

WYROK

z dnia 16 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2018 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2018 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą IHOL J. K., ul. Piotrkowska 257a/lok. 58, 90-456 Łódź,

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Słupsk, Plac Zwycięstwa 3, 76-200 Słupsk,

przy udziale wykonawcy ITEO TECHNOLOGY Sp. z o.o., ul. Rynek 5, 43-200 Pszczyna, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu, w części I i II postępowania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ponowienie czynności wezwania wykonawcy ITEO TECHNOLOGY Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie, do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak również nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyniku powtórnie dokonanej oceny złożonych wyjaśnień;

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego - Miasto Słupsk i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia: J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą IHOL J. K., ul. Piotrkowska 257a/lok. 58, 90-456 Łódź, tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego - Miasta Słupsk na rzecz wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą

IHOL J. K., ul. Piotrkowska 257a/lok. 58, 90-456 Łódź kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie:

trzydzieście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Słupsku.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miasto Słupsk prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2017r., poz. 1579 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Poprawa efektywności energetycznej Obszaru Funkcjonalnego

Miasta termomodernizacja budynków użyteczności publicznej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych

pod nr 568454-N-2018 z dnia 6 czerwca 2018 r.

W dniu 23 lipca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez wykonawcę ITEO TECHNOLOGY Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie (dalej: „Przystępujący”).

Na powyższą czynność Zamawiającego wykonawca J. K., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą IHOL J. K. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

złożonej przez Przystępującego w zakresie części nr I i II zamówienia pomimo, że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

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

2. art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy PZP i art. 87 ust.

2 pkt. 2 ustawy PZP; poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego w zakresie części nr I i II zamówienia pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem zaniechania dokonania przez Zamawiającego poprawy ceny ofertowej do wartości (niższej) wynikającej z tabeli opis elementów zamówienia.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I i II zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której Zamawiający zobowiązany będzie do odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego w zakresie części I i II zamówienia.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący wskazał, iż Przystępujący dopuścił się w treści formularza ofertowego dla części I i II zamówienia uchybień polegających na tym, iż w punkcie I.1. Formularza oferty dla części I wskazał, iż oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia za cenę ryczałtową brutto (z podatkiem VAT) w kwocie 180.853,00 złotych (słownie: sto osiemdziesiąt tysięcy osiemset pięćdziesiąt trzy złote 00/100). Wypełniając natomiast tabelę podał:

Lp.	Opis elementu zamówienia	Procentowa wartość zamówienia	Cena brutto
1.	Projekt budowlano wykonawczy z pozwoleniem na budowę	do 5%	3.690,00
2.	Roboty budowlane	ok. 95%	167.163,00

Natomiast dla części II zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia za cenę ryczałtową brutto (z podatkiem VAT) w kwocie 455.135,06 złotych (słownie: czterysta pięćdziesiąt pięć złotych sto trzydzieści pięć złotych 06/100 gr). W tabeli podał:

Lp.	Opis elementu zamówienia	Procentowa wartość zamówienia	Cena brutto
1.	Projekt budowlano wykonawczy	do 5%	5.000,00
2.	Roboty budowlane	ok. 95%	405.135,06

Odwołujący wskazał, iż cena wskazana w punkcie I.1) oferty dla części I zamówienia istotnie odbiega od sumy elementów stanowiących opis elementu zamówienia zawartych w tabeli. I tak, dla części I suma kwot z tabeli stanowi 170.853,00 zł. brutto. Trudno więc stwierdzić dlaczego w pkt. I.1) Wykonawca wskazał cenę ryczałtową 180.853,00 zł brutto. Jest to różnica istotna bowiem stanowi 5.53% wartości oferty.

Dla części drugiej suma kwot z tabeli to 410.135,06 zł brutto, gdy tymczasem w pkt. I.1) formularza oferty widnieje kwota 455.135,06 zł brutto. Jest to różnica tym bardziej istotna bowiem stanowi aż 9,89% wartości oferty.

Odwołujący wskazał ponadto, iż Przystępujący dla części II zamówienia w tabeli formularza ofertowego wskazał cenę za projekt budowlano-wykonawczy w kwocie 5.000,00 zł brutto. Udzielając natomiast wyjaśnień wskazał, że ten sam projekt kosztować ma 4.305,00 zł brutto. W ocenie Odwołującego, jednoznacznie wskazuje to na błąd w ustaleniu stanu faktycznego w treści formularza oferty.

W ocenie Odwołującego ciężar gatunkowy wskazanych powyżej wadliwości kwalifikuje je do kategorii błędu w obliczeniu ceny. Charakter tych wadliwości jest bowiem taki, że nie mogą zostać uznane za oczywistą omyłkę rachunkową. Wskazuje ponadto, iż powyższe rozbieżności są istotne, o czym świadczy chociażby ich waga procentowa, a przede wszystkim nie są wcale oczywiste przecząc definicji omyłki rachunkowej. Dokonując bowiem prostych działań arytmetycznych nie sposób prawidłowo ustalić faktycznej ceny oferty - nie wiadomo jaka ma być jej wysokość. Na pewno także nie są niezamierzone. Zdaniem Odwołującego, Przystępujący zdaje się bowiem nie zauważać tych daleko idących rozbieżności przedstawiając wyjaśnienia z zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia bazując na cenie (wyższej), która natomiast w żaden sposób nie odpowiada treści opisu zamówienia zawartego w treści formularza oferty. W żaden sposób nie da się także wyjaśnić wadliwie obliczonej ceny projektu.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, nie istnieje faktyczna możliwość ażeby bezspornie stwierdzić niezmiennosc danych i dokonać właściwego poprawienia takiej omyłki. Jest wręcz przeciwnie, tym bardziej, że Przystępujący składając w postępowaniu przetargowym wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny sam przyznał, że:

- a) bazował na cenie innej aniżeli wynikająca z elementów opisu zamówienia,
- b) przyjął inną cenę jednego z dwóch istotnych elementów cenotwórczych tj. dokumentacji projektowej (w zakresie cz. II zamówienia).

Reasumując Odwołujący stwierdził, iż oferta Przystępującego z tych przyczyn, podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny w zakresie obydwu części zamówienia.

Uzasadniając zarzut nr 2 Odwołujący stwierdził, iż oferta złożona przez Przystępującego w zakresie części I i II zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia co jednoznacznie potwierdzają wyjaśnienia tego wykonawcy złożone w odpowiedzi na stosowne wezwanie Zamawiającego.

Wskazał, że we wszystkich pozycjach wyliczeń Przystępujący przedstawia i sumuje wyłącznie koszt pomijając całkowicie jakikolwiek zysk z realizacji przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, już tylko sam brak wykazania zysku eliminuje ofertę Przystępującego jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jest tak tym bardziej dlatego, że pozycje kosztowe sumują się w 100% do ceny oferty Wykonawcy nie pozostawiając jakiegokolwiek marginesu finansowego.

Ponadto Przystępujący przedstawiając wyliczenia kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, całkowicie pominał oczywiście konieczne do poniesienia koszty a związane z:

- dojazdami i zakwaterowaniem pracowników,
- dojazdami kadry nadzorującej,
- prowadzeniem zaplecza budowy,
- indywidualnym ubezpieczeniem budowy dla danego kontraktu. Stosownie bowiem do postanowień SIWZ XIII pkt 10 lit. a) w ofercie należy uwzględnić również koszty ubezpieczenia od ognia, huraganu, powodzi i innych zdarzeń losowych dotyczące robót, obiektów, budowli, urządzeń i mienia ruchomego znajdującego się na terenie budowy.

Argumenty w zakresie pominięcia kosztów dojazdu kadry i pracowników oraz prowadzenia zaplecza budowy są o tyle istotne, że siedziba Przystępującego (Pszczyna) oddalona jest od siedziby Zamawiającego (Słupsk) aż o 636 km, (czas przejazdu 6 h 40min wg. najszybszej trasy).

Ponadto według Odwołującego, Przystępujący nie tylko pomija zysk z realizacji przedmiotu zamówienia, ale także istotne elementy mające wpływ na realizację przedmiotu zamówienia. Złożone wyjaśnienia pozbawione są w istocie waloru dowodowego o którym mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp bowiem sprowadzają się w przeważającej części do powoływania wiedzy i doświadczenia zdobytego przy realizacji innych, podobnych kontraktów (blisko 100% treści wyjaśnień). Zdaniem Odwołującego, powyższe sprawia, iż wyjaśnień Przystępującego nie można uznać za wypełnienie obowiązku wykazania wysokości kosztów skalkulowanych w cenie oferty dla danego, konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Należy przy tym wskazać, że ocena posiadania stosownej wiedzy i doświadczenia przez Przystępującego dotyczy aspektów spełniania warunków udziału w postępowaniu i pozostaje irrelevantna z punktu widzenia badania rażąco niskiej ceny. W konsekwencji, oparcie przez tego wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na posiadanym doświadczeniu nie może być uznane za skuteczne, co jednoznacznie potwierdza orzecznictwo KIO.

Odwołujący wskazał ponadto na znaczne rozbieżności w cenie oferty złożonej przez Przystępującego oraz szacunkowej wartości zamówienia a także średniej arytmetycznej złożonych ofert. Wskazał, iż oferta Przystępującego w części I jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia o 59,47%, w części II o 49,92 %. Ponadto jest niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert w części I o 47,31%, w części II o 80,11%.

Zdaniem Odwołującego, Przystępujący przy tak istotnych rozbieżnościach cenowych powinien ze szczególną starannością jeżeli nie udowodnić to chociaż wiarygodnie uprawdopodobnić przyczyny tych właśnie rozbieżności, czego zaniechał. Tego rodzaju okoliczności mogą bowiem przy tym stanowić realne zagrożenie należytego wykonania umowy.

Zdaniem Odwołującego kolejny istotny element cenotwórczy, którego wartość została jawnie zaniżona przez Przystępującego to koszt prac remontowo-budowlanych. I tak dla SP nr 1 Wykonawca przewidział koszt prac remontowo- budowlanych w kwocie 6.000,00 zł netto, której powierzchnia wynosi przy tym 3.161m². Tymczasem dla SP nr 10 której

powierzchnia jest blisko trzykrotnie większa aniżeli SP nr 1, Przystępujący przewidział koszt na poziomie tylko 8.000,00 zł netto. Oczwistym jest przy tym, że koszt ten powinien pozostawać w arytmetycznej proporcji do wielkości szkoły i powinien wynosić bazowo co najmniej 18.000,00 zł netto.

Nadto zauważył, iż Przystępujący w treści złożonych wyjaśnień odnośnie rażąco

niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, oświadczył, że przyczyną zaoferowania niższej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia jest fakt optymalizacji (zmniejszenia) ilości nowych opraw względem założeń Zamawiającego o ok. 11,6%. Ponieważ Wykonawca chce ograniczyć ilość nowych lamp do 1163 sztuk a według

PFU i odpowiedzi zamawiającego konieczne jest łącznie 1377 lamp to Przystępujący faktycznie zmuszony jest ograniczyć ilość lamp o 16,3%.

W celu ograniczenia łącznej ilości lamp o 16,3% niezbędne jest ograniczenie tej liczby dla co najmniej połowy całkowitej powierzchni szkoły. Przykładowo w sali lekcyjnej w której założono 12 opraw oświetleniowych można zamontować faktycznie mniejszą liczbę punktów, ale ze względu na zachowanie równomierności natężenia oświetlenia liczba lamp nigdy nie może być mniejsza niż 8 sztuk. W konsekwencji zakładając optymistyczny wariant redukcji opraw możliwe jest maksymalne zmniejszenie liczby opraw o 33% dla jednego pomieszczenia. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na fakt, że im więcej lamp jest w pomieszczeniu tym większa równomierność. Norma oświetleniowa PN- EN 12464-1 narzuca przy tym równomierność oświetlenia w pomieszczeniu większą niż 0,6. Przyjmując więc optymistycznie, że ilość lamp można ograniczyć o 33% na każde pomieszczenie to żeby ograniczyć tą ilość o 16,3% należy dokonać redukcji lamp dla co najmniej połowy powierzchni budynku.

Tymczasem, Zamawiający w odpowiedzi na pytania z dnia 13 czerwca (pytanie nr 3) jasno wskazał: „W wyniku zmiany lokalizacji opraw powstałych podczas prac innych uszkodzeń powierzchni sufitu, należy przemałować całą jego powierzchnię, a w przypadku ścian - tylko w obrębie prac monterskich (pasek zakrywający bruzdy o szer. min. 20 cm).” Zgodnie z powyższą odpowiedzią Zamawiającego, oczywistym jest, dokonując założonej przez Przystępującego optymalizacji ilości lamp, że wykonawca ten zobowiązany będzie pomalować sufit w całym pomieszczeniu. Ponieważ powierzchnia szkoły ma 9166 m² to przyjmując połowę powierzchni do pomalowania otrzymamy 4583m². Wykonawca nie uwzględnił więc w swojej ofercie kosztu prac związanych z malowaniem. Pomalowanie takiej powierzchni to koszt ponad 30.000 złotych netto na dowód czego Odwołujący przedłożył kosztorys, podczas gdy wykonawca założył 8.000 netto na wszystkie prace budowlane.

Odwołujący wskazał ponadto, że do pomalowania sufitu niezbędne są także czynności pomocnicze, tj. zabezpieczenia pomieszczenia przed pochłapaniem farbą, zabezpieczenie ścian, przygotowanie sufitu do malowania w tym odtworzenie miejsc po

zdemontowanych oprawach, malowanie sufitu.

Niezależnie od wszystkich wskazanych okoliczności, nawet jeżeli uznać, że dokonane przez Wykonawcę błędy w treści formularza ofertowego, o których mowa w pkt. 1 uzasadnienia zarzutów, mają charakter oczywistej omyłki rachunkowej to Zamawiający w trybie art. 87 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp obowiązany był dokonać poprawy ceny ofertowej do wartości wynikającej z sumy pozycji tabeli opis elementów zamówienia.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że samodzielną przesłankę do odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi także wskazanie w wyjaśnieniach dla części II ceny za projekt budowlano-wykonawczy w kwocie 4305 zł brutto, podczas gdy sam Wykonawca w treści formularza oferty wskazał, że koszt tego projektu wynosi 5.000,00 zł brutto.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 wskazał, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji legalnej błędu w obliczeniu ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 84 § 2 Kodeksu cywilnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.) można powoływać się tylko na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny). O błędzie w obliczeniu ceny moglibyśmy mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika ze SIWZ. Za błąd w obliczeniu ceny można uznać niewłaściwe zastosowanie się do wytycznych zamawiającego zawartych w SIWZ jak również w bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa.

W niniejszej sprawie nie ma wątpliwości, co do prawidłowości obliczenia ceny. Należy przede wszystkim podkreślić, że sposób obliczenia ceny, ze względu przede wszystkim na jej ryczałtowy charakter, nie wymagał wskazywania żadnych elementów składowych ceny, ani dokonywania jakichkolwiek działań rachunkowych. Ryczałt polega bowiem co do zasady

na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej (vide zacytowany poniżej wyrok Sądu Najwyższego z 20 listopada 1998 r., podobnie KIO w wyroku z dnia 19 maja 2015 r. KIO 911/15). Znalazło to odzwierciedlenie zarówno w SIWZ, w dziale XIII, jak również w formularzu oferty, w którym wyraźnie wskazana została cena ryczałtowa brutto (z podatkiem VAT) w jednej kwocie. Tabela znajdująca się poniżej tej kwoty i wskazane w niej elementy zamówienia nie stanowią składników kalkulacji ceny, co wynika zarówno z treści oferty, jak też zawartości tej tabeli. Procenty w kolumnie trzeciej tabeli i kwoty w kolumnie czwartej tabeli nie podlegały sumowaniu brak bowiem takiej pozycji w tabeli, procentowa wartość przy sformułowaniach do 5% i ok. 95% nie musiały stanowić 100%. Celem zastosowania wydzielenia przez Zamawiającego kosztów projektu budowlanego i robót budowlanych było ograniczenie ceny dokumentacji projektowej do kwot rzeczywistych w stosunku do robót budowlanych. W przeciwnym wypadku koszt prac projektowych mógłby być nieproporcjonalnie wysoki. Zamawiający nie żądał więc, aby suma tych dwóch pozycji stanowiła całkowitą cenę ofertową. Zamawiający w związku z tym użył właśnie określeń: „do”, „ok. 95%”. Ponadto Przystępujący w formularzu oferty oświadczył między innymi, iż zadeklarowana wyżej cena ryczałtowa zawiera podatek VAT w stawce obowiązującej na dzień składania oferty oraz wszystkie koszty składające się na wykonanie niniejszego zamówienia z należytą starannością, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Powyższe w ocenie Zamawiającego wskazuje, że Przystępujący działając w sposób, prawidłowy zgodnie z założeniami SIWZ, skalkulował cenę ryczałtową za realizację zamówienia w zakresie części nr 1 i części nr 2. Przepisy ustawy Pzp nie definiują również pojęcia ryczałtu, jednak bogate orzecznictwo sądowe pozwala na zdefiniowanie tego pojęcia, Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 listopada 1998 r, sygn. akt II CKN 913/97 stwierdził, że „ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać wynagrodzenia wyższego. Zgodnie z kodeksem cywilnym wynagrodzenie ryczałtowe dotyczy całości przedmiotu umowy, a jego istotę stanowi określenie wynagrodzenia z góry bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów. Poza zakresem badania zamawiającego powinny zatem pozostać dane wyjściowe przyjęte przez odwołującego się przy obliczaniu przez niego ceny oferty. Zamawiający powinien przyjąć, iż zaoferowana cena jest ceną prawidłową bez względu na sposób jej obliczenia”

W niniejszej sprawie Przystępujący zaoferował wykonanie zamówienia wskazując w formularzu oferty (zgodnie z żądaniem zamawiającego) cenę ryczałtową brutto która to zgodnie z działem XIII SIWZ „Opis sposobu obliczania ceny” musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami, sztuką budowlaną, aktualną wiedzą techniczną i znajomością techniczną realizacji przedmiotu zamówienia. Dalej Zamawiający wskazał, iż cena oferty stanowi wynagrodzenie ryczałtowe, które obejmuje: wykonanie robót, wszelkie koszty oraz świadczenia niezbędne do realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia wraz ze wszystkimi kosztami towarzyszącymi również między innymi koszty ubezpieczenia. Zamawiający w dziale XXI SIWZ wprost wskazał, iż integralną jej część stanowią między innymi: Opis przedmiotu zamówienia, tj. Program Funkcjonalno-Użytkowy SP 1, Program Funkcjonalno-Użytkowy SP 10, Rzuty Kondygnacji SP 10, Rzuty Kondygnacji SP 1, Audyt oświetlenia Słupsk SP 10, Audyt oświetlenia Słupsk SP 1. Zamawiający w żadnych zapisach SIWZ nie wskazał, że tabela w formularzu oferty ma zostać posumowana.

Zdaniem Zamawiającego błędnym jest zatem wnioskowanie Odwołującego, że Przystępujący popełnił błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający badając ofertę nie miał wątpliwości co do tego, że cena została prawidłowo obliczona i dlatego też nie sumował elementów tabeli, jak też wykluczył, że ewentualne zsumowanie tych elementów powinno prowadzić do poprawienia omyłki rachunkowej. Wypełnienie tabeli w opisanym w niej zakresie przez Przystępującego spełniało w pełni wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Należy również zwrócić uwagę, iż żaden z wykonawców nie złożył zapytań dotyczących zapisów SIWZ w powyższym zakresie, a więc zapisy były jasne.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu nr 2 wskazał, iż obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest odrzucenie oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W niniejszej sprawie Przystępujący zaoferował wykonanie zamówienia w zakresie części I za cenę ryczałtową brutto: 180.853,00 zł i części II za cenę ryczałtową brutto: 455.135,06 zł. Zamawiający podczas oceny ofert powziął wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 9 lipca 2018 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca w piśmie z dnia 11 lipca 2018 r., a więc w wyznaczonym terminie, złożył stosowne wyjaśnienia, które Zamawiający uznał za wystarczające w celu upewnienia się, że

nie zachodzą przesłanki do odrzucenia jego oferty.

Wyjaśnił, iż nie wymagał od oferentów podania wielkości kosztów niezwiązanych bezpośrednio z pracami budowlanymi opisanymi wg KNR np. dojazd, zakwaterowanie pracowników. Tego typu koszty są ujęte w kosztorysach pod postacią narzutów Kosztów pośrednich KP. Przystępujący w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny podał ceny końcowe poszczególnych elementów składowych całego zadania, bez podawania szczegółów w postaci wartości czynników cenotwórczych takich jak: koszt roboczo-godziny, zysk, koszty pośrednie oraz ceny materiałów budowlanych.

Ponadto wyjaśnił, iż wykonał symulację kosztów montażu opraw wg średnich stawek robocizny kosztorysowej netto dla województwa pomorskiego oraz kosztów pośrednich i zysku zgodnie z cennikami Bistyp z II kwartału 2018 r.: zysk na poziomie 10,16%, koszty pośrednie w wysokości 65,1% oraz stawkę roboczo — godziny na poziomie 16,26 zł netto oraz zakładając, że czas montażu i demontażu jednej oprawy wynosi 1 h, uzyskał dane według których koszt montażu i demontażu opraw jest mniejszy od kosztu wyliczonego przez firmę Przystępującego o ok. 30%. Dodatkowo biorąc pod uwagę ceny katalogowe opraw oświetleniowych stosowanych w szkołach, których koszt opraw oscyluje w granicach od ok. 100 zł do ok. 400 zł netto za oprawę wskazał, iż cena zaoferowana przez firmę ITEO TECHNOLOGY dla Szkoły Podstawowej nr 10 wynosi ok. 224 zł netto za oprawę, a dla Szkoły Podstawowej nr 1 — ok. 180 zł netto za oprawę. Badania oferty Przystępującego pozwoliły Zamawiającemu stwierdzić, że:

- średnia cena opraw oświetleniowych jest niższa od średnich cen katalogowych markowych producentów, ponieważ oferent jest producentem opraw - nie jest naliczana marża sprzedawcy, w związku z tym niższa cena jest uzasadniona;

- koszt prac odtworzeniowych - Zamawiający wymagał wykonania prac odtworzeniowych w przypadku relokacji opraw lub uszkodzeń sufitu powstałych podczas prac innych; nie można więc podważyć oceny Przystępującego dotyczącej założonej powierzchni malowania sufitu, gdyż nie została ona narzucona przez Zamawiającego. To Wykonawca ma ocenić, w których pomieszczeniach będzie malował tzn., gdzie będzie przeprowadzał zmianę usytuowania lamp: największym czynnikiem cenotwórczym jest koszt opraw, który pomimo, że jest niższy od średnich cen rynkowych, na wezwanie Zamawiającego został wyczerpująco wyjaśniony przez Przystępującego w piśmie nr PW/0128/07/2018 z dnia 11.07.2018 r.; pozostałe elementy oferty opinii nie odbiegają od aktualnych cen rynkowych.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 2 sierpnia 2018 r. odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wskazał, że zaoferował cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia dla:

1) części I - 180.853,00 zł i kwota ta stanowiła całość jego kosztów wraz z zyskiem dla I części zamówienia, wypełniając natomiast tabelę zawierającą opis przedmiotu zamówienia określił jedynie wartość elementów tam wskazanych, a więc projektu budowlano - wykonawczego i robót budowlanych. Zgodnie z tą tabelą cena brutto za projekt miała wynosić do 5% całej ceny ryczałtowej brutto a kwota za roboty budowlane ok. 95% ceny ryczałtowej brutto. Ze względu na nieostre określenie procentowej wartości elementu (do 5% i ok 95%) Wykonawca w tabeli tej nie ujął innych wartości kosztotwórczych związanych z wykonaniem zamówienia takich jak np.: koszty kadry zarządzającej czy koszty ubezpieczenia. Przystępujący wyjaśnił, że koszty te w oczywisty sposób nie są kosztami związanymi z wykonaniem projektu budowlano - wykonawczego i robót budowlanych, a stanowią koszty dodatkowe niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia. Ze względu na brak w tabeli punktu odnoszącego się do kategorii cenowej „inne” Przystępujący kosztów tych nie ujął w tabeli. Ujęte zostały natomiast w całkowitej kwocie ofertowej.

Wyjaśnił, że analogicznie postąpił w zakresie części II zamówienia.

W tej sytuacji oczywista pomyłka wykonawcy, który błędnie w wyjaśnieniach określił wysokość ceny dla projektu budowlanego są bez znaczenia, gdyż wiążąca dla Zamawiającego jest cena wskazana w ofercie.

Odnosząc się następnie do zarzutu numer 2, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp wskazał, że każda przedstawiona w tabeli pozycja zawierała już w sobie ok. 10% zysku wykonawcy. Oczywistym jest bowiem, iż przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą składając ofertę zakłada w ramach kalkulacji cenowej uzyskanie zysku z zamówienia publicznego.

Nie trafiony jest również zarzut Odwołującego jakoby przedstawiając wyliczenia

kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, całkowicie pominął oczywiście konieczne do poniesienia koszty. Jak zostało wyjaśnione powyżej część z tych kosztów została uwzględniona w całkowitej cenie ofert. Niezależnie od powyższego Przystępujący założył wykonanie części zamówienia tj. prac elektryczno-montażowych przez podwykonawcę zakładając współpracę z lokalnym przedsiębiorcą, w związku z czym zarzuty dotyczące np. dojazdów i zakwaterowania pracowników czy dojazdów kadry zarządzającej są bezpodstawne.

Przystępujący nie zgodził się z Odwołującym, iż jego wyjaśnienia sprowadzały się w przeważającej części do powoływania wiedzy i doświadczenia zdobytego przy realizacji innych podobnych kontraktów. W wyjaśnieniach bowiem wskazał dwa czynniki wpływające na cenę. Oprócz wiedzy i doświadczenia czynnikiem tym był własny produkt co miało decydujący wpływ na cenę.

Wyjaśnił również, iż nie zaniżył kosztów robót remontowo - budowlanych. Wielkość powierzchni w szkołach nie wpływa bowiem wprost proporcjonalnie na wysokość kosztów prac remontowo - budowlanych. Obok bowiem kosztów związanych stricte z pracami około malarskimi w skład tego elementu wchodzi koszty stałe jak koszt utrzymania np. ekipy, pracowników. Niezrozumiały dla Przystępującego jest również zarzut jakoby faktycznie obniżył on ilość lamp o 16,3%. Wykonawca w Szkole nr 10 po wykonaniu wizji lokalnej i obliczeń w programie DIALUX zmniejszył ilość lamp do 1206 szt., a nie jak twierdzi Odwołujący do 1163 szt. Wykonawca założył dodatkowe doświetlenie tablic.

W kwestii obowiązku pomalowania sufitu wskazał, że wskazana przez Odwołującego powierzchnia do pomalowania w wielkości 4583m² nie jest poparta żadnymi dowodami i w jego ocenie jest znacznie zawyżona. Rzeczywisty koszt malowania jest o wiele niższy i został prawidłowo ujęty w kosztorysie.

W konsekwencji Przystępujący stwierdził, że przedstawiona przez niego cena była ceną realistyczną, adekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, nie odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a co zatem idzie nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 13 sierpnia 2018 r. przedstawił dodatkowe stanowisko odnosząc się do stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego oraz Przystępującego.

Wskazał, że Przystępujący pismem z dnia 2 sierpnia 2018r., wprost przyznał, że wskazana w pkt. 1.1 formularza ofertowego cena (w zakresie obydwu części zamówienia) nie

stanowi sumy cen z pozycji nr 1 i 2 formularza ofertowego tj. projektu budowlano

wykonawczego oraz robót budowlanych. Przystępujący przyznał, że z uwagi na „nieostre” w

jego ocenie określenie wartości procentowych poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia (do 5% za projekt i ok. 95% za roboty) w tabeli nie ujął innych wartości kosztotwórczych takich jak np. koszty kadry zarządzającej czy ubezpieczenie. Tego rodzaju argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie z przyczyn wskazanych poniżej.

Odwołujący wskazał, iż wszyscy Wykonawcy biorący udział w postępowaniu przetargowym (za wyjątkiem Przystępującego) jasno zrozumieli treść formularza ofertowego w sposób zgodny z jego literalną treścią. W konsekwencji, każda z cen wskazanych w pkt. 1.1 formularza ofertowego dla pozostałych wykonawców stanowiła sumę cen pozycji 1 i 2 formularza ofertowego tj. projektu budowlano - wykonawczego oraz robót budowlanych. W tym miejscu należy zgodzić się z Zamawiającym, że treść SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny była jasna i zrozumiała- dla wszystkich za wyjątkiem Przystępującego. Nadto, oczywistym jest, że Zamawiający tak definiując podział procentowy oczekiwał aby wartość projektu wynosiła nie więcej niż 5 % wartości zamówienia a roboty budowlane stanowiły pozostałą wartość zamówienia. Fakt ten potwierdza także okoliczność, że w tabeli są tylko dwie pozycje i brak jest pozycji inne.

Okoliczność, że cena wskazana w pkt. 1.1 formularza oferty miała stanowić sumę cen pozycji 1 i 2 formularza ofertowego tj. projektu budowlano - wykonawczego oraz robót budowlanych znajduje także jasne potwierdzenie w treści SIWZ i wzoru umowy. SIWZ i wzór umowy wraz z formularzem oferty tworzą spójną całość stanowiącą podstawę do rozliczenia przyszłej umowy o udzielenie zamówienia w jej istotnym, nie podlegającym zmianie stosownie do postanowień art. 144 ustawy Pzp aspekcie. I tak, na stronie 3 SIWZ Zamawiający jasno wskazał etapy - tj. etap I i II na jakie podzielone jest zamówienie:

1. Etap I: opracowanie przez Wykonawcę i przekazanie Zamawiającemu kompletnej

dokumentacji projektowej w zakresie wymiany opraw oświetlenia wewnętrznego w budynkach Szkoły Podstawowej nr 1 w Słupsku przy ul. Witolda Lutosławskiego 23 / Szkoły Podstawowej nr 10 w Słupsku przy ul. Orłąt Lwowskich 1a, zwanej dalej: „Dokumentacją”,

2 Etap II: wykonanie robót budowlanych polegających na wymianie opraw oświetlenia wewnętrznego w budynkach Szkoły Podstawowej nr 1 w Słupsku przy ul. Witolda Lutosławskiego 3 / Szkoły Podstawowej nr 10 w Słupsku przy ul. Orłąt Lwowskich 1a na podstawie opracowanej, w ramach Etapu I Dokumentacji, przeniesienie praw autorskich majątkowych do dokumentacji na zasadach określonych w niniejszej Umowie.

Wskazany zapis w pełni koresponduje z treścią §1 ust. 1 umowy, zgodnie z którym przedmiotem umowy jest realizacja dwóch etapów wykonanie dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych.

Wskazane postanowienia SIWZ oraz §1 ust. 1 umowy Zamawiający jednoznacznie powiązał także z warunkami zapłaty wynagrodzenia, które, z kolei stanowią essentialia negotii przyszłej umowy. I tak, w §8 ust. 1 umowy Zamawiający jednoznacznie wskazał, że cena ofertowa ma stanowić sumę dwóch etapów składających się na wykonanie przedmiotu umowy:

1. Strony ustalają, że obowiązującą formą wynagrodzenia, zgodnie z SIWZ oraz ofertą Wykonawcy jest wynagrodzenie ryczałtowe brutto w wysokości: zł (słownie: zł / 100), w tym:

1) za usługę przeprojektowania:..... (słownie: zł/100),

2) za wykonanie robót budowlanych:..... (słownie: zł/100),

W ocenie Odwołującego z powyższego jasno wynika, że konstrukcja formularza oferty nie jest przypadkowa jak zdaje się twierdzić na potrzeby postępowania odwoławczego Zamawiający a stanowi sumę postanowień SIWZ i umowy zarówno w zakresie warunków płatności jak przedmiotu świadczenia umownego. Trudno zatem uznać za prawidłowe stanowisko Zamawiającego, przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, w ramach którego Zamawiający powołując się na definicję ceny ryczałtowej próbuje zmienić, względnie zlekceważyć, postanowienia własnej SIWZ wraz z załącznikami. Gdyby miało być tak jak chce Zamawiający to zarówno postanowienia umowy jak również formularza oferty musiałyby być zupełnie odmienne i sprowadzać się wyłącznie do wskazania samego tylko wynagrodzenia ryczałtowego a także pominięcia etapów przedmiotu zamówienia.

Aktualne stanowisko Zamawiającego dziwi tym bardziej, że brak jest podstaw umownych do zapłaty Przystępującemu wynagrodzenia wyższego aniżeli stanowiącego sumę usług projektowych i wykonania robót budowlanych. Pod jakim bowiem tytułem faktycznym i prawnym Zamawiający miałby zapłacić Przystępującemu pozostałą, istotną, ponieważ wynoszącą odpowiednio 5 i 10% część wynagrodzenia umownego? W ocenie Odwołującego tego rodzaju zapłata nie znajduje także podstawy w zasadach fakturowania określonych w §9 umowy, zgodnie z którym faktury VAT można wystawić wyłącznie z tytułu wykonanych robót budowlanych oraz prac projektowych:

Zamawiający dopuszcza rozliczenia fakturami częściowymi za wykonane i odebrane kompletne elementy robót budowlanych wymienione w szczegółowym harmonogramie rzeczowo-finansowym, na podstawie protokołów odbioru elementów robót budowlanych, podpisanych przez strony umowy, w szczególności inspektora nadzoru inwestorskiego i kierownika budowy, lecz nie częściej niż 30 dni od dnia dostarczenia poprzedniej faktury.

Warunkiem odbioru częściowego w zakresie wykonanych robót budowlanych i zapłaty częściowej jest zaakceptowany przez Zamawiającego szczegółowy harmonogram rzeczowo-finansowy sporządzony przez Wykonawcę.

Warunkiem odbioru częściowego w zakresie wykonanych prac projektowych i zapłaty częściowej jest wcześniejsze uzyskanie pisemnej akceptacji Zamawiającego zaproponowanych rozwiązań projektowych.

Tym samym akceptując pogląd Zamawiającego i Przystępującego należałoby uznać, że Przystępujący może wystawić i przedstawić do zapłaty Zamawiającemu fakturę opiewającą na odpowiednio 5 i 10 % wynagrodzenia umownego z tytułu „innych kosztów” których Przystępujący nie ujął w tabeli opisującej całość elementów opisu zamówienia.

Jest to pogląd oczywiście przeczący podstawowym zasadom udzielania zamówień publicznych. Co więcej, jego przyjęcie z całą pewnością skutkowałoby uznaniem tych wydatków za niekwalifikowane w ramach projektu współfinansowanego ze środków UE,

którym objęte jest niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji należy uznać, że przystępujący popełnił błąd w obliczeniu ceny, które konsekwencje są doniosłe w skutkach bowiem uniemożliwiają prawidłowe rozliczenie przedmiotu umowy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał, że Przystępujący, w sposób nie budzący wątpliwości przyznał, że nie uwzględnił w tabeli znajdującej się w formularzu oferty wartości kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia takich jak np. koszt kadry zarządzającej czy koszt ubezpieczenia. Koszty te wynoszą odpowiednio:

- 10 000 złotych brutto dla części I ,
- 45 000 złotych brutto dla części II.

Jak wskazał Przystępujący są to prace których, w jego ocenie nie można przypisać do projektu budowlano-wykonawczego jak również do robót budowlanych. Konfrontując obecne stanowisko Przystępującego z treścią wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny oczywiste jest, że Przystępujący pominął wskazany zakres kosztów w złożonych przez siebie wyjaśnieniach. Treść wszystkich pozycji (od 1 do 6) we wskazanych w wyjaśnieniach można bowiem przypisać wyłącznie do prac projektowych lub robót budowlanych. Precyzyjnie rzecz ujmując pozycje od 1 do 5 zawierają się w wykonaniu robót budowlanych a pozycja nr 6 w projekcie oświetlenia. W związku z powyższym, Przystępujący sam przyznał, że nie zawarł w swoich wyjaśnieniach wszystkich kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Uwzględniając odpowiednio kwotę 10.000 zł. i 45 000 zł, jako brakującą, rzeczywisty koszt realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z ofertą Wykonawcy wynosi dla:

-części I: 190.853,00 złotych brutto

-części II: 500.135,06 złotych brutto

Przystępujący sam więc wykazał, że koszt wykonania przedmiotu zamówienia przekracza istotnie cenę wskazaną w ofercie a tym samym złożona oferta zwiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W tym aspekcie, należy wyraźnie odrzucić stanowisko Zamawiającego, który wbrew Przystępującemu twierdzi, że koszty te Przystępujący uwzględnił w wartości robót budowlanych lub prac projektowych. Trudno bowiem zaakceptować pogląd, że Zamawiający uprawniony jest wyłącznie na użytek postępowania odwoławczego, samodzielnie, zastępując Przystępującego czynić wyjaśnienia odnośnie sposobu kalkulacji ceny ofertowej przez Przystępującego — także w świetle art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od okoliczności wskazanych powyżej, Przystępujący potwierdził, że cena za wykonanie projektu dla cz. II jest ceną rażąco niską. Przyjmując bowiem wyjaśnienia Przystępującego, że „pomylił się” udzielając wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i wskazując za wykonanie projektu cenę 4.305 zł (w sytuacji kiedy w formularzu oferty cena ta wynosi 5.000 zł) to pomyłkę tego rodzaju można skorygować wyłącznie przyjmując do wyjaśnień cenę za wykonanie projektu o której mowa w formularzu oferty tj. 5.000 zł. Należy bowiem uwzględnić ustawowy zakaz istotnych zmian treści oferty złożonej przez Wykonawcę a także zakaz negocjowania jej treści. Tym samym, już tylko z tego powodu rzeczywisty koszt realizacji przedmiotu zamówienia w części II przekraczać będzie o 695 zł koszt oferty Przystępującego.

Niezależnie od powyższego, cena istotnej części składowej przedmiotu zamówienia tj. wykonania projektu jest rażąco niska w zakresie obydwu części zamówienia. Odwołujący wskazał, że cena oferty Przystępującego w zakresie dokumentacji projektowej jest niższa aniżeli średnia arytmetyczna złożonych ofert odpowiednio o 64,28% (dla części I) i 80,20% (dla części II). Okoliczność rażącego zaniżenia ceny przedmiotu zamówienia w zakresie obydwu części zamówienia potwierdzają także referencje, na które powołuje się sam Przystępujący — tj. dotyczące SP nr 12 w Tarnowskich Górach. Szkoła w Tarnowskich Górach (cały kompleks - szkoła wraz z przedszkolem) wskazana w referencjach posiada powierzchnię 2.729,85 m². Tymczasem, powierzchnia każdej ze szkół będących przedmiotem niniejszego postępowania istotnie przekracza tą powierzchnię - nawet trzykrotnie. W związku z powyższym jeżeli Przystępujący wycenił opracowanie dokumentacji projektowej dla SP nr 12 w Tarnowskich Górach, której powierzchnia jest istotnie mniejsza, na kwotę przekraczającą 15.000 zł. (co potwierdził składając wykaz robót w niniejszym postępowaniu) to nie jest możliwe wykonanie dokumentacji projektowej (nadto przy znacznie większej powierzchni) za kwotę trzykrotnie mniejszą.

Odwołujący zauważył nadto, iż Przystępujący wskazał, że założył wykonanie części

zamówienia tj. prac elektryczno-montażowych przez podwykonawcę przy współpracy z lokalnym przedsiębiorcą. Przystępujący nie sprostował odwróconemu ciężarowi dowodu w tym względzie i nie podjął nawet próby uprawdopodobnienia tej tezy np. składając ofertę owej lokalnej firmy na wykonanie montażu lamp w szczególnie atrakcyjnej cenie. Biorąc pod uwagę fakt, że to Przystępujący powołuje się na oszczędniejszą metodę wykonania zamówienia (brak noclegu i zakwaterowania pracowników) to powinien on uprawdopodobnić, że faktycznie jest to możliwe. W tym względzie należy zważyć na fakt, że termin wykonania wszystkich prac w SP 10 to 6 tygodni a obiekt będzie w tym czasie czynną placówką edukacyjną. W tym aspekcie wydaje się wątpliwe wykonanie zadania na czas bez posiadania stosownej umowy z lokalnym podwykonawcą już na etapie składania oferty a na pewno na etapie składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Analogicznie Przystępujący powołuje się na obliczenia w programie DIALUX, których nie załączył a skoro faktycznie je wykonał to ich wydruk powinien być oczywisty. Uniemożliwił tym samym faktyczną weryfikację swoich twierdzeń w istotnym pod względem oceny rażąco niskiej ceny aspekcie.

Zamawiający, przedstawiając w odpowiedzi na odwołanie własne wyliczenia dotyczące kosztów realizacji przez Przystępującego przedmiotu zamówienia, całkowicie pomija istotny aspekt wyjaśnień dotyczący redukcji ilości oprav, którą założył Przystępujący. Oznacza to, że Zamawiający dokonał obliczeń na takich samych zasadach dla obu szkół. Zamawiający pominął tym samym istotny element kosztotwórczy oraz oświadczenie Przystępującego, że dokona redukcji liczby oprav a tym samym wymagane koszty odtworzenia. Tymczasem, przyjęta przez Przystępującego redukcja liczby oprav implikuje konieczność wykonania prac odtworzeniowych, co z kolei nie jest możliwe w ramach założonego przez Przystępującego budżetu. Jest tak ponieważ kwota 8.000 zł. założonego przez Przystępującego budżetu umożliwia pomalowanie wyłącznie 1070m² co stanowi 12% całkowitej powierzchni użytkowej szkoły.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia - ITEO TECHNOLOGY Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

I. Zgodnie z postanowieniami rozdziału XIII SIWZ - Opis sposobu obliczania ceny:

1. Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ) łącznej ceny ofertowej brutto za realizację zamówienia dla części I i/lub części II
2. Wynagrodzenie określone w ofercie jest wynagrodzeniem ryczałtowym.
3. Cenę robót budowlanych Wykonawca ustali w oparciu o dokumentację projektową, Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz opis przedmiotu zamówienia i warunków umowy.
4. Oferowana cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami, sztuką budowlaną, aktualną wiedzą techniczną i znajomością

techniczną realizacji przedmiotu zamówienia. Cena oferty stanowi wynagrodzenie ryczałtowe, które obejmuje wykonanie robót, wszelkie koszty oraz świadczenia niezbędne do realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia wraz ze wszystkimi kosztami towarzyszącymi.

5. Za ustalenie ilości robót i innych świadczeń oraz za sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie Wykonawca.

6. Dane cenowe do kosztorysowania, określone przez Wykonawcę będą stałe przez cały okres realizacji umowy.

7. Wykonawca zobowiązany jest do wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną.

8. Cena brutto określona w ofercie przez Wykonawcę nie będzie zmieniana w toku realizacji zamówienia, chyba że wystąpią roboty dodatkowe lub zamienne.

9. Prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków Wykonawcy.

10. W ofercie należy uwzględnić również koszty ubezpieczenia: a) od ognia, huraganu, powodzi i innych zdarzeń losowych dotyczące robót, obiektów, budowli, urządzeń i mienia ruchomego znajdującego się na terenie budowy, b) odpowiedzialności cywilnej za szkody oraz następstwa nieszczęśliwych wypadków - dotyczące pracowników i osób trzecich, powstałe w związku z prowadzonymi robotami, w tym także pojazdów mechanicznych.

Izba zważyła:

W ocenie Izby zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu błędów w obliczeniu ceny jest niezasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Błąd w obliczeniu ceny to inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych wynikających np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego (tak też KIO w wyroku z dnia 7 czerwca 2016 r., KIO 856/16). Za błąd w obliczeniu ceny można również uznać niewłaściwe zastosowanie się do wytycznych Zamawiającego zawartych w SIWZ jak również w bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa.

I. Izba nie dopatrzyła się podstaw do uznania, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, ponieważ po pierwsze wobec braku wymogu podania cen składowych, nie można było ustalić, czy w obliczeniu ceny wystąpił błąd. Po drugie natomiast Izba uznała, iż wypełnienie tabeli w sposób dokonany przez Przystępującego spełniało w pełni wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Zamawiający bowiem w żadnym miejscu specyfikacji nie wskazywał, iż zsumowanie kwot zawartych w tabeli w formularzu oferty zarówno w części I i II zamówienia ma stanowić 100% ceny ofertowej wskazanej przez wykonawcę w punkcie I.1 Oferty.

Również Zamawiający wskazywał, iż procenty w kolumnie trzeciej tabeli i kwoty w kolumnie czwartej tabeli nie podlegały sumowaniu brak bowiem takiej pozycji w tabeli, procentowa wartość przy sformułowaniu do 5% i ok. 95% nie musiały stanowić 100%. Celem zastosowania wydzielenia przez Zamawiającego kosztów projektu budowlanego i robót budowlanych było ograniczenie ceny dokumentacji projektowej do kwot rzeczywistych w stosunku do robót budowlanych. Jak wyjaśniał Zamawiający nie żądał on, aby suma tych dwóch pozycji stanowiła całkowitą cenę ofertową. Zgodnie z ustalonymi przez Zamawiającego wymogami, Przystępujący określił cenę ryczałtową, także zgodnie z jego wymaganiami podzielił cenę procentowo na cenę za wykonanie projektu i wykonanie robót budowlanych, a podział ten nie przekraczał wartości procentowych określonych przez Zamawiającego, w związku z czym nie można uznać, iż Przystępujący popełnił błąd w tym zakresie. O błędzie w obliczeniu ceny można mówić bowiem w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji, a wykonawca przyjął mylne założenia, jak np. skalkulował cenę oferty na podstawie innego stanu faktycznego niż wynikał on z SIWZ. Taka sytuacja nie miała

jednak miejsca w rozpoznawanym przypadku.

W konsekwencji Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6

ustawy Pzp zaniechując jego zastosowania w rozpoznawanej sprawie.

II. Izba za zasadny natomiast uznała zarzut nr 2 odwołania w części dotyczącej naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ww. ustawy, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie zaś do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2017 r. poz. 847);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W związku z powyższym przewidziana w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp sankcja odrzucenia oferty jest bezpośrednio związana z procedurą wezwania, unormowaną w art. 90 ust. 1 tej ustawy. Ponadto wskazać należy, że z uwagi na treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ww. ustawy, który stanowi, iż "zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia." - w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących ceny oferty (vide wyrok z 31 maja 2017 r. sygn. akt KIO 1001/17), tym niemniej ocena ta zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta zawiera cenę rażąco niską (por. wyrok z 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 466/17).

Odnosząc powyższe rozważania do stanu faktycznego niniejszej sprawy wskazać należy, iż Zamawiający pismem z dnia 9 lipca 2018 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w powyższym wezwaniu

zacytował - na co należy zwrócić uwagę - jedynie przepis art. 90 ust. 1 oraz art. 90 ust. 2

ustawy Pzp i pouczył Przystępującego o treści art. 90 ust. 3 ustawy.

Przystępujący odpowiadając na powyższe wezwanie, w piśmie z dnia 11 lipca 2018 r. złożył następujące wyjaśnienia:

„W odpowiedzi na pismo z dnia 09-07-2018r. dotyczącym wezwania do złożenia wyjaśnień do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ZP.271.40.2018 wyjaśniamy, że na koszty mające wpływ na wyliczenie ceny wpłynęły takie czynniki jak:

1. WŁASNY PRODUKT:

a) ITEO TECHNOLOGY Sp. z o.o. jako projektant własnych źródeł światła LED tworzy dokumentację techniczną na podstawie, której wykonane są oprawy LED przy jednoczesnej kontroli łańcucha dostaw komponentów, podzespołów, części, elementów obudów itp., które mają wpływ na utrzymanie wysokiej jakości produkowanych opraw oraz na obniżenie kosztów produkcji.

Oprawy LED proponowane przez ITEO TECHNOLOGY posiadają certyfikaty CE, oraz raporty z badań fotobiologicznych. Certyfikaty i raporty pozwalają na zastosowanie naszych opraw LED w budynkach użyteczności publicznej w szczególności budynkach

szkolno-przedszkolnych.

Ceny zawarte w ofercie a obejmujące materiały w postaci opraw LED są cenami producenta, nie zawierają zatem marży pośrednika, w tej sytuacji są one o wiele tańsze niż zaoferowane przez innych podwykonawców nie będących producentami.

Stanowisko to jest zgodne z poglądem KIO z dnia 11 sierpnia 2017r. (sygn. akt: KIO 1523/17) „Zgodnym z doświadczeniem życiowym było przyjęcie [...], że wraz ze wzrostem wolumenu zamówienia możliwe jest uzyskanie niższej ceny, w szczególności bezpośrednio u producenta.”

2. WIEDZA I DOŚWIADCZENIE:

b) ITEO TECHNOLOGY Sp. z o.o. posiada doświadczenie w realizacji projektów o podobnym zakresie co potwierdziła stosowanymi referencjami dołączonymi do oferty złożonej w postępowaniu przetargowym.

c) ITEO TECHNOLOGY Sp. z o.o. posiada własne zasoby osobowe do wykonywania projektów w branży elektrycznej i oświetleniowej realizując zadania m.in. dla Urzędu Miasta w Tarnowskich Górach /na dowód referencje/

W KAŻDYM Z ZAMÓWIEŃ CO DO KTÓRYCH ZAŁĄCZAM REFERENCJE ZAOFEROWANY POZIOM CEN ZOSTAŁ PRZYGOTOWANY W NA TYM SAMYM POZIOMIE CO W NINIEJSZYM POSTĘPOWANIU.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 18 stycznia 2016r. „przepisy nie określają nawet przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Każdy więc dowód adekwatny do konkretnej sytuacji może być przedstawiony przez wykonawcę zamawiającemu.” Pogląd ten wskazuje, że wystawione referencje mogą stanowić podstawę do potwierdzenia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 11 sierpnia 2017 r. „nadrzędnym celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wybór najkorzystniejszej oferty i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie. Za wyrokiem SO w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 sygn. akt X/Ga 23/07 powtórzyć należy, iż Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest i nie może być celem samym w sobie”. Biorąc pod uwagę powyższe można stwierdzić, że ITEO TECHNOLOGY Sp. z o.o. jest w stanie należycie wykonać zamówienie.

d) ITEO TECHNOLOGY Sp. z o.o. od 2012r. na stałe współpracuje ze sprawdzonymi grupami montażowymi i elektrycznymi przy realizacji tego typu przedsięwzięć. Poprzez dobrą organizacją pracy obniżamy koszty usług.

e) przy wyliczeniu ceny dla Szkoły Podstawowej nr 1 oraz Szkoły podstawowej nr 10 założyliśmy natężenie oświetlenia pomieszczeń zgodnie z normą PN-EN 12464-1:2004 oraz wytycznymi Zamawiającego zawartymi w odpowiedziach na pytania Wykonawców z dnia 26-

06-2018r. Na podstawie przeprowadzonej inwentaryzacji oraz uzyskanych odpowiedzi

przeprowadziliśmy analizę, która pozwoliła nam na zmniejszenie ilości opraw LED w wielu pomieszczeniach w/w Szkół. W wyniku tego zaproponowaliśmy w Naszej ofercie adekwatną cenę do przedmiotowego zadania.

f) na podstawie między innymi naszego doświadczenia w zakresie modernizacji oświetlenia na oświetlenie LED oraz w wyniku prowadzonych przez nas badań i doświadczeń w zakresie projektowania źródeł światła LED zaoferowaliśmy Państwu wcześniej przez nas sprawdzone oprawy LED, których moc jest o 20% mniejsza niż wymienione w Waszych audytach oprawy LED. Pozwala to na dodatkowe zaoszczędzenie energii elektrycznej podczas ich eksploatacji oraz na znaczne obniżenie cen opraw.

PONADTO TE SAME OPRAWY BĘDĄ RÓWNIEŻ MONTOWANE W INNYM OBIEKCIE ZNAJDUJĄCYM SIĘ NA TERENIE MIASTA SŁUPSK (ZAMÓWIENIE ZP.271.1.24.2018)

np. poprzez wykonanie obliczeń w pomieszczeniach Szkoły Podstawowej nr 10 zmniejszyliśmy ilość nowych opraw o 11,6%.”

Przystępujący do powyższych wyjaśnień złożył kalkulacje cenowe dla poszczególnych części zamówienia, referencje wystawione przez Urząd Miejski w Namysłowie, Gminę Tarnowskie Góry oraz deklaracje zgodności opraw oświetleniowych LED.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba stwierdziła, iż wezwanie Zamawiającego z dnia 9 lipca 2018r. zostało sformułowane w sposób ogólny. Zamawiający nie sformułował w wezwaniu żadnych wątpliwości co do kalkulacji ceny oferty Przystępującego złożonej zarówno w części I jak i II zamówienia w jakimkolwiek zakresie, które Przystępujący zobligowany byłby wyjaśnić. W związku z powyższym Izba uznała, iż Wykonawca ten w odpowiedzi na tak ogólne wezwanie mógł przyjąć za wystarczające wyjaśnienia w takiej formie i w taki sposób, który jego zdaniem był wystarczający dla wykazania realności zaoferowanych cen. Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10, w którym Sąd orzekł, że: "pytanie do wykonawcy powinno wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. (...) Aby wątpliwości te rozwiązać wykonawca musi wiedzieć, które to elementy wzbudziły zastrzeżenia i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. (...) Zamawiający nie może obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty, skoro nie sprecyzował stopnia szczegółowości wyjaśnień, jakich oczekuje." Twierdzenia te znajdują aprobatę również w orzecznictwie Izby np. wyrok KIO z 7

kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 572/14, z 28 lipca 2014 r.; sygn. akt KIO 1399/14, z 24 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1395/17 czy z 23 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 289/17, w których Izba

wskazała, że: "Skład orzekający nie podziela bowiem zapatrywania, jakoby wezwanie do złożenia wyjaśnień ograniczające się wyłącznie do przytoczenia przepisu art. 90 ust. 1 p.z.p. rodziło po stronie wykonawcy obowiązek wyjaśnienia bliżej nieokreślonych aspektów, które wywarły wpływ na skalkulowanie ceny jego oferty. Innymi słowy wezwany wykonawca, ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzućenie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacji) nie może się domyślać podstaw skierowanego do niego wezwania. Przeciwnie - jego treść powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i - ewentualnie dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Jeżeli za wezwanie do złożenia wyjaśnień ma charakter ogólnikowy, ograniczający się, przykładowo, wyłącznie do przytoczenia treści przepisu art. 90 ust. 1 p.z.p., to zamawiający musi liczyć się z możliwością otrzymania równie ogólnikowych wyjaśnień." Izba powyższe stanowisko w pełni popiera i przyjmuje jako własne.

Izba analizując wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w dniu 11 lipca 2018 r. uznała, iż są one bardzo ogólne. Przystępujący wyjaśnił, iż jest projektantem własnych źródeł światła, co umożliwia mu obniżenie kosztów produkcji, jednakże w żaden sposób nie wykazał jakiej wielkości obniżenie kosztów może uzyskać i jak powyższe przekłada się na cenę jego ofert. W tym zakresie zauważyć należy jeszcze na nieścisłości powstałe przy ocenie powyższej kwestii przez Zamawiającego. A mianowicie z odpowiedzi na odwołanie wynika, iż Zamawiający błędnie przyjął, co zostało potwierdzone również na rozprawie przed Izbą, iż Przystępujący: „jest producentem opraw (...) w związku z tym niższa cena jest uzasadniona”. Izba uznała, iż powyższa kwestia powinna zostać wyjaśniona przez Zamawiającego w sposób dokładny, albowiem powyższe może mieć istotny wpływ na prawidłowość cen skalkulowanych przez Przystępującego w ofercie w części I i II zamówienia.

Kolejno wskazać należy, iż Przystępujący w punkcie 2d) udzielonych wyjaśnień wskazywał, iż stale współpracuje ze sprawdzonymi grupami montażowymi i elektrycznymi, jednakże nie wyjaśnił w jaki sposób powyższe miało wpływ na kalkulację ceny i jakie oszczędności pozwala Przystępującemu uzyskać. Kwestia ta została przez niego wyjaśniona dopiero w piśmie z dnia 2 sierpnia 2018 r. skierowanym do Izby. Ponadto, na rozprawie Przystępujący przedłożył dowód nr 3, tj. ofertę podwykonawcy na montaż lamp. Również powyższe winno być wyjaśnione w odpowiedzi na dodatkowe wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z udzielonych Zamawiającemu wyjaśnień z dnia 11 lipca 2018 r. nie wynika ponadto, czy Przystępujący w ofercie skalkulował zysk, a jeśli tak to w jakiej wysokości. Kwestia ta również została wyjaśniona przez Przystępującego dopiero w piśmie z dnia 2 sierpnia 2018 r. skierowanym do KIO. I co istotne udzielone wyjaśnienia są sprzeczne z treścią oferty złożonej w części II zamówienia, bowiem w punkcie 1 tabeli wskazał cenę brutto za projekt wykonawczy w kwocie 5.000 zł, natomiast w udzielonych wyjaśnieniach odnośnie rażąco niskiej ceny wskazywał, iż cena za projekt to 4.350 zł. Powyższe kwestia również była wyjaśniana przez Przystępującego na rozprawie i na powyższą okoliczność Przystępujący przedłożył dowody, mające potwierdzać iż prawidłową ceną za projekt w części II zamówienia jest cena wskazana w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny.

W tym miejscu wskazać należy, iż Izba nie jest ona organem prowadzącym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ani tym bardziej organem zastępującym podmiot zamawiający w procesie udzielania zamówienia publicznego. Izba jest organem uprawnionym jedynie do oceny prawidłowości prowadzonej przez podmiot zamawiający

procedury. Izba również, wbrew powszechnemu wrażeniu, nie dokonuje oceny materialnej treści oferty, czy też badania czy zawiera ona rażąco niską cenę. W ramach kognicji Izby mieści się bowiem ocena czynności podmiotu Zamawiającego w kontekście przywołanych w ramach rozpoznawanego środka ochrony prawnej okoliczności faktycznych i adekwatnych do zaskarżonej czynności przepisów (stanowiących wzorce kontroli dla czynności podejmowanych w toku procedury). Swego rodzaju "kontrola" czynności podjętych przez podmiot zamawiający następują tylko i wyłącznie w granicach zakreślonych zarzutami środka odwoławczego i składanymi na ich potwierdzenie dowodami.

Mając na uwadze powyższe Izba w niniejszym składzie podziela w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2017 r. w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 288/17, gdzie zostało wskazane, że: „Oceniając informacje składane przez wykonawców w ramach wyjaśnienia poprawności skalkulowania ceny ofertowej Izba wielokrotnie w orzeczeniach wskazywała na pewną regułę zachowań wykonawców, polegającą na tym, iż wezwani wykonawcy nie przywiązują większej wagi do tego czy udzielane Zamawiającemu wyjaśnienia są pełne i zamykają w pewien logiczny ciąg sposób i realność skalkulowanej ceny. Niestety częstym zjawiskiem jest przysyłanie zamawiającemu wyjaśnienia po to, aby wypełnić obowiązek wynikający z wezwania. Natomiast dopiero kiedy Zamawiający nie uzna przesłanych wyjaśnień za wystarczające dla obalenia wystąpienia przesłanki rażąco niskiej ceny i ofertę odrzuci, to wtedy wykonawcy kompletują różnego rodzaju dowody, które przesyłają wraz z odwołaniem do KIO mające wskazywać na rynkowość ceny ofertowej. Jest to działanie błędne, gdyż przesłane po upływie terminu wskazanego w wezwaniu wyjaśnienia, nie mogą mieć ono żadnego znaczenia dowodowego. Otóż podstawą oceny zasadności zarzutu odrzucenia oferty z powodu niewykazania, że cena oferty jest prawidłowa są tylko i wyłącznie wyjaśnienia wykonawców przesłane Zamawiającemu na termin wskazany w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w oparciu o te wyjaśnienia dokonuje oceny ceny ofertowej, a Izba bada prawidłowość tej czynności Zamawiającego w świetle uzyskanych wyjaśnień. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt IV Ca 1299/09 stwierdzić należy, że składanie przez skarżącego dopiero na rozprawie, dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie przed KIO nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, nie może być wzięte pod uwagę ani przez KIO ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego przed KIO. Za wyrokami KIO o sygn. KIO 2604/10 i KIO 1515/11; należy stwierdzić, że rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izba Odwoławcza stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny.”

W konsekwencji Izba uznała, iż zarzut 2 odwołania potwierdził się w części dotyczącej naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 3 ustawy. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i wskazanych podstaw prawnych, na chwilę wyrokowanie nie ma podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący nie złożył wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, ani że wyjaśnienia te są lakoniczne i gołosłowne, tak aby przyjąć, że nie zostały złożone. Również informacje podane w wyjaśnieniach nie potwierdzają w sposób jednoznaczny, że oferta Przystępującego zawiera cenę rażąco niską. W ocenie Izby Zamawiający natomiast nie dokonał oceny wyjaśnień w sposób pozwalający na ustalenie, że oferta została skalkulowana w sposób rzetelny. Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w ocenie Izby powinny były wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co do kwestii wymienionych szczegółowo we wcześniejszej części uzasadnienia. Tym samym zaniechanie oceny wyjaśnień Przystępującego, powoduje, że Zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, który nakłada na niego obowiązek oceny wyjaśnień. Izba stwierdziła, że na dzień wyrokowania nie można ustalić, że oferta Przystępującego stanowi ofertę z ceną rażąco niską. Zamawiający w sposób ogólny wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień i na datę ich składania w ocenie Izby Przystępujący złożył wyjaśnienia wskazujące, że skalkulował koszty uwzględniając wszystkie okoliczności, jednakże z wyjaśnień tych wynikają pewne nieścisłości, są niepełne i brak jest ich udowodnienia. Orzecznictwo i doktryna dopuszcza możliwość zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia nie potwierdzające, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską o dalsze wyjaśnienia kosztów, czy założeń przyjętych do kalkulacji, które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego. W ocenie Izby dążenie do wyjaśnienia wątpliwych informacji w wyjaśnieniach przystępującego służy interesowi Zamawiającego, który żądając dalszych wyjaśnień uzyskuje lepszą możliwość weryfikacji założonych kosztów i zapewnia sobie ocenę realności wykonania zamówienia zgodnie z jego przedmiotem, ale także zapobiega eliminacji z postępowania wykonawcy korzystniejszego pod względem ekonomicznym. Izba podkreśla, że możliwość wezwania do dodatkowych wyjaśnień zachodzi wyłącznie w sytuacji, gdy:

1. sam Zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości, co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty, a wezwanie było

odzwierciedleniem przepisów ustawy,

2. wykonawca złożył wyjaśnienia, poparł je dowodami i z tych wyjaśnień wprost jednoznacznie nie wynika, że wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, a niektóre elementy wyjaśnień, co do kosztów, czy założeń kalkulacyjnych nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę i budzą wątpliwości Zamawiającego.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie zaszły oba warunki wskazane wyżej, a zatem dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień nie była prawidłowa, o ile Zamawiający jej w ogóle nie zaniechał, co narusza normę art. 90 ust. 3 ustawy. Izba natomiast nie dopatrzyła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy, gdyż na podstawie złożonych wyjaśnień nie wynika w sposób jednoznaczny, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. Nie można zatem zastosować art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, gdyż jej dyspozycja wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta zawiera cenę rażąco niską. W tej sytuacji Zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia oferty Przystępującego.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Częściowe potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Jest to wynikiem faktu, iż Zamawiający będzie zmuszony ponowić czynność wezwania i oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przed dokonaniem ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień § 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 rozliczania (Dz.U. z 2018r. poz. 972).

Przewodniczący:.....