**Sygn. akt: KIO 2051/18**

**WYROK**
**z dnia 24 października 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**
**Przewodniczący:Emil Kawa**
**Protokolant:Dominik Haczykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2018 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2018 r. przez wykonawcę
**IHOL J.K., ul. Piotrkowska 257a/lok 58, 90-456 Łódź**w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Słupsk, Plac Zwycięstwa 3, 76-200 Słupsk**
przy udziale wykonawcy **ITEO TECHNOLOGY Sp. z o.o., ul. Rynek 5, 43-200 Pszczyna**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka**

1.oddala odwołanie
2.kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę IHOL J.K., ul. Piotrkowska 257a/lok 58, 90-456 Łódź i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 (dziesięć tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok- w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Słupsku.
Przewodniczący……..

KIO 2051/18
UZASADNIENIE

Miasto Słupsk, Plac Zwycięstwa 3, 76-200 Słupsk, dalej zwane „Zamawiającym" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. *„Poprawa efektywności energetycznej Obszaru Funkcjonalnego Miasta termomodernizacja budynków użyteczności publicznej"* - Wymiana oświetlenia w Szkole Podstawowej nr 1 w Słupsku położonej przy ulicy Witolda Lutosławskiego 23 i Szkole Podstawowej nr 10 w Słupsku położonej przy ulicy Orląt Lwowskich 1a. Postępowanie składa się z dwóch części- każde obejmuje inna Szkołę Podstawową (SP).

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez ITEO TECHNOLOGY Sp. z o.o. z/s ul. Rynek 5 43-200 Pszczyna, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Od powyższej czynności wykonawca IHOL J.K., ul. Piotrkowska 257a/lok 58, 90-456 Łódź, dalej zwany „Odwołującym" wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ITEO TECHNOLOGY Sp. z o.o. w zakresie części nr I i II zamówienia pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

*ewentualnie, wyłącznie z ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej:*

2.art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez złożonej przez ITEO TECHNOLOGY Sp. z o.o. w zakresie części nr I i II zamówienia pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w niniejszym postępowaniu.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty ITEO TECHNOLOGY Sp. z o.o. w zakresie części I i II postępowania (zamówienia).

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, że Zamawiający, wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zapadły dnia 16 sierpnia w sprawie o sygn. akt KIO 1487/18, zgodnie z którym zobowiązany był do ponowienia wezwania Wykonawcy Iteo Technology do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 03.09.18r, wezwał Wykonawcę do złożenia ww. wyjaśnień. Treść wezwania Zamawiającego z dnia 03.09.18r. była przy tym jasna, precyzyjna i szczegółowa a Zamawiający wskazał w punktach od 1 do 4 jakie elementy Wykonawca zobowiązany jest w szczególności uwzględnić udzielając odpowiedzi. Pismem z dnia 06.09.2018r. Wykonawca Iteo Technology odpowiedział na wezwanie Zamawiającego udzielając dodatkowych wyjaśnień. Udzielone przez Wykonawcę Iteo Technology dodatkowe wyjaśnienia zostały negatywnie ocenione przez Zamawiającego jako niedostatecznie precyzyjne, które nie pozwalały Zamawiającemu na faktyczną ocenę rzetelności kalkulacji ceny wykonawcy.

W związku z powyższym pismem z dnia 24.09.2018r. Zamawiający ponownie wezwał Wykonawcę Iteo Technology do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 ustawy PZP odnośnie tych samych aspektów wskazanych w pkt. od 1 do 4 wezwania z dnia 03.09.2018r. W odpowiedzi na ponowne wezwanie Wykonawca Iteo Technology pismem z dnia 26.09.18r. udzielił dodatkowych wyjaśnień. Jednakże również ponownie udzielona odpowiedź okazała się niedostatecznie precyzyjna, a Zamawiający pismem z dnia 28.09.18r. „ponownie" - a w istocie po raz trzeci wezwał Wykonawcę Iteo Technology do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, działanie Zamawiającego, który wezwał Wykonawcę Iteo Technology trzykrotnie do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny należy ocenić jako jawnie naruszające art. 90 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 89 ust 1 pkt. 4 ustawy PZP. Jest tak tym bardziej oczywiste, że pierwsze z ww. wezwań zostało dokonane w wykonaniu zapadłego orzeczenia KIO, jako dodatkowe wezwanie do udzielenia wyjaśnień, a więc Wykonawca szczególnie winien zdawać sobie sprawę z doniosłości udzielanych wyjaśnień i dochować staranności w udowodnieniu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia zgodnie z obciążającym go w tym względzie ciężaru dowodu.

Niezależnie od powyższej argumentacji Odwołujący stwierdził, że ocena wyjaśnień Wykonawcy Iteo Technology wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W zakresie wymiana oświetlenia w Szkole Podstawowej nr 1 w Słupsku położonej przy ulicy Witolda Lutosławskiego 23 podał, że zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego na pytanie nr 3 z dnia 13 czerwca 2018 w przypadku zmiany lokalizacji opraw Wykonawca jest zobowiązany do malowania całych powierzchni sufitu. W pliku pod nazwą "AUDYT OSW SP NR 1 SŁUPSK 03092018.pdf przesłanym przez Wykonawcę w załączeniu do udzielonyc wyjaśnień wskazane zostało w których pomieszczeniach zamierza zmieniać ilości opraw. Dla części pomieszczeń pomimo zmiany ilości opraw w pomieszczeniu Wykonawca zakłada "brak konieczności malowania" co jest ewidentnie sprzeczne ze specyfikacją. Ponadto nie uwzględnia on również pomieszczeń, w których dochodzi do relokacji opraw

oświetleniowych w stosunku do stanu pierwotnego m.in. pomieszczenie nr 2.04, 2.05, 2.12, 2.13, 2.14 (każde z tych pomieszczeń ma powierzchnię aż 42 m2). Należy wskazać, że zgodnie z treścią wezwania z dnia 3 września 2018 (pkt. 3) Zamawiający wyraźnie wzywał do udzielenia wyjaśnień odnośnie prac malarskich z uwzględnieniem wymogu wykonania malowania całych powierzchni sufitów w przypadku relokacji opraw. Przy założeniach dotyczących relokacji opraw przyjętych przez Iteo Technology w wskazanych w wyjaśnieniach dodatkowo należy pomalować 850,11 m2. Koszt malowania dodatkowych 850,11 m2 obliczony według stawek przyjętych przez Wykonawcę Iteo Technology wynosi natomiast 16 889,11 zł. złotych brutto, zgodnie z kosztorysem stanowiącym załącznik nr 5 do odwołania.
Wskazał także na sytuację, że w kosztorysie przesłanym do Zamawiającego w wyjaśnieniach z dnia 6 września 2018r. Wykonawca zakłada budowę nowej instalacji elektrycznej w postaci przewodów kabelkowych w ilości 860 m. Budowa nowej instalacji elektrycznej nie jest możliwa we wskazanym przez Wykonawcę Iteo Technology zakresie bez uwzględnienia kosztu bruzdowania trasy kablowej ( pozycja numer KNR 4-03 1001-05) oraz zaprawienia bruzd (pozycja numer KNNR 5 1208-02). Wskazane powyżej, niezbędne do uwzględnienia pozycje zgodnie ze stawką przyjętą przez Wykonawcę Iteo Technology na poziomie 15zł za godzinę oraz z narzutem 65% i zyskiem 12% (tak jak przyjął Wykonawca ITEO w swoim kosztorysie) wyniosą łącznie 9 122, 47 zł. brutto (7 416,64 zł) netto, zgodnie z kosztorysem stanowiącym załącznik nr 6 do odwołania.
Zwrócił uwagę także, na zaniżone wynagrodzenie osób mających realizować zamówienie. Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 26 września 2018r. wskazał, że zarówno jego pracownicy jak i podwykonawcy będą pracowali poniżej rynkowej stawki za roboczo-godzinę wg. SEKOCENBUD dla woj. pomorskiego. Okoliczność ta jest tym bardziej istotna, że przyjęte przez Wykonawcę, a zaniżone względem SEKOCENBUD dla woj. pomorskiego stawki budziły istotne wątpliwości Zamawiającego bowiem ponownym wezwaniem w trybie art. 90 ust 1 z dnia 24.09 wezwał Wykonawcę Iteo Technology do wyjaśnienia przyczyn przyjęcia taki niskich stawek. W odpowiedzi Wykonawca Iteo Technology ograniczył się do stwierdzenia, że stawki SEKOCENBUD nie mają wpływu na złożoną ofertę. Tego rodzaju oświadczenie nie jest udzieleniem odpowiedzi na przyczyny przyjęcia taki niskich stawek. Tym samym Wykonawca Iteo Technology nie sprostał ciężarowi dowodu o którym mowa w art. 90 ust. 2 ustawy PZP w aspekcie istotnym dla Zamawiającego (co Zamawiający podkreślił ponownym wezwaniem o udzielenie wyjaśnień w trybie art 90 ust 1 z dnia 24.09).
Odwołujący podobną argumentacje przedstawił także w zakresie części II dotyczącej robót wSzkole Podstawowej nr 10 w Słupsku. Dodatkowo wskazał, że wykonawca w załączeniu do udzielonych wyjaśnień wskazał, w których pomieszczeniach zamierza zmieniać ilości opraw. Dla części pomieszczeń pomimo zmiany ilości opraw w pomieszczeniu wykonawca zakłada "brak konieczności malowania" co jest ewidentnie sprzeczne ze specyfikacją. W tym względzie, należy zwrócić uwagę na fakt, że Wykonawca w wyjaśnieniach (z dnia 6 września br.) przesłał obliczenia natężenia światła i rozmieszczenia proponowanych opraw LED dla poszczególnych pomieszczeń (raport z programu DIALUX), w których przedstawia z jakich modeli opraw będzie korzystał realizując zamówienie (oprawy DLL 40W (ECO 150 40W) oraz DLL30W (ECO 120 30W)). Wskazał, że zaoferowane oprawy są bardzo wąskie (52mm szerokości) i w związku z tym, stosując tak wąskie oprawy nie zasłonią one śladów po starych oprawach - a w szczególności uszkodzeń sufitu po starych otworach montażowych - zatem przyjąć należy konieczność wykonania prac malarskich w istotnie większym zakresie.
W zakresie zarzutu ewentualnego dotyczącego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wskazał, że w ostatnim wezwaniu z dnia 28 września 2018r. Zamawiający wzywał wykonawcę w trybie art 90 ust.1 Pzp do udzielenia wyjaśnień poprzez udzielenie jednoznacznej odpowiedzi, czy wielkości zakłóceń emitowanych przez przetwornice zasilające lampy LED do sieci energetycznej przekraczają 8%. Wykonawca, pismem z dnia 1 października 2018r. zaniechał udzielenia odpowiedzi na powyższe wezwanie, wskazując jedynie że oferowane oprawy spełniają normę PN-EN 61000-3-2-2014. Tego rodzaju oświadczenie nie stanowi odpowiedzi na jasno i konkretnie zadane przez Zamawiającego pytanie. Jest tak chociażby dlatego, że fakt, iż oferowane oprawy spełniają normę PN-EN 61000-3-2-2014 nie jest tożsamy z udzieleniem odpowiedzi czy wielkości zakłóceń emitowanych przez przetwornice zasilające lampy LED do sieci energetycznej przekraczają 8%. Zlekceważenie przez Wykonawcę udzielenia jednoznacznej i konkretnej odpowiedzi na wezwanie w trybie art 90 ust. 1 ustawy PZP stanowi samodzielną podstawę do odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Iteo Technology.
Zauważył także, że niezależnie od okoliczności wskazanych powyżej, wykonawca Iteo Technology udzielając wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przyznał, że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ co stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia jego oferty w oparciu o dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. wskazując miedzy innymi na brak spełnienia normy oświetleniowej. Załączone przez Wykonawcę do złożonych wyjaśnień projekty potwierdzają, że oferta Wykonawcy Iteo nie odpowiada treści SIWZ. I tak, w pliku "SP nr 1 - 5 KLASA 5.8X10.9.pdf" strona 3 Wykonawca przedstawia obliczenia oferowanych produktów dla sali lekcyjnej, w której znajduje się strefa zadania o wartości natężenia ponad 821 lx i miejsca w obrębie pola widzenia, gdzie natężenie oświetlenia wynosi poniżej 249lx a tym samym nie spełnia wymagań ww. normy zgodnie którą natężenie oświetlenia powinno wynosić co najmniej 500lx. Równomierność natężenia oświetlenia dla pomieszczeń klasy tub pokoju samodzielnej nauki zgodnie z powołaną normą nie może być niższa niż 0,6. Zwrócił także uwagę, że zgodnie z audytem oświetlenia będącym integralną częścią SIWZ (SIWZ str. 20) moc urządzeń oświetleniowych w budynku po modernizacji musi być na poziomie 16 082W (str. nr 7 audytu - Załącznik 1F audyt oświetlenia). Wskazana przez Zamawiającego moc gwarantowała osiągnięcie efektu energetycznego, który jest kluczowym celem realizacji przedmiotu zamówienia.
Wykonawca w przedłożonym do wyjaśnień kosztorysie oferuje oprawy o mocy: 62szt.*40W=2480W, 433 szt*30W=12990W, 51 szt*30W= 1530W, 22 szt.*60W=1320W co łącznie daje moc 18 320W i przekracza założenia Zamawiającego aż o 14%. Nadto wskazał na brak spełnienia normy oświetleniowej. Stwierdził, że załączone przez Wykonawcę do złożonych wyjaśnień projekty potwierdzają, że oferta Wykonawcy Iteo nie odpowiada treści SIWZ. Wykonawca przedstawia obliczenia oferowanych produktów dla sali lekcyjnej, w której znajduje się strefa zadania o wartości natężenia ponad 718lx i miejsca w obrębie pola widzenia, gdzie natężenie oświetlenia wynosi poniżej 286lx, a tym samym nie spełnia wymagań ww, normy zgodnie którą natężenie oświetlenia powinno wynosić co najmniej 300lx.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości uznając podniesione w odwołaniu zarzuty za całkowicie niezasadne. Wskazał miedzy innymi, że zarzucane Zamawiającemu kilkakrotne wzywanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty jest niezasadne, gdyż wezwania dotyczyły potrzeby uszczegółowienia złożonych wyjaśnień, a nie wyjaśniania tego co było objęte treścią poprzedniego wezwania.
W ocenie Zamawiającego zarzut wywiedziony przez Odwołującego dotyczący rzekomego niezbadania przez Zamawiającego okoliczności wpływających na ocenę rażąco niskiej ceny w kontekście wskazania przez oferenta ITEO Technology Sp. z o.o. powierzchni do malowania jest całkowicie chybiony. Odwołujący według Zamawiającego nie jest precyzyjny w formułowaniu tez dotyczących wymogów zamawiającego. Sprzecznie, bowiem z twierdzeniami odwołania

Zamawiający żądał malowania całych powierzchni sufitów jedynie przy zmniejszeniu ilości opraw, a nie przy ich zamianie. Wynika to jednoznacznie z odpowiedzi z dnia 13.06.2018r. udzielonej przez zamawiającego na zapytania do specyfikacji z dnia 7.06.2018r. i 8.06.2018r. Wskazano tam, że przemalowanie konieczne jest tylko z pomieszczeniach, gdzie zmniejszona zostanie ilość opraw oraz przy ewentualnych uszkodzeniach sufitu w ramach dokonywanych prac. W ocenie Zamawiającego podmiot z doświadczeniem przy wykonywaniu tego typu robót i dysponujący wykwalifikowanym personelem może założyć, że takich uszkodzeń do dokona lub wystąpią w niewielkich ilościach. W pozostałych pomieszczeniach, gdzie planowane jest zmniejszenie ilości opraw oferent przewidział malowanie całości sufitu z zastrzeżeniem sali gimnastycznej i piwnicy, gdzie ze względu na umocowanie opraw (odpowiednio zwisające lub punktowe oświetlenie) malowanie całości sufitu nie jest konieczne. W odniesieniu do wskazanych w odwołaniu schematów ustawienia opraw to Odwołujący budując na tej podstawie zarzut wydaje się iż nie rozumie istoty przedstawionych przez ITEO Technology Sp. z o.o. kosztorysu i wyjaśnień. Sprzecznie bowiem z tezami skarżącego nie jest to projekt montażu opraw, a jedynie schemat automatycznie wytworzony na podstawie programu DIALUX (program do wyliczenia natężenia oświetlenia) załączonych do wyjaśnień oferenta.

W zakresie zarzutu dotyczącego kosztu wykonania instalacji elektrycznej Zamawiający podał, że instalacja w budynku jest w dobrym stanie i nie wymaga więc wymiany. Montaż lamp nastąpi przy wykorzystaniu istniejącej instalacji elektrycznej. Doprowadzenie nowej instalacji dotyczyć będzie ewentualnie tablic, przy których mają być zamontowane dodatkowo lampy. Możliwe jest jednak zamontowanie nowej instalacji do tablic na zewnątrz - w tunelach, co nie wymaga bruzdowania. Założenia z kosztorysu oferenta są więc poprawne.

W zakresie zarzutu dotyczącego przyjęcia niewłaściwej stawki wynagrodzenia pracowników mających być zatrudnionych przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia podkreślił, że w zakresie zgodności oferty z cennikiem uwzględnionym w SEKOCENBUD dla woj. pomorskiego odwołujący pomija, że wynagrodzenie to mieści się w cenach rynkowych za II kwartał 2018r., a dopiero w III kwartale stawka z SEKOCENBUD zwiększyła się ponad stawki wskazane w ofercie. W tym kontekście nieprawdą jest, że oferent złożył w tym zakresie niepełne, czy niewystarczające wyjaśnienia w sprawie. Przeciwnie - przedstawił przedłużenie oferty od podwykonawcy potwierdzającej, że ten gotowy jest wykonać zadanie po cenach wcześniej oferowanych (tj. mieszczących się w cenach rynkowych w II kwartale). Jest to całkowicie wystarczające dla Zamawiającego do potwierdzenia, że oferent jest w stanie wykonać zamówienie w przedstawionej cenie, stąd jego wyjaśnienia rozwiały wątpliwości wskazywane w wezwaniu.

Podobna argumentacja została podana także w stosunku do kosztów wykonania II części zamówienia tj. SP 10.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty z treścią SIWZ podniósł zarzut, że jego zdaniem wszystkie zarzuty dotyczące niezgodności oferty ze specyfikacja wydają się być spóźnione, bowiem nie zostały podniesione na wcześniejszym etapie postępowania, a w szczególności w pierwszym w tej sprawie odwołaniu.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu braku spełniania normy oświetleniowej podał, że przedstawione przez Przystępującego obliczenia są wykonane zgodnie z normą PN EN 12464-1. Dla SP1 planowane średnie natężenie oświetlenia w tej klasie wynosi 439 lx a współczynnik równomierności 0.6, co jest zgodne z normą PN EN 12464-1, w której określono minimalne natężenie oświetlenia 300 lx (a nie jak błędnie podał Odwołujący 500 lx) oraz równomierność natężenia oświetlenia, która powinna wynosić nie mniej niż 0.6.

W załączonym z kolei do wyjaśnień projekcie SP nr 10 101 SEGMENT E przedstawione obliczenia są wykonane zgodnie z normą PN EN 12464-1. Dotyczy to zarówno natężenia oświetlenia jak i równomierności. Norma ta określa, że w szkołach w pomieszczeniach klasowych średnie natężenie oświetlenia ma wynosić nie mniej niż 300 lx a jego równomierność minimum 0.6. W załączonym projekcie, średnie natężenie oświetlenia wynosi 448 lx a równomierność 0.64. Ponadto zgodnie z normą PN EN 12464-1 natężenie oświetlenia na sali lekcyjnej powinno być nie mniejsze niż 300 lx a przy tablicy nie mniejsze niż 500 lx. Odwołujący zarzuca, iż natężenie oświetlenia w bezpośrednim polu widzenia wynosi poniżej 249 lx tym samym nie spełniając ww. normy Odwołujący myli pojęcie bezpośredniego pola widzenia z obszarem bezpośredniego otoczenia, przywołując tablicę nr 1 z ww. normy. Natężenie oświetlenia na obszarze bezpośredniego zadania (tablica) powinno być nie mniejsze niż 300 lx (przy czym obszar bezpośredniego otoczenia zdefiniowano w normie jako obszar co najmniej 0,5 od miejsca gdzie znajduje się obszar zadania). Odwołujący powołując się na symulację z programu Dialux błędnie zinterpretował zapis normy wskazując na miejsce, w którym symulacja przewiduje natężenie mniejsze niż 249 lx. Miejsce to znajduje się w rogu sali lekcyjnej i nie leży w obszarze bezpośredniego otoczenia tablicy.

Przystępujący zarówno w złożonym piśmie procesowym jak i stanowisku zaprezentowanym na rozprawie poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i podkreślił, że cenę oferty skalkulował w sposób prawidłowy i za wskazaną w ofercie wysokość jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaprezentowane stanowiska stron postępowania i przystępującego na rozprawie ustaliła, że podniesione zarzuty nie potwierdziły się we wskazanym przez odwołującego materiale dowodowym i tym samym wniesione odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba uznała, że Odwołujący wnosząc odwołanie wykazał spełnienie przesłanek interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp.

Izba uznała także, że ustalenia faktyczne poczynione przez Zamawiającego będące podstawą dokonania oceny ofert były prawidłowe i znajdowały oparcie w zgromadzonym materiale dowodowym. Dlatego też Izba w całości podziela poczynione ustalenia i tym samym przyjęła je za podstawę swojego rozstrzygnięcia.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący postawił Zamawiającemu dwa zarzuty: zarzut braku odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny oferty oraz zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Odnośnie drugiego z zarzutów Zamawiający podniósł zarzut formalny, iż został on podniesiony po terminie. W tym zakresie wskazać należy, że w zakresie tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego toczyło się już przed Krajową Izbą Odwoławczą postępowanie odwoławcze zakończone orzeczeniem z dnia 16 sierpnia 2018 roku o sygn. KIO 1487/18. W ww. postepowaniu ten sam wykonawca co składający odwołanie w tym postepowaniu, zarzucił Zamawiającemu nieodrzucenie oferty Przystępującego z powodu błędu w obliczeniu ceny i rażąco niskiej ceny oferty. Izba uwzględniła to odwołanie i nakazała Zamawiającemu ponowne wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień, czy zaoferowana cena oferty nie jest rażąco niska. Izba uznała, że skierowanie do Przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w którym dokonano powielenia przykładowych wskazań z art. 90 ust.1 Pzp bez doszczegółowienia sytuacją z konkretnego postępowania nie może być wystarczającą podstawą do oceny prawidłowości skalkulowania ceny oferty.

Nawiązując do ww. wyroku Izby KIO 1487/18 w powiązaniu z wnioskiem Zamawiającego o uznanie, że podniesione w tym odwołaniu zarzuty dotyczące rzekomej niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ są spóźnione Izba uznała, iż brak jest możliwości jednoznacznego ustalenia, że Odwołujący podniósł lub mógł podnieść te zarzuty już na etapie składania odwołania w sprawie KIO 1487/18.
Analizując treść obu odwołań można stwierdzić, że niewątpliwym jest, iż po części Odwołujący w poprzednim odwołaniu użył argumentacji w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, podobnej do argumentacji podnoszonej w tym postepowaniu w zakresie naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Wynika to chociażby ze str. 17 uzasadnienia wyroku Izby o sygn. KIO 1487/18, gdzie wskazano iż Odwołujący w odwołaniu stwierdził, że Przystępujący „całkowicie pomija istotny aspekt wyjaśnień dotyczący redukcji ilości opraw, którą założył Przystępujący. Oznacza to, że Zamawiający dokonał obliczeń na takich samych zasadach dla obu szkół. Zamawiający pominął tym samym istotny element kosztotwórczy oraz oświadczenie Przystępującego, że dokona redukcji liczby opraw a tym samym wymagane koszty odtworzenia. Tymczasem, przyjęta przez Przystępującego redukcja liczby opraw implikuje konieczność wykonania prac odtworzeniowych, co z kolei nie jest możliwe w ramach założonego przez Przystępującego budżetu". Izba oceniając powyższe przychyliła się do stanowiska Odwołującego, iż dopiero załączone przez Przystępującego do kolejnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny zestawienia i wyliczenia, umożliwiły mu uzyskanie przekonania, że złożona oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu, iż Zamawiający niezasadnie wzywał trzykrotnie Przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonej oferty, wskazać należy, że kwestia możliwości więcej niż jednokrotnego wzywania wykonawców ewaluowała w kierunku łagodzenia stosowanych w przeszłości praktyk w tym zakresie. Jako restrykcyjne stanowisko w tej sprawie należy wskazać chociażby na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu, który w wyroku z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08, uznał, iż: „Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 pzp powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji". Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców.
Niewątpliwym jest, że nadal w doktrynie i orzecznictwie stosowany jest ten pogląd z tym, że uznaje się za zasadne każde kolejne wezwanie Zamawiającego skierowane do wykonawcy po warunkiem, że to kolejne wezwanie dotyczy uszczegółowienia, dopytania wykonawcy o kwestię, która nie była wprost wyartykułowana w skierowanym do wykonawcy pytaniu, a jest istotna dla oceny Zamawiającego czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę(por wyrok KIO z dnia 27 lutego 2018 r. sygn. KIO 266/18; wyrok KIO z dnia 17.01.2018 sygn. KIO 23/18).
Izba po analizie trzech wezwań z dnia 06.09, 24.09.2018 r i 29.09.2018r uznała, że brak jest podstaw do zarzucenia Zamawiającemu, iż aż trzy razy wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, aby „wydobyć" informacje co do podstaw zaoferowania w ofercie takiej ceny i tym samym oceny ustalenia, czy nie jest to cena rażąco niska. Stwierdzić należy, że każde wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczyło innej tematyki i miało swoje źródło w wyjaśnieniach wcześniej już złożonych. Dlatego też postępowanie Zamawiającego w tej kwestii Izba oceniła nie jako naruszenie art. 7 ust.1 Pzp, ale jako dołożenie należytej staranności, aby w sposób rzetelny wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość zaoferowanej ceny oferty Przystępującego, a także spełniania innych wymogów SIWZ.

Przed przejściem do oceny zarzutów będących osią sporu w przedmiotowym postępowaniu wskazać należy na okoliczności, które w znaczącej mierze determinowały kierunek rozstrzygnięcia Izby. Przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej oświetlenia pomieszczeń w Szkole Podstawowej nr 1 i nr 10 w Słupsku, oraz wykonanie wymiany oświetlenia wraz z wykonywaniem innych robót (roboty malarskie i elektryczne) będące konsekwencją innego umieszczenia lamp, czy też zamontowania ich jako dodatkowe źródło światła – dotyczy w szczególności oświetlenia tablic. Podkreślić należy także fakt, że Zamawiający określił ryczałtową formę wynagrodzenia za wykonanie zamówienia i tym samym wszelkie kosztorysy, czy projekty załączane do wyjaśnień rażąco niskiej ceny stanowią element poglądowy i informacyjny i nie są treścią oferty w oparciu, o które można dokonywać w sposób przesądzający oceny o zgodności treści oferty z SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że dokonana przez Odwołującego ocena prawidłowości skalkulowania ceny ofertowej i zgodności treści oferty z SIWZ miała miejsce w sytuacji, kiedy wykonawca w ramach potrzeby unaocznienia Zamawiającemu dla wyjaśnienia ceny ofertowej przedstawił pewne symulacje ułożenia lamp w salach lekcyjnych. Zostało to dokonane w oparciu o program Dialux. Taka symulacja nie może być elementem przesądzającym, iż dana lampa ujęta w wizualizacji Dialux będzie także w projekcie umieszczona dokładnie w tym miejscu, lub że dotychczasowe źródło światła zostanie zlikwidowane i w oparciu o to nastąpi potrzeba prowadzenia nowej sieci zasilającej, czy też malowania sufitów.
Niewątpliwym jest, że przedłożone założenia przyjęte do wyceny muszą być co do zasady zachowane, ale wskazane w tych zestawieniach czy formularzach dane nie mogą być przesądzające, a tylko orientacyjne. Należy ciągle mieć na względzie fakt, że dane te zostały przedstawione Zamawiającemu nie jako projekt oświetlenia, ale jako dane mające zobrazować prawidłowość wyceny kosztu wykonania zamówienia. Przyjęcie innego założenia byłoby przerzuceniem na wykonawcę kosztu wykonania projektu oświetlenia na etap oceny ofert, a nie etap realizacji zamówienia. Zgodzić się należy ze stanowiskiem Zamawiającego prezentowanym na rozprawie, że po zawarciu umowy z wykonawcą, będzie on zobowiązany do sporządzenia projektu oświetlenia i projekt ten będzie analizowany przez Zamawiającego nawet pod potrzeby oświetlenia w konkretnych salach lekcyjnych i dopiero po tych ustaleniach będzie podlegał zatwierdzeniu. W oparciu o tak ustalone dane projekt będzie podlegał zatwierdzeniu i będzie podstawą do wykonania wymiany oświetlenia.
Powyższe wprost wynika z zapisów SWIZ z § 1 pkt. 4 umowy oraz odpowiedzi nawyjaśnienia do SWIZ z dnia 13-06-2018r - pytanie nr 9 „Zamawiający zaakceptuje dokumentację projektową w ciągu 5 dni roboczych od dnia jej przekazania".

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny w obu częściach zamówienia wskazać należy, że zasadniczym zarzutem co do niedoszacowania kosztów wykonania zmówienia jest zarzut dotyczący nie uwzględnienia kosztów malowania sufitów po wymianie lub relokacji lamp. Niewątpliwym jest że SP nr 1 ma powierzchnie sufitów 3166 m2 i Przystępujący założył malowanie sufitów na powierzchni 430 m2, Natomiast zdaniem Odwołującego winno być dodatkowo jeszcze 850 m2, czyli łącznie 1280 m2. Natomiast w SP nr 10 przy powierzchni sufitów 9 000 m2 założono do malowania 1360 m2, a zdaniem Odwołującego winne malowaniem być wszystkie sale za wyjątkiem sal gimnastycznych, a więc łącznie 8 360 m2.
Podkreślić należy, że założenia zarówno Przystępującego jak i Odwołującego w tym zakresie są założeniami

szacunkowymi. Zdaniem Izby w oparciu o przedstawione dowody i stanowiska stron zawyżona jest wskazywana przez Odwołującego powierzchnia sufitów do malowania. W sposób dobitny wynika to w odniesieniu do SP nr 10.
Wynika to w szczególności z dwóch faktów, otóż Odwołujący wskazał że szerokość zamontowanych w klasach lamp ma około 160 mm, a oferowane przez Przystępującego lampy mają szerokość 52 mm i tym samym nowe lampy nie zakryją powierzchni, która znajdowała się pod starymi lampami. Jednakże jak twierdzi Przystępujący powyższe jest tylko w części zgodne ze stanem faktycznym, gdyż dotychczasowe lampy mające szerokość ok 160 mm mają powierzchnię styku z sufitem dużo mniejszą niż szerokość całych lamp i tym samym oferowane lampy o szer. ok. 52 mm z powodzeniem zakryją odkrytą po demontażu lampy niemalowaną część sufitu. Zauważyć należy, że Odwołujący powyższego faktu – pomimo iż pismo Przystępującego z powyższymi stwierdzeniami otrzymał na rozprawie to jednak nie zakwestionował.
Drugim faktem mogącym mieć wpływ na brak potrzeby malowania i bruzdowania sufitów dla podłączenia nowych lamp w innym niż obecnie istniejące miejscu, jest kwestia budowy stropów w SP 10. Otóż stropy wykonane są z płyt typu Ackermana i tym samym prowadzenie tras kablowych można wykonać wewnątrz stropu (w kanałach stropu) bez konieczności bruzdowania powierzchni sufitów.
Powyższe jednoznacznie wskazuje, że stawiane założenia co do potrzeby malowania tak dużej ilości sufitów w zarzutach Odwołującego, są znacząco zawyżone i wskazywane przez niego ilości jako nie udowodnione nie są wiarygodne.

Również zarzut nieujęcia w cenie ofertowej kosztu bruzdowania sufitów pod przewody elektryczne do zasilania lamp umiejscowionych w całkiem nowych miejscach nie znalazło potwierdzenia w dowodach przedłożonych przez Odwołującego. Zwrócić należy uwagę na fakt, że Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz w przedłożonym piśmie, że ewentualne koszty bruzdowania zostały dodane do kosztu przewodów kabelkowych YDY 3x1,5mm2. W KNR widnieje cena w wysokości 2,62zł/m przewodu, gdy rzeczywisty koszt poniesiony przez Przystępującego nie przekroczy 1,36zł/m Zatem w powyższej pozycji kosztorysu Przystępujący założył ewentualne koszty bruzdowania sufitów pod przewody.

Odnosząc się do kwestii braku właściwej wyceny kosztów pracy Izba uznała zarzut ten za niezasadny, gdyż Odwołujący opiera swoje zarzuty w zasadzie tylko na kalkulacji kosztorysowej wygenerowanej w KNR. W tym zakresie podać należy, że Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 26.09.2018 r przedstawił szacunkowe koszty wynagrodzenia jego pracowników opierając się przede wszystkim na doświadczeniu w realizacji podobnych projektów. Stwierdził, że zna realny czas i możliwości swoich pracowników przy wykonywaniu prac remontowych w tym malarskich. Kalkulacje kosztorysowe wygenerowane w KNR służą wyłącznie do rozliczeń pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, nie określają one natomiast rzeczywiście niezbędnej ilości godzin do wykonania określonych prac. Ponadto Przystępujący wskazał, że zamierza skorzystać z firmy podwykonawczej w zakresie montażu opraw LED wraz z robotami towarzyszącymi. Przedstawił w tym zakresie aktualną ofertę lokalnego przedsiębiorcy. Wskazał także, że wszystkie prace malarskie Przystępujący zamierza wykonać własnymi siłami przez zatrudnionych przez niego pracowników, których wynagrodzenie nie uległo zmianie w stosunku do II kwartału 2018r. Ponadto zawarte w wyjaśnieniach informacje wskazywały, że zmiana minimalnej stawki roboczogodziny zgodnie z cennikiem Sekocenbudu na III kwartał dla województwa pomorskiego w stosunku do przyjętej stawki roboczogodziny (przyjęta w ofercie na poziomie 15.00PLN) na podstawie cenników Sekocenbudu II kwartał nie ma wpływu na ofertę Wykonawcy, gdyż nie wpływa na jego koszty.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących spełnienia normy oświetleniowej to Izba uznała powyższy zarzut również za niezasadny. Oprócz argumentacji wskazanej powyżej, a dotyczącej tego, że rozmieszczenie lamp będzie wynikało z zatwierdzonego projektu, a nie z symulacji wykonanej w systemie Dialux, wskazać należy, że Przystępujący w swoich wyjaśnieniach jednoznacznie stwierdził, że proponowane oprawy LED spełniają normę PN EN 61000-3-2 właściwą dla opraw LED.
Wg tej normy współczynnik odkształcenia harmonicznych powinien być nie większy niż 8% i dotyczy wyłącznie sieci elektroenergetycznych. Parametr ten nie dotyczy urządzeń oświetleniowych. Proponowane przez Wykonawcę oprawy LED spełniają warunki normy PN EN 61000-3-2 w zakresie poziomów dopuszczalnych harmonicznych dla urządzeń klasy C.
Izba akceptuje w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, który stwierdził, że przedstawione przez Przystępującego obliczenia są wykonane zgodnie z normą PN EN 12464-1. Dla SP1 planowane średnie natężenie oświetlenia w tej klasie wynosi 439 lx a współczynnik równomierności 0.6, co jest zgodne z normą PN EN 12464-1, w której określono minimalne natężenie oświetlenia 300 lx (a nie jak błędnie podał Odwołujący 500 lx) oraz równomierność natężenia oświetlenia, która powinna wynosić nie mniej niż 0.6. Dodał także, że w załączonym do wyjaśnień projekcie SP nr 10 101 SEGMENT E przedstawione obliczenia są wykonane zgodnie z normą PN- EN 12464-1 i są także prawidłowe.
Nie jest zasadny zdaniem Izby także zarzut odnoszący się do zbyt dużej mocy opraw oświetleniowych zaoferowanych do zamontowania. Jak wyżej wskazano zawarte w ofercie i wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny zawierają pewne założenia, które jednak będą podlegały weryfikacji w projekcie technicznym, zatwierdzanym przez Zamawiającego. Możliwe jest , że na etapie uzgodnień i zatwierdzania projektu nastąpi zmniejszenie mocy opraw zachowując normy natężenia światła i tym samym uda się osiągnąć zysk energetyczny równy lub większy niż wynika to z audytu oświetleniowego.
Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.1 i 7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp.
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz.U. z 22 maja 2018r. poz. 972.).

Przewodniczący:

……..