego wezwania nie sposób uznać, by F. S. mógł wywiązać się z obowiązku wykazania, że cena nie jest rażąco niska. Bez dowodów wymaganych przez Zamawiającego co do głównych pozycji cenotwórczych (a więc przynajmniej w zakresie kosztów osobowych, kosztów materiałowych oraz związanych ze sprzętem) jakiegokolwiek pismo F. S. nie może być uznane za złożenie udowodnionych wyjaśnień, a tym samym nie można uznać, jakoby doszło do wywiązania się przez F. S. z obowiązku określonego w art 90 ust 2 ustawy Pzp. Uzasadnia to w świetle art. 90 ust. 3 ustawy Pzp konieczność odrzucenia oferty, nie można bowiem uznać, że złożenie jakiegokolwiek dokumentu zatytułowanego „wyjaśnienia” wypełnia obowiązek złożenia wyjaśnień, ewentualnie należy uznać, że złożenie „nieprzekonujących” wyjaśnień (a więc w szczególności takich, które nie zostały poparte właściwymi dowodami) oznacza, że została zaoferowana cena rażąco niska. Gdyby złożenie jakichkolwiek „wyjaśnień” oznaczało wywiązanie się z obowiązku o którym mowa w art 90 ust. 3 ustawy Pzp, to przepis ten byłby martwy, nigdy bowiem żaden racjonalnie działający wykonawca nie złożyłby wyjaśnień, z których wynikałoby, że jego cena jest rażąco niska (po prostu wykonawca „przemilczałby” pewne koszty). Za wystarczające nie mogą być uznane wyjaśnienia, które nie są szczegółowe (a więc np. takie, które stanowią zbiorcze zestawienie kosztów), nie zostały poparte dowodami (np. znów w odniesieniu do kosztu pracowników bez załączenia dowodów, które pokażą jaki jest koszt pracodawcy, przy czym oferent miał wskazać składy zespołów, które będą realizowały zadanie, a więc nie było żadnych przeszkód aby w wyjaśnieniach dostarczyć w odniesieniu do nich ich umowy o pracę, w odniesieniu do materiałów – dowody, które ukazują realny koszt rynkowy materiałów, a nie

odnoszące się ogólnie do pozycji wykonawcy etc.). Uznanie takiego pisma za „wyjaśnienia” oznaczałoby jednocześnie naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, oferta F. S. z pewnością zawiera rażąco niską cenę, nie ma bowiem możliwości, aby w zaoferowanej cenie zrealizować usługę zgodnie z SIWZ, a tym samym albo wykonawca zakłada, że wykona ją po cenie niezapewniającej pokrycia kosztów, albo zamierza realizować usługę w sposób, który spowoduje, że Zamawiający nie uzyska świadczenia o jakości wymaganej w SIWZ. W każdym przypadku z tych przypadków oferta winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący podniósł, że oferta F. S. jest niezgodna z przepisami prawa, gdyż została w niej wskazana za mała ilość osób do wykonania zamówienia (obsadzenia pogotowia). Przepisy prawa wymagają bowiem tego, by w realizacji prac objętych przedmiotem zamówienia uczestniczyły przynajmniej dwie osoby. Ustawodawca w art. 237¹⁵ § 2 Kodeksu pracy przewidział delegację ustawową dla właściwego ministra celem wydania rozporządzenia normującego przepisy bezpieczeństwa i higieny pracy dotyczące określonych rodzajów prac. Na podstawie tego upoważnienia Minister Gospodarki wydał w dniu 28 marca 2013 r. rozporządzenie w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach energetycznych. Zgodnie z § 28 ust. 4 tego rozporządzenia prace, o których mowa w ust. 2 i 3, wykonują co najmniej dwie osoby w celu zapewnienia asekuracji. Te właśnie prace są realizowane w ramach zadania będącego przedmiotem zamówienia. Treść § 2 odnosi się bowiem do prac eksploatacyjnych przy urządzeniach energetycznych stwarzających możliwość wystąpienia szczególnego zagrożenia dla zdrowia lub życia ludzkiego, do których w szczególności zgodnie z tym przepisem zaliczono m.in. prace:

- wykonywane w pobliżu nieosłoniętych urządzeń elektroenergetycznych lub ich części, znajdujących się pod napięciem;
- przy urządzeniach elektroenergetycznych wyłączonych spod napięcia, lecz uziemionych w taki sposób, że którekolwiek z uziemień nie jest widoczne z miejsca wykonywania pracy;
- w wykopach, z zakresu konserwacji, remontów, kontrolno-pomiarowego, wykonywane przy gazociągach lub innych urządzeniach gazowniczych oraz rurociągach sieci ciepłych;
- przy wyłączonych spod napięcia lub znajdujących się w budowie elektroenergetycznych liniach napowietrznych, które krzyżują się w strefie ograniczonej uziemieniami ochronnymi z liniami znajdującymi się pod napięciem lub mogącymi znaleźć się pod napięciem, m tym przewodami trakcji elektrycznej;
- na skrzyżowaniach linii elektroenergetycznych znajdujących się pod napięciem lub mogących znaleźć się pod napięciem i przewodami trakcji elektrycznej;

Ww. prace są to właśnie prace objęte przedmiotem niniejszego zamówienia.

W odniesieniu do prac, o których mowa w § 28 ust. 2 pkt 6 rozporządzenia – prace takie są wskazane w pkt 3.31 Wytycznych, gdzie Zamawiający wskazał *malowanie metalowych części urządzeń oświetleniowych*, a są to prace polegające m.in. malowaniu wysięgników na sieciach wspólnych, niez izolowanych, w pkt 3.33 gdzie, przewidziano wymianę źródeł światła, czy też w pkt 3.24, gdzie przewidziano prace związane z usuwaniem awarii oświetlenia powstałego w wyniku wypadków komunikacyjnych, aktów wandalizmu etc. W zakresie prac, o których mowa w § 28 ust. 2 pkt 7 rozporządzenia chodzi przede wszystkim o prace awaryjne objęte ryczałtem (pkt. 3.24 Wytycznych) związane z przypadkiem uszkodzenia kabli zasilających do szaf sterujących oświetleniem ulicznym. Prace opisane w § 28 ust. 2 pkt 8 rozporządzenia związane są z pracami awaryjnymi (pkt 3.24 SIWZ), a polegają na wykonywaniu napraw uszkodzonych kabli zasilających zainstalowanych w pobliżu ciągów gazowniczych i rurociągów znajdujących się pod ziemią. Co do § 28 ust. 2 pkt 10 i 11 rozporządzenia, prace takie są prowadzone powszechnie w Krakowie, a to mając na uwadze okoliczność, że podstawowym środkiem komunikacji są tramwaje, co powoduje istnienie całej sieci przewodów trakcji elektrycznej. Tym samym przykładowo podstawowe prace przewidziane umową związane z wymianą źródeł światła są właśnie realizowane w podany sposób (dotyczy to ok. 40% źródeł światła położonych w Krakowie). Tak samo prace te będą występowały w przypadku prac awaryjnych. Zdaniem Odwołującego znaczna część prac wymaga drugiej osoby. Ponadto Zamawiający wymaga, by każde pogotowie było zaopatrzone w podnośnik (pkt 7.2 Wytycznych). Prace realizowane przez osobę na wysokości (w podnośniku) wymagają zawsze dwóch osób, podnośnik może być sterowany zarówno z dołu, jak i z samej kabiny podnośnika, przy czym potrzebna jest druga osoba znajdująca się na dole przy sterowniku dolnym, na wypadek, gdyby sterownik górny niewłaściwie działał. Osoby wykonujące prace na podnośniku znajdują się bardzo blisko zagrażających życiu urządzeń (choćby sieci trakcyjnych), a tym samym jakiegokolwiek prace wykonywane w podnośniku wymagają drugiej osoby „na dole”, która winna reagować na każde niewłaściwe funkcjonowanie kabiny znajdującej się na wysokości. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie w tym zakresie dowodu z zeznań świadka M. L. – pracownika Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wprowadził wymóg, zgodnie z którym na każdy rejon mają być zaangażowane zespoły pogotowia składające się z różnych osób (pkt 7.10 Wytycznych). Tym samym nie ma możliwości, aby po rejonach jeździły pogotowia jednoosobowe, które będą ewentualnie „uzupełniane” jedną wspólną osobą dla wszystkich rejonów, w sytuacji gdy wystąpi konieczność wykonania prac dla których wykonania potrzebne są dwie osoby. Na wypadek podważania, że do wykonywania prac

eksploatacyjnych, które zostały objęte dokumentacją przetargową, wymagane są dwie osoby, Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z zespołu biegłych w specjalności elektroenergetyka (np. sieci, instalacje i urządzenia) oraz bhp na okoliczność, że prace jakie są przedmiotem zamówienia mogą wymagać pracy przynajmniej dwóch osób, z uwagi na § 28 rozporządzenia z dnia 28 marca 2013 r., jak i fakt pracy z użyciem podnośników.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w pkt 7-11 Wytycznych wskazał, że składy zespołów winny być dołączone do oferty. Odwołujący nie zna treści tego załącznika (został on przez F. S. utajniony), ale analizując cenę podaną przez F. S. nie sposób uznać, by podali oni składy zespołów pogotowia w sposób zgodny z przepisami prawa. Skoro Zamawiający wymagał, by do oferty dołączony został wykaz takich osób, to wykaz ten winien być zgodny z przepisami. Do właściwej realizacji zamówienia potrzebnych jest przynajmniej 35 etatów (nie wliczając w to L-4 i urlopów – wówczas liczba etatów wzrasta do ok. 40), a tym samym jeżeli w wykazie zespołów jest podanych mniej niż 35 etatów oznacza to, że zarzut niezgodności oferty z prawem jest uzasadniony. F. S. zaoferowałby bowiem mniejszą liczbę osób niż wynika to z przepisów prawa (w powiązaniu z odpowiednimi wymogami SIWZ, które nakazują by składy zespołów były zgodne z przepisami). W ocenie Odwołującego stanowiłoby to również złożenie oferty niezgodnej z SIWZ, podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykaz zespołów gdzie byłoby mniej niż 35 osób stałby bowiem w sprzeczności z wymogiem postawionym w 7.9 (konieczności zgodności składów zespołów z przepisami), jak i 7.10 (rozdzielności zespołów). Ponadto – zdaniem Odwołującego – F. S. musiał założyć to, że część materiałów uzyska „nieodpłatnie” ze spółek z grupy kapitałowej.

Odwołujący podniósł ponadto, że złożenie oferty przez F. S. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnieniu dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji z rynku innych przedsiębiorców, w szczególności Odwołującego. W sytuacji bowiem, gdy cena ofertowa nie pozwala na pokrycie kosztów realizacji zamówienia, nie sposób działania F. S. potraktować inaczej niż wynika to z art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego spełniona jest przesłanka sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia, jak również utrudnieniem dostępu do rynku. W wyniku złożenia oferty z rażąco niską ceną dostęp tego rynku na czas wykonywania zamówienia będzie dla Odwołującego zamknięty. Ponadto utrudnienie dostępu do rynku może także polegać chociażby na utracie klienteli i zmniejszeniu obrotów na skutek świadczenia przez konkurencję realizacji usług poniżej kosztów ich świadczenia. Jednocześnie utrudnianie dostępu do rynku może polegać na nakierowaniu na utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania niniejszego zamówienia. Zdaniem Odwołującego nie sposób nie

uznać, by złożenie oferty z rażąco niską ceną miało nie spowodować eliminacji Odwołującego z lokalnego rynku utrzymywania oświetlenia. W sytuacji, gdy przez 4 lata F. S. realizowałby usługę utrzymaniową, Z. nie mając na lokalnym rynku podobnych zamawiających musiałoby zakończyć tę część swojej działalności, co spowodowałoby w konsekwencji, że spółka F. S. stałaby się w praktyce jedynym podmiotem, który mógłby świadczyć taką usługę (w niniejszym postępowaniu oferty złożył jedynie Odwołujący i F. S.). Tym samym doszłoby do zachwiania konkurencji przez złożenie oferty z rażąco niską ceną, po to by w przyszłych przetargach już po cenach rynkowych ofertę mógł złożyć F. S., bez udziału Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty F. S. i powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca FBSerwis S.A., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 1.1 Części I SIWZ przedmiotem zamówienia jest utrzymanie urządzeń oświetlenia ulicznego i iluminacji obiektów Gminy Miejskiej Kraków, a realizację prac ze względów organizacyjnych dzieli się na cztery rejony (Śródmieście, Nowa Huta, Podgórze, Krowodrza). W punkcie 1.2 Części I SIWZ Zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego następujące czynności w zakresie realizacji zamówienia: a) pracowników średniego szczebla technicznego – organizowanie, nadzorowanie i wykonywanie specjalistycznych prac, b) pracowników średniego i niższego szczebla – organizowanie i realizacja usługi, c) pracowników fizycznych – bezpośrednio wykonywanie usługi.

W cenniku ofertowym wykonawcy zobowiązani byli wycenić cztery pozycje:

- 1) konserwacja jednego punktu świetlnego cena podstawowa,
- 2) konserwacja jednego punktu świetlnego płatnego 20% ceny podstawowej (oświetlenie LED oraz na gwarancji),
- 3) utrzymanie estetyki, usuwanie nieuprawnionych ulotek, naklejek, plakatów, itp. z elementów infrastruktury oświetleniowej,

- 4) zdarzenia na infrastrukturze oświetleniowej – obsługa administracyjna w celu odzyskania odszkodowania na rzecz Zamawiającego.

Zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ (Wytyczne do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia):

- realizując zadanie wykonawca z własnych środków finansowych nabywa niezbędne do eksploatacji materiały i urządzenia – pkt 3.1,
- wykonawca zabezpieczy minimum cztery pogotowia energetyczne wyposażone w GPS (w postaci specjalistycznych pojazdów podnośniki koszowe) pracujących 24h na dobę w każdym z rejonów miasta dla zabezpieczenia obsługi prac konserwacyjnych (minimum 1 podnośnik na rejon) – pkt 7.2,
- wykonawca musi zagwarantować obsługę urządzeń oświetlenia ulicznego w systemie całodobowym, tj. musi posiadać zespoły do pracy przy konserwacji i eksploatacji urządzeń oświetlenia ulicznego i iluminacji – punkt 7.8,
- skład zespołu eksploatacyjnego musi być dostosowany do obowiązujących norm eksploatacyjnych i przepisów BHP i Kodeksu Pracy” – punkt 7.9.

W punkcie 1.2 Części III SIWZ Zamawiający ustanowił warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj.: Wykonawca, który weźmie udział w postępowaniu przetargowym winien dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. co najmniej dwiema osobami posiadającymi wykształcenie i kwalifikacje zawodowe: uprawnienia do kierowania pracami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Ponadto :

- wszyscy pracownicy brygad muszą posiadać świadectwa kwalifikacyjne SEP lub innych uprawnionych jednostek kwalifikacyjnych z zakresie eksploatacji do 1 kV,
- w każdej brygadzie co najmniej jeden pracownik musi posiadać zaświadczenie kwalifikacyjne do pomiarów instalacji elektrycznych,
- brygadzista każdej brygady oprócz świadectwa kwalifikacyjnego w zakresie eksploatacji winien posiadać świadectwo kwalifikacyjne SEP lub innych uprawnionych jednostek kwalifikacyjnych w zakresie dozoru do 1kV,
- 2 osoby posiadające uprawnienia do pracy pod napięciem do 1 kV na sieciach wspólnych z siecią rozdzielczą nn T..

W punkcie 3 lit. g Części IV SIWZ Zamawiający wymagał złożenia wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrole jakości lub kierowania robotami

budowanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacje o podstawie do dysponowania tymi osobami – wg zał. Nr 4 do SIWZ (wzór).

Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 15.624.247,02 zł netto (bez zamówień uzupełniających).

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty z następującymi cenami za cały okres realizacji przedmiotu zamówienia:

- oferta Odwołującego z ceną 19.996.133,04 zł,
- oferta Przystępującego z ceną 12.107.432,88 zł (2,11 zł za konserwację jednego punktu świetlnego).

Przystępujący załączył do oferty wykaz osób (załącznik nr 4 do SIWZ), który zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 15 maja 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. Zamawiający wskazał, że wartość zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi 19.217.823,84 zł, a cena oferty Przystępującego (12.107.432,88 zł) jest o ponad 30% niższa od tej wartości. Zamawiający stwierdził, że cena ta wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia (pismo z 17 maja 2017 r.), których treść wraz z załącznikami zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 9 czerwca 2017 r. Zamawiający przekazał Przystępującemu pismo wykonawcy Z. S.A. kwestionujące prawidłowość ceny oferty F. S., z prośbą o zajęcie stanowiska w tej sprawie. Pismem z 19 czerwca 2017 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia odnoszące się do zarzutów sformułowanych w piśmie Z. S.A., oświadczając, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że w aktach sprawy znajdują się następujące pisma skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego w związku z kierowanymi wnioskami o udostępnienie dokumentów:

- pismo z 4 lipca 2017 r. informujące, że w aktach postępowania znajdują się pisma i dokumenty nieudostępnione do sfotografowania z uwagi na fakt, że opatrzone są klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa bądź zawierają w swojej treści informacje, które są powieleniem tajemnicy przedsiębiorstwa,
- pismo z 10 lipca 2017 r. informujące, że pismem z 15 maja 2017 r. Zamawiający zwrócił się do F.S. o wyjaśnienie ceny oferty, a pismem z 17 maja wykonawca przedstawił szczegółowe i wyczerpujące wyjaśnienia, które po weryfikacji Zamawiający uznał za dowodzące prawidłowości ceny; Zamawiający poinformował, że zostały one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- pismo z 12 czerwca 2017 r., przekazujące wezwanie do złożenia wyjaśnień, uzasadnienie zastrzeżenia informacji, załącznik nr 3 do SIWZ oraz załącznik nr 11 do SIWZ. Zamawiający poinformował, że nie może udostępnić pozostałej korespondencji i wyjaśnień złożonych przez F. S. z uwagi na to, że wszystkie informacje zawarte w tych dokumentach objęte są klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 1 kwietnia 2017 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę złożonej oferty.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Przywołany przepis określa, jakich elementów w szczególności dotyczy wezwanie do wyjaśnień. Art. 90 ust 1a pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Obowiązek odrzucenia oferty aktualizuje się w sytuacji, gdy wykonawca 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. 2 ustawy Pzp).

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana Przystępującego nie jest rażąco niska. W ocenie Izby ww. wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał prawidłowości zaoferowanej ceny.

Wyraźnego zaznaczenia wymaga, że badając prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień, Izba mogła za podstawę tego badania przyjąć wyłącznie treść wyjaśnień udzielonych pismem z 17 maja 2017 r. w odpowiedzi na wezwanie skierowane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp. To właśnie wezwanie wszczęło bowiem procedurę, w której wykonawca obciążony został obowiązkiem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, a złożenie wyjaśnień niepotwierdzających takiej prawidłowości skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty, bez udzielania wykonawcy kolejnych możliwości złożenia bardziej szczegółowych, czy też lepiej udokumentowanych wyjaśnień. Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony m.in. w wyroku o sygn. akt KIO 2025/14, że ponowienie wezwania nie może stanowić „ratowania” oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać

jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłyby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

W niniejszej sprawie Zamawiający co prawda nie wskazał art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp jako podstawy prawnej wezwania z 9 czerwca 2017 r., a na rozprawie oświadczył, że oceny dokonał wyłącznie na podstawie wyjaśnień z 17 maja 2017 r., niemniej jednak – ponieważ Przystępujący powoływał się w postępowaniu odwoławczym na wyjaśnienia z 15 czerwca 2017 r. – wyraźnie zaznaczyć należy, że niedopuszczalne byłoby wywodzenie z ich treści braku podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego. O tym, czy oferta podlega odrzuceniu decydować może wyłącznie treść wyjaśnień z 17 maja 2017 r., w przeciwnym razie doszłoby de facto do umożliwienia Przystępującemu powtórnego złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy pierwsze wyjaśnienia były ogólnikowe i nie dowodziły prawidłowości ceny, a za takie właśnie – zdaniem Izby – należy uznać wyjaśnienia z 17 maja 2017 r. Na marginesie zauważyć należy, że Odwołujący – mimo dołożenia staranności poprzez zwracanie się do Zamawiającego o udostępnienie wszystkich dokumentów – nie miał wiedzy korespondencji między Zamawiającym a Odwołującym z czerwca br. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego prezentowanym na rozprawie, w żadnym ze wskazanych przez niego pism nie znalazła się informacja o złożeniu przez Przystępującego dodatkowych wyjaśnień.

Okoliczności powołane w piśmie Przystępującego z 19 czerwca 2017 r., podobnie jak w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu Izby, nie mogą zostać uznane za dowodzące prawidłowości ceny, przedstawienie bowiem wszelkich okoliczności i dowodów musiało nastąpić na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu, tj. w piśmie z 17 maja br., a niewykazanie w tych wyjaśnieniach, że cena jest realna, powoduje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Późniejsza próba dowodzenia prawidłowości ceny z powoływaniem się na okoliczności niewskazane w tych wyjaśnieniach, jest spóźniona.

Odnosząc się zatem do wyjaśnień z 17 maja br. stwierdzić należy, że stanowią one w większości zbiór głośłownych zapewnień wykonawcy co do prawidłowości ceny, a wskazane w nich w sposób ogólny okoliczności mające wpłynąć na obniżenie cenę w większości nie zostały poparte żadnymi dowodami. Przystępujący kilkakrotnie oświadczył w wyjaśnieniach, że cena uwzględnia wszystkie elementy opisu przedmiotu zamówienia i wszelkie wymagania opisane w SIWZ, obszernie przywołał poglądy orzecznictwa dotyczące ceny rażąco niskiej oraz przedstawił poparty poglądami doktryny i orzecznictwa wywód na temat ryczałtowego modelu wynagrodzenia. Ponadto powołał się na takie okoliczności, jak posiadane doświadczenie, know-how, znajomość rynku, siłę zakupową itp. Przedstawił

charakterystykę grupy kapitałowej, do której należy, stwierdzając, że przynależność ta pozwala na znaczącą (jednakże bliżej nieokreśloną) optymalizację działań. Powołał się na możliwość korzystania z zasobów grupy kapitałowej (i przedstawił oświadczenie jednej ze spółek, które jednak nie konkretyzuje tych zasobów) oraz na optymalizację kosztów. Powołując się na powyższe okoliczności Przystępujący nie podał żadnych szczegółowych danych, a dowodami, jakie przedstawił, są: wspomniane wyżej oświadczenie spółki z grupy kapitałowej, dwa oświadczenia kontrahentów (sprzed ponad dwóch lat) o udzielonych rabatach, ramowa umowa dotycząca zakupu paliwa oraz umowa dotycząca zasad rozliczeń zakupów paliwa z 2013 r. Pozostałe dowody to dokumenty potwierdzające realizację innych zamówień (informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty, umowy).

W zakresie struktury ceny wykonawca przedstawił wyłącznie rozbitcie ceny na materiały, robociznę, sprzęt, pozostałe koszty, koszty pośrednie i marżę. Przystępujący w sposób bardzo ogólny wskazał źródła zakładanych oszczędności w ww. pozycjach kosztowych, jednak poziom ogólności wyjaśnień nie pozwala w zasadzie na ich jakąkolwiek weryfikację, a – co najważniejsze – nie wiadomo, jakiej wielkości oszczędności założone zostały w odniesieniu do zakupu materiałów, robocizny, sprzętu oraz pozostałych kosztów. Informacje takie nie zostały podane w wyjaśnieniach.

Przystępujący nie przedstawił żadnych założeń co stanu zatrudnienia niezbędnego do wykonania zadania, co całkowicie uniemożliwia ocenę realności kosztów, które wykonawca poniesie. Nie wiadomo, ile etatów Przystępujący uznał za konieczne do wykonania zamówienia, nie sposób więc stwierdzić, czy zakładane koszty nie zostały zaniżone albo czy stan zatrudnienia nie został zaniżony do poziomu uniemożliwiającego należyte wykonanie zamówienia. Należy więc stwierdzić, że wobec niewykazania kosztów pracy niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia, Odwołujący zasadnie oparł zarzut na niedoszacowaniu tych kosztów, okoliczność przeciwna nie została bowiem wykazana przez Przystępującego, na którym spoczywał obowiązek dowodowy.

Odnosząc się do pozostałych elementów wyjaśnień należy stwierdzić, że niektóre z nich nie mogą być w ogóle uznane za szczególne okoliczności istniejące po stronie Przystępującego i pozwalające obniżyć cenę oferty w stosunku do przeciętnych cen rynkowych. Nie jest bowiem cechą właściwą wyłącznie Przystępującemu znajomość lokalnego rynku czy posiadanie doświadczenia w realizacji zadań dotyczących oświetlenia ulicznego.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia dotyczące ceny były ogólne i w znacznym zakresie nieoparte żadnymi dowodami, a zatem

wykonawca nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru wykazania, że cena nie jest rażąco niska.

Odnosząc się do wyliczeń przedstawionych w odwołaniu, zauważyć należy, że nawet przyjmując korzystną dla Przystępującego interpretację, według której w świetle postanowień SIWZ (które nie wskazywały liczby osób niezbędnych do wykonania zamówienia) możliwe było takie stworzenie obsady kadrowej w sposób inny, niż to przyjął Odwołujący, to Przystępujący nie przedstawił w wyjaśnieniach żadnych założeń i obliczeń, które można by odnieść do założeń i obliczeń przedstawionych w odwołaniu. Przyjmując nawet, że kalkulacja przedstawiona w treści odwołania nie była jedyną prawidłową i obiektywnie uzasadnioną oraz że przy istnieniu po stronie wykonawcy szczególnych okoliczności pozwalających wykonać zamówienie przy niższych nakładach finansowych, kalkulacja ceny mogła odbiegać od przedstawionej przez Odwołującego, to okoliczności takie nie zostały przez Przystępującego w wyjaśnieniach wykazane i w tym należy upatrywać zasadności zarzutu odwołania oraz podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego. W związku z tym, że naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało w tym zakresie uwzględnieniu.

Pozostałe zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie. Zarzuty te należy uznać w znacznej mierze za zbędne zwiłokrotnienie podstaw prawnych w odniesieniu do tych samych okoliczności faktycznych.

Niezasadne było zarzucenie Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty F. S. ze względu na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji z rynku innych przedsiębiorców. W odniesieniu do tego zarzutu stwierdzić należy, że niedopuszczalne zaniżenie ceny za wykonanie usługi, niepozwalające wykonać zamówienia przy pokryciu wszelkich niezbędnych kosztów, jest okolicznością uzasadniającą uznanie ceny za rażąco niską i jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Formułując zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Odwołujący zmierza do przypisania dodatkowej podstawy prawnej odrzucenia oferty do tej samej podstawy faktycznej, co należy uznać za nieuprawnione.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Odwołujący niezgodności tej

upatrywał w przyjęciu zbyt małej obsady kadrowej, niepozwalającej zachować wymogów dotyczących bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach energetycznych. Zdaniem Odwołującego prace realizowane w ramach przedmiotu zamówienia, są pracami, które zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach energetycznych wykonują co najmniej dwie osoby w celu zapewnienia asekuracji. Zauważyć należy, że w tym zakresie obowiązek dowodowy obciążał – na zasadach ogólnych – Odwołującego, który nie wykazał, aby zobowiązanie ofertowe Przystępującego naruszało ww. przepisy, a oparł się na domysłach co do zakładanej przez Przystępującego obsady kadrowej, o której wielkości Odwołujący wnioskuje z ceny oferty. To samo dotyczy zarzutu zaniechania odrzucenia oferty F. S. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który również wywiedziony został z tych samych okoliczności. Dodatkowo podkreślić należy, że Zamawiający w żadnym z postanowień SIWZ nie określił wymaganej liczby osób, ustalenie tej liczby na poziomie zapewniającym realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego należało do wykonawców (założenia w tym zakresie powinny jednak podlegać ocenie w ramach badania ceny oferty, stanowią bowiem istotny element kosztotwórczy oraz determinujący możliwość prawidłowego wykonania zamówienia). Dodatkową okolicznością w ramach tego zarzutu było nieuwzględnienie wymogu, aby materiały i urządzenia były nabywane ze środków własnych wykonawcy. Wskazać jednak należy, że wymóg nabycia materiałów i urządzeń ze środków własnych należy rozumieć w ten sposób, że koszt ich nabycia ma obciążać wykonawcę, a nie Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: