

Sygn. akt: KIO 571/18

**WYROK**  
**z dnia 12 kwietnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2018 r. przez wykonawcę **POLLIGHT Sp. z o.o., Al. J. Ch. Szucha nr 11B/lok. H2, 00-250 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Radzymin, pl. Tadeusza Kościuszki 2, 05-250 Radzymin**

przy udziale wykonawcy **CEZ ESCO Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 61, 00-697 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **POLLIGHT Sp. z o.o., Al. J. Ch. Szucha nr 11B/lok. H2, 00-250 Warszawa** 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., Al. J. Ch. Szucha nr 11B/lok. H2, 00-250 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **POLLIGHT Sp. z o.o., Al. J. Ch. Szucha nr 11B/lok. H2, 00-250 Warszawa** na rzecz **Gminę Radzymin, pl. Tadeusza Kościuszki 2, 05-250 Radzymin** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenie pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

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:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Radzymin - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem 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. Postępowanie prowadzone jest 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 opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 listopada 2017r. pod numerem 623823-N-2017.

W dniu 26 marca 2018r. Odwołujący - Pollight sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego w zakresie oceny i badania oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu pod kątem rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji od czynności odrzucenia w dniu 19 marca 2018 r. oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych i 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, poprzez brak stosowania obiektywnych zasad badania dokumentów składanych przez Odwołującego w Postępowaniu na etapie prowadzenia przez Zamawiającego badania oferty Odwołującego, co skutkowało kolejnymi naruszeniami wskazanymi w pkt. 3-5 oraz w uzasadnieniu do niniejszego 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 wskazanymi w pkt. 3-5 oraz w uzasadnieniu do niniejszego odwołania;
3. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając w sposób jednoznaczny wszystkich wymagań i okoliczności, które mogły mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców biorących udział w postępowaniu,

4. 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:
  - a. POLLIGHT Sp. z o.o. wyczerpująco wyjaśniła w toku postępowania jakie okoliczności o charakterze cenotwórczym wpłynęły na możliwość zaoferowania przez POLLIGHT Sp. z o.o. konkurencyjnych warunków finansowych realizacji przedmiotu zamówienia,
  - b. oferta POLLIGHT Sp. z o.o. nie została przez zamawiającego odrzucona jako oferta niezgodna z SIWZ w sytuacji, w której Zamawiający uznał, że POLLIGHT Sp. z o.o.: przewiduje wymianę nieprawidłowej ilości opraw LED; nie przewiduje wymiany 250 zasilaczy w istniejących oprawach na zasilacze DALI; obejmuje wybudowanie nieprawidłowej ilości punktów świetlnych
5. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp 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 niskich cen 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.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów w postaci:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów w postaci:
  - a. informacji z otwarcia ofert z dnia 28 września 2017 r. w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Radzymin jako Zamawiającego (znak: ZP.271.35.2017), którego przedmiot był zbieżnego z przedmiotem postępowania ZP.271.1.60.2017 tj. postępowania w ramach, którego skierowane zostało przedmiotowe odwołanie, na okoliczność:
    - ustalenia wartości ofert, które wpłynęły w ramach przedmiotowego postępowania;
    - ustalenia kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w postępowaniu tożsamym z postępowaniem, którego odwołanie dotyczy;
  - b. zawiadomienia o unieważnieniu postępowania prowadzonego przez Gminę Radzymin jako Zamawiającego (znak: ZP.271.35.2017), którego przedmiot był tożsamy z przedmiotem postępowania ZP.271.1.60.2017 tj. postępowania w ramach, którego skierowane zostało przedmiotowe odwołanie, na okoliczność:

- ustalenia kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w postępowaniu tożsamym z Postępowaniem, którego odwołanie dotyczy;
- przyczyn z jakich doszło po stronie Zamawiającego do unieważnienia postępowania a w efekcie podjęcia działań zmierzających do ogłoszenia i przeprowadzenia nowego postępowania tj. postępowania, które przedmiotowe odwołanie dotyczy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert, a w tym czynności odrzucenia oferty POLLIGHT Sp. z o.o. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę z dnia 19 marca 2018 r., nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert; zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Odwołującego się, a w tym uiszczonych przez Odwołującego kosztów odwołania tj. zwrotu 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 ze zm.).

Ponadto Odwołujący, na podstawie art. 208§1 pkt 2 kpc w zw. z art. 187 §2 pkt 4 kpc, wniósł o zażądanie na rozprawę, celem umożliwienia przeprowadzenia dowodu z dokumentów od Zamawiającego tj. od Gminy Radzymin kompletnej dokumentacji o udzielenie zamówienia publicznego znak: ZP.271.35.2017 na okoliczność:

- wykazania zbieżności i tożsamości w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego dotyczy przedmiotowe odwołanie oraz postępowaniu ZP.271.35.2017,
- okoliczności faktycznych i prawnych w jakich Zamawiający dokonywał szacowania wartości przedmiotu zamówienia oraz kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację tożsamego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- ustalenia jakimi dokumentami dysponował z urzędu Zamawiający na etapie dokonywania oceny oferty Odwołującego i uznawania, że przedmiotowa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- ustalenia kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w postępowaniu tożsamym z postępowaniem, którego odwołanie dotyczy,
- przyczyn z jakich doszło po stronie Zamawiającego do unieważnienia postępowania a w efekcie podjęcia działań zmierzających do ogłoszenia i przeprowadzenia nowego postępowania tj. postępowania, którego przedmiotowe odwołanie dotyczy.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów, Odwołujący podniósł m.in., że przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Mimo to, Zamawiający, mając pełną świadomość niedoskonałości i wewnętrznej niespójności dokumentów programowych postępowania wyciągnął negatywne konsekwencje w stosunku do wykonawcy na etapie analizy czy oferta zawiera czy też nie rażąco niską cenę.

Naruszenie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp miało miejsce przez błędne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie przez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy wyjaśnił on w toku postępowania jakie okoliczności o charakterze cenotwórczym wpłynęły na możliwości zaoferowania przez Odwołującego konkurencyjnych warunków finansowych realizacji przedmiotu zamówienia.

Bezsprzecznie cena rażąco niska to cena za całość oferowanego świadczenia. Wynika to z samej definicji ceny (art. 2), a także z odniesienia do przedmiotu zamówienia (tj. całości świadczenia). Odwołujący wskazał, że nie może być powodem odrzucenia na podstawie tej przesłanki zaoferowanie za jakiś element świadczenia ceny znacząco odbiegającej od cen rynkowych, a nawet ceny nierealnej. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiej, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę.

W dalszej części odwołania, Odwołujący wskazał na okoliczności faktyczne, które nie zostały wzięte pod uwagę przez Zamawiającego:

1. liczba lamp w przedmiarze stanowiącym załącznik do SIWZ a opracowanym przez Zamawiającego w Dokumentacie „Wykaz Inwentaryzacyjny” zawiera również lampy, które w wykazie inwentaryzacyjnym nie są do wymiany (mają status „pozostaje” i głównie są to oprawy ozdobne/parkowe),
2. opraw parkowych nie ma w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik do SIWZ;
3. dodatkowo pozycja nr 20 jest zdublowana, a tym samym dodatkowe 351 opraw, które nie wynika z jakichkolwiek projektów stanowiących załącznik do SIWZ;
4. przedmiar stanowiący załącznik do SIWZ, a opracowany przez Zamawiającego jest bardzo niedokładny np. wcale nie zawiera słupów i fundamentów a tym samym jakiegokolwiek powoływanie się na tak sporządzony dokument przez Zamawiającego w trakcie podejmowania decyzji w zakresie istnienia bądź nieistnienia rażąco niskiej ceny nie może powodować negatywnych konsekwencji po stronie Wykonawcy;

5. Wykonawca poprawnie przyjął dla potwierdzenia, że status „pozostaje” „wymiana” de facto determinuje co trzeba zrobić z oprawą potwierdza sam status wysięgników - w których to liczby się zgadzają i są tożsame;
6. liczba opraw do demontażu w przedmiarze sporządzonym przez Zamawiającego wynosi  $2481+180+108=2769$ , co daje 2769, co potwierdza fakt, że 351 opraw w wierszu 20 zostało zdublowane;
7. zasilacze nie zostały uwzględnione w przedmiarze wykonanym przez Zamawiającego
8. projekty opracowane przez Zamawiającego na etapie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia wykonane zostały na oprawach Shreder, natomiast w piśmie Zamawiający powołuje się na ofertę firmy LUG, gdzie lampa jest po 900 PLN, natomiast w dostarczonym wcześniej przedmiarze są lampy Shredera po 1300 - 1400 PLN (z montażem).

Jako kluczową, Odwołujący podniósł kwestię, że przedmiotowe postępowanie zakłada rozliczenie ryczałtowe, natomiast przedmiar Zamawiający opracował jedynie po to, aby wykonawcy mogli oszacować wartość oferty i budżet projektu inwestycyjnego. Tym niemniej przedmiar nie jest i nie może być utożsamiany z kosztorysem przedmiarowym jako dokumentem wiążącym dla wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w roku 2017 prowadził tożsame postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, oba postępowania były prowadzone w oparciu o ten sam opis techniczny a w szczególności o ten sam Program Funkcjonalno -Użytkowy (PFU). Z dokumentów tego postępowania bezspornie wynika, że Zamawiający – podmiot w którego interesie było i jest zrealizowanie zadania publicznego w sposób jak najbardziej efektywny i przy jednoczesnym obowiązku przestrzegania zasad gospodarności, celowości i rzetelności gospodarowania finansami publicznymi, w postępowaniu ZP.271.1,35.2017 zakładał na podstawie rzetelnie przeprowadzonego szacowania wartości przedmiotu zamówienia, że przeznaczenie na realizację przedmiotu zamówienia kwoty 4.097.000 zł będzie wystarczające i pozwoli na realizację tegoż zadania.

W zakresie naruszenia art. 29 ust.1 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Decydująca dla oceny poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia winna być perspektywa wykonawcy. W przedmiotowym postępowaniu:

1. liczba lamp przedmiarze sporządzonym przez Zamawiającego zawiera również lampy, które w wykazie inwentaryzacyjnym nie są do wymiany (mają status „pozostaje” i głównie są to oprawy ozdobne/parkowe, tym samym Wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie dysponują wiedzą który parametr ilościowy jest

poprawny,

2. oprav parkowych nie ma w ogóle opisie przedmiotu zamówienia;
3. pozycja 20 jest zdublowana, z której mogą wynikać dodatkowe 351 oprav, które nie wynikają wprost z projektów;
4. przedmiar gminy jest bardzo niedokładny, wystarczy wskazać przykładowo, że wcale nie zawiera słupów i fundamentów.

Mając na uwadze nieprecyzyjność i wewnętrzną sprzeczność dokumentów, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji względem wykonawcy, który w ramach uzasadnienia rażąco niskiej ceny powołuje się na którykolwiek z tych parametrów. W ocenie Odwołującego poprawnym parametrem powinien być status danej lampy czy „pozostaje” czy „wymiana”, który jest statusem tożsamym ze statusem wysięgników - ponieważ liczby się zgadzają.

W ocenie Odwołującego, przedstawił on szczegółowe wyjaśnienia odnośnie kalkulacji ceny ofert oraz mechanizmów jej kształtowania wynikających m.in. ze szczególnej relacji z E.C. Leditech Ltd, a stanowisko Zamawiającego o odrzuceniu oferty wzbudziło o nadal budzi duże zaskoczenie. Przedstawione na wezwanie Zamawiającego 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.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:**

W postępowaniu o zamówienie publiczne wpłynęły 4 oferty:

1. konsorcjum: EFL Polaris sp. z o.o., MMS-IT Sp. z o.o. - z ceną 6 592 795,08zł,
2. centrum Zaopatrzenia Energetyki Eltast Sp. z o.o. - z ceną 7 119 240 zł,
3. Pollight sp. z o.o. - z ceną 3 997 500zł,
4. CEZ ESCO Polska sp. z o.o. - z ceną 6 893 706,14zł.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 6 720 000zł.

W związku z wątpliwościami co do kalkulacji ceny oferty Odwołującego, w dniu 29 grudnia 2017r. Zamawiający wezwał go na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny i jej elementów.



Odwołujący złożył w dniu 4 stycznia 2018r. stosowne wyjaśnienia, wskazując iż szczegółowy kosztorys stanowiący załącznik do SIWZ jest objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż zawarte w nim informacje w szczególności ceny zakupowe opraw oświetleniowych, wynikają ze specjalnych warunków handlowych wynegocjowanych u producenta w związku z tym nie mogą być udostępniane innym uczestnikom postępowania.

W dniu 12 stycznia 2018r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 jako zawierającej rażąco niską cenę.

Wyrokiem z dnia 1 lutego 2018 r. Sygn. akt KIO 104/18 Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) uwzględniła odwołanie wniesione przez Pollight sp. z o.o. i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Pollight sp. z o.o. 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 dotyczących wyliczenia ceny oferty.

Wykonując wyrok KIO, Zamawiający w dniu 14 lutego 2018r. zwrócił się o udzielenie dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny i jej elementów. Zamawiający wniósł o wyjaśnienie następujących kwestii:

1. dlaczego w kosztorysie nie wyceniono niektórych pozycji takich jak: koszt dopuszczeni/wyłączeń na liniach energetycznych po stronie nN, wykonanie zasilania szafki SON, montaż słupa do 10m wraz z podbudową betonową w ilości 92sztuk.
2. Wskazanie założeń co do stanu zatrudnienia niezbędnego do wykonania zadania (ile etatów wykonawca uznał za konieczne do wykonania zamówienia, co było podstawą przyjęcia do wyceny stawki roboczogodziny).
3. W jakiej wysokości i w jakim miejscu zostały wycenione opracowanie projektu oświetleniowego zgodnie z SIWZ, wymiana zasilaczy w dotychczasowych oprawach LED (250szt) na nowe współpracujące z systemem sterowania oświetleniem (zgodnie z SIWZ),
4. Wskazania cen jednostkowych poszczególnych rodzajów opraw, przyjętych do wyceny
5. Wskazania podstaw przyjętej ilości wycenionych opraw (2491szt.)
6. Przedłożony kosztorys wskazuje koszt montażu 2770 opraw, natomiast wycena opraw dotyczy 2491szt. Należy wskazać podstawy przyjęcia takiej kalkulacji.
7. Wyjaśnienia czy ceny wskazane w ofertach E.C Leditech Ltd dołączonych do wyjaśnień z dnia 4.01.2018r są cenami końcowymi płaconymi przed odbiorcą, to jest

uwzględniającymi wszystkie koszty związane z dostawą towaru do klienta, cło, podatek, VAT.

Pismem z dnia 20 lutego 2018r. Odwołujący przedłożył wyjaśnienia, zastrzegając, że ich treść stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 19 marca 2018r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując w uzasadnieniu m.in. na: zaniżoną i nieprawidłową ilość opraw LED, brak ujęcia kosztów wymiany 250 zasilaczy w istniejących oprawach DALI, brak ujęcia kosztów 5 nowych punktów świetlnych (słupy, linie kablowe, oprawy, zasilanie itp.), różnice w cenach jednostkowych tych samych pozycji w kosztorysach w wersji z dnia 4.01.2018r i 20.02.2018r.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje:

### **Odwołanie podlega oddaleniu.**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Zdaniem Izby, czynność polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na to, że zawiera ona rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia była prawidłowa.

Izba wzięła po uwagę okoliczność, że Odwołujący był dwukrotnie wzywany do udzielenia wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny. Okoliczność ta powoduje, że ocena dodatkowych wyjaśnień, złożonych w dniu 20 lutego br. musi odbyć się łącznie z uprzednio udzielonymi wyjaśnieniami z dnia 4 stycznia br. Kolejne wezwanie do udzielenia dodatkowych wyjaśnień, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 1 lutego 2018r. Sygn. akt KIO 104/18, miało jedynie na celu rozwianie wątpliwości Zamawiającego co do braku wyceny niektórych pozycji kosztorysowych i wyjaśnienie kwestii szczegółowo wskazanych w wezwaniu z dnia 14 lutego 2018r. tj. kosztów dopuszczeń/ wyłączeń, montażu słupa do 10m wraz z podbudową, wykonania zasilania szafki SOn, wymiany zasilaczy w dotychczasowych oprawach LED (250szt.), wskazania podstawy zaniżenia ilości opraw itp.

Podkreślić należy, że dodatkowe wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą prowadzić do zmiany uprzednio złożonych wyjaśnień, a jedynie do ich uzupełnienia i uszczegółowienia. Odmienne działanie wykonawcy należy ocenić jako niedopuszczalną modyfikację treści oferty. Izba zwróciła uwagę na fakt, że w kosztorysie załączonym do dodatkowych wyjaśnień z dnia 20 lutego br. wykonawca obniżył ceny jednostkowe niemal wszystkich pozycji kosztorysowych w stosunku do cen podanych w pierwotnie złożonym kosztorysie z dnia 4 stycznia br. Działanie takie miało na celu skompensowanie niewycenionych w pierwotnie złożonym kosztorysie kosztów montażu słupa do 10m wraz z podbudową betonową, których cena została zwiększona z 1598 zł (kosztorys z 4 stycznia) aż do 21 072, 60 zł (kosztorys z dnia 20 lutego) oraz innych nie ujętych w kosztorysie elementów. Zmianę tego rodzaju nie można nazwać, jak wskazuje to Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach z dnia 20 lutego 2018r. „uszczegółowieniem” czy „aktualizacją kosztorysu”. W ocenie Izby, już sam fakt manipulowania cenami jednostkowymi, do jakiego doszło w złożonych kosztorysach ofertowych, budzi uzasadnione wątpliwości co do rzetelności wyceny poszczególnych elementów oferty.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy wezwanym do udzielenia wyjaśnień. Tymczasem złożone przez Odwołującego kosztorysy z dnia 20 lutego i 4 stycznia są ze sobą sprzeczne w wielu pozycjach kosztorysowych, co powoduje, że nie można uznać, że złożone wyjaśnienia są rzetelne, klarowne i spójne.

Niezależnie od tego, potwierdziły się okoliczności zaniżenia ilościowego materiałów i sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia tj. ilości opraw LED – wykonawca wycenił ilość 2491 szt., podczas, gdy Zamawiający wymagał wyceny 3218 szt. opraw; nie ujął 250 szt. zasilaczy; nie wycenił kosztów zakupu i montażu 5 słupów (nowych punktów oświetlenia). Okoliczności te Odwołujący potwierdził w toku rozprawy, próbując tłumaczyć braki oferty niezgodnością dokumentacji przygotowanej przez Zamawiającego oraz charakterem wynagrodzenia i ujęciem tych kosztów w tzw. kosztach pośrednich.

Nie można zgodzić się, że stanowiskiem Odwołującego, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia stanowi uzasadnienie do braku wyceny niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia ilości materiałów i kosztów montażu. Zgodnie z art. 632 k.c. umówienie się przez strony o wynagrodzenie ryczałtowe, ma taki skutek, że co do zasady wykonawca nie może domagać się od zamawiającego jego podwyższenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej prezentowany jest pogląd, że zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w żaden sposób nie zwalnia zamawiającego z badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty, są to obowiązki ustawowe, od których zamawiający nie może się uchylić.

Ponadto wskazać należy, że pogląd, iż cena o charakterze ryczałtowym jest prawidłowa bez względu na sposób jej obliczenia, wynikał z uchylonego w przepisach Pzp art. 88.

Zamawiający zobligowany jest do badania na równych zasadach ceny oferty niezależnie od sposobu jej obliczenia w szczególności, jeśli poweźmie wątpliwości co do rzetelności kalkulacji i elementów, mających wpływ na wysokość ceny.

Za chybną Izba uznała argumentację Odwołującego, iż wszelkie niewycenione koszty np. niezbędnej ilości opraw, koszty dopuszczeń/włączeń na liniach, opracowania projektu oświetleniowego itp. zostały ujęte w kosztach pośrednich. Koszty pośrednie to zasadniczo koszty ponoszone w danej, konkretnej budowie, nie objęte kosztami bezpośrednimi w pozycjach kosztorysowych. Na koszty pośrednie składają się: koszty zarządu oraz koszty ogólne budowy. Koszty ogólne budowy obejmują takie wydatki jak np.: płace personelu stałego budowy, np. kierownika budowy, kierowników robót, koszty zaplecza budowy, np. wynajmu lub amortyzacji baraków i innych elementów zaplecza budowy, wody, energii elektrycznej i innych mediów, itd., narzędzia, ewentualne koszty zatrudnienia pracowników zamiejscowych (np. diety), inne (np. ubezpieczenie, ochrona itd.). Koszty zarządu obejmują koszty utrzymania całego przedsiębiorstwa, jego kierownictwa, siedziby, koszty biurowe, itd. Wynika z tego, że koszty dotyczące wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych takie jak: koszty dopuszczeń/włączeń czy koszty opraw, nowych punktów świetlnych to koszty bezpośrednie a argumentacja, że koszty te są ujęte w kosztach pośrednich jest gołostowna i fakt ujęcia tych kosztów w kosztach pośrednich nie został w sposób skuteczny wykazany.

Izba uznała, że choć istotnie średnia cena opraw przyjęta w ofercie Odwołującego na poziomie niemal trzykrotnie niższym od cen rynkowych (wg wyjaśnień Zamawiającego średnia cena rynkowa opraw wynosi ok. 900zł) może budzić uzasadnione wątpliwości, to jednak mając na względzie załączoną do wyjaśnień ofertę od kontrahenta, partnera biznesowego Leditech nie sposób zakwestionować, że cena przyjęta przez Odwołującego jest ceną, za którą wykonawca może nabyć oprawy. Jednak stwierdzenie tej okoliczności, w kontekście wyżej wskazanych niedoborów ilościowych oferty pozostaje bez znaczenia dla oceny tego stanu faktycznego.

Izba oddaliła wniosek dowodowy zgłoszony przez Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na ten sam przedmiot zamówienia, prowadzonej przez tego samego Zamawiającego (znak: ZP.271.35.2017) na okoliczności wskazane w odwołaniu. Izba rozstrzyga spór w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego, a istota sporu między stronami w tym postępowaniu odwoławczym

srowadza się do oceny czy udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia elementów, mających wpływ na wysokość ceny są wystarczające.

Z tych względów dowód w postaci dokumentacji poprzednio prowadzonego, unieważnionego przez Zamawiającego postępowania na okoliczność wykazania tożsamości przedmiotu zamówienia, ustalenia wartości szacunkowej i kwoty przeznaczonej na jego realizację jest nieprzydatny do rozstrzygnięcia tego sporu. Niezależnie do tego, wskazać trzeba, iż okoliczności dotyczące przyjętej przez Zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie poprzednio prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne, jak również fakt unieważnienia tamtego postępowania jako niesporne między stronami nie wymagają przeprowadzenia dowodu z dokumentów.

Izba uznała, że podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp polegający na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, które mogły mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców, biorących udział w postępowaniu jest na tym etapie postępowania - po składaniu ofert – jest zarzutem spóźnionym.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....