

WYROK
z dnia 13 maja 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę Helio Expert Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy M. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SOLISYS M. Ś. w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego Helio Expert Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie z dnia 23 marca 2021 r. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2 zasądza od zamawiającego Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego Helio Expert Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie

kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej pn. „Wybór wykonawców do umowy ramowej na opracowanie koncepcji, zaprojektowanie i wybudowanie instalacji fotowoltaicznych na dachach obiektów PGNiG S.A.” (nr ref. ZP/PGNG/20/0176/CS/XB). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 250-626236. Do ww. postępowania, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 2 kwietnia 2021 r. wykonawca Helio Expert Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w ww. postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i kontynuację czynności badania i oceny ofert.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący zwrócił uwagę na treść skierowanego do niego na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp wezwania, która miała charakter ogólny, nieprecyzyjny. Wskazał, iż w odpowiedzi na to wezwanie przedstawił wyjaśnienia, w ramach których wykazał jednoznacznie, że zaproponowana cena jest ceną rynkową i nie stanowi rażąco niskiej ceny w rozumieniu przepisów Pzp. Na potwierdzenie, że cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska Odwołujący wskazał w jaki sposób obliczył ceną ofertową dla 1 kW, biorąc pod uwagę m.in. moc instalacji, rodzaj modułów, rodzaj falownika oraz inne parametry techniczne wymagane przy realizacji tego typu instalacji. Odwołujący skalkulował przy tym w ofercie taką samą cenę dla 1 kW, dla wszystkich lokalizacji na terenie Polski, zgodnie z SIWZ (w treści odwołania przywołano fragmenty wyjaśnień). Podkreślił, że w treści wyjaśnień wskazano, iż kalkulacja ceny została dokonana, z uwzględnieniem wszystkich wymagań SIWZ i OPZ, czyli dla wszystkich lokalizacji w Polsce i wszystkich obiektów Zamawiającego. Zamawiający nie miał zastrzeżeń do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej

ceny, złożonych przez Odwołującego. W ocenie Odwołującego należy zatem uznać, że wyjaśnienia te dla Zamawiającego były wystarczające i potwierdzające, że cena wskazana w ofercie Odwołującego nie stanowi rażąco niskiej ceny w rozumieniu przepisów Pzp. Zamawiający nie wzywał bowiem Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, co jest dopuszczalne na gruncie przepisów Pzp, a w niektórych przypadkach nawet wymagane. Zdaniem Odwołującego brak wezwania Zamawiającego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, bądź sprecyzowania złożonych wyjaśnień, należy uznać za potwierdzenie; że dla Zamawiającego cena w Ofercie Odwołującego nie jest rażąco niska, a Odwołujący sprostał wymaganiom Zamawiającego, wskazanym w wezwaniu, uwzględniając ogólny charakter wezwania.

Dalej Odwołujący wskazał, że rażąco niska cena musi być oceniana obiektywnie i na podstawie cen rynkowych, stosowanych dla inwestycji o podobnym charakterze. Cena zaoferowana przez Odwołującego w ofercie obiektywnie nie stanowi rażąco niskiej ceny i jest ceną osiągalną powszechnie na rynku. Dowodem na rynkową cenę zaproponowaną w ofercie są umowy i FV, dotyczące zrealizowanych uprzednio przez Odwołującego inwestycji o podobnym charakterze. Do odwołania załączono dokumenty, które potwierdzają jednoznacznie, że możliwe jest zrealizowanie zamówienia o którym mowa w postępowaniu, po cenach zaoferowanych przez Odwołującego. Przy tym Odwołujący wskazał, iż z uwagi na to, że dokumenty, o których mowa powyżej zawierają informacje stanowiące dla Odwołującego tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący podjął środki w celu ich ochrony. Informacje zawarte w dokumentach mają charakter organizacyjny i techniczny, posiadają istotną wartość gospodarczą, a Odwołujący nie udostępnia tych informacji oraz podejmuje wzmożone środki w celu utrzymania ich poufności. Odwołujący wskazał, iż informacje przekazywane wraz z przedmiotowym odwołaniem mają charakter organizacyjny oraz częściowo techniczny i technologiczny. W konsekwencji dokumenty te nie mogą zostać ujawnione bez zgody Odwołującego, innym niż Zamawiający stronom postępowania. Odwołujący załączył dodatkowo dokumenty wskazujące na podjęcie środków w celu ochrony tych informacji (polityka prywatności, umowne klauzule poufności). Odwołujący omówił załączoną do odwołania fakturę VAT za realizację instalacji PV w 2021 r. i zwrócił uwagę na zawartą tam kwotę, wskazując, że realizacja ww. inwestycji miała miejsce w miejscowości Osieczna, 430 km od Warszawy. Powołał się także na inne inwestycje zrealizowane w miejscowości Kownaciska, 105 km od Warszawy oraz w miejscowości Łosice 146 km od Warszawy.

Odwołujący podkreślił, że zaoferowana przez niego cena w ofercie wynosi 2700,00 PLN netto za 1 kW. Oznacza to, że cena ofertowa jest wyższa niż ceny, które Odwołujący stosował przy innych kontraktach na podobne zamówienia (również tych oddalonych o

więcej niż 100 km od Warszawy). Załączone do odwołania dowody zdaniem Odwołującego w jednoznaczny sposób potwierdzają, że cena zaoferowana przez Odwołującego w ofercie nie stanowi ceny rażąco niskiej i jest osiągnięta przez Odwołującego na rynku z prywatnymi firmami. Co istotne do wyliczenia ceny ofertowej Odwołujący przyjął najwyższe ceny usług w Polsce oraz najwyższy koszt świadczenia pracy, które są osiągnięte w Warszawie i okolicach. Zwrócił uwagę, że z powszechnie dostępnych informacji cena robocizny w Polsce jest najwyższa w woj. Mazowieckim (na dowód powyższego załączył obwieszczenie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 19 listopada 2020 r. w sprawie wysokości przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto w gospodarce narodowej w województwach w 2019 r.). Zamawiający natomiast, na podstawie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny, bezpodstawnie uznał, że oferta Odwołującego jest sprzeczna z SIWZ i na tej podstawie odrzucił ofertę. Założenie takie Zamawiający oparł na stwierdzeniu, zawartym w wyjaśnieniach Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny, zgodnie z którym, do wyliczenia ceny ofertowej Odwołujący przyjął, że „Instalacja zostanie wykonana na dachu budynku w miejscowości Warszawa lub w obrębie do 100km”. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że „W związku z powyższym oświadczeniem wykonawcy, Zamawiający podnosi, iż jest ono niezgodne z zapisami opisu przedmiotu zamówienia, w którym to jasno i dokładnie wskazana została lokalizacja planowanej inwestycji instalacji Fotowoltaicznej tj. na terenie całej Polski. Tym samym nie spełnia to wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącego Załącznik do SIWZ, co zagrożone jest sankcją w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.”

Odwołujący podniósł, że art. 90 ust. 1 Pzp ma na celu umożliwienie zamawiającemu usunięcie wątpliwości dotyczących wyłącznie potencjalnie rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez wykonawcę w ofercie. Przepis ten nie służy przy tym innym celom, w szczególności wyjaśnieniu wątpliwości dotyczących treści oferty. Właściwym przepisem, który stanowi podstawę do wyjaśnienia treści oferty jest bowiem art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający, kierując wezwanie do Odwołującego nie przywołał ww. przepisu i nie zwrócił się na tej podstawie do wyjaśnienia treści oferty. Zamawiający w wezwaniu skierowanym do Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1a nie był uprawniony do badania zgodności oferty z treścią SIWZ, wystosowane przez Zamawiającego wezwanie dotyczyło bowiem rażąco niskiej ceny. Tym bardziej, na podstawie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W odniesieniu do decyzji o odrzuceniu przez Zamawiającego oferty Odwołującego, z uwagi na niezgodność z SIWZ na podstawie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, Odwołujący podkreślił, że treść wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie wpływa na zakres

zobowiązania Odwołującego, określonego w treści oferty. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie wpłynęły na zmianę treści pierwotnie złożonej przez Odwołującego oferty. Odwołujący prawidłowo wypełnił formularz ofertowy, wskazując cenę dla wszystkich obiektów, położonych na obszarze Polski, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący w żadnym miejscu oferty nie zawęził jej zakresu i nie wskazał, że dotyczy wyłącznie niektórych lokalizacji np. Warszawy. Odwołujący w piśmie dot. rażąco niskiej ceny wskazał jedynie, jakie parametry przyjął wyliczając cenę ofertową. Z uwagi na przedmiot zamówienia, który dotyczył budowy instalacji fotowoltaicznych na obszarze całej Polski oraz brak precyzyjnego pytania Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Odwołujący dla wyjaśnień musiał przyjąć instalację „referencyjną”. Taką instalacją dla Odwołującego była przykładowa instalacja, która byłaby realizowana w Warszawie lub okolicy Warszawy. Jest to podejście jak najbardziej racjonalne, gdyż powszechnie znaną jest okoliczność, że ceny za świadczenie usług w Warszawie, w znacznym stopniu przewyższają ceny stosowane w innych rejonach Polski. W tym kontekście należy wskazać, że na cenę ofertową w znacznym stopniu ma wpływ koszt montażu instalacji fotowoltaicznych. Należy zatem przyjąć, że Odwołujący w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny uwzględnił najwyższy koszt usług w Polsce (rynek warszawski), a przy realizacji zamówienia w innych miejscach w Polsce ten koszt będzie mniejszy, co jeszcze bardziej uwiarygadnia wyjaśnienia Odwołującego i potwierdza, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący zauważył także, że Zamawiający nie wymagał, aby cena w ofercie była rozbita na poszczególne obiekty rozłożone w różnych miejscach Polski. Wręcz przeciwnie, Zamawiający wymagał aby wykonawcy podali jedną cenę, która będzie miała zastosowanie do wszystkich obiektów Zamawiającego, położonych w różnych częściach Polski. Na Odwołującym spoczywał zatem obowiązek takiego skalkulowania ceny, która będzie odpowiednia dla wszystkich lokalizacji. Odwołujący jako odpowiednią cenę przyjął najwyższe ceny, jakie będą miały zastosowanie w obiektach położonych w Warszawie. Nie sposób zatem powiedzieć, że cena ta jest rażąco niska biorąc pod uwagę, że w innych miejscach w Polsce cena ta będzie odpowiednio niższa, biorąc pod uwagę niższe koszty montażu instalacji. Odwołujący w oparciu o orzecznictwo wskazał także, że za ofertę uważa się formularz ofertowy (oświadczenie woli) i dokumenty składane z formularzem. Na ofertę nie składają się oświadczenia wykonawcy. W wyjaśnieniach, dotyczących rażąco niskiej ceny Odwołujący nie zmienił swojego oświadczenia woli dotyczącego ceny ofertowej, które w jednoznaczny i niebudzący wątpliwości sposób dotyczy całego przedmiotu zamówienia, tj. wszystkich obiektów Zamawiającego, położonych na obszarze całej Polski. W ww. wyjaśnieniach Odwołujący wskazał natomiast jak „doszedł” do tej ceny. Nie sposób zatem

uznać, że oferta jest sprzeczna z SIWZ, co błędnie założył Zamawiający i na tej podstawie błędnie odrzucił ofertę Odwołującego.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 13 maja 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wniósł także o niedopuszczenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania (załączniki nr 9 -13) jako powołanych dla zwłoki i pozostających bez związku ze sprawą.

Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający podniósł, iż czynność polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 2 Pzp była uzasadniona oraz poprzedzona została analizą zaistniałego stanu faktycznego, co za tym idzie jest zgodna z przepisami ustawy Pzp. Podkreślił, że argumentacja Odwołującego odnosi się do braku podstaw do przyjęcia rażąco niskiej ceny, choć nie to było podstawą odrzucenia oferty przez Zamawiającego. Z tego względu, przedstawione przez Odwołującego dowody na okoliczność niewystępowania rażąco niskiej ceny w świetle podstawy odrzucenia oferty - jej niezgodności z treścią SIWZ - są nieuzasadnione, pozostają bez związku z przedmiotem rozpatrywanego zarzutu. Zamawiający wskazał także, że jest uprawniony do równoległego prowadzenia badania ofert zarówno pod kątem występowania rażąco niskiej ceny jak również innych podstaw odrzucenia oferty. Dodał, że informacje o niezgodności oferty z treścią SIWZ Zamawiający pozyskać może dowolną dozwoloną drogą, w tym również z treści wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku prowadzonego postępowania, przy czym wezwanie do złożenia wyjaśnień nie musi zostać skierowane w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp. Uprzednie skorzystanie przez Zamawiającego z art. 87 ust 1 ustawy Pzp nie jest warunkiem koniecznym odrzucenia oferty z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, o ile Zamawiający w toku prowadzonego postępowania wszedł w posiadanie informacji o niezgodności oferty wykonawcy z treścią SIWZ. O powyższym świadczy również fakt, iż przepisy ustawy obligują zamawiających do oceny oferty pod kątem jej zgodności z SIWZ, przy czym żądanie dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi, roboty budowlane spełniają wymagania Zamawiającego określone w treści SIWZ, jak również prowadzenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp ustawodawca pozostawił do decyzji zamawiającego. Tym samym nadmiernym byłoby wzywanie do wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp, jeżeli skutek przeprowadzenia innych czynności w postępowaniu Zamawiający powziął informacje, które dowodzą niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym przypadku. Zamawiający wskazał na wynikający z treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego fragment o treści „Instalacja zostanie wykonana na dachu budynku w miejscowości Warszawa lub obrębie do 100 km” podnosząc, że takie założenie jest sprzeczne z SIWZ – powołano się na pkt 14.2 i 14.7 SIWZ, pkt 1 i 2 Formularza ofertowego

oraz § 4 ust. 2 projektu umowy ramowej. W ocenie Zamawiającego ww. postanowienia SIWZ stanowią jednoznaczną informację dla wykonawców o sposobie w jaki skalkulować należy cenę oferty. Odwołujący kalkuluje i składając ofertę winien był przyjąć do wyceny maksymalną wysokość kosztów (co wprost wynika z Formularza ofertowego stanowiącego załącznik do SIWZ), jakie poniesie w związku z realizacją zleceń jednostkowych (umów wykonawczych do umowy ramowej), w tym również w kategorii dojazdu od swojej siedziby do miejsca realizacji usługi, albowiem obszarem realizacji zleceń będzie całe terytorium kraju. Zamawiający zwrócił także uwagę, że w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że wycena instalacji zależy m.in. od jej lokalizacji. Zdaniem Zamawiającego koszt lokalizacji instalacji w obrębie do 100 km od Warszawy będzie znacząco niższy od kosztów lokalizacji takiej samej instalacji ale w odległości np. 400 km od Warszawy, dlatego marginalizowanie w odwołaniu przyjętych przez Odwołującego założeń do wyceny oferty stanowi zaprzeczenie dotychczasowego stanowiska Odwołującego o wpływie lokalizacji na cenę oferty, a jednocześnie jego oświadczenie o przyjętych parametrach stanowi sprzeczność z postanowieniami SIWZ. Skoro bowiem przedmiotem zamówienia jest realizacja zleceń na instalacje zlokalizowane w różnych miejscach na terytorium kraju, całkowicie nieuprawnione było przyjęcie przez Odwołującego zakresu terytorialnego tylko do 100 km od Warszawy. Założenia będące podstawą ustalenia ceny oferty - sprzeczne z warunkami ustalonymi w SIWZ powodują, że taka oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zamawiający podniósł, iż tylko cena oferty skalkulowana w oparciu o maksymalną wysokość kosztów, jakie poniesie wykonawca w związku z realizacją zleceń jednostkowych dawałaby Zamawiającemu gwarancje, że Odwołujący, w toku postępowań tzw. wykonawczych, kończących się udzieleniem zlecenia, ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego składał będzie oferty zgodne z wymaganiami Zamawiającego, a cena za 1 kWp w nich zawarta nie będzie przekraczała ceny oferty złożonej w niniejszym postępowaniu o zawarcie umowy ramowej. Podkreślił, że wynagrodzenie ustalone za wykonanie instalacji jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Jeżeli cena, jaka została zastosowana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ceną ryczałtową, to wykonawca zobowiązany jest do sporządzenia kalkulacji ceny w sposób adekwatny do zakresu przedmiotu zamówienia. Wykonawca kalkuluje cenę oferty powinien uwzględnić różne czynniki mające wpływ na sposób tej kalkulacji, a więc w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący powinien uwzględnić lokalizację instalacji możliwie najodleglejszą dla ustalenia maksymalnych kosztów jej wykonania (skoro sam twierdzi, że lokalizacja instalacji wpływa na wysokość ceny). Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika, że uwzględnia ono wszystkie koszty związane z wykonaniem prac określonych dokumentacją przetargową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru prac, co potwierdzają postanowienia SIWZ, w

tym projektu umowy ramowej wskazane przez Zamawiającego. W takiej sytuacji „ryczałt” należy się w umówionej wysokości i uprawniony do jego otrzymania - Odwołujący nie będzie mógł domagać się zwiększenia wynagrodzenia w toku realizacji zlecenia.

Zamawiający wskazał, iż obowiązkiem Odwołującego było przygotowanie rzetelnej i realnej oferty opartej o wszystkie składniki cenotwórcze niezbędne go realizacji zleceń. Zaoferowanie natomiast przez Odwołującego ceny za 1 kWp obejmującej możliwość dojazdu i montażu instalacji fotowoltaicznej w odległości nie większej niż 100 km liczonych od Warszawy należy uznać za czynność niedopuszczalną, a co za tym idzie nieodpowiadającą treści SIWZ, bowiem, przytoczone powyżej wymagania Zamawiającego w tym zakresie określone zostały w sposób jednoznaczny, precyzyjny i nie zezwalają na zawężenie terytorialnego zasięgu realizacji zamówienia lub oparcie wyceny oferty o odległość korzystną z punktu widzenia kosztów dla Odwołującego, przy jednoczesnym pominięciu potrzeb Zamawiającego w tym zakresie. W ocenie Zamawiającego powyższe przesądza o niedochowaniu przez Odwołującego należytej staranności przy przygotowaniu i złożeniu oferty, w efekcie czego nie spełnia ona postawionych w treści SIWZ wymagań. Zamawiający dodał także, że jeżeli Odwołujący miał wątpliwości dotyczące zapisów SIWZ, w szczególności w zakresie przyjętego sposobu obliczenia ceny, winien był w trybie art. 38 ust 1 ustawy Pzp wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ lub złożyć odwołanie, jednak Odwołujący nie skorzystał z przysługujących mu uprawnień w tym zakresie - co także prowadzi do wniosku, iż nie zachował należytej staranności wymaganej od profesjonalisty, który na co dzień zajmuje się realizacją inwestycji odpowiadających przedmiotowi zamówienia w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Tym samym Odwołujący nie powinien przerzucać na Zamawiającego negatywnych konsekwencji swoich zaniechań i oczekiwać, że Zamawiający przyjmie ofertę, która nie odpowiada treści SIWZ, a także uzasadnionym potrzebom Zamawiającego. W związku z powyższym w toku postępowania o udzielenie zamówienia materializacji uległa przesłanka odrzucenia oferty z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp w konsekwencji czego Zamawiający nie miał innego wyjścia i zobligowany był do odrzucenia oferty Odwołującego.

W dalszej kolejności Zamawiający odniósł się do argumentacji poczynionej przez Odwołującego dotyczącej procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W ocenie Zamawiającego całość argumentacji podniesionej w odwołaniu ma na celu konwalidację wadliwie przeprowadzonej przez Odwołującego czynności wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i jako taka jest spóźniona, albowiem postępowanie odwoławcze prowadzone przed Izbą nie służy naprawieniu błędów poczynionych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Wszelka argumentacja podniesiona w tym zakresie przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Z uwagi na powyższe Zamawiający wniósł o

niedopuszczenie złożonych przez Odwołującego w załączeniu do odwołania dowodów. Z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia tego wniosku, Zamawiający podniósł, że treść wskazanych dowodów, w szczególności fakt, iż Odwołujący realizuje bądź realizował inne zamówienia w odległości większej niż 100 km od Warszawy w żaden sposób nie dowodzi, iż cena oferty złożonej w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu skalkulowana została w sposób zgodny z wymaganiami określonymi w SIWZ. Złożone dowody nie zawierają kluczowych z punktu widzenia Zamawiającego informacji m.in. o przyjętych przez Odwołującego kosztach dojazdu do miejsca wykonania zamówienia. Ponadto przedmiotowe umowy zawarte zostały z podmiotami, które nie są zobligowane do udzielania zamówień w rygorze prawa zamówień publicznych, co za tym idzie inny jest zarówno tryb ich zawierania jak i ewentualnego wprowadzania zmian w ich treści, aniżeli ma to miejsce w stosunku do umów ramowych i umów zawieranych w następstwie przeprowadzenia zamówienia publicznego. Zamawiający wyjaśnił, że zawierając umowę na wolnym rynku strony działając na podstawie swobody umów mają de facto dowolność ukształtowania łączącego ich węzła obligacyjnego oraz ewentualnych korekt jego treści. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zgoła inaczej, Zamawiający nie może zawrzeć umowy z podmiotem, który skalkulował ofertę w sposób niezgodny z treścią SIWZ, ponieważ po pierwsze naruszyłby zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu, co w konsekwencji mogłoby doprowadzić do konieczności powtórzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, a po drugie naraziłby się na ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Ponadto fakt, iż Odwołujący wykonuje inne zamówienia w odległości większej niż 100 km od Warszawy nie oznacza, że cena oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu obliczona została zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, innymi słowy nie można stawiać znaku równości między tymi okolicznościami.

Zamawiający nie przychylił się również do argumentacji dotyczącej braku dochowania należytej staranności przy sporządzaniu wezwania do złożenia wyjaśnień. Zamawiający zauważył, że Zamawiający znając jedynie zryczałtowaną cenę za 1 kWp nie mógł wyczerpująco określić wszelkich kategorii kosztów, jakie powinien uwzględnić w swej ofercie Odwołujący, ponieważ na tym etapie jeszcze nie dysponował wystarczającym zasobem informacji w tym zakresie. Pomimo tego Zamawiający w treści wezwania precyzyjnie określił swoje wątpliwości, wskazał Odwołującemu że „cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert”. Dodatkowo Zamawiający poprosił również o wyjaśnienie „czy w ofertach uwzględniono koszty wykonania analizy wytrzymałościowej dachu (więźby dachowej) oraz badań z wykorzystaniem kamer termowizyjnych wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia.” Zamawiający w treści pisma pouczył także Odwołującego, że złożone wyjaśnienia „winny mieć charakter szczegółowy,

zawierać kalkulacje i obejmować wszystkie istotne cenotwórczo elementy oferty, w szczególności trendy panujące na rynku usług objętych przedmiotem zamówienia, zakres zamówienia objęty ceną oferty, kategorie kosztów jakie poniosą Państwo w związku z realizacją zamówienia, założoną marżę oraz przewidywany zysk. Treść wyjaśnień winna obejmować również okoliczności wskazane w art. 90 ust. 1 pkt 1 - 5 ustawy". Zamawiający przypomniał również Odwołującemu, że ciężar dowodu w zakresie obalenia domniemania rażąco niskiej ceny spoczywa na Odwołującym i jednocześnie uprzejmie poinformował, że niezłożenie wyjaśnień wiązało będzie się z odrzuceniem oferty Odwołującego. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył lakoniczne oświadczenie (a nie wyjaśnienia), w których stwierdził, że każdą instalację fotowoltaiczną wycenia się indywidualnie, a ponadto sporządził listę założeń do wyceny, którą poparł oświadczeniem o treści „Odnosząc się do Państwa pisma, pragniemy zauważyć, że wszystkie elementy (robocizna, materiały i sprzęt) zostały oszacowane według obowiązujących stawek rynkowych, a następnie powiększone o naszą marżę. Pragniemy zauważyć, że zastosowane przez nas założenia były wykonane w celu oszacowania ceny za 1 kWp instalacji, ale dopiero podanie konkretnej mocy instalacji, lokalizacji i parametrów obiektu, rodzaju i poszycia dachu, a także wybór materiałów i technologii wykonania instalacji będzie umożliwiało precyzyjne oszacowanie kosztów wykonania instalacji fotowoltaicznej. Zaproponowana przez naszą firmę cena wykonania instalacji fotowoltaicznej za 1 kWp, uwzględniając wszystkie wymagania postawione przez Państwa w OPZ i SIWZ, jest według naszej wiedzy i doświadczenia, jak najbardziej ceną rynkową." Do powyższego oświadczenia Odwołujący nie załączył kalkulacji cenowej, ani dowodów na poparcie twierdzeń zawartych w ich treści. W ocenie Zamawiającego treść odpowiedzi przesłanej przez Odwołującego nie jest wystarczająca do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zatem wykonawca nie sprostął ciężarowi dowodu w tym zakresie. Zamawiający nie miał podstaw, aby dalej wzywać Odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, bowiem wskutek niezastosowania się Odwołującego do treści wezwania, należy uznać, że Odwołujący de facto wyjaśnień Zamawiającemu nie udzielił. Zamawiający w tym zakresie powołał się na wyrok KIO z dnia 14 maja 2019 r., sygn. akt KIO 747/19 oraz z dnia 29 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2374/16.

Reasumując, Zamawiający wskazał, iż był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, ponieważ w wyniku niedochowania należytej staranności i przyjęcia przez Odwołującego błędnych założeń do wyceny złożył on ofertę wprost niezgodną z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Ponadto oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi fakt, iż Odwołujący de facto nie udzielił Zamawiającemu wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Tym samym nie sprostął oczekiwaniom ustawodawcy w

tym zakresie, z czym również wiąże się sankcja w postaci odrzucenia oferty. Zamawiający nie uzewnętrznił tegoż faktu, albowiem uznał, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp, co za tym idzie nie zachodzi konieczność wskazywania wszystkich podstaw prawnych do odrzucenia, bowiem skutek w każdym z tych przypadków jest tożsamy. Z powyższych względów, w ocenie Zamawiającego przedstawiona powyżej argumentacja przesądza, że Zamawiający nie naruszył żadnego z przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania. Tym samym żaden z podniesionych przez Odwołującego zarzutów nie potwierdził się, a co za tym idzie odwołanie winno zostać oddalone.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Wobec spełnienia przesłanek wynikających z art. 525 ustawy nPzp Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze jego Uczestnika wykonawcę M. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SOLISYS M. Ś. w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, z którym mogłaby zostać zawarta umowa ramowa w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę

Odwołującego, wezwanie i wyjaśnienia Odwołującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty, informację z dnia 23 marca 2021 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów załączonych do odwołania, tj. faktury VAT, dwóch umów dotyczących zakupu i montażu instalacji PV oraz obwieszczenia Prezesa GUS z dnia 19 listopada 2020 r. w sprawie wysokości przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto w gospodarce narodowej w województwach w 2019 r., na okoliczności wynikające z ich treści.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, iż przedmiotem umowy ramowej jest realizacja w ramach umowy pakietu zadań na podstawie umów wykonawczych do umowy - zleceń. Prace będą podzielone na dwa etapy: Etap I- koncepcja realizacji Instalacji, Etap II – zaprojektowanie, montaż i uruchomienie Instalacji. Zamawiający wskaże lokalizację (obiekt). W ramach I etapu wykonawca dokona analizy możliwości realizacji instalacji fotowoltaicznej z oszacowaniem jej mocy i rocznego poziomu produkcji energii elektrycznej co najmniej w dwóch wariantach oraz przedstawi analizę techniczną dachów. Natomiast w ramach II Etapu wykonawca zrealizuje zaproponowaną w I Etapie koncepcję i wykona dokumentację projektową, uzyska wszystkie odpowiednie pozwolenia, zezwolenia, decyzje i opinie, poczyni wymagane uzgodnienia oraz kompleksowo wykona pod klucz roboty budowlane i elektryczne w zakresie dostawy, montażu i budowy instalacji fotowoltaicznej wraz z przyłączeniem oraz pozostałą infrastrukturą elektroenergetyczną i teletechniczną a także przeprowadzi wszelkie wedle wymagań Zamawiającego, przepisami prawa właściwego lub wymaganiami Operatora Systemu Dystrybucji odbiory i próby warunkujące rozruch i przekazanie instalacji fotowoltaicznych do eksploatacji w ramach poszczególnych zadań, a także dokona zgłoszeń niezbędnych do prawidłowego wykonania zlecenia. Szczegółowy zakres i opis przedmiotu zamówienia, sposób i warunki jego wykonania oraz wymagania Zamawiającego przedstawiono w Załączniku nr 1 do SIWZ.

W pkt 14.1 SIWZ wskazano, iż zaoferowaną cenę całkowitą (brutto) należy przedstawić w Formularzu ofertowym zgodnym z wzorem stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ, która stanowi podstawę do porównania ofert złożonych w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej. Zgodnie z pkt 14.2 SIWZ cena określona w ofercie uwzględnia wszelkie koszty wynagrodzenia wykonawcy, jakie Zamawiający zapłaci z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. W pkt 14.7 SIWZ Zamawiający wskazał, iż w postępowaniach wykonawczych prowadzonych po zawarciu umów ramowych wykonawca będzie obowiązany do podania cen jednostkowych obejmujących koszty wykonania robót bezpośrednio wynikających z opisu przedmiotu zamówienia dla zamówienia wykonawczego. Ceny jednostkowe, które będzie

podawał wykonawca w postępowaniu wykonawczym nie mogą być wyższe niż określone w Umowie ramowej (kosztorysie) pod rygorem odrzucenia oferty wykonawczej.

W pkt 15.2 SIWZ wskazano, iż Zamawiający zawrze umowę ramową z wykonawcami, których oferty odpowiadać będą wymaganiom Zamawiającego, w liczbie nie większej niż 3 chyba, że oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło mniej wykonawców.

W pkt 1 Formularza ofertowego, który stanowił załącznik nr 2 do SIWZ, należało wskazać maksymalną cenę w przeliczeniu na 1kWp instalacji. Wskazano tam, iż cena powinna uwzględniać wykonanie wszystkich prac wynikających z OPZ i umowy m.in. wykonanie analizy technicznej dachu, wykonanie projektu budowlanego, dostawę, montaż i uruchomienie Instalacji. Dalej wskazano, iż powyższa cena uwzględnia wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia (pkt 2 Formularza) oraz, że cena wskazana w pkt 1 stanowi jedynie podstawę do ustalenia pozycji w rankingu ofert wykonawców, z którymi Zamawiający zawrze Umowę ramową (pkt 3 Formularza). Zgodnie z oświadczeniami zawartymi w Formularzu ofertowym Wykonawca składając ofertę zobowiązywał się do wykonania zamówienia zgodnie z warunkami projektu umowy wykonawczej (pkt 9), oświadczał, że zapoznał się z SIWZ i przyjmuje ją bez zastrzeżeń oraz zdobył konieczne informacje potrzebne do prawidłowego przygotowania oferty (pkt 11), oświadczał, że zawarty w SIWZ wzór umowy ramowej oraz wzór umowy wykonawczej został przez niego zaakceptowany i zobowiązywał się, w przypadku wyboru jego oferty, do zawarcia umów (pkt 15).

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia („OPZ”) Zamawiający planuje zlecenie wykonania prac w ramach umowy ramowej niezbędnych do budowy i uruchomienia dachowych Instalacji Fotowoltaicznych wraz z Przyłączami. Prace będą realizowane w lokalizacjach znajdujących się na terenie całej Polski, do których tytuł prawny posiada PGNiG S.A. W punkcie OPZ dotyczącym lokalizacji inwestycji wskazano: „Zadania realizowane będą na terenie całej Polski w obiektach należących do PGNiG S.A. Każdy z obiektów stanowi jeden lub kilka budynków. Część obiektów znajduje się na terenie objętym ochroną Konserwatora Zabytków.

Zgodnie z § 1 ust. 9 pkt 8.3 projektu umowy ramowej w terminie określonym przez Koordynatora Zamawiającego, a w braku tak wyznaczonego terminu w ciągu 5 dni roboczych od chwili otrzymania zapytania ofertowego, Wykonawca złoży ofertę dot. wykonania zlecanych Prac; oferta zostanie sporządzona z wykorzystaniem wzorca uwzględnionego w Załączniku nr 7 do Umowy, w formie elektronicznej pod rygorem nieważności i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby uprawnionej a następnie przesłana do Koordynatora Zamawiającego; Oferta Wykonawcy dotycząca realizacji Zlecenia nie może być mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu

prowadzonym w celu zawarcia niniejszej Umowy (pkt.8.3.1); Oferta jest mniej korzystna od oferty złożonej w celu zawarcia Umowy, jeżeli cena jednostkowa przekracza wartość podaną w ofercie złożonej w celu zawarcia niniejszej Umowy. W takim przypadku Zamawiający będzie zobowiązany do odrzucenia takiej oferty (pkt 8.3.2). Z kolei zgodnie z 4 ust. 2 projektu umowy ramowej wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy i pokrywa wszelkie wydatki lub koszty, jakie Wykonawca poniósł w związku z realizacją danego zlecenia; obejmuje ono także wynagrodzenie za przeniesienie na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do wszelkich utworów powstałych w wyniku wykonywania umowy lub zleceń oraz za zezwolenie na wykonywanie praw zależnych wobec takich utworów. W związku z powyższym wykonawcy nie przysługuje prawo do zwrotu jakichkolwiek kosztów i wydatków poniesionych przez niego w związku z realizacją umowy lub zlecenia.

W postępowaniu oferty złożyło 11 wykonawców, w tym m.in. Odwołujący i Przystępujący. Odwołujący zaoferował najniższą maksymalną cenę w przeliczeniu na 1 kWp instalacji w kwocie 3 370,20 zł brutto (2 740 zł netto).

Zamawiający w piśmie z dnia 26 lutego 2021 r. skierowanym do Odwołującego wskazał, iż powziął w odniesieniu do oferty Odwołującego wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Dodatkowo zaoferowana cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W związku z tym Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. Dodatkowo Zamawiający wniósł o wyjaśnienie: czy w ofertach uwzględniono koszty wykonania analizy wytrzymałościowej dachu (więźby dachowej) oraz badań z wykorzystaniem kamer termowizyjnych wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia. Dodał, że zgodnie z utartym w doktrynie poglądem, który został wielokrotnie potwierdzony orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej składane przez wykonawcę wyjaśnienia winny mieć charakter szczegółowy, zawierać kalkulacje i obejmować wszystkie istotne cenotwórczo elementy oferty, w szczególności trendy panujące na rynku usług objętych przedmiotem zamówienia, zakres zamówienia objęty ceną oferty, kategorie kosztów jakie poniosą Państwo w związku z realizacją zamówienia, założoną marżę oraz przewidywany zysk. Treść wyjaśnień winna obejmować również okoliczności wskazane w art. 90 ust. 1 pkt 1 – 5 ustawy Pzp. Poinformował także, iż od chwili wysłania pisma obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Jednocześnie Zamawiający wskazał, że na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zobligowany będzie do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzieli wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 3 marca 2021 r. przedstawił wyjaśnienia, w których wskazał, iż ze względu na ramowy charakter zapytania ofertowego Zamawiający prosił o podanie ceny za 1 kWp mikroinstalacji fotowoltaicznej. W praktyce, każda mikroinstalacja fotowoltaiczna wyceniana jest indywidualnie, a jej cena zależy od szeregu czynników, w tym m.in.: 1. Mocy instalacji – mikroinstalacje o wyższej mocy są tańsze w przeliczeniu na 1 kWp; 2. Rodzaju dachu bądź gruntu, zastosowanej konstrukcji wsporczej; 3. Zastosowanych modułów fotowoltaicznych (ich mocy, typu, technologii); 4. Wykorzystwanego falownika; 5. Długości gwarancji na części i montaż; 6. Odległość od instalacji do miejsca montażu falownika, długości i średnicy przewodów; 7. Rodzaju i ilości zabezpieczeń po stronie AC i DC; 8. Rodzaju i ilości okablowania po stronie AC i DC; 9. Wykorzystania bądź nie wykorzystania optymalizatorów mocy; 10. Lokalizacji instalacji; 11. Wysokości budynku, dostępu do dachu budynku, (np. konieczność zastosowania żurawia wieżowego); 12. Konieczności wykonania wykopu i jego długości; 13. Usług dodatkowych (projektów, zgłoszeń, przeprowadzanie okresowych kontroli stanu technicznego, w tym przeprowadzenie w ciągu roku od oddania instalacji fotowoltaicznej do użytkowania, pomiarów termowizyjnych z zastosowaniem specjalistycznego sprzętu, mającego na celu wyeliminowanie wadliwych modułów fotowoltaicznych, połączeń elektrycznych i innych nieprawidłowości); 14. Wykonania ekspertyzy nośności konstrukcji bądź nie; 15. Innych czynników specyficznych dla danej instalacji.

Odwołujący wyjaśnił, iż przedstawiona przez niego cena za wykonanie 1kWp instalacji fotowoltaicznej ma charakter siłą rzeczy wybiórczy, gdyż została skalkulowana dla jednej, konkretnej instalacji, przy założeniach zgodnych z SIWZ i OPZ. W ofercie została podana cena za 1kWp instalacji, której wycena została oparta na konkretnych założeniach: 1. Moc instalacji – 50kW; 2. Instalacja wykonana na dachu skośnym, pokrytym blachą trapezową; 3. Moduły fotowoltaiczne wykorzystane do wykonania instalacji będą posiadały moc minimum 415Wp, minimum 12 letnią gwarancję na wady ukryte, minimum 25 letnią gwarancję wydajnościową oraz spełniały pozostałe wymagania OPZ; 4. Falownik wykorzystany do wykonania instalacji fotowoltaicznej będzie o mocy 50 000W z minimum 5 letnią gwarancją na wady ukryte oraz spełniał pozostałe wymagania OPZ; 5. Zastosowanie konstrukcji wsporczej, zgodnej z wymaganiami OPZ; 6. Odległość od instalacji do miejsca montażu falownika nie przekracza 20m; 7. Wykonanie standardowych zabezpieczeń po stronie AC i DC; 8. Zastosowanie standardowego okablowania po stronie AC i DC, zgodnego z wymaganiami OPZ; 9. Instalacja zostanie wykonana bez konieczności zastosowania optymalizatorów mocy; 10. Instalacja zostanie wykonana na dachu budynku w miejscowości Warszawa lub w obrębie do 100km; 11. Przed wykonaniem instalacji, zostanie przeprowadzona analiza i ocena możliwości wykonania instalacji na podstawie dokumentacji

oraz wizji lokalnej; 12. Przed wykonaniem instalacji, zostanie przeprowadzona analiza techniczna dachu/wieżby dachowej pod kątem możliwości montażu instalacji zakończona opinią techniczną potwierdzającą wytrzymałość dachu.; 13. Wykonanie wszystkich niezbędnych dokumentów (projektów, zgłoszeń itp.) dla instalacji o mocy 50kW; 14. Łatwy dostęp do dachu budynku, nie wymagający zastosowania żurawia wieżowego; 15. Przeprowadzanie okresowych kontroli stanu technicznego, w tym przeprowadzenie w ciągu roku od oddania instalacji fotowoltaicznej do użytkowania, pomiarów termowizyjnych z zastosowaniem specjalistycznego sprzętu, mającego na celu wyeliminowanie wadliwych modułów fotowoltaicznych, połączeń elektrycznych i innych nieprawidłowości. Odwołujący zauważył, że wszystkie elementy (robocizna, materiały i sprzęt) zostały oszacowane według obowiązujących stawek rynkowych, a następnie powiększone o marżę. Zastosowane założenia były wykonane w celu oszacowania ceny za 1kWp instalacji, ale dopiero podanie konkretnej mocy instalacji, lokalizacji i parametrów obiektu, rodzaju i poszycia dachu, a także wybór materiałów i technologii wykonania instalacji będzie umożliwiło precyzyjne oszacowanie kosztów wykonania instalacji fotowoltaicznej. Zaproponowana cena wykonania instalacji fotowoltaicznej za 1kWp, uwzględniając wszystkie wymagania postawione w OPZ i SIWZ, jest według wiedzy i doświadczenia Odwołującego, jak najbardziej ceną rynkową.

Zamawiający w piśmie z dnia 23 marca 2021 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym wskazano, iż w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ określił lokalizację planowanej inwestycji instalacji Fotowoltaicznej wykazując, iż cyt.: „Zadania realizowane będą na terenie całej Polski w Obiektach należących do PGNiG S.A. Każdy z obiektów stanowi jeden lub kilka budynków”. Jednocześnie Zamawiający zażądał od wykonawcy pismem z dnia 26.02.2021 r. na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących ceny oferty na rażąco niskim poziomie. Zamawiający wskazał w piśmie, aby wykonawca przedłożył stosowne wyjaśnienia, w tym dowody dotyczące wyliczenia ceny oferty. Dodatkowo Zamawiający wniósł o wyjaśnienie: czy w ofertach uwzględniono koszty wykonania analizy wytrzymałościowej dachu (wieżby dachowej) oraz badań z wykorzystaniem kamer termowizyjnych wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia. W skutek wystąpienia ww. stanu faktycznego wykonawca w dniu 04.03.2021 r. złożył wyjaśnienia, w których to oświadczył iż cena za 1 kWp instalacji została oparta na konkretnych założeniach wykonawcy. W pkt. 10 wskazanych założeń wykonawca napisał, że cyt. „Instalacja zostanie wykonana na dachu budynku w miejscowości Warszawa lub obrębie do 100 km”. W związku z powyższym oświadczeniem wykonawcy, Zamawiający podniósł, iż jest ono niezgodne z zapisami opisu przedmiotu zamówienia, w którym to jasno i dokładnie wskazana została lokalizacja planowanej inwestycji instalacji Fotowoltaicznej tj. na terenie

całej Polski. Tym samym nie spełnia to wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącego Załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co zagrożone jest sankcją w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyżej opisanym stanem faktycznym Zamawiający wskazał, iż nie może wezwać wykonawcy do złożenia wyjaśnienia, ponieważ zgodnie z art. 87 ust. 1 „(...) niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści” oraz wedle art. 87 ust. 1 pkt. 1a „(...) niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wskazał wprost, dokładnie określając, iż wskazania cena w ofercie oparta jest o konkretną lokalizację tj. Warszawa i jej obręb do 100 km. Zamawiający nie może założyć, że w zaistniałym stanie faktycznym zachodzi omyłka w rozumieniu przepisów zawartych w art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp. Ponieważ przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia omyłki, na potrzeby niniejszego stanu faktycznego należy się posłużyć definicją błędu przyjętą w prawie cywilnym, która stanowi, iż błędem jest mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub w ogóle jego brak. Zgodnie z powyższym w przedmiotowym stanie faktycznym nie wystąpił błąd w rozumieniu wady oświadczenia woli, takie stanowisko potwierdza Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 grudnia 2000 r. (sygn. akt IV CKN 179/00). Zamawiający zacytował jego fragment, wskazując iż wyrok ten pozostaje w zgodzie z orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej jak również poglądami doktryny zamówień publicznych w myśl których o omyłce pisarskiej należy mówić wówczas, gdy „określona niedokładność nasuwa się sama każdemu bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń, jako przypadkowe przeoczenie. Dokonanie wówczas jej poprawienia nie może prowadzić do zmiany treści oferty, a właściwy sens oświadczenia (dokumentu) musi pozostać nadal uchwytany.” Stanowisko Zamawiającego podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza, w wyroku z 2 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO 1022/14 (przywołano fragment uzasadnienia ww. orzeczenia).

Dalej Zamawiający wskazał, iż niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok z dnia 24 października 2008 r., KIO/UZP

1093/08). W przypadku ograniczenia przez wykonawcę lokalizacji do Warszawy i okolic do 100 km, z oświadczenia wynika wprost, że nie został w kalkulacji uwzględniony pełny przedmiot zamówienia. W związku z tym, iż lokalizacja realizacji przedmiotu zamówienia rozlokowana będzie na terenie całej Polski, wykonawca biorąc pod uwagę współczynnik kosztów delegacji pracownika na terenie Warszawy i jej okolic, nie mógł uwzględnić narastającego kosztu należności na pokrycie wydatków związanych z podróżą służbową pracowników, w tym przede wszystkim kosztów transportu za kilometr podróży. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest zatem możliwe jedynie w sytuacji niemożności wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia jej zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem zakazu zmian w treści oferty wynikającym z drugiego zdania tego przepisu lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. (w tym miejscu przywołano orzecznictwo) Mając na uwadze, że w niniejszym przypadku nie można mówić o omyłce, zdaniem Zamawiającego nie ma możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 Ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

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

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała za zasadny. Zgodnie z ww. przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba poddała analizie prawidłowość czynności Zamawiającego dokonanej dnia 23 marca 2021 r. tj. czynności odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. Zauważyć trzeba, iż to przez pryzmat uzasadnienia ww. czynności przez Zamawiającego, tj. przywołanych w piśmie z dnia 23 marca 2021 r. okoliczności faktycznych oraz przedstawionej tam argumentacji, Izba

dokonuje oceny zgodności działania Zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, jako że ocenie Izby mogą podlegać tylko okoliczności zakomunikowane uprzednio wykonawcy. Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy ma zatem uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, to na podstawie bowiem informacji zawartych w tym właśnie uzasadnieniu Odwołujący podejmował decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej i jakie zarzuty sformułować w odwołaniu. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego w piśmie z dnia 23 marca 2021 r. i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego w szerszym, niewskazanym w tym uzasadnieniu, aspekcie.

Konsekwencją powyższego jest fakt, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ocenie Izby nie mogła podlegać podnoszona przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i podczas rozprawy okoliczność, iż oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona nie tylko w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ale również na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na lakoniczne, niewyczerpujące i niepoparte dowodami wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny (vide str. 9 - 11 odpowiedzi na odwołanie, w tym pkt 2 podsumowania na str. 11). Jeżeli Zamawiający uznawał, że względem oferty Odwołującego zachodzą dwie podstawy odrzucenia, to powinien okoliczność tę zakomunikować wykonawcy w piśmie z dnia 23 marca 2021 r. Izba nie jest na obecnym etapie uprawniona do badania, czy względem oferty Odwołującego zaktualizowała się inna niż przekazana wykonawcy i zaskarżona odwołaniem podstawa odrzucenia oferty, a co za tym idzie nie jest także uprawniona do weryfikowania przez ten pryzmat kwestii wpływu zarzucanego naruszenia przepisów przez Zamawiającego na wynik postępowania o zawarcie umowy ramowej. Z analogicznych względów nie mogą stanowić podstawy rozstrzygnięcia także podnoszone w odpowiedzi na odwołanie dodatkowe okoliczności, mające świadczyć o niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, tj. wskazywana przez Zamawiającego sprzeczność oferty z postanowieniami pkt 14.2 SIWZ, pkt 14.7 SIWZ, pkt 1 Formularza ofertowego czy § 1 ust. 9 pkt 8.3 i § 4 ust. 2 projektu umowy ramowej, które odnosiły się do ryczałtowego charakteru ceny i faktu, że maksymalna cena za 1kWp instalacji powinna uwzględniać wykonanie wszystkich prac wynikających z OPZ i umowy. Na niezgodność oferty z ww. postanowieniami SIWZ nie wskazano w uzasadnieniu zawartym w piśmie z dnia 23 marca 2021 r.

Jak wynika z uzasadnienia decyzji Zamawiającego przedstawionego w ww. piśmie wyłączną podstawą prawną odrzucenia oferty Odwołującego był art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaś wyłączną podstawą faktyczną tej czynności było uznanie przez Zamawiającego, że zawarte przez Odwołującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny założenie, iż „instalacja

zostanie wykonana na dachu budynku w miejscowości Warszawa lub obrębie do 100 km”, powoduje niezgodność oferty w treści SIWZ, tj. z opisem przedmiotu zamówienia, w którym jako lokalizację planowanych instalacji fotowoltaicznych wskazano teren całej Polski. Tak przedstawiony wywód Izba uznała za nieprzekonujący, a wniosek Zamawiającego za zbyt daleko idący. W ocenie składu orzekającego przyjęcie przez Odwołującego określonych założeń na potrzeby ustalenia maksymalnej ceny za 1kWp instalacji nie przesądza o tym, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada merytorycznemu zakresowi przedmiotu zamówienia.

Na gruncie postanowień SIWZ bezsporne jest, że prace, które będą realizowane na podstawie umów wykonawczych przez wykonawców, z którymi zawarte zostaną umowy ramowe, będą wykonywane w lokalizacjach Zamawiającego znajdujących się na terenie całej Polski. Zamawiający nie określił jednak w SIWZ ani konkretnych lokalizacji, ani ich liczby, jak i nie wskazał dla tych lokalizacji konkretnych, zindywidualizowanych wymagań w zakresie instalacji fotowoltaicznych, która miałyby w danym miejscu powstać. Tego rodzaju informacje miały być przekazywane dopiero w procedurach zmierzających do zawarcia umów wykonawczych. Zamawiający uregulował w OPZ jedynie w sposób zbiorczy wymagania ogólne, zakres prac w podziale na etapy, wymagania dla prac projektowych, wymagania w stosunku do części składowych instalacji (konstrukcja wsporcza, moduły fotowoltaiczne, okablowanie) oraz wymagania w zakresie gwarancji. Jednocześnie Zamawiający oczekiwał wskazania w Formularzu ofertowym wyłącznie maksymalnej ceny za 1kWp instalacji. Z treści SIWZ wynikało jedynie, że cena wskazana w ofercie ma uwzględniać wykonanie wszystkich prac wynikających z OPZ i umowy (m.in. wykonanie analizy technicznej dachu, wykonanie projektu budowlanego, dostawę, montaż i uruchomienie instalacji). Zamawiający wskazał także, że dopiero w postępowaniach wykonawczych prowadzonych po zawarciu umów ramowych wykonawca będzie obowiązany do podania cen jednostkowych obejmujących koszty wykonania robót bezpośrednio wynikających z opisu przedmiotu zamówienia dla zamówienia wykonawczego, przy czym te ceny jednostkowe, nie będą mogły być wyższe niż określone w umowie ramowej.

Jak zasadnie zauważył Zamawiający podczas rozprawy, na gruncie tak ukształtowanych postanowień SIWZ, obowiązkiem wykonawców było wskazanie w Formularzu ofertowym ceny maksymalnej za 1kWp instalacji, czyli w istocie takiej ceny, za którą możliwe będzie zrealizowanie każdego zlecenia w ramach umowy ramowej (ceny oferowane w postępowaniach wykonawczych mogły być tylko niższe). Odwołujący miał tego świadomość, na co wskazuje stanowisko prezentowane przez niego w odwołaniu i na rozprawie, gdzie podnosił, iż wykonawcy musieli skalkulować cenę w taki sposób, aby była ona odpowiednia dla wszystkich lokalizacji, przyjmując jakąś instalację referencyjną i

weryfikując czy tak przyjęta kwota będzie odpowiadać wszystkim lokalizacjom. Ponieważ Zamawiający nie zawarł konkretnych wytycznych co do sposobu, w jaki wykonawcy mają skalkulować cenę za 1 kWp, poza wskazaniem, że ma ona mieć charakter maksymalny, siłą rzeczy wykonawcy ustalając tę cenę musieli przyjąć pewne założenia, aby skalkulować ją tak, by była wystarczająca na potrzeby pokrycia kosztów wykonania każdej instalacji. Konstruując postanowienia SIWZ w taki sposób Zamawiający sam spowodował, że wykonawcy musieli przyjąć jako podstawę ustalenia stawki maksymalnej za 1 kWp parametry, które uznawali za reprezentatywne, najbardziej kosztotwórcze. Założenia przyjmowane przez wykonawców mogły być w tym zakresie różne, zależne chociażby od potencjału jakim dysponują, ważne natomiast było to, aby przyjęta na podstawie tych założeń cena maksymalna za 1kWp dawała gwarancję wykonania zgodnie z wymaganiami OPZ każdej objętej zakresem umowy ramowej instalacji fotowoltaicznej.

Okoliczność, że jednym z przyjętych przez Odwołującego założeń do ustalenia ceny maksymalnej za 1kWp była lokalizacja instalacji w Warszawie lub w obrębie do 100km od Warszawy w żaden sposób nie wskazuje, że zakres oferty Odwołującego jest ograniczony do instalacji zlokalizowanych na terenie do 100 km od Warszawy i nie obejmuje wykonania instalacji w lokalizacjach bardziej odległych. Z treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego wynika wprost, że podanie ww. lokalizacji było wyłącznie jednym z założeń przyjętych przez Odwołującego na potrzeby ustalenia ceny maksymalnej za 1kWp. Nie można zaś utożsamiać informacji podanych jako założenia przyjęte do kalkulacji ceny w celu ustalenia stawki maksymalnej za 1kWp instalacji fotowoltaicznej z zakresem zobowiązania wykonawcy wyrażonym w ofercie. Działanie takie należy za nieuprawnione zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający ani nie wskazał w OPZ konkretnych lokalizacji instalacji, ani nie podał szczegółowych wytycznych jak należy ustalić maksymalną cenę za 1kWp. Wykonawcy mieli dokonać wyceny maksymalnej stawki za 1kWp instalacji, co też Odwołujący uczynił, przyjmując dla tej wyceny określone założenia, które w jego ocenie powodowały, że przyjęta stawka była oparta na najbardziej kosztotwórczych elementach. Okoliczność zaś czy tak przyjęte założenia były odpowiednie dla ustalenia maksymalnej ceny za 1kWp instalacji, czyli ceny za którą możliwa byłaby realizacja każdego zlecenia, czy też były one nieprawidłowe, stanowić może element badania ceny oferty i możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego za wskazaną stawę za 1 kWp instalacji, a nie oceny zgodności tej oferty z treścią SIWZ.

W ocenie Izby należy wyraźnie rozgraniczyć podstawę odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ i podstawę odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Zostały one uregulowane w odrębnych przepisach, a dla zaistnienia możliwości odrzucenia

oferty na tych podstawach konieczne jest ziszczenie się innych rodzajowo przesłanek. Zgodzić należy się z Odwołującym, że co do zasady celem wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie powinno być uzyskanie od wykonawcy informacji służących do sprawdzenia zgodności jego oferty z SIWZ, aczkolwiek nie jest też tak, że na podstawie treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie mogą ujawnić się podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o inne przepisy, np. art. 89 ust. 1 pkt 2 czy art. 89 ust. 1 pkt 6. Natomiast z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Na gruncie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w przedmiocie ceny jego oferty, wyprowadzenie przez Zamawiającego wniosku o niezgodności oferty Odwołującego z wymaganiami OPZ tylko z tego względu, że na potrzeby ustalenia maksymalnej ceny za 1 kWp przyjął on określoną lokalizację instalacji, w ocenie Izby nie było uprawnione na gruncie ukształtowanych w przedmiotowym postępowaniu postanowień SIWZ. Zawarte w wyjaśnieniach Odwołującego założenie, poczynione wyłącznie w celu pokazania na czym Odwołujący oparł kalkulację stawki maksymalnej, nie wskazuje, że zakres zobowiązania Odwołującego wynikający z oferty nie odpowiada wymaganiam wynikającym z SIWZ. Podkreślić dodatkowo trzeba, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ma charakter sankcyjny, a zatem stwierdzenie niezgodności oferty z treścią SIWZ musi być niewątpliwe i jednoznaczne. Odwołujący w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wyraźnie wskazywał, że zaoferowana przez niego cena uwzględnia wszystkie wymagania postawione w SIWZ i OPZ, zaś przyjęta do wyceny lokalizacja inwestycji służyła tylko ustaleniu zryczałtowanej maksymalnej stawki jednostkowej, którą należało podać w Formularzu ofertowym. Na marginesie jedynie można wskazać, że jeśli Zamawiający na tej podstawie powziął wątpliwości co do zgodności oferty z treścią SIWZ, to ustawa Pzp dawała mu odpowiednie instrumenty, aby powyższe wyjaśnić (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp).

Konsekwentnie, zdaniem składu orzekającego, nie stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ wskazana w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego okoliczność, iż w związku z tym, że lokalizacja realizacji przedmiotu zamówienia rozlokowana będzie na terenie całej Polski, wykonawca biorąc pod uwagę współczynnik kosztów delegacji pracownika na terenie Warszawy i jej okolic, nie mógł uwzględnić narastającego kosztu należności na pokrycie wydatków związanych z podróżą służbową pracowników, w tym przede wszystkim kosztów transportu za kilometr podróży. Okoliczność ta mogłaby mieć ewentualne znaczenie (czego Izba w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie weryfikuje) z perspektywy oceny czy zaoferowana cena została w sposób prawidłowy skalkulowana, czy uwzględnia wszelkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia, nie zaś z perspektywy oceny czy oferta Odwołującego odpowiada wymaganiam wynikającym z opisu przedmiotu zamówienia. Niezależnie od tego, w ocenie Izby fakt uwzględnienia w założeniach lokalizacji

instalacji w obrębie do 100km od Warszawy, wbrew stanowisku Zamawiającego, nie przesądza automatycznie o tym, że za ustaloną w ten sposób cenę nie jest możliwa realizacja instalacji w innych lokalizacjach. Wykonawcy podać mieli w ofercie maksymalną cenę jednostkową za 1 kWp instalacji, a zatem – jak wskazano już wyżej - wykonawca kalkulując tę stawkę powinien co do zasady uwzględnić założenia najbardziej kosztotwórcze. Zamawiający w żaden sposób nie odparł twierdzeń Odwołującego, iż kalkulując cenę przyjęto w założeniach najwyższe możliwe koszty, a jako lokalizację instalacji przyjęto okolice Warszawy nie z uwagi na odległość od siedziby Odwołującego, lecz z uwagi na najwyższe w województwie mazowieckim koszty robocizny.

Ponadto postawiona przez Zamawiającego teza o nieuwzględnieniu kosztu należności na pokrycie wydatków związanych z podróżą służbową pracowników nie została niczym poparta i opiera się na zerojedynkowym założeniu, że pracownicy na miejsce realizacji zamówień wykonawczych delegowani byłiby w Warszawy i stamtąd też by dojeżdżali. Przyjęcie takiego założenia przez Zamawiającego potwierdza treść odpowiedzi na odwołanie, gdzie wskazano, iż Odwołujący winien przyjąć do wyceny maksymalną wysokość kosztów, jakie poniesie w związku z realizacją zleceń jednostkowych, w tym „również w kategorii dojazdu od swojej siedziby do miejsca realizacji.” Tymczasem Odwołujący podczas rozprawy wskazywał, iż tego rodzaju założenie obarczone jest błędem, ponieważ Zamawiający mylnie utożsamia fakt posiadania przez Odwołującego siedziby biura w Warszawie z okolicznością, że to właśnie stamtąd pracownicy dojeżdżali będą na miejsce realizacji instalacji - Odwołujący podnosił, iż posiada ekipy pracowników rozlokowane na terenie całego kraju. Również niczym niepoparte jest stanowisko Zamawiającego, jakoby koszt lokalizacji instalacji w obrębie do 100 km od Warszawy miałby być „niewątpliwie znacząco niższy” od kosztów lokalizacji tej instalacji w odległości np. 400 km od Warszawy. Odwołujący wskazał, że na wysokość ceny wpływa przede wszystkim koszt montażu instalacji fotowoltaicznych, dlatego przyjął do wyliczenia koszty robocizny w oparciu o rynek warszawski, wyjaśniając, że ceny za świadczenie usług w Warszawie przewyższają ceny stosowane w innych rejonach Polski i załączając do odwołania jako dowód obwieszczenie Prezesa GUS dotyczące wysokości wynagrodzenia w poszczególnych województwach (załącznik nr 13). Odwołujący wskazał, iż jako cenę referencyjną przyjął ceny najwyższe, jakie będą miały zastosowanie w obiektach położonych w Warszawie. Zamawiający powyższych twierdzeń Odwołującego w sposób skuteczny nie odparł, zaś stanowisko Zamawiającego, jakoby Odwołujący powinien przyjąć do wyceny lokalizację inwestycji możliwie najodleglejszą dla ustalenia maksymalnych kosztów nie zostało przez Zamawiającego w żaden sposób uzasadnione. Tymczasem koszty dojazdu na miejsce realizacji instalacji czy delegacji, na które powoływał się Zamawiający, mogą mieć przy

realizacji tego rodzaju zamówienia niewielkie znaczenie, co zależne będzie przede wszystkim od potencjału kadrowego, sprzętowego i technicznego danego wykonawcy.

Przy czym Izba podkreśla, że powyższe rozważania czynione są wyłącznie w celu uzasadnienia wadliwości czynności odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ, a nie z perspektywy oceny czy wyjaśnienia przedstawione przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp były wystarczające do uznania, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską i pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego ani czy ujęte w tych wyjaśnieniach założenia będące podstawą kalkulacji ceny, pozwalały na ustalenie stawki na poziomie maksymalnym, pozwalającym zrealizować w oparciu o taką stawkę wszelkie możliwe do zlecenia w ramach umowy ramowej instalacje. Mając to na względzie Izba pominęła zawarte w odwołaniu twierdzenia odnoszące się do ogólnej treści wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, możliwości wystosowania ponownego, bardziej szczegółowego, wezwania w tym zakresie, czy też rynkowości zaoferowanej ceny. Konsekwentnie, za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia Izba uznała przedstawione na okoliczność rynkowej wysokości ceny dowody z dokumentów załączonych do odwołania jako załączniki nr 9-11 (faktura VAT i umowy dotyczące zrealizowanych przez Odwołującego instalacji fotowoltaicznych). Jedynie na marginesie Izba zauważa, że jakkolwiek słusznie wskazywał Zamawiający podczas rozprawy, że duża część argumentacji Odwołującego zawartej w odwołaniu dotyczy problematyki rażąco niskiej ceny oferty, to nie można pominąć faktu, że przyczyną tego stanu rzeczy było działanie samego Zamawiającego, a mianowicie fakt wywodzenia przez Zamawiającego niezgodności oferty z treścią z SIWZ z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego i wskazania w uzasadnieniu odrzucenia oferty okoliczności dotyczących uwzględnienia w wycenie wszystkich niezbędnych kosztów.

Biorąc wszystko powyższe pod uwagę Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp za zasadny. W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Jedynie uzupełniająco Izba wskazuje na brak podstaw do uznania, że Zamawiający naruszając art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, naruszył także wskazany w petitum odwołania w powiązaniu z ww. przepisem, art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W przedmiotowym przypadku

Zamawiający przekazał Odwołującemu uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia jego oferty, a zatem uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z ww. przepisu. Okoliczność, że Odwołujący nie zgadzał się z podanym uzasadnieniem, nie świadczy o naruszeniu tej regulacji, a za wystarczającą podstawę zarzutu w tej sytuacji należy uznać art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „Rozporządzenie”).

Przewodniczący: