

WYROK
z dnia 27 stycznia 2011r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : **Agnieszka Trojanowska**

Członkowie : **Paweł Trojan**

Bogdan Artymowicz

Protokolant : **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 stycznia 2011r. przez **PKP Energetykę Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Hoża 63/67** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miasto Piotrków Trybunalski - Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Belzacka 176**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy Zakład Energetyczny „Elektromech” sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim
2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Piotrków Trybunalski - Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Belzacka 176** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **PKP Energetykę Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Hoża 63/67** tytułem wpisu od odwołania
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Miasto Piotrków Trybunalski - Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Belzacka 176** na rzecz **PKP**

Energetykę Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Hoża 63/67
stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

.....

Członkowie :

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonywanie usługi konserwacji oświetlenia ulicznego na terenie miasta Piotrkowa Trybunalskiego zostało wszczęte przez zamawiającego Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Belzacka 176 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej w dniu 22 października 2010r. opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2010/S 209-319602 w dniu 27 października 2010r.

W dniu 4 stycznia 2011r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania i wskazał, że za najkorzystniejszą uznał ofertę Zakładu Energetycznego „Elektromech” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z Siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim przy ul. Wiatracznej 15.

W dniu 12 stycznia 2011r. na tę czynność wniósł odwołanie PKP Energetyka spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Hoża 63/67 - Zakład Łódzki z siedzibą w Łodzi, ul. Tuwima 28- zwany dalej odwołującym, który zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt

6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego i art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wystąpienia do wykonawcy wybranego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty wykonawcy wybranego i uznanie oferty odwołującego za najkorzystniejszą ewentualnie o nakazanie wystąpienia do wykonawcy wybranego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy. W uzasadnieniu wskazał, że wybrana oferta zawiera niewłaściwą stawkę podatku VAT w odniesieniu do ceny za całość świadczenia, co stanowi błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Według odwołującego wykonawca wybrany w swojej ofercie zaferował cenę z nieobowiązującą na dzień składania ofert stawką podatku VAT tj. stawką 23%. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie, wykonawcy zobowiązani byli podać stawkę podatku obowiązującą w dacie składania ofert, a to z tego względu, że zamawiający zmodyfikował pierwotne brzmienie siwz w rozdziale XVI pkt. 6 i w miejsce postanowienia „Obliczając stawkę VAT należy uwzględnić stawkę podatku, która będzie obowiązywała od 01.01.2011 roku” wprowadził postanowienie „Cenę oferty (wartość brutto ofert) należy wyliczyć zgodnie z obowiązującą ustawą o podatku od towarów i usług”. Wskazał, że par. 4 pkt 9 projektu umowy przewidywał możliwość zmiany umowy w przypadku zmiany stawki

podatku VAT. Swoje przekonanie o tym, że działanie wykonawcy wybranego jest błędem w obliczeniu ceny oparł o wyrok Izby z dnia 24 marca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 282/09. Ponadto podniósł, że oferta wybrana jest ofertą z rażąco niską ceną, gdyż kalkulacja miesięcznego wynagrodzenia składa się z wynagrodzenia za konserwację 7620 sztuk opraw i wynagrodzenia z tytułu innych czynności, które mogą wystąpić przy świadczeniu usługi konserwacji opraw. Według odwołującego, zarzut rażąco niskiej ceny odnosi się do całości świadczenia wykonawcy wybranego, gdyż zaniżył on wszystkie ceny za czynności, które będzie wykonywał na podstawie odrębnych zleceń. Ceny te są niższe od cen materiałów i nie uwzględniają w ogóle pracy sprzętu, robocizny itp. Dotyczy to :

- pkt. II.1 kosztorysu, gdzie podano cenę jednostkową wymiany uszkodzonego klosza tj. 7 zł. podczas gdy pojedynczy klosz kosztuje min. 30zł., nie licząc kosztu użycia podnośnika i pracy człowieka oraz transportu,
- pkt. II.2 kosztorysu, gdzie podano cenę jednostkową wymiany uszkodzonego słupa 437zł. podczas, gdy koszt jednego słupa to 450zł. nie licząc kosztu użycia dźwigu, podnośnika i pracy człowieka oraz transportu,
- pkt II.5 kosztorysu, gdzie podano cenę jednostkową wymiany drzwiczek słupowych 5zł. podczas, gdy koszt jednych drzwiczek to 10zł.,
- pkt. II.10 kosztorysu, gdzie podano cenę jednostkową wymiany opraw oświetleniowych z przewodem 167,00zł. podczas, gdy koszt oprawy oświetleniowej i przewodu to 200zł.,
- pkt. II.13 kosztorysu, gdzie podano cenę jednostkową wymiany opraw oświetleniowych wraz z wysięgnikiem i gniazdem bezpiecznikowym 147zł. podczas, gdy koszt jednej takiej oprawy to 300zł.,
- pkt. II.22 kosztorysu, gdzie podano cenę jednostkową montażu / demontażu rozdzielnic z PCV z gniazdem 3 fazowym i 1 fazowym 34zł. podczas, gdy koszt jednej rozdzielnic to 50zł.,
- pkt. II.23 kosztorysu, gdzie podano cenę jednostkową montażu nowego słupa wraz z wysięgnikiem i tablicą bezpiecznikową 447zł. podczas, gdy koszt jednego słupa to 1000zł.,
- pkt. II.24 kosztorysu, gdzie podano cenę jednostkową montażu oprawy oświetleniowej wraz z przewodem 164zł. podczas, gdy koszt jednej oprawy to 200zł.
- pkt. II.25 kosztorysu, gdzie podano cenę jednostkową montażu fundamentu pod słup 78zł. podczas, gdy koszt jednego fundamentu to 150zł.,

- pkt. II.26 kosztorysu, gdzie podano cenę jednostkową montażu/demontażu skrzynki pomiarowo sterowniczej oświetleniowej 1500zł. podczas, gdy koszt jednej skrzynki jest dziesięciokrotnie droższy od podanego przez wykonawcę wybranego.

Na dowód swoich twierdzeń odwołujący złożył informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej

wraz z drukami ZP-12 i ZP-21, strony 23, 25 i 26 oferty wykonawcy wybranego, modyfikację treści siwz z dnia 17 listopada 2010r. siwz wraz z załącznikami w tym projekt umowy. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch pełnomocników działających w oparciu o pełnomocnictwa z dnia 11 lutego 2009r. i 1 października 2009r. podpisane przez prezesa zarządu i członka zarządu zgodnie z zasadami reprezentacji odwołującego ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 10 stycznia 2011r.

W dniu 11 stycznia 2011r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania i wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego w dniu 18 stycznia 2011r. zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego Zakład Energetyczny „Elektromech” sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Wiatraczna 15 wnosząc o oddalenie odwołania w całości i wskazując na swój interes w przystąpieniu po stronie zamawiającego polegający na ochronie swojej pozycji jako wykonawcy wybranego. Przystąpienie zostało nadane w pocztówce pocztowej operatora publicznego listem poleconym w dniu 14 stycznia 2011r. Przystąpienie zostało podpisane przez prezesa zarządu przystępującego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do przystąpienia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu w dniu 14 stycznia 2011r., a odwołującemu przesłana listem poleconym w tym dniu.

W dniu 24 stycznia 2011r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości i obciążenie odwołującego kosztami postępowania. W uzasadnieniu wskazał, że kryterium oceny ofert była cena brutto oferty i tylko ceny brutto podlegały porównaniu, co jest zgodne z art. 2 pkt 1 ustawy i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001r. o cenach. Zamawiający uważa, że nie miał obowiązku wnikać w poszczególne czynniki ostatecznej ceny i nie jest instytucją skarbową, do której należy prawidłowość odprowadzanego podatku VAT, co potwierdza stanowisko Izby zajęte w wyroku z dnia 7 lipca 2010r. sygn. akt KIO/1287/10. Podkreślił, że znane mu jest stanowisko przeciwne, ale uważa, że jest ono niezgodne z wymogami art. 44 ust. 1 pkt 3a ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych, która nakazuje wydatkowanie środków budżetowych w sposób celowy i oszczędny. Odnośnie zarzutu oceny oferty z rażąco niską ceną, to cena

rażąco niska odnosi się do przedmiotu zamówienia. Z ceną rażąco niską można mieć do czynienia w sytuacji ceny niewiarygodnej, nierealistycznej w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień jak i do wartości przedmiotu zamówienia powiększonego o podatek VAT. Na potwierdzenie swojego stanowiska powołał wyroki Izby sygn. akt KIO/UZP 383/08 i KIO/UZP 466/08.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków postępowania wraz z załącznikami, modyfikacji siwz z dnia 17 listopada 2010r., oferty wykonawcy wybranego, informacji o wyniku postępowania.

Izba ustaliła, że

Zamawiający określił, że przedmiotem zamówienia był konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie miasta Piotrkowa Trybunalskiego, która obejmowała prace trwające na przestrzeni obowiązywania umowy objęte rozliczeniem ryczałtowym, czyli prace mające zapewnić sprawność funkcjonalną systemu oświetlenia na 7620 opraw.

Zaliczono do nich:

- 1) kompleksowe oględziny i ocenę stanu technicznego widocznych elementów oświetlenia ulicznego zgodnie z przepisami;
- 2) wymianę źródeł światła ;
- 3) wyremontowanie uszkodzonych opraw oświetleniowych i ich montaż;
- 4) wymianę stateczników w oprawach oświetleniowych;
- 5) wymianę przewodów w słupach;
- 6) wymianę tabliczek słupowych;
- 7) wymianę oprawek;
- 8) wymianę uszkodzonych wkładek główek bezpiecznikowych w słupach;
- 9) wymianę podstaw bezpiecznikowych;
- 10) wymianę listew zaciskowych;
- 11) wymianę sterowników oświetlenia ulicznego;
- 12) wymianę przekaźników zmierzchowych;
- 13) wymianę styczników na tablicach oświetleniowych;

- 14) lokalizację uszkodzenia napowietrznej sieci oświetleniowej;
- 15) lokalizację uszkodzenia kablowej sieci oświetleniowej;
- 16) mycie co najmniej raz w roku kloszy opraw oświetleniowych;
- 17) prostowanie przekrzywionych opraw oświetleniowych;
- 18) wykonanie opisów obwodów na tablicach oświetleniowych;
- 19) wykonanie opisów obwodów na słupach podziałowych;

-
- 20) czyszczenie wnętrza słupowych oświetleniowych;
 - 21) poprawienie opasek słupowych;
 - 22) przestawienie stref czasowych na cyfrowych sterownikach oświetlenia ulicznego;
 - 23) regulację przełączników zmierzchowych;
 - 24) pomiar skuteczności ochrony przeciwpożarowej;
 - 25) pomiar natężenia oświetlenia;
 - 26) wymiana opasek zabezpieczających;
 - 27) wymiana przewodów na tablicach oświetleniowych
 - 28) utylizację uszkodzonych źródeł światła.

Koszty materiałów i sprzętu niezbędnych do wykonania ww. prac objętych ryczałtem miał ponosić wykonawca.

Poza zakresem prac określonym wyżej, wykonawca zobowiązany był wykonać następujące prace na zlecenie zamawiającego:

- 1) wymiany uszkodzonych kloszy;
- 2) wymiany uszkodzonych słupów;
- 3) wymiany odcinków linii napowietrznej sieci oświetleniowej o długość do 100m;
- 4) naprawy uszkodzenia w kablowej sieci oświetleniowej o długość do 100m;
- 5) wymiana drzwiczek słupowych;
- 6) naprawy uszkodzenia w napowietrznej sieci oświetleniowej;
- 7) naprawa uszkodzenia kablowej sieci oświetleniowej;
- 8) malowanie dwukrotnie słupów stalowych;
- 9) malowanie dwukrotnie wysięgników;
- 10) wymiana opraw oświetleniowych wraz z przewodem;
- 11) wymiana opraw oświetleniowych wraz z przewodem (materiał zamawiającego);
- 12) wymiana opraw oświetleniowych wraz z wysięgnikiem i gniazdem bezpiecznikowym (materiał zamawiającego);
- 13) wymiana opraw oświetleniowych wraz z wysięgnikiem i gniazdem bezpiecznikowym;
- 14) malowanie szafek oświetleniowych;
- 15) malowanie drzwiczek słupowych;
- 16) zakładanie daszków do opraw oświetleniowych parkowych;
- 17) pomiar rezystancji izolacji kabli nn;
- 18) pomiar napięć i obciążeń ;
- 19) przygotowanie miejsc pracy dopuszczenia do niej;
- 20) uzupełnienie braków spowodowanych przez kradzieże i akty wandalizmu;
- 21) demontaż, montaż przewodu AsXS_n 2x25mm² (i podobne);
- 22) demontaż, montaż rozdzielnic z PCV z gniazdami 3-fazowymi i 1-fazowymi.
- 23) montaż nowego słupa oświetleniowego wraz z wysięgnikiem i tablicą bezpiecznikową

-
- 24) montaż oprawy oświetleniowej wraz z przewodem
 - 25) montaż fundamentu pod słup
 - 26) montaż demontaż skrzynki pomiarowo sterowniczej oświetleniowej

Koszty materiałów i sprzętu niezbędnych do wykonania prac objętych zleceniem miał ponosić wykonawca .

Zgodnie z rozdziałem XVI. OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY wykonawca zobowiązany był obliczyć cenę oferty na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, ujmując wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia oraz wszystkie inne koszty wynikające z realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją i umową. Cena ofertowa powinna być podana następująco zgodnie ze złożonym kosztorysem oferty i obejmować również stawkę i kwotę podatku od towarów i usług (VAT), a do porównania ofert miała być brana cena całkowita brutto (z VAT). Zgodnie z pkt. 5 rozdziału XVI siwz w celu prawidłowego obliczenia ceny oferty, należało w Formularzu oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) wpisać wartość netto, stawkę podatku VAT oraz wartość brutto zgodnie ze złożonym kosztorysem oferty (załącznik

nr 1 do SIWZ). Obliczając stawkę VAT należy uwzględnić stawkę podatku, która będzie obowiązywała od 01.01.2011 roku (rozdz. XVI pkt 6 siwz). W załączniku nr 1 w części kosztorysu oferty zamawiający wskazał, że podane w poz. I.1. i poz. II. od 1 do 26 kosztorysu ofertowego ilości są wartościami założonymi do wykonania, mogą ulec zmianom a ich realizacja będzie następowała na podstawie bieżących potrzeb Zamawiającego i według cen podanych w kosztorysie oferty, które są niezmiennie przez cały okres obowiązywania umowy przy czym wartość przedmiotu umowy nie przekroczy kwoty, o której mowa w § 4 ust. 6 umowy. Wykonawcy nie przysługuje roszczenie odszkodowawcze z tytułu wykonania mniejszej ilości prac, w stosunku do tego co zostało określone w poz. I.1 i II. od 1 do 26 kosztorysu oferty określającym ceny jednostkowe.

W projekcie umowy w par. 4 pkt. 9 zamawiający zawarł postanowienie, że strony ustalają, że wynagrodzenie określone w ust. 5 może ulec zmianie w przypadku ustawowej zmiany stawki VAT. Zmiana zapisu w umowie wprowadzona zostanie aneksem do niniejszej umowy na wniosek wykonawcy.

W dniu 17 listopada 2010r. zamawiający dokonał modyfikacji siwz w ten sposób, że w miejsce postanowienia „Obliczając stawkę VAT należy uwzględnić stawkę podatku, która będzie obowiązywała od 01.01.2011 roku” wprowadził postanowienie „Cenę oferty (wartość brutto ofert) należy wyliczyć zgodnie z obowiązującą ustawą o podatku od towarów i usług”. Izba ustaliła, że ceny jednostkowe netto w pozycjach II.1, II.2, II.5, II.10, II.13, II.22, II.23, II.24, II.25, II.26 w kosztorysie ofertowym w ofercie wykonawcy wybranego są zgodne z tymi, które wskazał odwołujący w odwołaniu. Ponadto Izba ustaliła, że w załączniku nr 1 – formularz ofertowy w pozycji 1 wykonawca wybrany wskazał cenę netto w wysokości

844 017,00zł., stawkę podatku – 23%, wartość podatku 194 123,91zł. oraz cenę brutto w wysokości 1 038 140,91. Również w kosztorysie ofertowym w rubrykach podatek VAT wykonawca wybrany wpisał stawkę 23%.

Zgodnie z drukiem ZP-12 odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 1 123 010zł. brutto.

W protokole postępowania zamawiający wskazał, że wartość szacunkowa zamówienia wynosi 1 065 032 zł. netto, a ma zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1 310 010zł. brutto.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż oferta odwołującego jest drugą nieodrzuconą ofertą w postępowaniu i gdyby zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy wybranego, miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Czynność zamawiającego tej możliwości pozbawiała, a zatem może on ponieść szkodę wynikającą z utraty zysku jaki zakładał ubiegając się o zamówienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, pomimo tego, że wykonawca ten popełnił błąd w obliczeniu ceny obliczając ją przy zastosowaniu stawki podatku VAT, która nie obowiązywała w dacie składania ofert, tj. sprzecznie ze zmodyfikowanym wymogiem rozdziału XVI. Pkt 6 siwz.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie w takim zakresie, w jakim odwołujący zarzuca zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, pomimo tego, że treść tej oferty nie odpowiada treści siwz tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Izba podziela stanowisko odwołującego, że w dacie 17 listopada 2010r. zamawiający dokonując modyfikacji siwz w zakresie sposobu obliczenia ceny wprowadził wymóg wyliczenia ceny oferty z uwzględnieniem stawki podatku VAT w wysokości obowiązującej na dzień składania ofert tj. na dzień 2 grudnia 2010r. Okoliczność ta została także przyznana przez zamawiającego w toku rozprawy Zamawiający dokonując modyfikacji siwz wyraźnie i jednoznacznie zmienił swoje pierwotne żądanie podania stawki podatku VAT w wysokości obowiązującej w dacie, w której zakładał rozpoczęcie wykonywania zamówienia tj. w dniu 1 stycznia 2011r. Bezsporne jest pomiędzy stronami to, że w dacie 2 grudnia 2010r. obowiązującą ustawą o podatku od towarów i usług była ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o

podatku od towarów i usług w brzmieniu nie uwzględniającym zmian stawek podatku, w tym

zmiany stawki z 22% na 23%, wprowadzonych ustawą z dnia 26 listopada 2010r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej (Dz. U. z dnia 17 grudnia 2010r. nr 238 poz. 1578), która zaczęła obowiązywać w dniu 1 stycznia 2011r. (a więc w dacie pierwotnie wskazanej przez zamawiającego, jako rozstrzygającej dla obliczenia ceny i wyliczenia wartości podatku w cenie brutto). Zamawiający wskazał na rozprawie, że według niego wykonawcy powinni byli podać stawkę podatku VAT w wysokości 22%. Podanie stawki nieobowiązującej w dacie składania ofert było niezastosowaniem się do wymagań zamawiającego i powodowało, że treść oferty nie odpowiadała treści siwz. Nie sposób bowiem podzielić argumentacji zamawiającego, że skoro oceniał on ceny ofertowe brutto, to fakt niezastosowania się do postawionych przez zamawiającego wymogów w siwz, nie miał żadnego znaczenia dla oceny ofert. Gdyby zamawiający nie uznawał za istotne dla przedmiotowego zamówienia podanie stawki VAT, to nie nakazałby wykonawcom dokonywać przedstawienia ceny w rozbiciu na cenę netto, brutto z podaniem stawki podatku VAT i jego wartości, ani nie zawierał w siwz postanowień odnoszących się sposobu obliczenia podatku VAT. Nadto gdyby uważał tę okoliczność za nieistotną, to nie dokonywałby modyfikacji siwz w tym zakresie. Zwłaszcza, że modyfikacja siwz, zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy może następować jedynie w uzasadnionych przypadkach. Zamawiający zatem, stwierdzając niezgodność oferty z istotną treścią siwz, był zobligowany odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Izba uznała, że odwołujący nie podał uzasadnienia faktycznego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, gdyż argumentacja wskazana przez niego odnosiła się do dokonanej modyfikacji siwz i jej konsekwencji dla sporządzonych ofert, ale nie zawarł jakiegokolwiek uzasadnienia odnoszącego się do przedmiotowego postępowania dotyczącego rodzaju i zakresu błędu, jaki zdaniem odwołującego miał popełnić wykonawca wybrany, przy obliczaniu ceny poprzestając w tym zakresie jedynie na odwołaniu się do orzecznictwa Izby. Odwołujący wskazał jedynie ogólnie, że działanie wykonawcy wybranego jest błędem w obliczeniu ceny opartym o wyrok Izby z dnia 24 marca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 282/09.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wystąpienia do wykonawcy wybranego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający, aby zaistniał obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, musi

powziąć co najmniej wątpliwość czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia zatem dla ceny oferty jest przedmiot zamówienia, a więc przedmiotem analizy może być włącznie cena zaoferowana za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a nie jego poszczególnych części. Ceną rażąco niską jest cena, która powoduje, że wykonanie przedmiotu zamówienia za tę cenę jest nierealne. Taka sytuacja w przedmiotowej sprawie nie ma miejsca, gdyż różnica pomiędzy złożonymi ofertami wynosi 84 869, 09zł., co stanowi nie całe 10% różnicy przy wynagrodzeniach powyżej 1 mln. Sam odwołujący przyznał, że w części dotyczącej konserwacji 7620 sztuk opraw pkt. I.1. kosztorysu ofertowego wykonawca zaproponował cenę wyższą niż odwołujący, a ta część zamówienia przy analizie cen zaoferowanych w kosztorysie ofertowym przez wykonawcę wybranego stanowi 80% całego przedmiotu zamówienia. Odwołujący podniósł zarzuty do elementów składowych ceny całkowitej, podczas gdy nawet skalkulowanie pojedynczych elementów ceny nisko, a innych wysoko nie może być uznane za złożenie oferty z rażąco niską ceną. Dodatkowo Izba zauważa, że zarzut odwołującego w całości oparty jest wyłącznie na jego twierdzeniach o wysokości cen, które nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, a wedle wiedzy Izby przedmiot zamówienia określony w pozycjach z pkt. II.1 – 26 kosztorysu ofertowego nie ma określonych cen sztywnych, zatem możliwe są rozbieżności w tych cenach w zależności od producenta, daty zakupu, czy regionu, z którego poszczególne elementy są zakupywane. Dodatkowo cena oferty wybranej nie odbiega też w sposób znaczący od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 1 310 000zł., gdyż jest od niej niższa o około 20%. W ocenie Izby zamawiający nie miał podstaw do powzięcia wątpliwości, czy cena zaoferowana przez wykonawcę wybranego nie jest ceną rażąco niską. Izba uważa, że nie ziściła się zatem przesłanka do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy i zamawiający nie był zobligowany do wystąpienia z żądaniem wyjaśnień, a skoro tak nie

dopuszczając w tym zakresie zaniechania i nie naruszył art. 90 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz Izba uwzględniła koszty odwołującego z tytułu wpisu (§ 5 ust. 2 pkt 1 cyt. Rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....

Członkowie

.....

.....