

**Sygn. akt: KIO 104/18**

**Wyrok**

**z dnia 1 lutego 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

**Protokolant: Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2018 roku przez wykonawcę: **POLLIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Radzymin**, przy udziale wykonawcy: **CEZ ESCO Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** - zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 104/18 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: Gminie Radzymin unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy POLLIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwanie Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych dotyczących wyliczenia ceny oferty.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: **Gminę Radzymin**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **POLLIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Zamawiającego: **Gminy Radzymin** na rzecz wykonawcy **POLLIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e n i e**

Gmina Radzymin [zwana dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Wymiana opraw oświetlenia ulicznego na energooszczędne ledowe w ramach realizacji Programu Gospodarki Niskoemisyjnej Gminy Radzymin* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.], [zwanej dalej: „ustawą Pzp”].

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 listopada 2017 roku pod numerem 62382-N-2017. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 12 stycznia 2018 roku Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o odrzuceniu oferty wykonawcy POLLIGHT Sp. o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (drogą elektroniczną).

W dniu 17 stycznia 2018 roku wykonawca - POLLIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [zwany dalej: „Odwołującym”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności w związku z działaniami i zaniechaniami Zamawiającego, skutkującymi dalszymi zarzutami jak niżej oraz opisanymi w uzasadnieniu;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp tj. poprzez podjęcie przez Zamawiającego wadliwej decyzji (pismo z dnia 12.01.2018 r.) o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp tj. poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego pomimo złożenia wyjaśnień wraz ze stosowną dokumentacją w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie unieważnienia decyzji odrzucenia oferty;
2. zwrot kosztów postępowania zgodnie z przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r., poz. 964) oraz 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 z późn. zm.).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący kwestionował zasadność dokonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się kolejno do przedstawionych w piśmie Zamawiającego z dnia 12 stycznia 2018 roku powodów podjęcia tej decyzji Odwołujący podnosił, co następuje.

Na potwierdzenie, że ceny materiałów przyjętych do kalkulacji są rynkowe i aktualne, przedstawił Zamawiającemu jako dowód zestawienie cen dodatkowych materiałów (innych niż lampy) oferty firmy Droker s.c. - hurtowni elektrycznej. Podnosił, iż wykazane ceny są cenami ogólnie dostępnymi a oferta firmy Droker s.c. ma charakter oferty powszechnie dostępnej. Odwołujący jest w dyspozycji również oferty hurtowni Acel, do której zwrócił się dokonując analizy rentowności przedsięwzięcia.

Z kolei na potwierdzenie, że założone w kalkulacji ceny opraw oświetleniowych są realne przedstawił „Zbiorczą kalkulację” oraz jako dowód wiarygodności skalkulowanych cen przedłożył Zamawiającemu ofertę firmy E.C. Leditech Ltd. Odwołujący stwierdził, iż zestawienie cen materiałów przedłożonych ofert firmy Droker s.c. oraz E.C.Leditech Ltd. zawiera kompleksową listę materiałów wymaganych do realizacji zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu Zamawiającego, iż w kosztorysie nie wycenił niektórych pozycji (takich jak: koszt dopuszczeń/wyłączeń na linii energetycznych po stronie nN, wykonanie zasilania szafki SON czy montaż słupa do 10m wraz z podbudową betonową w ilości 92 sztuk), Odwołujący wskazywał, że koszt

dopuszczeń/wyłączeń na linii energetycznych po stronie nN ujęty jest w kosztach pośrednich zawartych w kosztorysie, montaż słupów i szafek SON został wskazany w kosztorysie w pozycjach 28-33 z dopiskiem, że zastosowano metodę uproszczoną, (cena jednostkowa), a wartość robót została ujęta w całościowej wycenie wynikającej z kosztorysu, która zawiera koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz narzuty, z kolei słupy, fundamenty oraz szafki SON zostały wycenione w ofercie firmy Droker s.c. w pozycjach 2.1 oraz 2.4 i ujęte w tabeli kosztowej w materiałach dodatkowych.

Co do zarzutu Zamawiającego, iż oferta firmy Droker s.c. nie jest ofertą w rozumieniu art. 66 kodeksu cywilnego, skierowaną bezpośrednio do Wykonawcy, a data jej sporządzenia wskazuje, iż była ona sporządzona nie na potrzeby oferty, lecz na potrzeby udzielenia wyjaśnień, Odwołujący stwierdził, że data ta dodatkowo potwierdza, że kalkulacja cenowa przyjęta na etapie sporządzenia oferty zawiera ceny, które pozostają aktualne również na etapie przygotowywania wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny. Odwołujący podkreślił również, że oferta zawiera enumeratywnie wskazane pozycje asortymentowe mające zastosowanie w przedmiotowym zamówieniu i została podpisana przez pracownika hurtowni oraz, że dysponuje on oryginałem dokumentu. Zdaniem Odwołującego fakt posiadania oryginału podpisanego dokumentu świadczy, że dokument ten został skierowany bezpośrednio do Odwołującego. Podobny argument Odwołujący przedstawił również w stosunku do dokumentu w postaci oferty firmy E.C. Leditech Ltd. stwierdzając, iż jest w posiadaniu oryginału tego dokumentu, a to świadczy o tym, że dokument ten został bezpośrednio do niego skierowany.

Co do zarzutu Zamawiającego, iż nie wyjaśniono zasad bazowania na dużej skali zamówień generowanych w ramach grupy zakupowej z E.C. Leditech Ltd. Odwołujący podnosił, że okoliczności te przedstawił jako dodatkowe wyjaśnienie, towarzyszące „kalkulacji zbiorczej” i ofercie cenowej oraz, że uznał je za wystarczające.

Odnosnie zarzutu, iż nie wskazano wyraźnie, czy np.: firma E.C. Leditech Ltd. będzie dostawcą materiałów na rzecz POLLIGHT Sp. z o.o. oraz, że załączony do wyjaśnień dokument firmy E.C. Leditech Ltd. również nie spełnia wymogów oferty w rozumieniu art. 66 k.c., Odwołujący podnosił, że przedłożona oferta firmy

E.C. Leditech Ltd. ma charakter oświadczenia drugiej stronie woli zawarcia umowy, określa również istotne postanowienia tej umowy, stanowi wobec tego ofertę w świetle art. 66 k.c. Oferta ta zawiera zapis: „oferta ważna 1 rok”, zawiera również stwierdzenie: „Uruchomienie zamówienia następuje po pisemnym potwierdzeniu zamówienia”. Powyższe sformułowania – w ocenie Odwołującego - stanowią oświadczenie woli zawarcia umowy. Odwołujący zwrócił też uwagę, że dokument określa termin płatności - 60 dni. Zdaniem Odwołującego, wszystkie wymienione elementy wraz z zestawieniem cen stanowią istotne elementy przyszłej umowy. Ponadto, zauważył, że ocena dokonana przez Zamawiającego w ogóle nie uwzględnia okoliczności, że E.C. Leditech Ltd. jest w relacjach kapitałowych z POLLIGHT Sp. z o.o. Zamawiający został o tym fakcie poinformowany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia i wynika to wprost z dokumentu załączonego do oferty - Zobowiązanie (załącznik nr 4). Odwołujący stwierdził, iż powiązania biznesowe E.C. Leditech Ltd. mają istotne znaczenie dla przedstawionej w postępowaniu oferty Odwołującego, w szczególności ceny w niej zawartej, ale również w związku z powołaniem się na doświadczenie tego podmiotu w ofercie. W ocenie Odwołującego, okoliczność powiązań kapitałowych jest bardzo istotna i różni POLLIGHT Sp. z o.o. od pozostałych oferentów w tym postępowaniu. Jest to niezwykle ważna przewaga konkurencyjna na rynku.

Odnosnie realności kosztów zatrudnienia Odwołujący wyjaśniał, iż do obliczenia kosztów osobowych związanych z realizacją przedmiotu zamówienia posłużył się programem kosztorysowym NORMA PRO. Ta metoda kosztorysowa zakłada uwzględnienie wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników, liczbę roboczogodzin potrzebnych do realizacji poszczególnych zadań co przekłada się na liczbę osób przeznaczonych do wykonania prac związanych z zamówieniem. Wszystkie koszty związane z pracą ujęte są w kategorii kosztów bezpośrednich. Ta metoda kosztorysowa zakłada również, że podstawowe wynagrodzenie przyjęte do wyceny nie może być niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Dodatkowo w przedstawionej tabeli podsumowującej koszty związane z realizacją zadania zostało uwzględnione wynagrodzenie koordynatora projektu. W związku z tym przyjęta wycena jest zdaniem Odwołującego ceną realną, pokrywającą wszelkie niezbędne koszty osobowe potrzebne do należytej realizacji przedmiotu zamówienia.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, iż oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Oferowana cena jest ceną rzeczywistą, realną, pokrywającą wszystkie niezbędne koszty, umożliwiającą realizację przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy. Odwołujący dodatkowo powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 1287/14 oraz o sygn. akt: KIO 1133/14.

Odwołujący zauważył, że jeżeli wyjaśnienia złożone przez niego okazały się niewystarczające dla Zamawiającego to dlaczego nie wezwał go do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień. Brak takiego wezwania stanowi kolejne naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Jednakże w opinii Odwołującego złożone przez niego wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami, całkowicie potwierdzają, że dokonana przez Zamawiającego ocena oferty, jakoby zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest chybiona i pozbawiona podstaw prawnych. Zdaniem Odwołującego nie została spełniona przesłanka wynikająca z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wniesieniu odwołaniu wraz z jego kopią i wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 19 stycznia 2018 roku (drogą elektroniczną).

*Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp: Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

W dniu 22 stycznia 2018 roku wykonawca: CEZ ESCO Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [zwany dalej: „Przystępującym”] doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej – w formie pisemnej - zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Strony w toku posiedzenia niejawnego potwierdziły otrzymanie kopii zgłoszenia przystąpienia.

Izba ustaliła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym stając się uczestnikiem tego postępowania.

W dniu 29 stycznia 2018 roku Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W dniu 31 stycznia 2018 roku w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Odwołujący złożył pismo procesowe – uzupełnienie odwołania. W piśmie tym Odwołujący zawarł wniosek o wydanie zarządzenia w trybie art. 207 § 3 K.p.c. w przedmiocie wyrażenia zgody na złożenie pisma procesowego przez Odwołującego. Powyższy wniosek Odwołujący motywował istniejącą potrzebą rozszerzenia i doprecyzowania okoliczności faktycznych, jak i prawnych podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu, co, jak wywodził, z uwagi na obszerność argumentacji znacząco utrudniłoby przebieg rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Dalej, w treści przedmiotowego pisma, Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko zaprezentowane w odwołaniu i jednocześnie wskazał, że zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co skutkowało kolejnymi naruszeniami Pzp wskazanymi w pkt 3- oraz w uzasadnieniu do niniejszego uzupełnienia odwołania;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasady proporcjonalności poprzez brak formułowania wobec wykonawców wymagań w postępowaniu w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, które nie obejmowały rzeczywistych potrzeb Zamawiającego i celu, dla którego prowadzone jest niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia, co skutkowało kolejnymi naruszeniami Pzp wskazanymi w pkt 3-4 oraz w uzasadnieniu do niniejszego uzupełnienia odwołania;



- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż oferta POLLIGHT Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie poprzez odrzucenie tejże oferty, podczas gdy POLLIGHT Sp. z o.o. wyczerpująco wyjaśnił w toku postępowania jakie okoliczności o charakterze cenotwórczym wpłynęły na możliwość zaoferowania przez POLLIGHT Sp. z o.o. konkurencyjnych warunków finansowych realizacji przedmiotu zamówienia;
- 4) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez:
  - a) błędne przyjęcie, iż POLLIGHT Sp. z o.o. nie wykazał w sposób dostateczny, że oferta przez niego złożona nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
  - b) wadliwą ocenę okoliczności oraz materiału dowodowego i błędne przyjęcie, że oferta POLLIGHT Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego z dnia 29 grudnia 2017 roku do udzielenia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny, wyjaśnień Odwołującego z dnia 4 stycznia 2018 roku oraz informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Natomiast dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego przy piśmie z dnia 31 stycznia 2018 roku, tj. informacji z otwarcia ofert z dnia 28 września 2017 roku w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego – znak: ZP.271.35.2017 oraz zawiadomienia o unieważnieniu ww. postępowania Izba uznała za nieprzydatne do rozstrzygnięcia niniejszego odwołania.

Izba wzięła również pod uwagę stanowisko Odwołującego wyrażone w odwołaniu i dodatkowym piśmie procesowym z dnia 31 stycznia 2018 roku oraz stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, a także

oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 31 stycznia 2018 roku.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Ponadto, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że Odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania jako, że spełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania, tj. istnienie interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o wydanie zarządzenia w trybie art. 207 § 3 K.p.c. w przedmiocie wyrażenia zgody na złożenie przez Odwołującego pisma procesowego – uzupełnienie odwołania, sformułowanego w piśmie procesowym z dnia 31 stycznia 2018 roku i podtrzymanego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego stwierdzając, iż do postępowania odwoławczego nie stosuje się przepisów z części ogólnej K.p.c., a jedynie odpowiednio – na podstawie art. 185 ust. 7 ustawy Pzp - przepisy K.p.c. o sądzie polubownym (arbitrażowym).

Niemniej jednak Izba uwzględniła przedmiotowe pismo jako stanowisko Strony, za wyjątkiem treści obejmującej rozszerzenie/uzupełnienie zarzutów odwołania zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych, które nie mieściły się w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.*

Przedmiotem zamówienia jest wymiana opraw oświetlenia ulicznego na energooszczędne ledowe w ramach realizacji Programu Gospodarki Niskoemisyjnej Gminy Radzymin (inwestycja mająca na celu redukcję emisji zanieczyszczeń powietrza atmosferycznego), wraz z finansowaniem inwestycji.

W dniu 29 grudnia 2017 roku Zamawiający – na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp - zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny.

W dniu 4 stycznia 2018 roku – w terminie wynikającym z wezwania Zamawiającego – Odwołujący złożył dość obszernie wyjaśnienia wraz z dowodami.

W złożonych wyjaśnieniach (w części opisowej) Odwołujący odniósł się kolejno do: oszczędności metody wykonania zamówienia, wskazując na wybrane rozwiązania techniczne i wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia oraz koszty pracy, powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy i koszty finansowe. Do przedmiotowych wyjaśnień Odwołujący załączył następujące dokumenty: zbiorczą kalkulację, ofertę firmy Droker s.c., kosztorys sporządzony przez Odwołującego, kosztorys sporządzony przez firmę zewnętrzną, dwie oferty firmy E.C. Leditech Ltd. (na oprawy i system sterowania) oraz karty katalogowe opraw i systemu sterowania.

Pismem z dnia 12 stycznia 2018 roku Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu podjętej decyzji Zamawiający przyznał, że wyjaśnienia Odwołującego dotyczące wysokości zaoferowanej ceny stanowią dość obszerny materiał. Natomiast w dalszej kolejności wskazywał na swoje zastrzeżenia co do treści złożonych wyjaśnień.

I tak, Zamawiający podał, że w kosztorysie Wykonawcy nie wyceniono niektórych pozycji takich jak: koszt dopuszczeń/wyłączeń na linii energetycznych po stronie nN, wykonanie zasilania szafki SON czy montaż słupa do 10m wraz z podbudową betonową w ilości 92 sztuk.

Następnie Zamawiający podnosił, że załączony do wyjaśnień dowód w postaci oferty firmy Droker s.c. – odnoszący się do cen dodatkowych materiałów innych niż lampy – nie jest ofertą w rozumieniu art. 66 k.c., skierowaną bezpośrednio do Wykonawcy, a data jej sporządzenia wskazuje, iż była sporządzona nie na potrzeby wyceny oferty, a na potrzeby udzielania wyjaśnień.

Ponadto, Zamawiający wskazywał, że jedynie z dokumentu „Zbiorcza kalkulacja” można wywnioskować cenę zbiorczą za oprawy oświetleniowe jaką skalkulował Wykonawca, przy czym na potwierdzenie wiarygodności

ceny przedstawił ofertę firmy E.C. Leditech Ltd. z dnia 12.05.2017 r. W ocenie Zamawiającego z przedłożonego dokumentu nie wynika, że jest to oferta skierowana bezpośrednio do Wykonawcy oraz, że będzie on mógł nabyć oprawy po zaoferowanych cenach. Zdaniem Zamawiającego dokument ten nie uzasadnia przyjętej przez Wykonawcę wyceny lamp. Zamawiający podkreślił, iż nie wyjaśniono zasad bazowania na dużej skali zamówień generowanych w ramach grupy zakupowej z E.C. Leditech Ltd., a także nie wskazano czy np. firma E.C. Leditech Ltd. będzie dostawcą materiałów na rzecz Odwołującego. Stwierdził, że oferta firmy E.C. Leditech Ltd. również nie spełnia wymogów oferty w rozumieniu art. 66 k.c., w szczególności brak jest terminu związania ofertą, jak i oświadczenia woli E.C. Leditech Ltd. skierowanego do Wykonawcy, a zatem dokument ten nie spełnia podstawowych konstytutywnych cech oferty (nie jest skierowany do określonego adresata, i nie zawiera stanowczej propozycji zawarcia umowy określonej treści).

Zamawiający również podnosił, iż Wykonawca nie przedstawił żadnych założeń co do stanu zatrudnienia niezbędnego do wykonania zadania, co uniemożliwia ocenę realności kosztów z tym związanych. Nie wiadomo bowiem ile etatów Wykonawca uznał za konieczne do wykonania zamówienia.

W ocenie Zamawiającego, poziom wyjaśnień Wykonawcy nie pozwala na ocenę jakiej wielkości oszczędności zostały założone w odniesieniu do zakupu materiałów, robocizny, sprzętu oraz pozostałych kosztów. Wykonawca nie podał stopnia obniżenia ceny. Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp to na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W konsekwencji Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Jak już wcześniej zostało wskazane Izba orzeka w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, co wynika z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, dlatego też w dalszej kolejności Izba odniesie się do poszczególnych zarzutów odwołania, bez odwoływania się do zarzutów w brzmieniu wynikającym z pisma procesowego Odwołującego z dnia 31 stycznia 2018 roku.

Odnosnie poszczególnych zarzutów odwołania **Izba zważyła, co następuje:**

zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp** poprzez podjęcie przez Zamawiającego wadliwej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz

zarzut naruszenia **art. 90 ust. 3 ustawy Pzp** poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego pomimo złożenia wyjaśnień wraz ze stosowną dokumentacją w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty

- Izba uznała, że ww. zarzuty są uzasadnione okolicznościach niniejszej sprawy.

Izba odniesie się do nich łącznie, gdyż oparte są na tych samych okolicznościach faktycznych i są bezpośrednio ze sobą związane.

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.*

Przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, iż: *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp po przeprowadzeniu procedury wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp: *W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:*

1) *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;*

2) *wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu*

*postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.*

Pomiędzy Stronami nie było sporne, że Zamawiający był zobligowany na mocy przepisów prawa do wszczęcia i przeprowadzenia procedury wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Odwołującego ceny oferty. Natomiast sporna była kwestia samej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

Na podstawie zgromadzonych dowodów, w szczególności na podstawie wezwania Zamawiającego z dnia 29 grudnia 2017 roku, wyjaśnień Odwołującego z dnia 4 stycznia 2018 roku wraz z załączonymi dokumentami oraz zawiadomienia Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 12 stycznia 2018 roku Izba uznała, że Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co najmniej czynność ta była przedwczesna.

Przede wszystkim, w ocenie Izby, Zamawiający bezpodstawnie kwestionował wartość dowodową dokumentów załączonych do wyjaśnień, w tym dwóch ofert firmy E.C. Leditech Ltd. oraz oferty firmy Droker s.c.

Negatywna ocena Zamawiającego ww. dokumentów sprowadzała się w istocie rzeczy do stwierdzenia, że nie spełniają one wymogów oferty w rozumieniu art. 66 k.c., tzn. nie są skierowane do określonego adresata, nie zawierają stanowczej propozycji zawarcia umowy o określonej treści, a także nie określają terminu związania ofertą. Jednocześnie – co przyznawał i Odwołujący, i Zamawiający – największy wpływ na cenę ofertową miał koszt lamp ulicznych, na potwierdzenie którego Odwołujący przedstawił właśnie ofertę firmy E.C. Leditech Ltd. Dodatkowo należy zauważyć, że Firma E.C. Leditech Ltd. miała być podwykonawcą Odwołującego w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia.

Izba zauważa, że przepisy ustawy Pzp nie ograniczają wykonawców co do środków dowodowych, które mają oni składać w celu wykazania prawidłowości i rzetelności kalkulacji ceny oferty czy też kosztu. Przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż: *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.* Kolejny przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, którego brzmienie powołano powyżej, odnosi się do oceny *wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami.* Z przepisów ustawy Pzp wcale nie wynika, ażeby wykonawca w celu wykazania,

że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, że została rzetelnie skalkulowana, byłby zobowiązany do przedstawiania konkretnych dowodów, w tym wiążących ofert swoich potencjalnych kontrahentów. Obowiązkiem Wykonawcy jest wykazanie, że cena lub koszt jest realny i nie zawiera znamion rażąco niskiej/niskiego w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca może zadośćuczynić temu obowiązkowi za pomocą wszelkich dostępnych środków dowodowych. Takim dowodem może być również samo oświadczenie wykonawcy. Oczywiście ocena złożonych dowodów zawsze pozostaje w gestii Zamawiającego. W danych okolicznościach zasadna może być ocena, że przedłożony przez wykonawcę dowód jest niewiarygodny. Jednakże w przedmiotowej sprawie Zamawiający swoją ocenę załączonych do wyjaśnień Odwołującego ofert oparł tylko i wyłącznie na okoliczności, iż nie stanowiły one ofert w rozumieniu art. 66 k.c. Z tego tylko faktu Zamawiający wywodził, iż nie wiadomo czy Wykonawca będzie w stanie nabyć oprawy ledowe, czy materiały, po zaoferowanych cenach. W ocenie Izby takie podejście jest zbyt rygorystyczne i nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp. Wykonawca ma bowiem wykazać, że kalkulacja ceny oferty została oparta na właściwych założeniach i była rzetelna. W ocenie Izby Zamawiający nie przedstawił argumentów, które negowałyby wartość dowodową dokumentów załączonych przez Odwołującego do wyjaśnień. Ponadto, Zamawiający nie wziął pod uwagę okoliczności, iż firma E.C. Leditech Ltd. miała być podwykonawcą Odwołującego, co też dodatkowo może potwierdzać fakt współpracy obu tych podmiotów.

W dalszej kolejności zauważyć należy, że z treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika, iż Zamawiający powziął szereg wątpliwości co do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.

Zamawiający wskazywał na to, że w kosztorysie Odwołującego nie wyceniono niektórych pozycji takich jak: koszt dopuszczeń/wyłączeń na linii energetycznych po stronie nN, wykonanie zasilania szafki SON czy montaż słupa do 10m wraz z podbudową betonową w ilości 92 sztuk. Zamawiający zwrócił również uwagę, iż Odwołujący nie przedstawił żadnych założeń co do stanu zatrudnienia niezbędnego do wykonania zadania, czy też nie określił jakiej wielkości oszczędności zostały założone w odniesieniu do zakupu materiałów, robocizny, sprzętu oraz pozostałych kosztów.

Co do kwestii braku wyceny w kosztorysie kosztów wskazanych przez Zamawiającego, Odwołujący odniósł się w treści odwołania, wskazując na pozycje kosztorysu, w których zostały one ujęte. Niemniej, nie było to wcześniej przedmiotem wyjaśnień i ta kwestia powinna zostać również wyjaśniona przez Zamawiającego w ramach ponownych wyjaśnień.

Niezrozumiały jest też zarzut Zamawiającego względem przedstawienia zbiorczej ceny lamp LED a nie w odniesieniu do poszczególnych ich rodzajów, skoro sam w sposób ogólny sformułował wezwanie do wyjaśnień z dnia 29 grudnia 2017 roku.

Zdaniem Izby, skoro Zamawiający powziął konkretne pytania i wątpliwości po zapoznaniu się treścią wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, które znalazły następnie swoje odzwierciedlenie w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, a które nie zostały wcześniej wyartykułowane w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 29 grudnia 2017 roku, to powinny być one przedmiotem dalszych wyjaśnień.

Niewątpliwie wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej przez Odwołującego ceny z dnia 29 grudnia 2017 roku pozostawało na dużym stopniu ogólności i opierało się głównie na treści powołanych w nim przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący przedstawił dość obszerne wyjaśnienia wraz z dwoma szczegółowymi kosztorysami, zbiorczą kalkulacją, a nadto z ofertami kontrahentów handlowych. Zdaniem Izby, złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami w odpowiedzi na wezwanie o ogólnym charakterze wystosowanym przez Zamawiającego nie pozwalały na tym etapie postępowania przyjąć, iż cena oferty jest rażąco niska. Skoro zaś w ocenie Zamawiającego są one niepełne bądź budzą pewne wątpliwości to należy zobowiązać wykonawcę do złożenia ponownych wyjaśnień. Ponowne wezwanie powinno zostać na tyle sprecyzowane, aby wykonawca nie miał wątpliwości co do żądanego zakresu wyjaśnień czy też co do konkretnych pytań/zarzutów dotyczących okoliczności mających wpływ na cenę oferty.

W toku rozprawy podnoszono też nowe okoliczności, a mianowicie wysokość przyjętej przez Odwołującego stawki za roboczogodzinę, jak i wątpliwości czy oferta firmy E.C. Leditech Ltd. dotycząca opraw ledowych obejmuje również cło, podatek



VAT, czy też koszty związane z dostawą towarów do Polski (na co zwracał uwagę Przystępujący). Jako, że okoliczności te nie stanowiły podstawy podjętej przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, a co najmniej nie znalazły one swojego odzwierciedlenia w treści zawiadomienia z dnia 12 stycznia 2018 roku, to Izba nie rozstrzygała w tym zakresie. Izba bowiem badała konkretną czynność Zamawiającego, która znalazła swój wyraz w ww. zawiadomieniu.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołanie należało uwzględnić i orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty, w tym wezwanie Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty.

Natomiast zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności w związku z działaniami i zaniechaniami Zamawiającego, skutkującymi dalszymi zarzutami jak niżej oraz opisanymi w uzasadnieniu, Izba uznała za bezzasadny.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp: *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.*

Przede wszystkim w ocenie Izby zarzut nie został skonkretyzowany przez Odwołującego. Odwołujący nie podał na czym miałyby polegać naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czy zasady proporcjonalności. Nadto, w żaden sposób nie wykazał, by w istocie doszło do naruszenia tych zasad. Dlatego też zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp: *W wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp: *Strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – uwzględniła odwołanie. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10.000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa procesowego w wysokości 3.600 zł.

Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13.600 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych w związku z uiszczonym wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2) lit. b), a także § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....