

WYROK

Warszawa, dnia 30 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024 roku przez wykonawcę LIGHT ON SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Aleksandrów Łódzki

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego:

A. HYPERID SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie

B. SODA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Łodzi

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych jako 1, 3 i 4 w *petitum* odwołania
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę LIGHT ON SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), kwotę 338 zł 00 gr (słownie: trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy), kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez uczestnika HYPERID SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
 - 3.2. zasądza od wykonawcy LIGHT ON SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie na rzecz uczestnika HYPERID SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez ww. uczestnika tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 2897/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający Gmina Aleksandrów Łódzki prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Wymiana oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Aleksandrów Łódzki”, nr referencyjny: ZP.271.7.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 maja 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00323821.

W postępowaniu tym wykonawca LIGHT ON SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 12 sierpnia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, a mianowicie:

- 1) zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Soda spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi [dalej: „Soda”];
- 2) zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Hyperid spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie [dalej: „Hyperid”];
- 3) zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy „F.H.U. Instal Bogdan Wieczorek” [dalej: „FHU”];
- 4) zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Spie Elbud Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku [dalej: „Spie”].

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Soda, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Hyperid, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy FHU, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 4)art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Spie, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym:
 - a)odrzucenia oferty wykonawcy Soda;
 - b)odrzucenia oferty wykonawcy Hyperid;
 - c)odrzucenia oferty wykonawcy FHU;
 - d)odrzucenia oferty wykonawcy Spie.
- 3)obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 10 000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Odwołujący wskazał, że w dniu 20 czerwca 2024 r. wykonawca Hyperid został wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał szereg czynników, które powinny zawierać wyjaśnienia, w tym między innymi zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Wykonawca Hyperid udzielił odpowiedzi w dniu 26 czerwca 2024 r. Zdaniem Odwołującego:

- 1)Wyjaśnienia składają się z lakonicznej części opisowej, kilku uproszczonych kalkulacji oraz dowodów w postaci dwóch ofert handlowych.
- 2)Część opisowa jest krótka i składa się przede wszystkim z ogólnych okoliczności.
- 3)Przedstawiona kalkulacja jest lakoniczna, chaotyczna oraz zawiera liczne błędy obliczeniowe.
- 4)Zgodnie z przedstawioną kalkulacją, niektóre pozycje zostały zaniżone lub nieuwzględnione.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Hyperid zawierają następujące uchybienia, których wystąpienie musi prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy:

- 1)Przedstawiony przez wykonawcę kosztorys jest lakoniczny oraz chaotyczny, a także zawiera liczne błędy.
- 2)Wykonawca zaniżył oraz pominął niektóre pozycje kosztorysu, nie przedstawiając żadnego uzasadnienia w tym zakresie.
- 3)Zostały przedstawione tylko dowody dotyczące kosztu zakupu części materiałów. Brak jest pozostałych istotnych dowodów.
- 4)Wyjaśnienia mają ogólny charakter.

Lakoniczność oraz chaotyczność zamieszczonego kosztorysu

Wykonawca Hyperid załączył do swoich wyjaśnień trzy uproszczone kalkulacje, które zamiast porządku wprowadzają jeszcze więcej chaosu. Chaos ten został wprowadzony poprzez powtarzanie przez wykonawcę niektórych wartości, łączenie ich bez żadnego dodatkowego komentarza z użyciem lakonicznych nazw oraz liczne błędy w obliczeniach.

Pierwsza z kalkulacji („Kalkulacja kosztu usług”) składa się z pięciu pozycji. Oprócz roboczogodziny, wykonawca Hyperid nie wyjaśnił w żaden sposób jak dokładnie obliczył cztery z pięciu wskazanych pozycji. Nie zostały one opisane w sposób wystarczający. O ile wiadomo, że wykonawca Hyperid wziął pod uwagę materiały (które wymienił w nawiasie jako oprawy, złącza bezpiecznikowe i kable), to przykładowo niemożliwe jest wywnioskowanie ile sztuk danego materiału przyjął w swoich obliczeniach oraz czy uwzględnił ich transport. Zupełnie nawiasem wskazując również, że wykonawca w kalkulacji przyjął koszty prac ziemnych, podczas gdy prace takie nie będą wykonywane. Jest to całkowicie niezrozumiałe.

W drugiej z kalkulacji zostały wymienione pozostałe koszty. Ponownie jednak wykonawca Hyperid po prostu te koszty wskazuje, nie tłumacząc, w jaki sposób zostały przez niego obliczone. Powoduje to, że stają się one

nieweryfikowalnymi wartościami. Umożliwia to ich ewentualne zaniżenie i sprawia, że pod względem ekonomicznym są obiektywnie nieweryfikowalne. Co więcej, łączna wartość wskazanych przez wykonawcę w tej kalkulacji kosztów wynosi 17.000 zł. Tymczasem wykonawca, w ostatnim wierszu tabeli, w którym miał podsumować wymienione koszty, wskazał wartość 12.000 zł, a zatem o 5.000 zł niższą od prawidłowej.

Ostatnia kalkulacja, która powinna w sposób jasny przedstawić sposób przygotowania przez wykonawcę Hyperid jego oferty, wprowadza najwięcej chaosu. Zgodnie z logicznym tokiem myślenia, powinna ona zawierać wszystkie koszty wskazane we wcześniejszych dwóch tabelach, wraz z założonym przez wykonawcę zyskiem. Taki sposób kalkulacji wskazywałby, że całkowita wartość oferty wykonawcy Hyperid wynosi 556.131,66 zł netto. Tymczasem wykonawca Hyperid podał całkowitą wartość oferty netto jako 548.878,00 zł, a zatem cenę o ponad 7.000,00 zł niższą. Co więcej, ostatnia kalkulacja składa się z pięciu pozycji, których dopasowanie do wcześniejszych dwóch kalkulacji staje się zadaniem niemożliwym. Koszty osobowe oraz rezerwa zostały przez wykonawcę Hyperid wymienione w pierwszej kalkulacji. Jednakże nieoczywiste jest pochodzenie dwóch pozostałych pozycji – kosztów rzeczowych oraz innych kosztów. Ich wysokość nie odpowiada do końca innym wartościom, które wykonawca Hyperid wcześniej wymieniał. Ponadto, przez to, że zostały ujęte w sposób zbiorczy, bez żadnego dodatkowego wyjaśnienia, nie wiadomo co do końca w nich jest i skąd te wartości pochodzą, a także czy wykonawca nie pominął jeszcze jakiegoś istotnego kosztu.

Podsumowując, przygotowana przez wykonawcę Hyperid kalkulacja została wykonana w sposób niedbały. Zawiera liczne błędy, a także jest lakoniczna i ogólna. Nie pozwala to na weryfikację czy wpisane koszty stanowią wartości realne, pozwalające wykonawcy na wykonanie zamówienia w sposób należyty. Wykonawca, przygotowując kosztorys, powinien podejść do tego zadania starannie i dokładnie, pilnując by zgadzał się on z przedstawionymi wyjaśnieniami i stanowił spójną całość. Wykonawca Hyperid nie tylko nie podołał temu zadaniu, ale również udowodnił, że skalkulował swoją ofertę w sposób chaotyczny oraz niedbały.

Zaniżenie niektórych pozycji kosztorysu

Brak szczegółowego kosztorysu jest o tyle istotny, że nie pozwala zweryfikować, czy wykonawca Hyperid mógł tak drastycznie zaniżyć szereg pozycji dołączonego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny kosztorysu ofertowego. Dotyczy to między innymi ilości roboczogodzin. Zgodnie z częścią ogólną wyjaśnień oraz uproszczoną kalkulacją wykonawca Hyperid przyjął zaledwie 1.790,00 roboczogodzin. Tymczasem kosztorys inwestorski, który został przez Zamawiającego dołączony do wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przewidywał 3.280,20 roboczogodzin. Oznacza to, że wykonawca Hyperid zaniżył liczbę roboczogodzin względem kosztorysu inwestorskiego prawie dwukrotnie. Tymczasem wykonawca Hyperid nie odniósł się w swoich wyjaśnieniach i w żaden sposób nie wytłumaczył, jakie okoliczności pozwoliły mu na aż tak znaczne obniżenie ilości roboczogodzin.

Drastycznie zaniżona lub pominięta została również przez wykonawcę Hyperid kwestia transportu. Potwierdza to między innymi załączona przez wykonawcę do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferta producenta opraw. Zgodnie z treścią tego dokumentu: „Koszt dostawy: 720 €”. Zarówno z ogólnej części wyjaśnień, jak i z kosztorysu nie wynika, by wykonawca w którejś z pozycji kalkulacji uwzględnił koszty transportu materiałów. Jak wynika z załączonej przez wykonawcę Hyperid oferty, nie jest to koszt pomijalny. Mimo to, wykonawca postanowił tego kosztu nie uwzględnić lub też nie wyszczególnić w sposób należyty.

Ponadto, wykonawca w wycenie materiałów w ogóle nie uwzględnił elementów montażowych dla wysięgników. Co więcej, z dołączonej do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty wynika, że wykonawca planuje zakupić 238 sztuk produktu „Wysięgnik stalowy ocynkowany 1x1,5m 15 stopni”. Natomiast zgodnie z dokumentacją zamówienia należy użyć wysięgników o różnej długości, tj. 0,5 metra, 1 metr, 1,5 metra oraz 2 metry. Wykonawca nie wykazał więc możliwości zakupu wysięgników według wymagań Zamawiającego.

Podsumowując, lakoniczność i prostota ogólnej kalkulacji wykonawcy ujawnia, że dokonał on drastycznego zaniżenia lub pominięcia niektórych pozycji kosztorysu, który powinien zostać przez niego wzięty pod uwagę. Kalkulacja wykonawcy zawiera braki, które nie zostały przez niego w żaden sposób wytłumaczone. Celem składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest właśnie wyjaśnienie Zamawiającemu, dlaczego wykonawca mógł sobie pozwolić na zaoferowanie niższej ceny za wykonanie danego zamówienia. Tymczasem wykonawca Hyperid nie skorzystał z tej okazji, pomijając istotne w kosztorysie części zamówienia bez jakiegokolwiek omówienia kwestii, skąd taka możliwość wynika.

Brak istotnych dowodów

Odwołujący podniósł, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, do wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy dołączyć odpowiednie dowody. Sama kalkulacja kosztów nie jest wystarczającym dowodem. Ponadto, sam Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazał, że oczekuje przedstawienia dowodów. Tymczasem jedyne dowody, jakie przedstawił wykonawca Hyperid to oferty w zakresie części materiałów. Wykonawca Hyperid nie przedstawił natomiast pozostałych dowodów, jak na przykład:

1) Zanonimizowane umowy o pracę z pracownikami lub zanonimizowane listy płac – na okoliczność ustalenia wysokości

wynagrodzenia, jakie wykonawca wypłaca pracownikom.

2) Dokumenty wykazujące posiadany sprzęt – na okoliczność ustalenia sprzętu, jakim dysponuje wykonawca.

Dopiero przedstawienie powyższych dowodów pozwoliłoby zweryfikować, czy wykonawca Hyperid jest faktycznie w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

Wyjaśnienia mają ogólny charakter

W dalszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę, że wyjaśnienia wykonawcy Hyperid mają bardzo ogólny charakter. Wyjaśnienia tego wykonawcy to tak zwana w orzecznictwie KIO „beletrystka wyjaśnieniowa” składająca się z samych ogólnych stanowisk, pozbawionych jakiegokolwiek rzeczywistego znaczenia, która nie zawiera również żadnych możliwych do uchwycenia wartości ekonomicznych. Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że wyjaśnienia muszą być konkretne oraz możliwe do weryfikacji. Tymczasem wykonawca Hyperid wskazuje:

- 1) „Pozostając w sferze domniemań należałoby raczej przyjąć istnienie faktycznego domniemania poprawności kalkulacji ceny oferty, jako że odpowiada ono oczywistemu celowi prowadzenia działalności gospodarczej (którego elementem jest również ubieganie się o udzielanie zamówień publicznych), jakim jest osiąganie zysku z realizacji kontraktów”. „Zdaniem Wykonawcy – to część ofert została złożona z kalkulacją obliczoną na zbyt wysoką marżę, co spowodowało zawyżenie średniej ceny ofert. Z kolei wybór którejs z nich naraziłby Zamawiającego na niegospodarność”. Niezrozumiałym działaniem ze strony wykonawcy Hyperid jest próba wprowadzenia domniemania poprawności kalkulacji ceny oferty, ponieważ obowiązek Zamawiającego do wezwania wykonawcy, którego cena wydaje się rażąco niska, wynika wprost z przepisów ustawy Pzp. Jednakże, jeżeli wykonawca uważał, że nie ma podstaw do wystosowania względem niego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to miał możliwość złożenia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu niezgodne z prawem wezwanie do wyjaśnień. Skoro jednak nie zdecydował się na ten krok, to zobowiązany jest udzielić wyjaśnień, które wykażą, że jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę, a nie wchodzić w polemikę w Zamawiającym.
- 2) „Kolejną kwestią jest fakt posiadania sprzętu np. podnośnika koszowego przez Wykonawcę więc jedynie należy przyjąć koszt amortyzacji, paliwa a nie wynajmu który został skalkulowany także kosztorysie”. Brak jest jednak informacji, ile dokładnie wykonawca miałby zaoszczędzić na fakcie posiadania podnośnika koszowego.

Podsumowując, Zdaniem Odwołującego wykonawca Hyperid niepotrzebnie poświęcił część opisową wyjaśnień rażąco niskiej ceny polemice ze słusznością wystosowanego przez Zamawiającego wezwania. Wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp. Wykonawca nie poparł swoich ogólnych wyjaśnień jakimikolwiek weryfikowalnymi ekonomicznie wartościami. Obecnie stanowią one wyłącznie gołostowne zapewnienia, które w żaden sposób nie udowadniają, że zaoferowana przez wykonawcę Hyperid cena nie jest rażąco niska.

Brak możliwości wezwania do ponownych wyjaśnień

Odwołujący podniósł również, że nie ma możliwości kolejnego wezwania wykonawcy Hyperid do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz przedstawienia dowodów. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia.

Z daleko idącej ostrożności procesowej, w przypadku gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w niniejszym stanie faktycznym należy jednak wezwać wykonawcę Hyperid do ponownych wyjaśnień rażąco niskiej ceny (choć za zdaniem Odwołującego oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez konieczności wzywania do ponownych wyjaśnień), to Odwołujący – z ostrożności procesowej – stawia również zarzut ewentualny naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy Hyperid do ponownych wyjaśnień zaoferowanej ceny, podczas gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia budzą dalsze wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia wykonawcy nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

- 1) Przedstawiony przez wykonawcę kosztorys jest lakoniczny oraz chaotyczny, a także zawiera liczne błędy.
- 2) Wykonawca zaniżył oraz pominął niektóre pozycje kosztorysu, nie przedstawiając żadnego uzasadnienia w tym zakresie.
- 3) Zostały przedstawione tylko dowody dotyczące kosztu zakupu części materiałów. Brak jest pozostałych istotnych dowodów.
- 4) Wyjaśnienia mają ogólny charakter.

Odwołujący wskazał, że dla unaocznienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Hyperid Odwołujący bazując na założeniach tego wykonawcy przygotował kosztorys ofertowy (zarówno w wersji uproszczonej, jak i szczegółowej).

Kosztorys został przygotowany przy następujących założeniach:

- 1)Ceny jednostkowe materiałów przyjęto zgodnie z przedstawionymi dowodami lub treścią wyjaśnień (jeżeli były wskazane ceny danych materiałów).
- 2)Ceny jednostkowe materiałów co do których nie było przedstawione dowody (lub żadnej innej informacji w wyjaśnieniach) przyjęto tak jak w kosztorysie inwestorskim.
- 3)Ilość materiałów przyjęto tak jak w kosztorysie inwestorskim.
- 4)Stawkę roboczogodziny przyjęto 30,84 zł tak jak wskazywał wykonawca.
- 5)Ilość roboczogodzin przyjęto tak jak w kosztorysie inwestorskim (skoro wykonawca wraz z wyjaśnieniami otrzymał kosztorys inwestorski, w którym była wskazana ilość roboczogodzin i nie odniósł się w żaden sposób do tej ilości, to zasadnym jest przyjęcie jako właściwej tej ilości).
- 6)Stawkę motogodziny pracy sprzętu przyjęto tak jak w kosztorysie inwestorskim, z uwagi na brak jakiejkolwiek informacji od wykonawcy w tym zakresie.
- 7)Liczbę godzin pracy sprzętu przyjęto tak jak w kosztorysie inwestorskim, z uwagi na brak jakiejkolwiek informacji od wykonawcy w tym zakresie.
- 8)Koszty pośrednie przyjęto na poziomie 40%. Wykonawca nie przyjął żadnych kosztów pośrednich, a jednocześnie w kosztorysie należało przyjąć jakąś wartość. Najniższa wartość kosztów pośrednich, jaką spotyka się na rynku, to 40%. Spośród wykonawców, którzy składali kosztorysy w niniejszym postępowaniu najniższa wartość kosztów pośrednich to 41%. W tych okolicznościach przyjęcie 40% kosztów pośrednich jest zasadne. Jednocześnie jest znacznie niższe niż w kosztorysie inwestorskim, więc z ostrożności maksymalnie na korzyść wykonawcy.
- 9)Zysk przyjęto na poziomie 0% (gdyż kosztorys ma dokumentować wyłącznie koszty do poniesienia, zyskiem jest ewentualna nadwyżka kwoty wynikającej z kosztorysu względem ceny zaoferowanej w postępowaniu).

Odwołujący wskazał, że z przygotowanego przez niego kosztorysu wynika, że przy takich założeniach wykonawca Hyperid powinien zaoferować cenę w wysokości 948.164,86 zł brutto. Tymczasem zaoferował cenę w wysokości 675.119,94 zł brutto. Jednoznacznie wskazuje to, że wykonawca Hyperid nie jest w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę.

Izba pominęła argumentację Odwołującego w zakresie zarzutów oznaczonych jako: 1, 3 i 4 w *petitum* odwołania uznając ją za zbędną z uwagi na uwzględnienie ww. zarzutów przez Zamawiającego i braku sprzeciwu w tym zakresie.

W złożonej pismem z dnia 22 sierpnia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Wykonawca HYPERID SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie (jako: „HYPERID”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Pismem datowanym na dzień 26 sierpnia 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 2. Wykonawca HYPERID wniósł sprzeciw co do uwzględnienia zarzutu oznaczonego jako nr 2 w *petitum* odwołania przez Zamawiającego.

Wykonawca SODA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Łodzi (jako: „SODA”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wykonawca SODA nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia zarzutu oznaczonego nr 1 w *petitum* odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności wezwanie do złożenia wyjaśnień, odpowiedzi na wezwanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania HYPERID wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, kolejnych pismach, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę HYPERID SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie i SODA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Łodzi. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawcy skutecznie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez:

- 1.Odwołującego wraz z odwołaniem, a mianowicie: Kosztorys uproszczony oraz kosztorys szczegółowy dotyczący wykonawcy Hyperid *na fakt*: ustalenia kosztów wykonania zamówienia przez wykonawcę Hyperid
- 2.Uczestnika postępowania HYPERID na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników postępowania, a mianowicie: wydruku wiadomości e-mail z firmą Asaj *na fakt*: że oferta od firmy Asaj obejmuje 238 wysięgników o długościach wymaganych przez Zamawiającego.

Izba za bezprzedmiotowe uznała następujące dowody złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem: Kosztorys uproszczony oraz kosztorys szczegółowy dotyczący wykonawcy Hyperid, Soda oraz Spie. Przedmiotowe dowody dotyczyły zarzutów, które zostały przez Zamawiającego uwzględnione.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wymiana oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Aleksandrów Łódzki.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 14 czerwca 2024 r. w postępowaniu złożono czternaście ofert:

Nr oferty	Nazwa i adres Wykonawcy	Cena brutto oferty
1	LIGHT ON Sp. z o.o., ul. Krasińskiego 18/97, 01-581 Warszawa	1.800.000,00 zł.
2	ZABERD Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław	822.200,76 zł.
3	Łukasz Dybicki Progress, Wierchowiska Drugie 70, 21-050 Płaski	729.390,00 zł.
4	SODA Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 33/116, 91-337 Łódź	637.000,00 zł.
5	F.H.U. Instal Bogdan Wieczorek, ul. Dąbska 64, 99-210 Uniejów	676.500,00 zł.
6	RONMONT Rafał Ronowicz ul. Aleksandrowska 26, 95-100 Zgierz	918.810,00 zł.
7	RG PROJEKT RADOŚLAW GWIAZDA, ul. Zakładowa 87D/2, 92-402 Łódź	599.000,00 zł.
8	SPIE Elbud Gdańsk S.A, ul. Marynarki Polskiej 87, 80-557 Gdańsk	920.567,72 zł.
9	ENERGO – LINE Łukasz Sitnicki, ul. Sylwestrowicza 6B, 05-300 Mińsk Mazowiecki	794.580,00 zł.
10	EL-MOT Usługi Elektryczne Sp. z o.o., ul. Rzgowska 19, 95-080 Tuszyn	738.002,35 zł.
11	ENERGJON Jarosław Jończyk, Kozierogi 36, 97-371 Wola Krzysztoporska	721.518,00 zł.
12	Konsorcjum: Lider: SP-INSTAL Sp. z o.o., ul. Długa 6/5, 95-100 Zgierz Wkonawca 2: SP-INSTAL Sebastian Przepiórski, ul. Długa 6/5, 95-100 Zgierz	1.894.200,00 zł.
13	Elektromonter Sp. z o.o., ul. Jerzego 22A, 91-072 Łódź	888.000,00 zł.
14	Hyperid Sp. z o.o., ul. Żurawia 22/704, 00-515 Warszawa	675.119,94 zł.

Pismami z dnia 20 czerwca 2024 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust.1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał dwunastu wykonawców, w tym HYPERID, SODA, SPIE, F.H.U. Instal Bogdan Wieczorek, do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Uczestnik HYPERID pismem z dnia 26 czerwca 2024 r. złożył wyjaśnienia wskazując m.in. *Na cenę oferty składają się dwa (2) główne elementy kosztowe:*

- 1.Koszty rzeczowe obejmujące koszty zapewnienia infrastruktury niezbędnej realizacji przedmiotu zamówienia wraz z materiałem – szczegółowo przedstawione w pkt I.1. poniżej oraz w Załączniku nr 1.
- 2.Koszty osobowe obejmujące koszty świadczenia usług wskazanych w przedmiocie zamówienia – szczegółowo przedstawione w pkt I.2 poniżej;

Oraz inne koszty wskazane w pozycji I.3.

Przy kosztach rzeczowych uczestnik HYPERID wskazał, że głównym kosztem jest koszt dostawy fabrycznie nowych, nieużywanych i nieregulowanych energooszczędnych opraw oświetleniowych. Na potwierdzenie kosztów w tym zakresie załączamy wycenę producenta. Dalej, Uczestnik wskazał, że na potrzeby realizacji podobnych umów od wielu lat buduje infrastrukturę niezbędną do należytego świadczenia tego typu usług, a co za tym idzie na dzień złożenia oferty posiadał pełną infrastrukturę, która była w całości zamortyzowana w ramach realizacji innych projektów. Tym samym nie jest konieczne ponoszenie żadnych kosztów związanych z zapewnieniem możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Przedstawił listę już posiadanych elementów infrastruktury.

Przy kosztach osobowych Uczestnik przedstawił czasochłonność specjalistów, którzy będą realizowali zamówienie wskazując, że Średnia stawka kosztowa za osobogodzinę została wyliczona w oparciu o średnie miesięczne wynagrodzenie wyliczone w Tabeli poniżej z uwzględnieniem wszystkich narzutów i kosztów dodatkowych.

Poz.	Opis pozycji	Wzór	Wartość [zł]
1	Średnie miesięczne wynagrodzenie stałe	-	4300,00
2	Narzuty na wynagrodzenia (składka emerytalna, składka rentowa, składka wypadkowa, składka na Fundusz Pracy, składka FGSP) – tzw. ZUS pracodawcy	$9,76\% \times 4300$ $6,76\% \times 4300$ $1,67\% \times 4300$ $2,45\% \times 4300$ $0,10\% \times 4300$	419,68 279,50 71,81 105,35 4,30
3	ŁĄCZNIŁE miesięczny koszt 1 pracownika	SUMA (poz.1+poz. 2)	5180,64
4	Koszt 1 godziny	Poz. 3/168 godzin	30,84

Dalej, Uczestnik wskazał: Przy wycenie prac związanych z realizacją zamówienia Wykonawca oparł się na

udostępnionych przez Zamawiającego (w ramach SIWZ oraz w odpowiedziach na pytania) opisach przedmiotu zamówienia. W oparciu o te dane oraz na podstawie doświadczeń Wykonawcy w realizacji podobnych zamówień w latach poprzednich oszacowana została pracochłonność.

Usługa	Pracochłonność	Stawka godzinowa	Koszt wykonania usługi
Prace Montażowe (wszelkie prace ziemne oraz prace przy użyciu podnośnika montaż/demontaż opraw wraz z zabezpieczeniami, pomiary)	1790 h	30,84 zł	55 203,60 zł
Materiały niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia (oprawy, złącza bezpiecznikowe, kable)			383 796 zł
Koszt utylizacji zdemontowanych opraw			3 000 zł
Dokumentacja powykonawcza			6 000 zł
Rezerwa na potrzeby projektu (np. zajęcie pasa, wyłączenia)			10 000 zł

Jako pozostałe koszty, Uczestnik wskazał:

Pozycja	Koszt
koszty utrzymania biura	2 000 zł
Koszty księgowości	500 zł
Przebiegi eksploatacyjne	1 500 zł
Paliwo	3 000 zł
Koszty zarządzania	10 000 zł
Razem	12 000 zł

Koszty biura i księgowości to koszty współdzielone z innymi projektami, w ramach kosztów stałych ponoszonych przez wykonawcę w ramach swojej działalności.

Do wyjaśnień Uczestnik załączył: ofertę producenta opraw oraz ofertę dystrybutora na akcesoria montażowe.

Izba pominęła wyjaśnienia wykonawców SODA, SPIE, F.H.U. Instal Bogdan Wieczorek z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów dotyczących ofert wskazanych wykonawców.

Izba zważyła, co następuje:

I. Umorzenie postępowania

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 1 w *petitum* odwołania, wobec jego uwzględnienia przez Zamawiającego oraz braku sprzeciwu uczestnika SODA - na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że: *Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych jako nr 3 i 4 w *petitum* odwołania wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego - na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym *w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Zgodnie z art. 522 ust. 1 in fine Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

II. Oddalenie odwołanie

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Z kolei zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp *odrzucaeniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

Izba za zbędne uznała przytaczanie definicji rażąco niskiej ceny opartej na piśmiennictwie i orzecznictwie wobec ich powszechnej dostępności i przytoczenia w pismach Stron.

Izba podkreśla, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy jednak o rażąco niskiej cenie jednego z tych wykonawców oraz o cenie rynkowej drugiego z nich.

Niewątpliwie wystosowanie wezwania w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek

wykazania, że zaproponowana przez niego cena lub proponowany koszt (względnie ich istotne części składowe) nie ma charakteru rażąco niskiego. Obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie rzetelnych wyjaśnień.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Także zgodnie z art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Pamiętać jednak należy, że szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wyrażona w art. 537 ustawy Pzp nie zwalania Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby wyjaśnienia udzielone przez uczestnika HYPERID były wystarczające do uznania, że zaoferowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej. Wyjaśnienia złożone przez uczestnika HYPERID w postaci opisowej oraz kalkulacja jak również załączone dowody pozwalają na uznanie, że cena podana w ofercie jest ceną rynkową i obejmuje zakres zamówienia opisany w specyfikacji warunków zamówienia. Twierdzenia uczestnika HYPERID wyrażone w piśmie procesowym zasługują na aprobatę w całości.

Warto również zwrócić uwagę, że Odwołujący nie wykazał które pozycje należy traktować jako istotne części składowe oferty.

Odwołujący przedstawił kosztorysy, które miałyby wykazywać niedoszacowanie oferty uczestnika HYPERID w zaskarżonym zakresie, prezentując je jako jedyne prawidłowe. Tymczasem sposób kalkulacji ceny, chociaż oczywiście musi mieścić się w granicach wymagań dokumentacji zamówienia, to dokonywany jest przez każdego z wykonawców według indywidualnej metodologii i założeń, w tym oceny ryzyk. Odwołujący dokonując obliczeń własnych oparł się na własnej tezie, jak kalkulacja ta powinna wyglądać. Nie oznacza to jednak, że pozostali wykonawcy właśnie w ten sposób powinni uzasadnić podaną w ofercie cenę.

Odwołujący przygotowując kosztorysy oparł się m.in. o kosztorys udostępniony przez Zamawiającego dopiero na etapie badania rażąco niskiej ceny. Trudno zatem oczekiwać, że uczestnik HYPERID, nie znając założeń Zamawiającego na etapie przygotowania oferty, dostosuje swoje wyjaśnienia do kosztorysu, który wcześniej nie został udostępniony. Wykonawcy szacują cenę na etapie przygotowania oferty, a nie po ujawnieniu przez Zamawiającego kosztorysu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 w związku z § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a i 2 lit. b i d rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: