

Sygn. akt: KIO 2178/20

WYROK
z dnia 5 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2020 r. przez Odwołującego – **FBSerwis Spółka Akcyjna**, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Ruda Śląska**, Pl. Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska

przy udziale

wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Budomont-7 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Kard. A. Hlonda 50, 41-704 Ruda Śląska zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynności z dnia 28 sierpnia 2020r. polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1pkt 2 i 4 Ustawy oraz unieważnieniu postępowania i nakazuje Zamawiającemu powtórzyć czynność oceny tej oferty.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego – Miasto Ruda Śląska i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego – Miasta Ruda Śląska na rzecz Odwołującego – FBSerwis S.A. kwotę 13.600,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez stronę 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 (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Miasto Ruda Śląska na *modernizację oświetlenia ulicznego w Rudzie Śląskiej – etap IV cz. 2* (nr postępowania: AP.271.55.2020), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17.07.2020r., nr 562924-N-2020, wobec czynności odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania, Wykonawca FBSerwis S.A., wniósł w dniu 2 września 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2178/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekome zawieranie przez nią rażąco niskiej ceny i niewykazanie rynkowego jej charakteru, w sytuacji gdy
 - a) Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił kompletne wyjaśnienia potwierdzające realność jego ceny wraz z odpowiednimi dowodami,
 - b) Podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że wyjaśnienia nie zawierały informacji wymaganych przez Zamawiającego, tj. kosztorysu zawierającego pozycje z KNNR i pozostałe, zestawienie materiałów, zestawienie sprzętu, stawkę roboczogodziny, narzuty tj. koszty pośrednie i zysk, pozostaje bez znaczenia dla oceny złożonych wyjaśnień w sytuacji, gdy SIWZ nie nakazywała wykonawcom kalkulowania cen ofertowych w oparciu o ww. elementy,
 - c) Okoliczność dotycząca nieuwzględnienia w wyjaśnieniach kosztów określonych materiałów i robocizny nie jest prawidłowa, bowiem Odwołujący koszty te uwzględnił w swojej kalkulacji, nie wydzielając ich do odrębnych pozycji,
 - d) Drobne nieścisłości i omyłki rachunkowe nie podważają wiarygodności wyjaśnień w sytuacji, gdy wskazana cena ofertowa pozwala na pokrycie wszystkich podnoszonych braków.
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność z treścią SIWZ, tj. z uwagi na załączenie do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny dokumentów potwierdzających sporządzenie kalkulacji w oparciu o materiały niezgodne z SIWZ oraz z uwagi na pominięcie w wyjaśnieniach części materiałów, które zdaniem Zamawiającego są niezbędne do wykonania zamówienia, w sytuacji gdy złożone wyjaśnienia nie zmieniają w żaden sposób treści zobowiązania ofertowego Wykonawcy co do wykonania przedmiotu Umowy z zastosowaniem konkretnych rodzajów słupów i opraw oraz zapewnienia zgodności oferty z przedmiotem zamówienia, a służyć jedynie wyjaśnieniu sposobu, w jaki została wyliczona cena ryczałtowa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty oraz unieważnieniu postępowania.

Zamawiający zawiadomił wykonawcę o wyniku postępowania w dniu 28.08.2020 r. drogą elektroniczną.

Uzasadnienie zarzutów.

W zakresie podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Zamawiający w uzasadnieniu wskazał na brak ujęcia w wyjaśnieniach tożsamego z przedmiarem robót, zawierającego pozycje KNNR wyliczenia kosztów niektórych materiałów i robocizny oraz drobne błędy rachunkowe.

W świetle zapisów siwz, w których brak było wymagań, co do sposobu skalkulowania ceny, czy też wypełnienia kosztorysu dołączonego do oferty, Wykonawca mógł skalkulować cenę ofertową w taki sposób, jaki uważał za słuszny – niekoniecznie metodą kosztorysową, w oparciu o przedmiar załączony przez Zamawiającego. Odwołujący nie kalkulował ceny ryczałtowej w ten sposób i nie opierał się na normach KNNR, które w jego ocenie nie odzwierciedlają rzeczywistych nakładów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia (są zawyżone). Tym samym wyliczenie w oparciu o normy, w ujęciu tożsamym do przedmiaru robót, nie mogło prowadzić do rzeczowego wyjaśnienia ceny, a jedynie prowadziłyby do sztucznego rozbicia ceny na pozycje. Informacje podane w wyjaśnieniach, jakkolwiek zaprezentowane w formie innej niż wymagał Zamawiający, w sposób jednoznaczny potwierdziły możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w ramach zaoferowanej ceny.

Wskazane przez Zamawiającego błędy w wyliczeniu sumy pozycji 2, 4, 5, 6 i 7 kosztorysu ofertowego miały charakter drobnych omyłek rachunkowych, a różnica na poziomie 4.619,52 zł mogła być pokryta w cenie ofertowej (z rezerwy lub zysku).

Zamawiający wskazał na rzekomy brak ujęcia w cenie kosztów betonowej kostki brukowej, kabla YAKXS, tłucznia kamiennego, zestawów montażowych do wykonania muf z rur termokurczliwych, wyłączeń zasilania stacji transformatorowej, odtworzenia trawnika oraz sprawdzenia i pomiaru 1-fazowego obwodu elektrycznego niskiego napięcia. Pozycje te Odwołujący ujął w robotach towarzyszących, a nie w podstawowym zakresie zadania we wskazanych punktach:

1. betonowa kostka brukowa w obmiarze 414,1 m² wraz z robotami montażu i demontażu kostki – pkt „Wymiana słupa + demontaż starego słupa oraz Wymiana szaf”;

2. kabel YAKXS 1kV 4x35mm² – pkt „Wymiana słupa + demontaż starego słupa” – ten element prac nie musi wystąpić, co wiąże się z brakiem wystarczającej długości kabla do wnęki słupowej w nowym słupie („osiągnięciem kablem”) lub sytuację, gdzie nie ma możliwości wymiany „słup słup” i należy przestawić nowy słup obok istniejącego;
3. tłućceń kamienny w ilości 85,648 t. jako stabilizacja fundamentu w nowych słupach – pkt „Wymiana słupa + demontaż starego słupa”;
4. zestaw montażowy do wykonania muf kablowych z rur termokurczliwych – pkt „Wymiana słupa + demontaż starego słupa” oraz „Wymiana szaf” jako materiał dodatkowy;
5. wyłączenia zasilania stacji transformatorowej i dopuszczenie Tauron – pkt „Inne, np. smary itp.” i tylko dla szaf, w których nie można zastosować wymiany złącza kablowego SOU w technologii PPN;
6. odtworzenie trawnika w ilości 520m² – pkt „Wymiana słupa + demontaż starego słupa” oraz pkt „Wymiana szaf”;
7. wykonanie pomiarów 1-f – ujęto 231 pomiarów na kable wprowadzane do słupa, przed wymianą słupa oraz po to aby określić stan kabla w słupie (czy nie jest uszkodzony) – wycenione w osobnej pozycji. Pomiary linii kablowych pomiędzy tabliczką zaciskową, a oprawą zostały uwzględnione w pkt „montaż opraw i demontaż”;
8. uwzględniono 4 szt. słupów stylizowanych, zakładając że może być konieczność wymiany takich słupów. Ich cena jest znacznie wyższa o około 25% niż słupa „podstawowego”, co nie może oznaczać, iż w tej cenie nie zostanie zakupiony słup „podstawowy”;
9. wymiana, montaż wysięgnika odbywa się podczas stawiania słupa lub podczas demontażu lampy oświetleniowej. Koszt wymiany wysięgnika w trakcie robót towarzyszących (w grupie robót) z wyliczeń Odwołującego (przy pomocy własnego personelu oraz sprzętu) jest mniejszy niż 30 zł. – została uwzględniona w pkt „Wymiana słupa + demontaż starego słupa”;
10. wykazane zostały oprawy Schreder, a w kosztorysie uproszczonym zastosowano skrót myślowy „minus”, jako że bez opraw Rosy.

W kosztorysie w poz. „słup aluminiowy 7,5 SAL-75K” uwzględniono 227 szt. zamiast wymaganych 231 szt., przy jednoczesnym uwzględnieniu 4 słupów stylizowanych Rosa, które nie były wymagane. Tym samym Wykonawca prawidłowo wycenił w sumie 231 sz. wszystkich słupów. Omyłka pozwala na osiągnięcie wyższego poziomu zysku i stanowi

bufor dla wydatków nieprzewidzianych, ewentualnie na pokrycie omyłki rachunkowej wskazanej przez Zamawiającego.

Informacje podane w wyjaśnieniach pozwalają zweryfikować prawidłowość kalkulacji ceny. Obejmują one wycenę kluczowych elementów wykonania modernizacji oświetlenia ulicznego. W załączniku nr 4 „Przedmiot zamówienia” Zamawiający wykazał główne zadania z podziałem na ulice, tj. demontaż istniejących szaf, słupów z fundamentem i wysięgnikiem oraz demontaż istniejących opraw oraz montaż odpowiednio w miejscach demontowanych urządzeń nowych szaf sterowniczych oświetlenia ulicznego, słupów z fundamentem oraz wysięgnikiem oraz nowych lamp typu LED. Zamawiający nie wykazał natomiast potrzeby przedłużenia istniejących linii kablowych, demontażu chodników oraz odtworzenia terenu po wymianie urządzeń.

Jako niezasadne Odwołujący zakwestionował stanowisko Zamawiającego o rzekomej niezgodności oferty z siwz, o czym miało świadczyć brak wyraźnego wskazania w wyjaśnieniach wszystkich materiałów niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia – opraw i słupów. Odwołujący wskazał, jakie oprawy i słupy zobowiązał się zastosować, a oferta zawiera zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający siwz. Gdyby nawet przyjąć, iż na potrzeby kalkulacji ceny Wykonawca nie przyjął wszystkich niezbędnych pozycji kosztorysowych, przy wynagrodzeniu ryczałtowym, nie sposób jest przyjąć, aby oferta nie obejmowała wykonania całego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający zaprzeczył, aby złożone wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny ofertowej były kompletne oraz potwierdzały realność ceny. Zamawiający w wezwaniu jednoznacznie i wprost zażądał przedstawienia kosztorysu ofertowego tożsamego z przedmiarem robót załączonego do siwz, zawierającego pozycje z KNNR i pozostałe oraz zestawienie materiałów, sprzętu, stawkę roboczogodziny, narzuty, tj. koszty pośrednie i zysk. Załączony „kosztorys uproszczony” nie uwzględniał wszystkich wymaganych pozycji. Powyższe dowodzi, że Wykonawca na wezwanie nie przedstawił kompletnych wyjaśnień potwierdzających realność jego ceny – wskazane pozycje nie są wystarczające do wykazania realności ceny.

Na etapie badania rażąco niskiej ceny Zamawiający miał prawo żądać kosztorysu uproszczonego i innych niezbędnych dokumentów na podstawie, których oceniał realność ceny. Zgodnie z zapisami siwz, rozdział XXVII pkt 6 „Przed podpisaniem umowy, Zamawiający wymaga przedłożenia kosztorysu sporządzonego w formie uproszczonej, wskazującego wyliczenie ceny ofertowej podanej w ofercie na formularzu ofertowym (zgodnie z załącznikiem nr 1a albo 1b do SIWZ). Zatem Wykonawca miał świadomość, iż

taki dokument będzie wymagany. Pomimo wezwania Odwołujący nie złożył kosztorysu ofertowego tożsamego z przedmiarem robót załączonego do SIWZ zawierającego pozycje KNNR. Odwołujący przedłożył dokument, który zawiera jedynie scalone elementy do kosztorysu i niekompletne zestawienie materiałów oraz robociznę bez ich szczegółowego rozbitcia jak w przedmiarze robót stanowiącym załącznik do siwz. Ponadto Odwołujący nie złożył innego wymaganego dokumentu, tj. zestawienia sprzętu. Wprawdzie Odwołujący podał jaki sprzęt zamierza wykorzystać przy realizacji zamówienia, jednak nie jest to tożsame ze złożeniem zestawienia sprzętu zawierającego niezbędne informacje dotyczące ponoszonych kosztów, takich jak liczba maszynogodziny.

Brak wskazanych wyżej elementów oraz poziom ogólności wyjaśnień Odwołującego sprawia, że przedstawiona kalkulacja nazywana „kosztorysem uproszczonym” nie jest wiarygodna, kompletna, a tym samym uniemożliwia rzetelną ocenę wiarygodności ceny.

Zamawiający wskazał przykład wyceny pozycji „wymiana słupa + demontaż starego słupa” – 350,00 zł netto dla jednego punktu oświetleniowego, jako zbyt niską. Odwołujący w odwołaniu wskazał, iż w tej kwocie zawarł: materiał (kostka betonowa, tłuczeń kamienny), prace związane z rozebraniem rowów nawierzchni chodników, podbudowy z kruszywa, kopanie rowów dla kabli i słupów, nasypywanie piasku, zasypywanie rowów dla kabli, zagęszczanie podłoża, układanie podbudowy oraz kostki betonowej, zestaw montażowy do wykonania muf na kablach, wymianę wysięgnika. Zamawiający w swoim kosztorysie te pozycje wycenił na łączną kwotę 3295,00 zł netto dla jednego punktu oświetleniowego. Zamawiający wskazał na wycenę tej pozycji (640,66 zł. netto) w ofercie złożonej na etap IV - cz. 3, którą wykonawca wyjaśnił składając kosztorys uproszczony, zgodny z przedmiarem robót.

Odwołujący podał dodatkowo w pozycji „montaż wysięgnika + demontaż starego” w arkuszu ilość „0” zamiast 231 zł., wyceniając pozycję na kwotę 30 zł netto, co dało łączną wartość 0 zł. Świadczy to o braku wyceny pozycji. W drugim postępowaniu pozycję tę wycenił na kwotę 103,52 zł. netto i przemnożył przez liczbę wysięgników.

O nierzetelności kalkulacji świadczyć ma również brak uwzględnienia elementów takich jak kabel YAKS 1kV 4x35mm² i mufa na kablu, których w przedmiarze robót zastosowanie przewidział Zamawiający w ogólnej ilości (1441,44 mb) oraz 2 zestawów muf montażowych dla każdego ze słupów oświetleniowych (łącznie 462 szt.). Niewystarczającym jest w ocenie Zamawiającego tłumaczenie, iż pomiary od tabliczki bezpiecznikowej do opraw (943 pomiary) uwzględnił w pozycji „montaż opraw + demontaż”, którą wycenił łącznie na 75,00 zł netto. Ponieważ Zamawiający wycenił tą pozycję na 294 zł netto, co w jego ocenie

wskazywać ma na zaniżenie wyceny. Zamawiający podtrzymał wniosek o braku wyceny wszystkich 231 szt. słupów 7,5m SAL-75K.

Wyjaśnienia Odwołującego w ofercie Zamawiający uznał za spóźnione oraz budzące wątpliwości.

Chociaż pomiar pełnił funkcję pomocniczą, to miał znaczenie przy sporządzaniu oferty. Uwzględniał istotne elementy zamówienia, takie jak wymiana kabla, mufy kablowe, pomiar czy dopuszczenie do wymiany szaf oświetleniowych. To nie Odwołujący decyduje, czy wymienić kabel oświetleniowy i zastosować mufy przy montażu słupa i jeżeli miał wątpliwości co do sposobu wymiany słupa oświetleniowego i związanej z nim wymiany kabli to powinien w odpowiednim terminie zwrócić się z zapytaniem do Zamawiającego.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołaniem objęto czynności oceny oferty Wykonawcy, złożone odwołanie prowadzić może do uchylecia negatywnych skutków decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, a w konsekwencji o unieważnieniu postępowania. Po przywróceniu oferty Odwołującego do postępowania będzie ona jedyną ofertą podlegającą ocenie. W świetle powyższego Izba uznała, iż Odwołujący ma interes w tym, aby kwestionować prawidłowość czynności oceny oferty własnej. W tym stanie rzeczy spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w tym treść siwz oraz ofertę Odwołującego, Izba ustaliła stan faktyczny sprawy w zakresie objętym zarzutami.

Siwz – w rozdziale XXII (Opis sposobu obliczenia ceny) Zamawiający w pkt 1 wymagał podania ceny ofertowej na formularzu oferty, zgodnie z załącznikiem nr 1a albo 1b do SIWZ. W pkt 2: *Podana cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 4 do SIWZ), załączonego przedmiaru robót pełniącego wyłącznie funkcję pomocniczą, załączonej*

*specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji technicznej – **cena ryczałtowa**, zawierająca wszelkie koszty związane z realizacją zadania. Cena ta będzie stała i nie może się zmienić, za wyjątkiem przypadków opisanych we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ, w szczególności związanych z robotami przygotowawczymi, koszty urządzenia i utrzymania placu budowy, uporządkowania terenu po wykonaniu robót oraz wszelkie inne – potrzebne dla prawidłowego i zgodnego z prawem wykonania przedmiotu zamówienia.*

W formularzu oferty (załącznik nr 1a i 1b) Zamawiający wymagał podania ceny ofertowej brutto (cyfrowo i słownie). W pkt 6 formularza ujęte zostały oświadczenia dotyczące wykorzystania materiałów: a-h: oprawy LED oraz słupa oświetleniowego, gdzie wykonawca miał wskazać producenta oraz typ.

W załączniku nr 4 do siwz (opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający wskazał zakres modernizacji dla poszczególnych ulic, opisując ilości szt.: istniejących szaf oświetleniowych, betonowych/stalowych słupów oświetleniowych, wysięgników jednoramiennych/dwuramiennych/trójramiennych, opraw oświetleniowych wraz z osprzętem, fundamentów. Zamawiający wskazał również szczegółowe wymagania dla każdego z elementów zamówienia (pkt 2). W pkt II załącznika nr 4 – **Ustalenie ceny ofertowej zadania należy sporządzić na podstawie załączonego przedmiaru robót pełniącego wyłącznie funkcję pomocniczą, załączonej specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, opisu przedmiotu zamówienia, w przypadku niejasności zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienia.**

VIII – rozliczenie pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą nastąpi na podstawie jednej faktury po wykonaniu zadania.

W postępowaniu wpłynęły dwie ofert, które Zamawiający odrzucił z powodu rażąco niskiej ceny, a postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Ustawy unieważnił.

Czynności te poprzedzało postępowanie wyjaśniające wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający wezwał Odwołującego w dniu 07.08.2020r. do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów ceny mających wpływ na jej kalkulację. Zaoferowana cena jest niższa od wartości szacunkowej powiększonej o wartość podatku Vat o 49,15%. Zamawiający zobowiązał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym do przedstawienia kosztorysu ofertowego w formie uproszczonej, tożsamego z przedmiarem robót załączonym do siwz zawierającego pozycje z KNNR i pozostałe oraz zestawienie materiałów, zestawienie sprzętu, stawkę roboczogodziny, narzuty, tj. koszty pośrednie [Kp]%, Zysk [Z]%; wyjaśnień wszystkich istotnych pozycji i cen, które wpływają na zaoferowaną cenę. W przypadku powoływania się w wyjaśnieniach na posiadane korzystne oferty, upusty, rabat bądź podobne Wykonawca

zobowiązany został do przedłożenia stosownych dokumentów (dowodów), tj. oferty handlowej producenta lub hurtowni, w której złożono zapytanie cenowe na materiały, celem wyjaśnienia, że zaoferowana cena ofertowa uwzględnia wymagania zawarte w SIWZ (wraz z załącznikami) oraz obejmujące pełny zakres robót związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

W dniu 17.08.2020r. Wykonawca złożył wyjaśnienia, w których odniósł się do głównych założeń, przedłożył kalkulację uproszczoną wraz z dowodami – ofertami. Treść wyjaśnień została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca załączył kalkulacje kosztów – ogólne założenie dla całości zadania (w tym koszty pośrednie) oraz kosztorys szczegółowy sporządzony o KNR oraz arkusz oceny. Wykonawca wskazał na przyjęty koszt zatrudnienia pracowników (stawa wynagrodzenia), koszty paliwa, sprzętu (podnośników, koparek, samochodów, pił, zagęszczarek), materiałów (przewodów, wysięgnika, złącz, słupów). Do wyjaśnień załączone zostały oferty otrzymane od dostawców. Ogólne założenia projektu prezentują materiały (poz. 1-21), robociznę. W kosztorysie ofertowym pozycje te zostały wycenione w kpl/m².

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego wskazał, iż wzywając do wyjaśnień oczekiwał od Wykonawcy przedłożenia kosztorysu ofertowego, tożsamego z przedmiarem robót załączonym do SIWZ (zawierający pozycje z KNNR i pozostałe, zestawienie materiałów, sprzętu, stawkę rbh, narzuty, tj. koszty pośrednie i zysk) oraz dokumentów potwierdzających zaproponowane ceny (dotyczy przypadku powoływania się w wyjaśnieniach na posiadane korzystne oferty, upusty, rabaty bądź podobne). Już sam brak złożenia wymaganych dokumentów czynił wyjaśnienia niewiarygodnymi i oznaczał dla Zamawiającego, iż Wykonawca nie obalił domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny, co stanowiło podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający oczekiwał podania konkretnych informacji, które pozwalałyby na uchwycenie ich wymiernych korzyści i wartości ekonomicznych i weryfikację wiarygodności złożonych twierdzeń. Wiarygodność tą należało uzyskać przez złożenie dokumentów potwierdzających realność wyliczenia ceny. Zamiast kosztorysu ofertowego Wykonawca złożył kosztorys ofertowy, który zawiera scalone elementy do kosztorysu, w którym wymieniono materiały (niekompletne), robociznę, bez ich szczegółowego rozbicia, jak w przedmiarze robót stanowiącym załącznik do siwz. Wykonawca nie przedstawił również zestawienia sprzętu, podał jedynie jaki sprzęt zamierza wykorzystywać przy realizacji zamówienia, co nie jest tożsame ze złożeniem zestawienia zawierającego niezbędne informacje dotyczące ponoszonych kosztów, takich jak liczbę maszynogodzin. Zamawiający wskazał na błędnie wyliczoną wartość PLN w pozycjach 2, 4, 5, 6 i 7, która różni się od podanej w formularzu ofertowym (zaniżona).

Zamawiający uznał, iż zachodzi podstawa do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z siwz z uwagi na brak materiałów oraz niezbędnych prac w „uproszczonym kosztorysie ofertowym”. Zamawiający wyliczył wysokość kosztów pominiętych przez Wykonawcę przyjmując wartość z kosztorysu inwestorskiego.

Uwzględniając ten stan Izba uznała, iż zarzuty formułowane wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego potwierdziły się.

Spór pomiędzy stronami sprowadzał się do oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, które odbiegały od oczekiwania przedstawienia szczegółowej kalkulacji uwzględniającej normy KNNR (kosztorysu), czego wcześniej w siwz Zamawiający nie wymagał. Wykonawca składając wyjaśnienia do oferty, w której cena ma charakter ryczałtowy, odniósł się do kalkulacji przyjętej na potrzeby sporządzenia oferty, a nie kalkulacji, którą Zamawiający przyjął na potrzeby oszacowania kosztów i wartości zamówienia. W jego ocenie złożone wyjaśnienia odnoszą się do faktycznych założeń przyjętych na potrzebę oszacowania kosztów zamówienia, jakie przyjął dla kalkulacji ceny ryczałtowej, a brak kosztorysu ofertowego, który to dokument nie był wymagany w postępowaniu – nie powinien mieć wpływu na ocenę wyjaśnień. Przedmiar robót nie ma również znaczenia dla ustalenia wynagrodzenia, jakie otrzyma wykonawca. Według odwołującego przedmiary Zamawiającego uwzględniają szereg nadmiernych prac, które nie są konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia, np. demontaż/montaż wysięgników, czy też wkopanie kabli. Zamawiający natomiast wskazywał, iż na podstawie wyjaśnień nie mógł określić, jak Wykonawca doszedł do ceny ofertowej z uwagi na zbyt ogólny charakter kalkulacji. Niekompletny charakter wyjaśnień potwierdzać ma okoliczność, iż ogólna różnica przekraczająca 140 000 zł. w stosunku do szacunku, nie została wyjaśniona. Wycena pozycji i tak budziłaby wątpliwość Zamawiającego, który wyżej skalkulował koszty, a na podstawie wyjaśnień nie miał możliwości zakwestionować przedstawionej wyceny.

Odnosząc się do tych argumentów Izba przyjęła, jako istotną do rozważań okoliczność wynikającą z postanowień siwz, tj. wskazanego w rozdziale XXII siwz sposobu obliczenia ceny ofertowej w zestawieniu z pomocniczym charakterem przedmiaru załączonego do dokumentacji. Zamawiający nie wymagał załączenia kosztorysu, a w ofercie wykonawca zobowiązany był ustalić stałą cenę, która zasadniczo nie mogła ulec zmianie (cena ryczałtowa). Wykonawca w formularzu ofertowym prezentował poza ceną informacje o materiałach, które przyjął do realizacji zamówienia – lampy. Powyższe oznaczało, iż wykonawca zobowiązany był przeanalizować zakres robót wynikający z załączonych przez Zamawiającego przedmiarów – określających zakres robót, jak również nakłady rzeczowe

wykonania prac, które miały jedynie charakter pomocniczy dla kalkulacji ceny. Wykonawca mógł zatem z materiałów tych nie korzystać dokonując kalkulacji kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o dokumentację techniczną. Odwołujący uznał, iż część robót opisująca zakres czynności nie jest konieczna lub dubluje się przy różnych pozycjach i dokonał wyceny zgodnie ze swoją wiedzą techniczną wykonywania prac i ich organizacji. Zamawiający natomiast, na etapie weryfikacji ceny przyjął w zasadzie na „szywno” założenia przyjęte w przedmiarach i oczekiwał, że Wykonawca wyjaśni różnicę w stosunku do założeń przyjętych w dokumentacji przetargowej.

Powyższe prowadziło do zasadniczej różnicy w podejściu do wyceny kosztów, która doprowadziła do uznania wyjaśnień wykonawcy za zbyt ogólne i niedostateczne. Zamawiający w dużej części swojej argumentacji podkreślał znaczenia, jakie dla jego decyzji miało niezłączenie kosztorysu uproszczonego, chociaż ten nie był wymagany, jako element treści oferty, która prezentowana była w formularzu ofertowym. Zamawiający nie odniósł się nawet do dowodów, jakie Wykonawca załączył do wyjaśnień, które miały na celu potwierdzić realność kalkulacji kosztów zakupu materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia (lampy, kable, mufy, szafy oświetlenia ulicznego, wymiany przewodów w słupach).

Uwzględniając stan zapisów siwz Izba uznała, iż wyjaśnienia należało ocenić w odniesieniu do sposobu kalkulacji ceny ofertowej przyjętej na potrzeby złożenia oferty, ale niekoniecznie przez pryzmat założeń kosztorysowych Zamawiającego. Skoro Zamawiający w siwz pozostawił wykonawcom określenie ceny wykonania całości robót, oznaczało to, iż nie ma dla niego znaczenia szczegółowe rozbieżności elementów prac, które wykonawca zobowiązany będzie wykonać, niezależnie od tego, czy w sposób prawidłowy wycenił ich koszty. Wskazuje na to sam formularz oferty, w którym Zamawiający wymagał jedynie oświadczenia dotyczącego wykorzystania materiałów: a-h: oprawy LED oraz słupa oświetleniowego, gdzie nie wymagał podania ceny, a jedynie producenta oraz typ. Zamawiający zastrzegł płatność na podstawie jednej faktury po wykonaniu prac, a zatem nie zamierzał również rozliczać częściowo wykonawcy z wykonanych prac. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego i zapisu siwz wskazującego wyłącznie na pomocniczy charakter przedmiaru, wykonawca uprawniony był odnieść się do założeń, jakie przyjmował, w tym niezbędnych nakładów rzeczowych i osobowych, które samodzielnie szacował. Brak wskazania założeń wynikających z opisu pozycji w KNNR nie mógł z automatu przesądzać o wyniku oceny wyjaśnień. Założenia przyjęte do kalkulacji ceny mogły bowiem odbiegać od opisów KNNR, jeżeli wykonawca uznawał, iż część prac uda się wykonać w inny sposób, niż zostało to przedstawione w KNNR. Co ważne Zamawiający nie narzucił w siwz sposobu wykonania robót, przedstawiając wykonawcy wyłącznie w charakterze pomocniczym przedmiar robót i nie wymagał załączenia do oferty kosztorysu uproszczonego. Miało to swoje konsekwencje,

nie tylko dla formy oferty (zakresu szczegółowości danych dotyczących kalkulacji ceny), ale również miało wymiar rzeczowy. Skoro Zamawiający nie zobowiązał wykonawców, do przyjęcia nakładów rzeczowych wynikających z KNNR, to nie mógł następnie oceniać wyjaśnień w zestawieniu z KNNR-ami. Tym samym Izba uznała, iż sam brak przedstawienia wyjaśnień w formule odpowiadającej kosztorysowi nie dyskwalifikował tych wyjaśnień, jako zbyt ogólnych.

Tym samym argument dotyczący braku wykazania dostatecznych danych, tj. odwzorowujących zakres przedmiaru robót, nie uzasadniał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy.

Zamawiający w podstawie odrzucenia oferty nie zakwestionował, żadnej z kwot przyjętych w kalkulacji wykonawcy, jako nierealnej w świetle okoliczności podniesionych w wyjaśnieniach i złożonych dowodach (ofertach). Wskazany w odpowiedzi na odwołanie przykład zaniżonej wyceny pozycji „wymiana słupa + demontaż starego słupa” wykraczał poza podstawę faktyczną decyzji o odrzuceniu oferty. Odnosząc się jednak do wniosków Zamawiającego należy zauważyć, iż nie jest właściwym analizowanie wyceny pozycji w ujęciu metody wykonania i nakładów, jeżeli w siwz nie było takiego jednoznacznego wskazania. Pośrednio brak uzasadnienia dla negatywnej oceny wynika również z odpowiedzi na odwołanie, w której Zamawiający wskazując na wysokość wyceny własnej tej pozycji (3.295,00 zł netto), jako wycenę zgodną z przedmiarem wskazał wartość 640,66 zł netto (oferta Odwołującego na etap IV-cz. 3”).

W ocenie Izby, to nie kalkulacja własna wykonawcy była faktycznie przedmiotem oceny, ale jej zestawienie z szacunkami Zamawiającego, które uzasadniało wezwanie, ale nie mogło determinować oceny. Przedmiotem wyjaśnień nie miały być szacunki Zamawiającego ale założenia, jakie wykonawca przyjął na potrzeby kalkulacji własnej. To po stronie wykonawcy leżało przeanalizowanie dokumentów przetargowych i oszacowanie kosztów robót, tak aby prace zostały wykonane należycie i z zyskiem dla wykonawcy. Zamawiający na rozprawie wskazał, iż *wycena pozycji i tak budziłaby wątpliwość zamawiającego, który wyżej skalkulował koszty, a na podstawie wyjaśnień nie miał możliwości zakwestionować przedstawionej wyceny*. Skoro Zamawiający odrzucając ofertę nie zakwestionował realności kwot wskazanych w kosztorysie uproszczonym wykonawcy, wskazując zasadniczo na niedostateczną treść wyjaśnień, to w sprawie istotne znaczenie miało to, czy argumenty wykonawcy broniły założeń, jakie przyjął na etapie przygotowania oferty.

Wykonawca wyjaśniła, w odniesieniu do kosztów prac, jak i materiałów, iż wymagana ilość słupów aluminiowych 7.5mSAL75k (231 szt.) została wyceniona z ukończeniem (razem z wysięgnikiem), chociaż faktycznie rozbita została na dwie pozycje, tj. wskazany słup (227

kpl.) oraz stylizowany ROSA (4 kpl). Zamawiający nie zaprzeczył, iż cena słupa stylizowanego jest wyższa, a zatem można było uznać, iż cena oferty uwzględnia koszt wykonania 231 szt. słupów aluminiowych 7.5SAL75k.

Drobne błędy rachunkowe w poz. 2, 4, 5, 6 i 7 (zaniżone w ofercie o 4619,52 zł) nie świadczyły jeszcze o rażąco niskiej cenie i nie mogły w sposób automatyczny dyskwalifikować wyjaśnień. Odwołujący słusznie wskazał na możliwość pokrycia tej różnicy z założonego zysku, rezerwy czy też różnicy w wycenie droższych słupów ROSA.

Zamawiający zakwestionował zgodność oferty wykonawcy wskazując na niedostateczną treść wyjaśnień, które nie miały na celu sprecyzowania zobowiązania wynikającego z oferty, w której wykonawca zadeklarował typ słupów i opraw, których zgodność z siwz nie była przez Zamawiającego kwestionowana. Wyjaśnienia jakie Zamawiający składał na rozprawie wskazują, iż to technologia wykonania prac miałyby prowadzić do niezgodności z siwz w zakresie dotyczącym niezbędnych materiałów i prac, koniecznych do wykonania. W szczególności Zamawiający odniósł się do technologii wymiany słupów oraz sprawdzenia i pomiarów obwodu elektrycznego. W odniesieniu do prac związanych z wymianą, zdaniem Zamawiającego wykonawca nie uwzględnił potrzeby dołożenia kabla, który będzie konieczny do połączenia w nowym słupie, jak również odtworzenia nawierzchni. Ponieważ przedmiot zamówienia nie obejmuje wymiany linii kablowej, w ocenie Izby ten element kalkulacji ceny nie ma istotnego wpływu na założenia i nie wymagał uszczegółowienia. Jednocześnie wykonawca do wyjaśnień załączył ofertę na kabel i mufy prace związane z wymianą przewodów w słupach (załącznik nr 9, 10 i 11), co pozwala uznać, iż przyjął konieczność wymiany słupa z fragmentem linii kablowej.

Odnośnie pomiarów obwodu elektrycznego, Zamawiający wyjaśniał, że pozycja ta została wyceniona w kosztorysie wykonawcy w mniejszej ilości niż wymagana. Wykonawca przyjął ilość 231 kompletów, tj. odpowiadającą ilości słupów, natomiast zgodnie z technologią wykonania należało przyjąć 943 pomiary, co wynika z ilości wymienionych opraw, dla których należałoby przeprowadzić pomiary (ilość dotyczy opraw wymienionych dla ulic). Dodatkowo wyjaśniał, że 231 dotyczy ilości pomiarów przed wymianą słupów, jaka przyjął odwołujący, natomiast pomiary należy wykonać po wymianie słupa w ilości 231. Sumarycznie ilość pomiarów należałoby powiększyć o 943 dla opraw - wynika to ze sztuki budowlanej. Tymczasem Odwołujący wyjaśniał, iż ilość 231 kompletów stanowi dodatkową ilość, gdyż sprawdzenie nastąpi przy rozizolowanych kablach przy montażu słupów. Przyjmując koncepcję Zamawiającego konieczne byłoby połączenie kabli przy montażu słupów, a następnie ich rozłączenie dla wykonania pomiaru. Dotyczy to również ilości 943 dla opraw. Powyższe wskazuje na różnicę, która wynika z odmiennych założeń co do sposobu wykonania, a nie zgodności z opisem przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia nie dawały

podstawy do przyjęcia, iż wykonawca nie dokona pomiarów, czy też nie uzyska dopuszczenia od Tauron. Ponownie należy wskazać, że wnioski dotyczące technologii wykonania prac wykraczały poza treść wyjaśnień, których celem było wskazanie założeń co do kalkulacji ceny, a nie wyjaśnienie treści oferty.

W świetle powyższego Izba uwzględniła odwołanie w zakresie obu podstaw odrzucenia oferty, co prowadzi do konieczności powtórzenia czynności w postępowaniu, które zostało unieważnione z uwagi na brak ważnej oferty. Izba nakazała zatem unieważnić czynności unieważnienia postępowania oraz przywróci do oceny ofertę wykonawcy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 w 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.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty Odwołującego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości ustalonej na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: