Sygn. akt: KIO 1404/21

WYROK

z dnia 24 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r. przez wykonawcę **ZUE S.A.** z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Miasta Krakowa

przy udziale wykonawcy FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1404/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i:

a)nakazuje Zamawiającemu Zarządowi Dróg Miasta Krakowa unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie,

b)nakazuje Zamawiającemu Zarządowi Dróg Miasta Krakowa przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę ryczałtową w ofercie FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie w trybie przepisu art. 224 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.),

c)nakazuje Zamawiającemu Zarządowi Dróg Miasta Krakowa zażądanie od wykonawcy FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie wyjaśnień dotyczących złożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych - treści wykazu usług i złożonych dowodów na ich poparcie w trybie przepisu art.128 ust.4 powołanej wyżej ustawy,

d)nakazuje Zamawiającemu Zarządowi Dróg Miasta Krakowa zwrócenie się do wystawców cyt. powyżej podmiotowych środków dowodowych o przedstawienie dodatkowych informacji dotyczących wystawionych przez nich podmiotowych środków dowodowych w trybie przepisu art.128 ust.5 powołanej wyżej ustawy,

e)nakazuje Zarządowi Dróg Miasta Krakowa dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2.kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Miasta Krakowa i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od Zarządu Dróg Miasta Krakowa na rzecz wykonawcy ZUE S.A.z siedzibą w Krakowie kwotę 18 600 zł 60 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złoty zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący……

Sygn. akt: KIO 1404/21

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

Zamawiający: Zarząd Dróg Miasta Krakowa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Utrzymanie, konserwacja i bieżące naprawy instalacji oraz urządzeń oświetlenia dróg, ulic, parków, placów, skwerów, mostów, estakad, tuneli, przejść podziemnych oraz iluminacji wybranych obiektów Gminy Miejskiej Kraków”, numer postępowania: 5/11/2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 marca 2021 r., Dz.U./S S46 115681-2021-PL, pod numerem 2021/S 046-115681.

W dniu 30 kwietnia 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego: ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej

Przystępującym lub FB Serwis.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 10 maja 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.Artykułu 224 ust 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP przez zaniechanie wezwania wykonawcy FB Serwis do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego, które w niniejszej sprawie winno być traktowane jako całkowita cena oferty, mimo, iż przedmiotowe wynagrodzenie jest niższe o ponad 30% od średniej arytmetycznej wynikającej ze wszystkich złożonych ofert, niepodlegających odrzuceniu na podstawie art 226 ust. 1 pkt 1 i 10, a w niniejszej sprawie nie zachodzi przypadek, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia

Ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu pierwszego

2.Artykułu 224 ust 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP przez zaniechanie wezwania wykonawcy FB Serwis do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego, traktowanego jako „istotna część składowa" ceny oferowanej przez FB Serwis, mimo iż przedmiotowe wynagrodzenie wydaje się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i winno budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z istniejącymi wymaganiami.

oraz

3.Artykułu 128 ust 4 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP w zw. z cz. III pkt 3 lit d) tiret drugi SWZ [„usługi polegające na konserwacji (...)"] przez zaniechanie

a.wezwania FB Serwis do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wykonanych usług (w odniesieniu do zadań nr 1, 2 oraz 4 ujętych w wykazie usług - załącznik nr 5), mając na uwadze/ że w żadnej z referencji czy też innych dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę w odniesieniu do tych zadań/ które miały potwierdzić należyte wykonanie usługi nie wynika ilość lamp świetlnych/ a w przypadku innego zadania (nr 3)/ jak wynika z dołączonych dokumentów/ wykonawca FB Serwis konserwował ilość lamp świetlnychw mniejszej ilości niż pokazuje to w wykazie (a tym samym z pewnością wypełnił on ten wykaz bez dochowania wymaganej od niego staranności)/

b.wezwania FB Serwis do złożenia wyjaśnień w przedmiocie należytego wykonania usługi nr 2 (wedle numeracji z wykazu usług) mimo faktu, iż z dokumentu jaki ma potwierdzać należyte wykonanie usługi wynika, że zamawiający na tym zadaniu potracił 155 tys. zł za „stwierdzone odstępstwa od standardu utrzymania" oraz

c.wezwania FB Serwis do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zakresu wykonanej usługi nr 5 (wedle numeracji z wykazu usług) mimo faktu, iż z przedstawionych przez FB Serwis dokumentów wynika, że przedmiotem usługi była konserwacja opraw oświetleniowych, podczas gdy warunek postawiony w postępowaniu odnosił się do konserwacji oświetlenia ulicznego wraz z instalacjami jego zasilania jak i urządzeniami sterowania, jak i do złożenia wyjaśnień ile sztuk urządzeń oświetlenia ulicznego stanowiły znaki D-6 (które nie stanowią lamp świetlnych)

co jednocześnie świadczy o niedochowaniu przez Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców, jak i świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, które to zasady wymagają, aby w wypadku takiej sytuacji jak opisanej w odwołaniu zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia

4.Artykułu 128 ust. 5 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP w zw. z cz. III pkt 3 lit. d) tiret drugi SWZ [„usługi polegające na konserwacji (...)"] przez zaniechanie

a.zwrócenia się do właściwych zamawiających (w odniesieniu do zadań nr 1, 2 oraz 4 - wedle wykazu usług) celem uzyskania informacji o tym jaka ilość lamp świetlnych (wraz z instalacjami zasilania oraz urządzeniami sterowania) była przez FB Serwis konserwowana na wskazanych zadaniach nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy

b.zaniechania zwrócenia się do właściwego zamawiającego celem uzyskania informacji w przedmiocie należytego wykonania usługi nr 2 (wedle numeracji z wykazu usług), mimo, iż referencje w tym zakresie budzą wątpliwości, wskazane wyżej w pkt 3 lit. b, oraz

c.zaniechania zwrócenia się do właściwego zamawiającego w odniesieniu do usługi nr 5 (wedle numeracji z wykazu usług) celem uzyskania informacji w przedmiocie uzyskania informacji odnośnie zakresu wykonanej usługi, to jest czy obejmowała ona również konserwację „instalacji zasilania oraz urządzeń sterowania" 3.350 sztuk lamp świetlnych bez przerwy przez okres co najmniej 12 miesięcy, oraz udzielenia informacji ile z twierdzonej przez FB Serwis ilości 3.350 lamp świetlnych stanowiły znaki D-6

co jednocześnie świadczy o niedochowaniu przez Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców, jak i świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, które to zasady wymagają, aby w wypadku takich wątpliwości, zwrócić się do podmiotów posiadających stosowne informacje - o ich udzielenie.

Wskazując na powyższe naruszenia, wnosił o:

1)uwzględnienie odwołania,

2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty FB Serwis jako najkorzystniejszej w Postępowaniu

3)przeprowadzenie ponownej oceny ofert, w tym nakazanie Zamawiającemu

a.wezwania FB Serwis do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego, w ramach których to wyjaśnień FB Serwis winno wyjaśnić w jaki sposób zaoferowana przez niego kwota wynagrodzenia ryczałtowego, bez pominięcia jakiegokolwiek elementu generującego koszty, pozwala na wykonanie prac objętych SWZ, jak i pozwala na osiągnięcie zysku (przy czym wyjaśnienia, w których FB Serwis winno przedstawić wszystkie elementy generujące koszty, powinny być, zgodnie z przepisem, poparte stosownymi dowodami),

b.wezwania FB Serwis do złożenia wyjaśnień w przedmiocie tego jakie ilości punktów świetlnych były objęte zadaniami nr 1,2 oraz 4

c.zwrócenia się przez Zamawiającego do właściwych zamawiających w odniesieniu do zadań nr 1, 2 oraz 4 (wedle numeracji z wykazu usług) o przedstawienie informacji odnośnie ilości lamp świetlnych, jakie były, wraz z instalacjami zasilania oraz urządzeniami sterowania, konserwowane w ramach przedmiotowych zadań przez FB Serwis nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy

d.wezwania FB Serwis do złożenia wyjaśnień w przedmiocie należytego wykonania usługi nr 2 (wedle numeracji z wykazu usług) w sytuacji, gdy z referencji wynika fakt, że zamawiający na tym zadaniu obniżył wynagrodzenie ze względu na „stwierdzone odstępstwa od standardu utrzymania"

e.zwrócenia się przez Zamawiającego do właściwego zamawiającego w odniesieniu do zadania nr 2 (wedle numeracji z wykazu usług) o potwierdzenie należytego wykonania przez FB Serwis usługi polegającej na konserwacji oświetlenia ulicznego wraz z instalacjami jego zasilania oraz urządzeniami sterowania w twierdzonej przez wykonawcę ilości 3.641 lamp, nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy

f.wezwania FB Serwis do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zakresu wykonanej usługi nr 5 (wedle numeracji z wykazu usług), a więc tego, czy zakres usługi obejmował również konserwację „instalacji zasilania oraz urządzeń sterowania" nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy w odniesieniu do ilości 3.350 sztuk lamp świetlnych, oraz ile z podanych przez nich 3.350 sztuk stanowiły znaki D-6

g.zwrócenia się przez Zamawiającego do właściwego zamawiającego w odniesieniu do zadania nr 5 (wedle numeracji z wykazu usług) o potwierdzenie, że FB Serwis w ramach przedmiotowego zadania wykonał nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy konserwację 3.350 sztuk lamp świetlnych wraz z instalacjami ich zasilania oraz urządzeniami sterowania, oraz ile z podanych przez FB Serwis 3.350 sztuk lamp świetlnych stanowiły znaki D-6 a następnie, po ich ocenie, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej

4)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający skonstruował zamówienie w ten sposób, że opisał określony zakres prac, jaki ma być objęty przedmiotowym zamówieniem i zażądał od wykonawców, by ci przedstawili mu na wykonanie takich prac proponowane przez nich wynagrodzenie ryczałtowe. Przedmiotowe prace (za które należne jest wynagrodzenie ryczałtowe) są w SWZ określane jako„prace konserwacyjne i utrzymaniowe” (ewentualnie Zamawiający używa także na nie określenia „prace utrzymaniowe”).

Jednocześnie, Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający wskazał, że „Zamówienie obejmuje także zlecenia dodatkowe. Prace zlecane przez zamawiającego do realizacji przez wykonawcę, przekraczające przyjęty do realizacji zakres prac konserwacyjnych i utrzymaniowych, nie wpływają na zmianę wysokości ceny zamówienia” (cz. I pkt 1 lit. b SWZ).

Dodatkowo, zauważył również, że w odniesieniu do tych prac - określanych w SWZ jako tzw.prace zlecane (lub „zlecenia dodatkowe”) Zamawiający nie dokonał ich opisu, a wskazał jedynie - bardzo ogólnie, że prace te to prace „w zakresie oświetlenia” różnej infrastruktury, które przekraczają przyjęty do realizacji zakres prac konserwacyjnych i

utrzymaniowych rozliczanych w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, a niezbędnych do wykonania dla prawidłowego i bezpiecznego funkcjonowania instalacji i urządzeń oświetlenia (vide pkt 4.5 załącznika do SWZ „Zakres rzeczowy"). Na marginesie, celem wyjaśnienia, wedle SWZ jest to załącznik nr 6, jednakże na pierwszej stronie tytułowej tego dokumentu jest wskazane „załącznik nr 1".

Wskazał również, że oprócz tego Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień polegających na powtórzeniu podobnych usług, zgodnych z przedmiotem zamówienia podstawowego (o których mowa w art. 214 ust. 7 PZP), w wysokości nieprzekraczającej 50% zamówienia podstawowego (vide cz. 1 pkt 7 SWZ).

Podniósł, że Zamawiający wskazał dalej, że na formularzu (druku oferty) należy podać: całkowitą cenę ofertową (brutto) obejmującą realizację całego zamówienia w PLN wraz z podaniem stawki podatku VAT „z podziałem na wynagrodzenie ryczałtowe za wykonane prace utrzymaniowe oraz wynagrodzenie za zlecenia dodatkowe nie objęte zakresem prac utrzymaniowych (zgodnie z zakresem rzeczowym)" - vide cz. X pkt 1 SWZ. Wskazał również Zamawiający, że tylko wynagrodzenie ryczałtowe będzie stanowiło kryterium oceny ofert *(*vide cz. XI SWZ).

Ponadto, Odwołujący podniósł, że w załączniku pod nazwą „Zakres rzeczowy" wskazał on (pkt 4.1), że w istocie nie ma znaczenia jaką kwotę wykonawcy wskażą za prace zlecone, gdyż Zamawiający zamierza przeznaczyć całość kwoty, jaką ma na sfinansowanie zadania, jaka mu zostanie po ustaleniu ceny ryczałtowej na wykonanie prac zleconych.

Odwołujący wskazał, że punkt ten bowiem brzmi w następujący sposób: „Wykonawca zobowiązany jest podać 10 formularzu ofertowym kwotę wynagrodzenia wyrażoną w złotych brutto jaką oczekuje za wykonanie prac objętych ryczałtem w całym okresie realizacji zadania (różnica pomiędzy kwota jaka Zamawiająca zamierza przeznaczyć na sfinansowanie całości przedmiotu zamówienia a oczekiwana przez Wykonawcę lewo ta wynagrodzenia ryczałtowego stanowić będzie kwotę jaka Zamawiający przeznaczy dla Wykonawca na prace zlecone zo całym okresie realizacji zadania)".

Argumentował, że w istocie zatem Zamawiający wskazał, że niezależnie od tego, jaką kwotę Wykonawcy zaoferują i tak zamierza on wydać całość kwoty, jaką posiada na sfinansowanie zadania - przy czym im niższe będzie wynagrodzenie ryczałtowe, tym więcej pozostanie mu pieniędzy na prace zlecone (zlecenia dodatkowe), a tym samym będzie w stanie u danego wykonawcy zamówić je w większej ilości.

Takie ukształtowanie niniejszego zamówienia spowodowało – według Odwołującego, że wszyscy trzej oferenci wskazali, że za prace objęte ryczałtem i za prace zlecone, oczekują praktycznie identycznej ceny.

FB Serwis zaoferowało bowiem wynagrodzenie w kwocie (cena brutto) - 26.057.142,85 zł. ZUE S.A. zaoferowało wynagrodzenie w kwocie (cena brutto) - 26.057.142,85 zł. Trzeci Wykonawca (konsorcjum gdzie liderem jest K. J. (w odwołaniu dalej jako „konsorcjum KJ") zaoferowało kwotę 26.050.000,00 zł.

Zdaniem Odwołującego - przedmiotowa różnica w zakresie zaoferowanej ceny przez Konsorcjum KJ i tak nie ma żadnego znaczenia w świetle zacytowanego wyżej pkt 4.1 załącznika do SWZ „Zakres rzeczowy", gdzie wprost Zamawiający powiedział, że na prace zlecone zamierza wydać wszystko co stanowić będzie różnice pomiędzy kwotą, jaką ma na sfinansowanie zadania (czyli właśnie kwotą 26.057.142,85 zł), a kwotą wynagrodzenia ryczałtowego, jaką zaproponował wykonawca.

Zauważył, iż całkowita cena oferty nie miała żadnego znaczenia w niniejszej sprawie - Zamawiający i tak wyraźnie wskazał, że niezależnie od tego, kto i jaką złoży ofertę - on, jako kryterium oceny ofert, będzie badał wyłącznie wynagrodzenie ryczałtowe, a różnicę pomiędzy kwotą, jaką dysponuję, a kwotą ryczałtu i tak przeznaczy na prace zlecone (przedmiotowa różnica stanowić będzie kwotę jaka Zamawiający przeznaczy dla Wykonawcy na prace zlecone w całym okresie realizacji zadania) - 4.1 załącznika „Zakres rzeczowy".

Tym samym jedyne znaczenie w niniejszej sprawie ma wynagrodzenie ryczałtowe - to w jego przypadku mamy dokonany opis przedmiotu zamówienia - i tylko te prace mogli wykonawcy wycenić. Cała natomiast różnica między tą kwotą, a kwotą jaką Zamawiający posiada na sfinansowanie zadania - i tak zostanie przez niego wydana w ramach prac zleconych, które nie zostały w żaden sposób opisane, poza ogólnym wskazaniem, że będą to prace „w zakresie oświetlenia", które nie są objęte ryczałtem.

W związku z tym Odwołujący poddał pod rozwagę właściwą interpretację przepisów odnoszących się do badania rażąco niskiej ceny - ujętych w art. 224 PZP.

Zaznaczył, że jak wiadomo ustawodawca wskazał na konieczność kierowania przez Zamawiających wezwań do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w sytuacjach opisanych w ust. 2, jak i w ust. 1 przedmiotowego przepisu.

Zgodnie z ust. 2 Zamawiający jest zobowiązany do żądania wyjaśnień w każdej sytuacji, gdy cena zaoferowana przez danego wykonawcę jest niższa o ponad 30% min. od średniej arytmetycznej ofert innych wykonawców, które to nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 PZP.

W ocenie Odwołującego - sens i cel przedmiotowego przepisu (art 224 ust. 2 PZP) nakazuje w odniesieniu do niniejszego postępowania jako „całkowitą cenę oferty" rozumieć tylko wynagrodzenie ryczałtowe. W konsekwencji też - z uwagi na poniżej podane wyliczenia matematyczne - FB Serwis powinien być wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny z uwagi na spełnienie się przesłanek stosowania tego przepisu.

Odwołujący wskazał, że wynika to z następujących okoliczności:

Po pierwsze przepisy dotyczące rażąco niskiej ceny mogą odnosić się wyłącznie do ceny podanej za opisany zakres prac. Tylko w takiej sytuacji istnieje możliwość dokonania jakiegokolwiek porównania. A jedyne prace jakie są opisane w niniejszej sprawie to prace objęte ryczałtem. Prace zlecone to natomiast prace, których tak zakres, rodzaj, jak i ilość, nie są znane wykonawcom, a co więcej - przez takie ukształtowanie SWZ wykonawca, który złoży niższą cenę ryczałtową będzie musiał ich wykonać o wiele więcej, niż ten, który złoży cenę ryczałtową wyższą (skoro Zamawiający ma ok. 26 min na sfinansowanie zadania - a jeden wykonawca wyceniłby prace ryczałtowe na poziomie 10 min a drugi na poziomie 17 min, Zamawiający w pierwszym przypadku miałby 16 min na przedmiotowe prace zlecone, a w drugim - jedynie 9 min. W konsekwencji mógłby on uzyskać o wiele więcej prac zleconych od pierwszego z wykonawców).

Po drugie - sensem i celem przedmiotowego przepisu jest zapobieżenie występowania przypadków, gdy wykonawcy składają oferty z rażąco niską ceną. Otóż bowiem w tych sytuacjach, gdy cena oferowana przez danego wykonawcę różni się w sposób podany w tym przepisie od średniej arytmetycznej wszystkich ofert (tj. o ponad 30%), po stronie Zamawiającego aktualizuje się obowiązek dokonania wezwania. Zasadniczo nie może on zatem zaniechać dokonania wezwania (chyba, że wystąpi szczególna okoliczność, o której mowa w tym przepisie - to jest „rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia" - Zamawiający jednak nie wykazał w żaden sposób, aby taka sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie).

Wobec tego zauważył, że gdyby uznać, iż pod kątem wystąpienia przypadku, o którym mowa w art. 224 ust. 2 PZP winna była być badana cena rozumiana jako suma wynagrodzenia ryczałtowego i wynagrodzenia za prace zlecone - to przedmiotowy przepis byłby w niniejszym postępowaniu martwy. Skoro Zamawiający powiedział, że i tak wyda całość kwoty, jaką ma na sfinansowanie zadania ponad ryczałt na prace zlecone, włączając do ceny ofertowej też i wynagrodzenie za prace zlecone, oznaczałoby to, że przedmiotowy przepis nigdy nie znalazłby zastosowania. Wykonawcy zostali bowiem wprost poinformowani, że kwota przez nich wpisywana do oferty jako cena całkowita nie ma żadnego znaczenia. W odniesieniu zatem do przepisu ar. 224 ust. 2 PZP taki zabieg (gdyby interpretować ten przepis dosłownie, a więc za całkowitą cenę ofertową nie uznać w niniejszej sytuacji tylko wynagrodzenia ryczałtowego, ale sumę ryczałtu i kwoty za tzw. prace zlecone) powodowałby, że Zamawiający nie musiałby w żadnym przypadku stosować przepisu, który bezwzględnie obliguje go do dokonania pewnej czynności - który to przepis ma na celu „wyłapywanie" ofert z rażąco niską ceną.

W konsekwencji gdyby przez całkowitą cenę oferty rozumieć w niniejszej sprawne sumę wynagrodzenia ryczałtowego oraz wynagrodzenia za prace zlecone - Zamawiający byłby w istocie „zwolniony" z jednego z głównych obowiązków, jaki na nim spoczywa - to jest niedopuszczenia do tego, aby zamówienie mógł wykonywać podmiot, którego cena jest rażąco niska. Mógłby on zatem „obejść" w ten sposób jednoznaczny (skwantyfikowany) wymóg, aby gdy cena różni się o ponad 30% - ma on obowiązek wezwania wykonawcy. Innymi słowy - rozumienie ceny całkowitej oferty jako sumy ryczałtu i kwoty za prace zlecone - powodowałoby w niniejszej sprawie absurdalne wyniki - prowadzące do tego, że Zamawiający byłby zwolniony z obowiązku jego stosowania. A w takiej sytuacji nie sposób przyjąć/ że tak ten przepis należy rozumieć (co w istocie Zamawiający zrobił- skoro mimo tego, iż wynagrodzenie FB Serwis za prace objęte ryczałtem jest niższe o ponad 30% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert, nie wezwał od FB Serwis do złożenia wyjaśnień).

Tym samym poszukując prawidłowej wykładni - skoro stosowanie przepisu w niniejszej specyficznej sytuacji zgodnie z jego dosłownym brzmieniem - prowadziłoby do absurdu, powodując zwolnienie Zamawiającego z jego ustawowego obowiązku - należy uznać, że przez całkowitą cenę oferty w rozumieniu art. 224 ust. 2 PZP w ramach niniejszego postępowania, w świetle całej treści SWZ (która musi być brana pod uwagę przy dokonywaniu wykładni przepisów ustawy), należy rozumieć jedynie wynagrodzenie za prace objęte ryczałtem, jako wynagrodzenia za prace, które są opisane w dokumentacji przetargowej, a więc za prace które dają się porównać.

Podkreślił, że odejście od wyników wykładni językowej jest w takich sytuacjach w pełni dopuszczalne (SN wyrażał taką myśl w szeregu orzeczeniach, w tym w uchwale składu 7 Sędziów SN - Izby Cywilnej, mającej moc zasady prawnej, z dnia 1 marca 2007 r., sygn. III CZP 94/06, uchwała SN całej Izby Cywilnej z dnia 14 października 2004 r., sygn. III CZP 37/04, czy też uchwała SN z dnia 10 grudnia 2009 r., sygn. III CZP 110/09).

Na marginesie zauważył, że sam Zamawiający chyba nie do końca przemyślał takie ukształtowanie SWZ - wszak w paru miejscach wyraźnie wskazał on, że w ofertach wykonawcy mają podać cenę jako sumę wynagrodzenia za ryczał i za prace zlecone, a też jednocześnie pisze, że i tak przeznaczy całość różnicy (4.1 załącznika „zakres rzeczowy") na prace zlecone, jak i też pisze, że prace zlecane „nie wpływają na zmianę wysokości ceny zamówienia" (cz. I pkt 1 lit. b SWZ - cyt. wyżej).

Wszystko to wskazuje – według Odwołującego, że w niniejszej sprawie przez całkowitą cenę oferty w rozumieniu art. 224 ust. 2 PZP należy rozumieć wynagrodzenie ryczałtowe. To bowiem w przypadku tej części wynagrodzenia istnieje zakres prac podany przez Zamawiającego, a więc w odniesieniu do tego zakresu prac można dokonać jakiegokolwiek porównania (a taki jest wszak sens przepisów dotyczących rażąco niskiej ceny - to jest porównać zaproponowane za ten sam zakres ceny).

Patrząc zatem na wynagrodzenia ryczałtowe zaproponowane przez wykonawców wskazania wymaga, że cena zaproponowana przez FB Serwis jest o ponad 30% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich cen. Otóż bowiem FB Serwis zaproponowało kwotę 8.132.326,94 zł za wynagrodzenie ryczałtowe, a średnia wszystkich ofert to kwota 12.551.788,52 zł (wynik dzielenia przez 3 sumy kwot 8.132.326,94 [FB], 10.946.846,62 [ZUE] oraz 18.576.192,00 [konsorcjum KJ]. W konsekwencji oferta złożona przez FBSerwis jest o ok. 35,21% niższa od ww. średniej.

Zdaniem Odwołującego – w takiej sytuacji - przy właściwej interpretacji art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP istnieje obowiązek leżący po stronie Zamawiającego do wezwania FB Serwis do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Podkreślił przy tym, że w aspekcie badania RNC nie ma możliwości i sensu porównywania kwot całościowych ofert poszczególnych wykonawców - skoro i tak Zamawiający wskazał, że kwotę różnicy między ryczałtem a kwotą jaką posiada przeznaczy na prace zlecone, a dodatkowo nie wiadomo jest jakie prace zlecone będą (tak co do rodzaju, jak i ilości) zlecane przez Zamawiającego danemu wykonawcy - w konsekwencji nie sposób w tym zakresie dokonywać jakichkolwiek porównań. Tym samym jedyną ceną, jaka nadaje się do porównania - to wynagrodzenie ryczałtowe - a więc to ono winno być rozumiane jako to, które powinno podlegać ocenie pod kątem RNC w rozumieniu przepisów wprowadzających obowiązek badania (w tym i kierowania żądania złożenia przez wykonawcę wyjaśnień). W konsekwencji zatem wynagrodzenie ryczałtowe powinno być na kanwie art, 224 ust. 2 PZP rozumiane jako „cena całkowita ofert" - tylko bowiem to wynagrodzenie nadaje się w tej specyficznej sytuacji do porównania i zbadania i tylko w tym zakresie Zamawiający opisał zakres prac.

Jednocześnie zaznaczył, że w niniejszej sprawie nie ziściła się przesłanka opisana pod koniec art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP, a więc jakoby istniejąca rozbieżność miała wynikać z jakichś oczywistych okoliczności, które nie wymagają wyjaśnienia.

W szczególności zauważył, iż Zamawiający w protokole w żaden sposób odnośnie wystąpienia takiej sytuacji się nie wypowiedział.

Gdyby jednak uznać, że w niniejszej sprawie nie powinien znaleźć zastosowanie art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP, to wówczas z całą pewnością FB winno być wezwane do złożenia wyjaśnień w zakresie wynagrodzenia ryczałtowego rozumianego tutaj jako „istotna część składowa ceny". Z pewnością bowiem kwota ponad 8 mln zł z zaoferowanych 26 mln stanowi istotną część, jest to ponadto jeden z dwóch elementów ceny (jak już było wskazane ta - wedle SWZ - ma się dzielić na wynagrodzenie ryczałtowe oraz wynagrodzenie za prace zlecone), a nie sposób uznać, że jeden z dwóch elementów nie stanowi istotnej części składowej całości.

Po drugie wskazał, że w niniejszej sprawie ziściły się dalsze przesłanki stosowania tego przepisu, bowiem zgodnie z jego treścią Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy gdy cena/koszt, ewentualnie ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia.

W tym miejscu podniósł, że sam Zamawiający wyraźnie przewidział w SWZ ryzyko, że wynagrodzenie ryczałtowe oferowane przez wykonawców może być rażąco niskie. Wskazał to bowiem jednoznacznie w pkt 2 cz. VII SWZ, gdzieuzasadniając podwyższona kwotę zabezpieczenia podał, że: Podwyższenie wartości zabezpieczenia

należytego wykonania umowy jest konieczne, aby zabezpieczyć: interesy Zamawiającego na wypadek nienależytego wykonywania prac objętych wynagrodzeniem ryczałtowym (wynagrodzenie ryczałtowe stanowi kryterium oceny ofert co powoduje ryzyko jego nadmiernego zaniżenia przez Wykonawcę na potrzeby udzielenia zamówienia).

Tak więc jak wynika z powyższego Zamawiający sam wskazał, że istnieje ryzyko tego, że wykonawcy będą nadmiernie zaniżali wynagrodzenie ryczałtowe, skoro to stanowo kryterium oceny ofert.

Jednak jak już otrzymał oferty, gdzie oferta FB Serwis - w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego jest o ponad 25% niższa od drugiego wynagrodzenia ryczałtowego [ZUE]

- tj. prawie o 3 mln brutto, przy ok. 8 mln oferowanych przez FB Serwis - oraz o ok. 54% niższa od wynagrodzenia Konsorcjum KJ - Zamawiający „zapomniał" o wspominanym wcześniej ryzyku (które podkreślił uzasadniając podwyższenie wartości zabezpieczenia) uznając, że żadne wątpliwości po jego stronie już nie istnieją.

Odwołujący zwrócił uwagę również na następujące okoliczności.

Po pierwsze - nie ma żadnych wątpliwości dla Odwołującego, że badając to czy „istotna część składowa" ceny nie wydaje się rażąco niska - można z całą pewnością wykorzystać proporcję, jaka wynika z ust. 2. Wszak w ust. 2 ustawodawca jednoznacznie przesądził o tym, że w sytuacji gdy całkowita cena oferty jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej wszystkich cen - konieczne jest dokonanie wezwania. Rozumując zatem racjonalnie - jeżeli taki procent ma wskazywać na istnienie uzasadnionego podejrzenia co do istnienia rażąco niskiej ceny w odniesieniu do ceny całkowitej - to tak samo winien on być stosowany w odniesieniu do badania „istotnej części składowej" - w szczególności w niniejszej sytuacji - której specyfika została szczegółowo wyżej omówiona (tj. gdy w istocie cena oferty sprowadza się do wynagrodzenia ryczałtowego, pozostała część wynagrodzenia - to po prostu kwota dodatkowa, za którą Zamawiający będzie zlecał niedookreślone prace). A że w niniejszej sprawie sytuacja taka zachodzi (różnica wynosi ponad 35/21%) zostało już wyżej wykazane.

Po drugie nie sposób nie zauważyć, że oferta FB Serwis w poprzednim postępowaniu tj. postępowaniu które bezpośrednio poprzedzało niniejsze postępowanie (obecne jest rozpisane na okres 4 lat od 2021 do 2025 r. poprzednie z 2017 r. było na lata 2017-2021) została na mocy wyroku KIO odrzucona z uwagi na rażąco niska cenę W konsekwencji - w odniesieniu do tegoż podmiotu - we wcześniejszym postępowaniu Izba uznała, że jego cena jest rażąco niska. Przyznał wprawdzie, że przedmiotowy wyrok pokazuje sytuację z 2017 r., ale kolejne (w obecnym postępowaniu) złożenie bardzo niskiej oferty cenowej przez ten sam podmiot powinno budzić wątpliwości po stronie Zamawiającego prowadzące chociażby do konieczności wezwania tegoż wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Odwołującego - wątpliwości te winny być tym bardziej uzasadnione, że jak widać z historii postępowań prowadzonych przez Zamawiającego - oferty FB Serwis nie były w stanie osiągnąć podobnego poziomu cenowego, jaki jest w stanie zaoferować ZUE. Historycznie wskazał, że już w 2015 r. miało miejsce „porównanie" cen Odwołującego oraz FB Serwis poddane ocenie Izby. Otóż bowiem w postępowaniu prowadzonym w 2015 r. (na 2 lata, 2015-2017), a więc niejako w „przedostatnim" postępowaniu dotyczącym utrzymywania oświetlenia w Krakowie, FB Serwis dało cenę, w jego uznaniu zapewne rynkową, która była istotnie wyższa od ceny ZUE (w sposób powodujący, że ZUE było wzywane do składania wyjaśnień, to jest ponad o 30%). Po złożeniu przez ZUE wyjaśnień i uznaniu ich przez Zamawiającego, FB Serwis odwołał się od decyzji Zamawiającego twierdząc, że ZUE nie może wykonać przedmiotowych prac w tej cenie (tj. że cena ZUE jest rażąco niska). W wyniku postępowania przed KIO, Izba uznała, że cena ZUE nie jest rażąco niska, a ZUE jest po prostu w stanie zaoferować wykonanie umowy w takiej cenie. W 2017 r. - jak już było to wskazane - FB Serwis złożyło ofertę uznaną przez KIO za ofertę z rażąco niską cenę. Czyli podobnie jak w 2015 r. FB Serwis nie była w stanie zejść z ceną poniżej kwoty, jaką zaproponowało ZUE - a podjęta próba spowodowała uznanie, że oferta FB Serwis to oferta z ceną rażąco niską (vide wyrok KIO z dnia 15 maja 2005 r., sygn. KIO 906/15 oraz wyrok KIO z dnia 28 lipca 2017 r., sygn. KIO 1431/17).

Według Odwołującego - obecnie znów mamy analogiczną sytuację - ZUE przedstawiło swoją ofertę, a oferta FB Serwis jest o ok. 1/4 niższa od oferty ZUE i o ponad1/2 niższa od kolejnego oferenta. Mimo tego - wedle ZDMK ta sytuacja nie budzi żadnych wątpliwości i nie ma żadnych podstaw do kierowania stosownego wezwania, co jest oczywiście działaniem nieprawidłowym. Już bowiem sam fakt, że w 2017 r., a więc w poprzednim postępowaniu oferta FB Serwis została uznana za ofertę z rażąco niską ceną winno budzić wątpliwości co do oferty obecnie złożonej - w szczególności gdy różnica jest znacząca, a zestawienie tego jeszcze z przedostatnim postępowaniem (gdzie było wykazane, że ZUE jest w stanie oferować ceny niedostępne dla FB Serwis) tym bardziej uzasadnia powstanie po stronie

prawidłowo działającego Zamawiającego uzasadnionych wątpliwości.

Po trzecie, zdaniem Odwołującego - takie wątpliwości powinny zaistnieć także z tego powodu, że oferta FB Serwis już na pierwszy rzut oka wydaje się być ofertą z rażąco niską ceną. Wskazał przy tym, że po pierwsze FB Serwis zaproponował za wykonanie prac tzw. ryczałtowych kwotę 8.132.326,94 zł brutto (czyli łącznie z podatkiem VAT - w stawce 23%). W konsekwencji cena netto - złożona przez FB Serwis - to kwota 6.611.647,92 zł - i to właśnie ta kwota winna być poddana ocenie. Wszak podatek VAT zapłacony w cenie przez Zamawiającego winien być odprowadzony przez wykonawcę na rzecz państwa.

Zwrócił uwagę, że usługi mają być świadczone przez 48 miesięcy, co daje w odniesieniu do oferty FB Serwis kwotę 137.742,66 zł netto miesięcznie. W tej kwocie - w ujęciu miesięcznym - Wykonawca ma „zmieścić" wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia - dodatkowo jeszcze osiągając zysk. Przedmiotowa kwota będzie zatem punktem wyjścia w dalszych rozważaniach.

Wskazał, że zakres prac objętych ryczałtem można podzielić na dwie kategorie - po pierwsze - prace tzw. pogotowi energetycznych. Zamawiający wymagał bowiem, aby wykonawca usuwał awarie i zapewniał bieżące naprawy w odniesieniu do terenu objętego zamówieniem - wymagając też, aby tych pogotowi było 2 i działały one całodobowo.

Jednocześnie zauważył, że tak język użyty przez Zamawiającego, który mówi o zespołach takich pogotowie, jak i przepisy prawa (vide rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 28 marca 2013 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach energetycznych i jego §28, w szczególności jego ust. 4 w brzmieniu „Prace, o których mowa w ust. 2 i *3,* wykonują co najmniej dwie osoby w celu zapewnienia asekuracji") wymagają aby w każdym zespole pogotowia znajdowały się przynajmniej dwie osoby (wykonują oni wszak prace m.in. przy urządzeniach elektroenergetycznych).

Wywodził, że w konsekwencji już samo przeliczenie etatów niezbędnych do zapewnienia takich 4 pogotowi w ujęciu całodobowym, uwzględniając w tym urlopy, L-4 (wedle średnich danych GUS), wskazuje, że na miesiąc jest to koszt - przy przyjęciu minimalnego wynagrodzenia za pracę (obecnie 2.800 zł, co jednak daje tzw. koszt po stronie pracodawcy na poziomie 3.377,08 zł miesięcznie - pracodawca wszak ponosi jeszcze koszty ZUS za pracownika, które nie są uwzględniane w kwocie wynagrodzenia widniejącego na umowie o pracę) 72.575,19 zł netto w skali miesiąca (z uwzględnieniem dodatku nocnego, urlopów wypoczynkowych, średnich danych nieobecności z powodu L-4). Skrótowo uzasadniając przedmiotową kwotę bowiem zauważył, że czas nominalny pracy dla 1 pracownika za miesiące maj-grudzień 2021 r. to 1200 godzin, za rok 2022 - 2008 godzin, za 2023 - 2000 godzin, za rok 2024 - 2008 godzin i za okres od stycznia do maja 2025 r. - 824h (wedle zasad wynikających z Kodeksu pracy). Tym samym 1 pracownik może przepracować w ciągu 48 miesięcy (na jakie planowane jest zadanie) 8.040 godzin (suma powyższych), co średniorocznie daje 2.010 godzin. Należy to (2.010 w ujęciu rocznym) zestawić z ilością godzin, na jakie należy zapewnić obsługę w skali 1 roku (365 dni x 24 godziny). Daje to 8.760 godzin. Skoro zatem 1 pracownik w ramach wynagrodzenia może przepracować określoną ilość godzin, to aby zapewnić obsługę przez całą dobę należy to przemnożyć przez 4,35 (jako wynik działania 8.760/2.010). Tym samym 2 osoby na 2 pogotowia (czyli 4 osoby) przemnożone przez 4,35 daje 17,4 etatu (rocznie), do czego jeszcze należy uwzględnić urlop wypoczynkowy (20 lub 26 dni w skali roku, przyjęto dla wyliczeń 200 godzin (25 dni). 17,4 etatu x 200 godzin = 3.480 godzin rocznie, co daje znów (skoro w ciągu roku średnio jest 2.010 godzin jakie „1 etat" jest w stanie przepracować) konieczność dodania 1,73 etatu (innymi słowy - skoro na zespół pogotowi [17,4 etatu] przypada 3.480 godzin urlopów, aby w tym czasie zapewnić pracowników, za tych, którzy są na urlopie - potrzebne jest dodatkowe 1,73 etatu). Jednocześnie pracownicy są w pracy nieobecni także z powodów zdrowotnych. W oparciu o dane statystyczne daje to ok. 15 dni w skali roku nieobecności dla 1 pracownika.

W konsekwencji wskazał, że mamy dodatkowe 120 godzin (15 x 8) nieobecności z powodów zdrowotnych, co w przeliczeniu na etaty daje 1,03 dodatkowe etatu na pokrycie tego rodzaju kosztu (17,4 etatów x 120 godzin rocznie / 2.010 godzin daje 1,03 etatu). W konsekwencji 17,4+1,73+1,03 daje 20,16 etatów, aby FB Serwis mogło pokryć pogotowia pod kątem pracowników. Mnożąc 3.377,08 zł przez 20,16 etatów mamy kwotę 68.081,93 zł. jednocześnie jednak pracownicy muszą mieć dodatek nocny (20%, art. 151^8 Kodeksu pracy), co daje - przy minimalnym wynagrodzeniu dodatkowe 3,98 zł (koszt pracodawcy) za taką godzinę dodatku. Przy przyjęciu przeciętnej ilości godzin nocnych w miesiącu na poziomie 56 dla jednego etatu - mamy koszt 222,88 zł, co w skali ponad 20 etatów daje kwotę 4.493,26 zł. W konsekwencji ww. kwoty 68.081,93 zł i 4.493,26 zł dają sumę w skali miesiąca 72.595,19 zł.

Dalej, argumentował, że zapewnienie pogotowia stanowi jedynie pierwszy rodzaj prac, jakie mają być „objęte" wynagrodzeniem ryczałtowym. Główną bowiem „osią" przedmiotowego zamówienia są prace tzw. harmonogramowe - a więc prace opisane w dokumentacji przetargowej, w przypadku których wykonawca ma zapewnić odpowiednią liczbę

osób do ich wykonania (tak samo jak w odniesieniu go pogotowi Zamawiający mówi o zespole, a więc grupie osób - przynajmniej dwóch). W ramach tych prac Zamawiający wymaga także wymiany określonej ilości punktów świetlnych, co jest związane z kosztami materiałów. Ponadto wymagana jest całodobowa dyspozytornia, jak i dwa etaty kierownicze. Przyjęcie wymogu dyspozytora wedle powyższych założeń to 5/03 etatu rocznie/ co daje łącznie z dodatkiem nocnym kwotę kosztu całkowitego pracodawcy na poziomie 18.107/80 zł miesięcznie. Przyjęcie 2 etatów kierowniczych to koszt 6.754/16 zł, a koszt zespołu konserwacyjnego (2/44 etaty - tu nie ma wszak wymogu całodobowej pracy$_7$ a 1 zespół dwuosobowy/ po przemnożeniu przez wymogi związane z urlopami i zapewnieniem nieobecności w związku z L-4 daje taką liczbę etatów) to 8.240/08 zł (koszt całkowity pracodawcy) miesięcznie.

W konsekwencji już za same wynagrodzenia FB Serwis (wedle wynagrodzenia minimalnego) winien wydać kwotę 105.677,23 zł miesięcznie. Pozostaje zatem kwota 32.065/43 zł netto miesięcznie na wszystkie pozostałe koszty/ w tym koszty materiałów/ jakie będą niezbędne do wykonania zadania.

W tym miejscu zauważył, że FB Serwis prowadziło przedmiotową usługę w Krakowie w 2015 r. przez okres 2 miesięcy. Gdy składało ono wyżej opisane odwołanie w 2015 r. w postępowaniu 2-letnim - wskazało ono, że jej koszty materiałowe (materiały na zakup różnego rodzaju materiałów/ w tym źródeł światła/ materiałów do malowania/ paliw etc.) to kwota ok. 90.000 zł netto miesięcznie (vide: odwołanie FB Serwis z dnia 2 maja 2015 r., strona 7-8). W konsekwencji suma kosztów pracowniczych i przyznanych przez FB Serwis (w innym postępowaniu), ale mającym analogiczny przedmiot) to kwota znacznie wykraczająca poza 137.742,66 zł netto miesięcznie, jakie FB Serwis ma do dyspozycji. Mimo tego, znów nie wzbudziło to żadnych wątpliwości po stronie Zamawiającego.

Przykładowo, Odwołujący odniósł się do cen katalogowych źródeł światła (które mają być wymienione w ilości 54.818 sztuk przez 48 miesięcy, co daje 1.142 sztuki w ujęciu miesięcznym. Cena katalogowa jednego z typu źródeł to kwota 49,20 zł netto *(*vide: wydruk cennika lamp Violox). W konsekwencji już same źródła światła, wedle cen katalogowych, to kwota 56.186,40 zł - oczywiście wykonawcy uzyskują istotne rabaty w tym zakresie, ale i tak sam już koszt pracowniczy i koszt źródeł światła (wedle cen katalogowych) to kwota przewyższają o kilkanaście tysięcy złotych kwotę, jaką FB Serwis ma do dyspozycji, a do wykonania usługi konieczne jest poniesienie innych kosztów.

W takiej sytuacji, w przekonaniu Odwołującego - niezależnie od innych aspektów podniesionych w niniejszym piśmie, istniał obowiązek po stronie Zamawiającego do wezwania FB Serwis do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferowanego wynagrodzenia ryczałtowego - czemu Zamawiający nie podołał - nie dokonując w tym zakresie wezwania. Tym samym niniejsze odwołanie, w zakresie zarzutu 1, ewentualnie zarzutu 2, jest w pełni zasadne.

Odnosząc się natomiast do zarzutu nr 3 dotyczącego warunku w zakresie zdolności technicznej/zawodowej (cz. III pkt 3 lit. d SWZ) Odwołujący wskazał, że FB Serwis przedłożyło wykaz usług, gdzie wskazano 5 zadań na ilość 25.222 lamp świetlnych (3.297, 3.641, 6.799, 8.135, 3.350 - chociaż w przypadku tego ostatniego zadania FB Serwis wskazało jednocześnie, że na koniec tego zadania, przez okres 11 miesięcy, realizował usługę w odniesieniu do mniejszej ilości 3.162 punktów). Wedle treści oświadczenia FB Serwis wykonywało konserwację oświetlenia ulicznego wraz z instalacjami jego zasilania oraz urządzeniami sterowania (czyli jak wynikało to z warunku) w oświadczonych przez niego ilościach punktów świetlnych.

1. Odnosząc się do wykazywanych zadań zauważenia wymagają następujące kwestie:

a) W odniesieniu do zadania wskazanego w wykazie pod pozycją nr 3 wskazał, że z przedłożonych protokołów odbioru wynika, że przez pierwsze pół roku wykonywanej usługi nie odnosiła się ona do 6.799 lamp świetlnych ale najwyżej do ilości 6.687. Dopiero bowiem od lipca było to 6.799 lamp i stan taki trwał pół roku.

W konsekwencji przez wymagany okres 12 miesięcy FB Serwis nie świadczył usługi w odniesieniu do 6.799 lamp, ale do ilości 6.687.

Tym samym, według Odwołującego z dołączonych dokumentów, wynika, że wykaz, jaki został przygotowany przez FB Serwis (jego oświadczenie ujęte w załączniku nr 5) jest nieprawidłowe - Wykonawca wszak w ramach zadania nr 3 nie świadczył nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy usługi (tak wszak brzmiał wymóg - i w odniesieniu do niego składane było oświadczenie) w odniesieniu do ilości lamp przez siebie oświadczonej, ale konserwacja lamp odnosiła się do mniejszej ich ilości. Nie jest prawdą dla Odwołującego, aby przez okres od 1 stycznia 2019 r. do 31 grudnia 2019 r. (jak w oświadczeniu) usługa obejmowała taką ilość lamp - jak oświadczyło to FB Serwis.

Doprowadziło to go wniosku o niedochowaniu przez FB Serwis należytej staranności w zakresie wypełniania dokumentów ofertowych - co jest o tyle ważne, że na podstawie takiego oświadczenia Zamawiający ustala, czy spełniony jest, czy też nie, warunek udziału w postępowaniu.

W konsekwencji też, przy potwierdzonym braku dochowania należytej staranności, za zasadne należało uznać wezwanie FB Serwis do złożenia wyjaśnień w przedmiocie realizowanej przez niego usługi w ramach zadań 1, 2 oraz 4 - to jest potwierdzenia przez niego ilości urządzeń oświetlenia ulicznego, które wraz z instalacjami zasilania oraz urządzeniami sterowania konserwował nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy.

W odniesieniu bowiem do tych zadań, przedłożone przez FB Serwis dokumenty, które miały potwierdzić należyte wykonanie takich usług, nie pokazują ilości lamp, w odniesieniu do których miała być realizowana usługa konserwacji - a tym samym powstaje pytanie, czy także w przypadku tych ilości nie zaistniał taki sam błąd jak w przypadku zadania nr 3.

Jednocześnie, Odwołujący przekonywał, że - w świetle brzmienia art. 128 ust. 5 PZP - ww. okoliczność powinna wzbudzić po stronie Zamawiającego uzasadnione wątpliwości skutkujące skierowaniem zapytań do właściwych zamawiających w przedmiocie tego jaka ilość punktów świetlnych wraz z urządzeniami sterowania jak i instalacjami zasilania była przez FB Serwis konserwowana przez nieprzerwany okres co najmniej 12 miesięcy. Podmioty te wszak, jako podmioty na rzecz których usługa taka była świadczona z pewnością mogą rozwiać wszelkie wątpliwości Zamawiającego, który w realiach niniejszej sprawy, jako podmiot dysponujący środkami publicznymi, winien podjąć działania, które będą uzasadniały twierdzenie, że zamówienie zostaje przyznane jedynie podmiotowo, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, a wiec podmiotowi dającemu rękojmie należytego wykonania zamówienia. Tak samo zresztą można wskazać, że takie działanie Zamawiającego jest wymagane w świetle art. 16 pkt 1 PZP i wyrażonych tam zasad równego traktowania wykonawców oraz konieczności zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji. Przepisy ustawy należy' bowiem interpretować mając na uwadze też cel całej ustawy.

b)Idąc dalej zauważył, że w odniesieniu do zadania wskazanego w wykazie usług pod pozycją nr 5 wskazania wymaga, że FB Serwis przedstawiło umowę na okoliczność wykazania, że w istocie realizowało nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy usługę w odniesieniu do 3.350 lamp świetlnych, a nie do 3.162, jaka wynika z referencji. Wedle oświadczenia FB Serwis w ww. wykazie przedmiotowa usługa obejmowała również instalacje zasilania oraz urządzenia sterowania.

Jednakże w umowie tej jest jednoznacznie wskazane, że konserwacji podlegają „oprawy zainstalowane w tunelach jezdnych (...)" - vide §1 ust 1 umowy DPZ/85/PN/73/16 (w aktach postępowania - załączniki do pisma FB Serwis z dnia 22-04-2021 r. gdy to FB Serwis działając w oparciu o art. 126 ust. 1 PZP przedstawił dokumenty i oświadczenia).

Wobec tego zwrócił uwagę, że nie ma zatem w przedmiotowej umowie (przedłożonej przez FB Serwis celem wykazania, że właściwa ilość to 3.350 [a nie 3.162 jak wynika z referencji]) mowy o tym, aby jej zakres obejmował także np. urządzenia sterujące.

A pojęcia są różnymi pojęciami - o czym świadczy chociażby załącznik nr 11 SWZ - Instrukcja eksploatacji urządzeń, gdzie osobno zdefiniowano oprawę (1.3.7), osobno urządzenia sterownicze (1.3.10)/ czy też linie zasilające (1.3.3). Ogólnym pojęciem jest natomiast „urządzenie oświetlenia elektrycznego" (które to urządzenie obejmuje sobą wszystkie elementy - to jest oprawę, jak i obwody zasilające i sterujące ich pracą).

W konsekwencji w sytuacji, gdy z dokumentów przedstawionych przez FB Serwis wynika, że przedmiot umowy odnosił się do opraw powstaje zasadna wątpliwość, czy obejmuje on także wymagane zasilanie oraz sterowanie. Tak samo jak w zakresie lit. a) wyżej, winno to skutkować odpowiednim wezwaniem do złożenia wyjaśnień oraz zapytaniem do właściwego zamawiającego.

Jednocześnie wedle oświadczenia przedłożonego przez FB Serwis ilość 3.350 sztuk lamp świetlnych miałaby też odnosić się do znaków D-6, co w oczywisty sposób nie jest lampą świetlną.

c)Wreszcie w odniesieniu do zadania wskazanego w wykazie pod pozycją nr 2 wyjaśnił, że z referencji wynika, że: Naliczono, potrącenia za stwierdzone odstępstwa od standardu utrzymania o łącznej Wartości 155 000,00 zł oraz kary za odstępstwa od wymaganej procedury o łącznej Wartości 4 000,00 zł. Jak dalej wynika z referencji przedmiotem zamówienia były różne usługi utrzymania.

Nie wiadomo jednak, co podniósł Odwołujący - czy usługa ta -w odniesieniu do punktów świetlnych - została wykonana należycie, skoro z referencji jednoznacznie wynika, że zamawiający na tym zadaniu obniżył wynagrodzenie FB Serwis o kwotę 155.000 zł za „stwierdzone odstępstwa od standardu utrzymania".

W przekonaniu Odwołującego w takiej sytuacji właściwie postępujący Zamawiający działający z zachowaniem równego traktowania wykonawców/ w realiach zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji winien zwrócić się tak do FB Serwis na podstawie art. 128 ust. 4 PZP, jak i do zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 5 PZP na tym zadaniu, a więc do GDDKiA oddział w Katowicach rejon w Zabrzu o wyjaśnienia i informacje w przedmiocie dokonanych potrąceń,

a więc czy w istocie FB Serwis wykonało w sposób należyty usługę nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy w odniesieniu do 3.641 lamp.

W dniu 21 maja 2021 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej Przystępującym lub FB Serwis.

Pismem z dnia 22 czerwca 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, ofertę Przystępującego, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 22 czerwca 2021 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.224 ust.1 oraz art.128 ust.4 i ust.5 w związku z art.16 pkt 1 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę ryczałtową w ofercie FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie w trybie przepisu art. 224 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.) oraz zażądania od wykonawcy FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie wyjaśnień dotyczących złożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych - treści wykazu usług i złożonych dowodów na ich poparcie w trybie przepisu art.128 ust.4 powołanej wyżej ustawy, jak również czy Zamawiający powinien zwrócić się do wystawców cyt. powyżej podmiotowych środków dowodowych o przedstawienie dodatkowych informacji dotyczących wystawionych przez nich podmiotowych środków dowodowych w trybie przepisu art.128 ust.5 powołanej wyżej ustawy.

W zakresie niezbędnym do wydania wyroku Izba ustaliła, że całkowita wartość przedmiotu zamówienia została określona przez Zamawiającego na kwotę 31 777 003, 47 zł, przy czym wartość szacunkową zamówienia podstawowego określił na kwotę 21 184 668, 98 zł. Natomiast Zamawiający podał kwotę jaka zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 26 057 142, 85 zł.

Nadto, Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przetargu sytuacja cenowa przedstawiała się następująco:

1. oferta Przystępującego z ceną całkowitą brutto: 26 057 142,85 złotych brutto, w tym wynagrodzenie ryczałtowe za prace utrzymaniowe w wysokości 8 132 326,94 złotych brutto,

2.oferta Odwołującego z ceną całkowitą brutto: 26 057 142,85 złotych brutto, w tym wynagrodzenie ryczałtowe za prace utrzymaniowe w wysokości 10 946 846,62 złotych brutto,

3. oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K. J. Zakład P-U-P Power, Reklamex sp. z o.o., ZBT sp. z o.o. z ceną całkowitą brutto: 26 050 000, 00, w tym wynagrodzenie ryczałtowe za prace utrzymaniowe w wysokości 18 576 192 złotych brutto.

Izba ustaliła przy tym również, że Zamawiający w pkt 1 Części X Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ - opis sposobu obliczenia ceny postanowił, że na formularzu, druku oferty (załącznik nr 1 do SWZ) należy podać: całkowitą cenę ofertową (brutto) obejmującą realizację całego zamówienia w złotych polskich (PLN), wraz z podaniem stawki podatku VAT z podziałem na wynagrodzenie ryczałtowe za wykonane prace utrzymaniowe oraz wynagrodzenie za zlecenia dodatkowe nie objęte zakresem prac utrzymaniowych (zgodnie z zakresem rzeczowym).

Według Izby - z powyższego brzmienia SWZ wynika w sposób jednoznaczny, że całkowita cena oferty składała się z dwóch elementów: wynagrodzenia ryczałtowego za wykonane prace utrzymaniowe oraz wynagrodzenia za zlecenia dodatkowe nie objęte zakresem prac utrzymaniowych.

Jednocześnie nasuwa się refleksja, że Zamawiający dokonując takiego opisu całkowitej ceny oferty godził się na to, że zastosowanie przepisu art.224 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 5 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia,

będzie ograniczone.

W tym stanie rzeczy – w ocenie Izby – jedyną podstawę prawną umożliwiającą Zamawiającemu zbadanie rażąco niskiej ceny mógł stanowić przepis art. 224 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Analizując powołane wyżej przepisy obowiązującego prawa, Izba nie podzieliła zapatrywania Zamawiającego, że zaoferowane przez Przystępującego wynagrodzenie ryczałtowe nie powinno wzbudzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Przede wszystkim należy wskazać, że Zamawiający nie uwzględnił istotnej różnicy pomiędzy wynagrodzeniem ryczałtowym Przystępującego, a dwóch następnych oferentów, biorąc również pod uwagę okoliczność, że Odwołujący, co sam przyznał Zamawiający, świadczy na jego rzecz usługi tożsame przez okres ponad 17 lat.

Wydaje się, że Odwołujący realizujący podobne zamówienia przez tak długi, okres ciągły zaoferował z dużym stopniem prawdopodobieństwa ofertę z ceną dosyć ostrożnie skalkulowaną, jednak z uwzględnieniem występującej na rynku konkurencji. Takie przekonanie powinno towarzyszyć również Zamawiającemu, który widząc dużą różnicę pomiędzy ceną Odwołującego i Przystępującego był zobowiązany wyjaśnić cenę oferty tego drugiego wykonawcy pod kątem możliwości zaistnienia rażąco niskiej ceny, tym bardziej, że trzeci z oferentów zadeklarował cenę oferty drastycznie odbiegającą o ceny oferty Przystępującego.

Wprawdzie ustawodawca nie określił w jakich przypadkach zaoferowana cena powinna wzbudzić u Zamawiający wątpliwości co do tego czy może wystąpić rażąco niska cena, jednak w takim razie ocena tego stanu wewnętrznego powinna mieć charakter obiektywny.

W związku z tym, Izba uznała, że powyższa sytuacja powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że zaproponowany przez Przystępującego ryczałt w wysokości 8 132 326,94 złotych brutto będący w sposób istotny, poniżej wartości szacunkowej zamówienia podstawowego, które było ustalone na kwotę 21 184 668, 98, a także poniżej wynagrodzeń ryczałtowych pozostałych wykonawców odpowiednio: 10 946 846,62 złotych brutto i 18 576 192 złotych brutto, może świadczyć o wystąpieniu rażąco niskiej ceny.

Wobec tego, Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający zatem był zobowiązany do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę w trybie przepisu art.224 ust.1 ustawy Pzp oczekując od Przystępującego wyjaśnień opisanych w dyspozycji przepisu art. 224 ust.3 ustawy Pzp, stosownie do którego wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Natomiast w myśl przepisu art.224 ust.4 zd.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Mając na uwadze, że Zamawiający uniemożliwił Przystępującemu w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dowodzenia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, Izba przyjęła, że dowody przedłożone przez niego w toku postępowania odwoławczego są bezprzedmiotowe, jako, że pierwotna ocena dowodowa możliwości

wystąpienia rażąco niskiej ceny należy do Zamawiającego.

Z powyższych względów Zamawiający będzie zobowiązany do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę ryczałtową w ofercie FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie w trybie przepisu art. 224 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.).

Przechodząc do rozpoznania kolejnego zarzutu odwołania dotyczącego zaniechania przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej wartość dowodową podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Przystępującego, Izba doszła do przekonania, że jest on uzasadniony.

Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do oceny zgłoszonego zarzutu odwołania, że w pkt 3 lit.d Część III SWZ - Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków Zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej:

-posiadają wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie zrealizowali:

-usługi polegające na konserwacji oświetlenia ulicznego wraz z instalacjami jego zasilania oraz urządzeniami sterowania obejmujące co najmniej 25 000 lamp świetlnych, zrealizowane w ramach maksymalnie 5 odrębnych zadań wykonywanych w sposób ciągły (bez przerwy) przez okres minimum 12 miesięcy każde.

Jednocześnie, Izba stwierdziła, że Zamawiający pkt 3 lit. gCzęść IV SWZ -Wymagane oświadczenia i dokumenty unormował w ten sposób, że Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty, wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj. dokumentów wymienionych poniżej: wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy — wg zał. nr 5 swz.

W wykonaniu powyższych warunków SWZ Przystępujący złożył stosowny wykaz usług zawierający wskazanie wykonania sześciu realizacji usług podobnych wraz z dowodami na potwierdzenie należytego ich wykonania.

Wymaga wskazania, że w myśl art.128 ust.4 ustawy Pzp Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Jednocześnie, w art.128 ust. 5 ustawy Pzp ustawodawca przewidział, że jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Przechodząc do analizy powyższych podmiotowych środków dowodowych, Izba dostrzegła między innymi brak wskazania w nich (w referencjach) złożonych przez Przystępującego w odniesieniu do zadań 1, 2, 4 informacji o ilości lamp, zaś w zadaniu 3 istnieje rozbieżność pomiędzy liczbą lamp podaną w wykazie i w podmiotowym środku dowodowym.

Poza tym w referencji do zadania 2 podana została przez jej wystawcę – innego zamawiającego informacja o naliczeniu potrącenia za odstępstwa od standardu utrzymania o łącznej wartości 155 000 zł oraz kary za odstępstwa od wymaganej procedury o łącznej wartości 4 000 zł.

Natomiast, w odniesieniu do zadania 5 wyjaśnieniu należy poddać okoliczność ilości oświetlenia ulicznego wraz z instalacjami jego zasilania, jak i urządzeniami sterowania, z uwagi na informacje w podmiotowym środku dowodowym o konserwacji opraw oświetleniowych, z uwagi na to, że w zakres powyższego oświetlenia ulicznego nie wchodzą znaki D-6.

Powyższe wątpliwości powinny doprowadzić Zamawiającego do uruchomienia dyspozycji przepisów art.128 ust.4 i ust.5 ustawy Pzp, które to procedury umożliwią mu właściwą ocenę spełniania przez Przystępującego cytowanego wyżej warunku podmiotowego.

Ostatecznie, mając na uwadze, że Zamawiający uniemożliwił Przystępującemu w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnienie treści podmiotowych środków dowodowych odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała, że dowody przedłożone przez niego w toku postępowania odwoławczego są bezprzedmiotowe, jako, że powyższe wyjaśnienia stanowią czynność Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania .

Przewodniczący:……