

Sygn. akt: KIO 1947/21

**WYROK**

**z dnia 16 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **HelioExpert sp. z o.o. sp. k. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **M. S., prowadzącego w Łodzi działalność gospodarczą pod nazwą SOLISYS, M. S.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę HelioExpert sp. z o.o. sp. k. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę HelioExpert sp. z o.o. sp. k. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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**

Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „wybór wykonawców do umowy ramowej na opracowanie koncepcji, zaprojektowanie i wybudowanie instalacji fotowoltaicznych na dachach obiektów PGNiG S.A.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 grudnia 2020 r., nr 2020/S 250- 626236.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 28 czerwca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca HelioExpert sp. z o.o. sp. k. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1a Pzp przez odrzucenie swej oferty z uwagi na to, że wykonawca w ramach wyjaśnienia braku rażąco niskiej ceny, „de facto wyjaśnień Zamawiającemu nie udzielił”, pomimo, że odwołujący udzielił wyjaśnień, zgodnie z żądaniem zamawiającego,
- 2) art. 90 ust. 1a Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie i wezwanie go na jego podstawie do złożenia wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny, pomimo, iż nie zachodziły przesłanki do jego zastosowania.
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez brak odrzucenia oferty wykonawcy RETOCOM sp. z o.o. pomimo, iż jego oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz nie zawierała wymaganych załączników, oświadczeń itp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty, podjętej przez zamawiającego w dniu 18.06.2021 r.;
- 2) unieważnienia czynności polegającej na wezwaniu go do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp,
- 3) dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy RETOCOM Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. pkt 6 Pzp
- 4) kontynuacji czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem swej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający prowadzi postępowanie, które ma specyficzny charakter. Postępowanie dotyczy zawarcia umowy ramowej, na

opracowanie koncepcji, zaprojektowanie i wybudowanie instalacji fotowoltaicznych na dachach obiektów PGNiG S.A. Z 3 wybranymi wykonawcami, Zamawiający zawrze umowy wykonawcze, na podstawie których będzie udzielał zamówień wykonawczych. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że zamówienie będzie dotyczyło budynków należących do Zamawiającego, położonych na terenie całej Polski. Nie określa przy tym Zamawiający, ilu budynków będzie dotyczyło zamówienie, w jakich miejscach położone są budynki, ich specyfikacji oraz wielkości poszczególnych instalacji. Zamawiający w SIWZ nie wskazuje nawet przykładowej (referencyjnej) instalacji, która mogłaby posłużyć do przybliżenia zakresu zamówienia. Zamawiający określił jedynie podstawowe wymagania materiałowe/techniczne dla przyszłych instalacji. W tej sytuacji, zdaniem odwołującego należy uznać, że postępowanie, prowadzone przez zamawiającego ma charakter w zasadzie blankietowy.

Zdaniem odwołującego, ukształtowanie w ten sposób postępowania, sprawia, że wykonawcy biorący w nim udział, w celu wyliczenia ceny, określonej w ofercie, muszą niejako „założyć” określone kryteria ramowe, które pozwolą im na wykonanie zamówień wykonawczych. Wykonawcy nie mają bowiem w momencie składania oferty wiedzy, gdzie zamawiający posiada swoje budynki, jaki jest ich stan oraz jaka wielkość (moc) instalacji będzie realizowana. Wykonawcy nie wiedzą, czy instalacja będzie wykonywana np. w Warszawie, gdzie mieści się siedziba Zamawiającego, czy może np. w Świnoujściu, gdzie być może Zamawiający ma swój budynek, na którym zechce zainstalować instalację fotowoltaiczną. Tak znaczne różnice powodują, że w celu wyliczenia ceny ofertowej, wykonawcy muszą przyjąć jakiś miernik, który będzie miał następnie zastosowanie, zarówno dla budynku położonego w Warszawie, Świnoujściu, czy np. Zakopanem. Według odwołującego takim miernikiem jest rynkowa cena, za jaką wykonawca jest w stanie wybudować „referencyjną” instalację, z założeniem że cena ta powinna być odpowiednia dla wszystkich potencjalnych lokalizacji Zamawiającego. Odwołujący argumentował, że przedmiotowe postępowanie znacznie różni się zatem od klasycznych zamówień, gdzie wykonawcy mają określone przynajmniej istotne parametry (choćby w przybliżeniu). Postępowanie ma wiele niewiadomych, które musiały zostać odpowiednio uwzględnione przez wykonawców w celu prawidłowego skalkulowania swojej oferty.

Odwołujący argumentował również, że Zamawiający pismem z dnia 26 lutego 2021 r. wezwał go do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wskazał, że Zamawiający wystosował wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp, zgodnie z którym zamawiający jest zobowiązany do wezwania wykonawcy, którego oferta jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający jako podstawę wezwania nie wskazał na art. 90

ust. 1 Pzp, który daje możliwość wezwania wykonawcy w przypadku wątpliwości, czy cena jest rażąco niska. Należy zatem uznać, że Zamawiający nie miał wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia za cenę zaproponowaną przez Odwołującego w ofercie, a wezwanie było spowodowane obowiązkiem, jaki na nim spoczywa, na gruncie przepisów Pzp.

Odwołujący podniósł, że wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zostało przygotowane przez Zamawiającego w lakoniczny sposób. Zdaniem odwołującego, zamawiający ograniczył się bowiem w zasadzie do powtórzenia treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp oraz przytoczenia poglądów doktryny. Zamawiający nie wskazał przy tym jakie informacje są dla niego istotne, do potwierdzenia przez Wykonawcę, poza tym, że 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”. Według odwołującego, sposób przygotowania wezwania należy uznać za nieprecyzyjny i niewystarczający. Argumentował, że wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny powinno być precyzyjne i określać jakich konkretnie wyjaśnień się domaga.

Zdaniem odwołującego lakoniczna treść wezwania wysłanego przez zamawiającego ma swoją przyczynę i wynikała m.in. z charakteru postępowania, w ramach którego Zamawiający nie określił czynników, wpływających na cenę ofertową, w szczególności takich jak miejsce i wielkość instalacji, którą mają wykonać wykonawcy. Zamawiający, żądając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, nawet jeżeli zapytałby o koszty delegacji, koszty transportu, czy koszty materiałów, nie otrzymałby bowiem precyzyjnej informacji. Jaki bowiem wykonawca mógłby podać np. koszt delegacji, skoro nie wie gdzie instalacja będzie realizowana? Jak określić koszt materiałów, skoro wielkość (moc) instalacji będzie podana dopiero na etapie umowy wykonawczej? Zdaniem odwołującego każda informacja dot. powyższych kwestii, przygotowana wyłącznie na hipotetycznych założeniach byłaby z góry obciążona błędem i niemiarodajna dla Zamawiającego. Jeżeli natomiast Zamawiający był zainteresowany pozyskaniem szczegółowej wiedzy na temat jakiegoś wybranego elementu oferty, powinien zapytać o to wprost w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Odwołujący argumentował, że na koszt realizacji zamówienia składa się bowiem wiele prac, kosztów pośrednich, bezpośrednich oraz materiałowych. Zadając konkretne pytanie Zamawiający otrzymałby konkretną odpowiedź. Zamawiający miał tego świadomość, gdyż w wezwaniu potrafił zapytać, o to czy „w ofertach uwzględniono koszty wykonania analizy wytrzymałościowej dachu (więźby dachowej) oraz badań z wykorzystaniem kamer termowizyjnych wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia”. Jednocześnie Zamawiający nie zapytał np. o koszt delegacji, który będzie przyjęty np. dla instalacji położonej w Gdańsku, czy dowolnym innym miejscu (Zamawiający w przeciwieństwie do wykonawców

zapewne ma dane dotyczące lokalizacji swoich budynków). Odwołujący wskazał, że po otrzymaniu takiego pytania, odpowiedziałby precyzyjnie, co pozwoliłoby Zamawiającemu ocenić np. rynkowy koszt delegacji i porównać z innymi oferentami. Odwołujący podkreślił, że pomimo braku takiego wymogu w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako zarzut i podstawę do odrzucenia oferty uczynił np. brak wskazania w złożonych wyjaśnieniach kosztu „pracy pracowników skierowanych do realizacji zamówienia, obsługi gwarancyjnej, przejazdów, delegacji (...)”.

Odwołujący wskazał, że jeżeli dla Zamawiającego istotne były konkretne elementy oferty, powinien sprecyzować te pytania w wezwaniu, w odniesieniu np. dla jednej przykładowej instalacji. Zdaniem odwołującego brak takiego sprecyzowania uniemożliwia odpowiedź, która wniosłaby do postępowania konkretne informacje i byłaby to informacja czysto hipotetyczna. Zdaniem odwołującego, brak jednoznacznego wskazania w treści wezwania zakresu informacji, których oczekiwał, odbiera Zamawiającemu możliwość powoływania się na brak wyjaśnień w zakresie, w jakim zamawiający ich oczekiwał. Wykonawca z uwagi na charakter zamówienia nie był w stanie domyślić się, które informacje będą istotne dla Zamawiającego.

Według odwołującego, zamawiający powinien się liczyć z tym, że wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, z przyczyn obiektywnych i niezależnych od Odwołującego, będą odpowiadały ogólnym założeniom Postępowania i wezwania. Tym bardziej, że Zamawiający nie wymagał od Wykonawcy szczegółowych informacji na etapie samego wezwania, co mógł uczynić. Zdaniem odwołującego oczekiwanie przez Zamawiającego, że wyjaśnienia (pomimo ogólnego wezwania i braku konkretnych danych wyjściowych, określonych przez Zamawiającego), będą zawierały precyzyjne kalkulacje jest nieuzasadnione. Według odwołującego, przygotowując wezwanie, zamawiający zawsze powinien pamiętać, że ocena udzielonych wyjaśnień zawsze następuje w granicach zakreślonych treścią wezwania i wykonawca może odnieść się tylko do wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu elementów.

Zdaniem odwołującego, wykazał on jednak (przy założeniu ogólnego charakteru), 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. założoną przez siebie moc instalacji, rodzaj modułów, rodzaj falownika oraz inne parametry techniczne wymagane przy realizacji tego typu instalacji. Odwołujący podkreślił, że musiał we własnym zakresie przyjąć jakąś instalację referencyjną do obliczenia ceny, gdyż Zamawiający takiej instalacji nie podał w SIWZ. Przedmiot zamówienia, który dotyczył budowy instalacji fotowoltaicznych na obszarze całej Polski oraz brak precyzyjnego pytania Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wymusił niejako na nim

przyjęcie referencyjnej instalacji. Odwołujący jako taką przyjął instalację, która byłaby realizowana w Warszawie lub okolicy Warszawy. Według odwołującego jest to podejście najbardziej racjonalne, gdyż powszechnie znaną jest okoliczność, że ceny za świadczenie usług w Warszawie, w znacznym stopniu przewyższają ceny stosowane w innych rejonach Polski. Odwołujący wskazał, że na cenę ofertową w znacznym stopniu ma wpływ koszt montażu instalacji fotowoltaicznych. Należy zatem przyjąć, że w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny uwzględnił on najwyższy koszt usług w Polsce (rynek warszawski), a przy realizacji zamówienia w innych miejscach w Polsce ten koszt będzie mniejszy, co jeszcze bardziej uwiarygadnia jego wyjaśnienia i potwierdza, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wymagał przy tym 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. Zdaniem odwołującego spoczywał na nim zatem obowiązek takiego skalkulowania ceny, która będzie odpowiednia dla wszystkich lokalizacji. Odwołujący podniósł, że zamawiający twierdzi, że odwołujący nie podał np. kosztu delegacji. Zdaniem odwołującego, żeby określić taki koszt, musiałby przedstawić kalkulacje dla wszystkich potencjalnych budynków zamawiającego w Polsce, których lokalizacji nie zna, a zamawiający nie wskazał ich w SIWZ. Odwołujący uważał, że nie był zatem obiektywnie spełnić oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie.

Odwołujący argumentował, że w złożonych wyjaśnieniach wyraźnie przy tym wskazał, że *„Przedstawiona przez nas cena za wykonanie 1kWp instalacji fotowoltaicznej (...) została skalkulowana dla jednej, konkretnej instalacji, przy założeniach zgodnych z SIWZ i OPZ”*. Odwołujący podniósł także, że z uwagi na ogólny charakter pisma Zamawiającego, na potwierdzenie ceny rynkowej zastosowanej w ofercie, dodał również że *„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 1kWp instalacji, (...) Zaproponowana przez naszą firmę cena wykonania instalacji fotowoltaicznej za 1kWp, uwzględniając wszystkie wymagania postawione przez Państwa w OPZ i SIWZ, jest według naszej wiedzy i doświadczenia, jak najbardziej ceną rynkową.”*

Odwołujący podniósł także, że zaproponowana w jego ofercie cena jest ceną rynkową. Argumentował, że podobne ceny stosuje przy innych zamówieniach, zbliżonych przedmiotowo do postępowania. Jednocześnie, Odwołujący argumentował, że wskazał w wyjaśnieniach, że zaoferowana cena została powiększona o jego marżę, co potwierdza, że realizując zamówienie nie będzie ponosił strat. Odwołujący wskazał, że jest przedsiębiorstwem prywatnym nastawionym na osiągnięcie zysku, a co za tym idzie nie

złożyłby oferty, do której musiałby „dopłacić”. Odwołujący podniósł, że nie zastosował również wykonania lub materiałów, które w nadzwyczajny sposób wpłynęłyby na obniżenie ceny ofertowej. Zaoferowana cena jest „normalną” ceną rynkową, dostępną dla przeciętnego przedsiębiorstwa, zajmującego się budową instalacji PV o doświadczeniu zbliżonym do Odwołującego. Odwołujący wskazał, że ciężko zatem wykazać mu, jak oczekuje tego Zamawiający, na czym zaoszczędził, poza tym, że wskaże iż cena jest rynkowa.

Odwołujący wskazał, że mając na uwadze aktualne ceny rynkowe i sytuację w branży (stale taniejąca technologia), a także doświadczenie życiowe komisji weryfikującej złożone oferty oraz ich rozeznanie w rynku, Komisja powinna dojść do wniosku, że cena jego oferty jest ceną jak najbardziej rynkową. Odwołujący zwrócił uwagę, że złożył ofertę, która jest tańsza zaledwie o kilkaset złotych od pozostałych ofert, które kwalifikują się do zawarcia umowy ramowej. Odwołujący wskazał, że złożył ofertę tańszą o 405,90 PLN od drugiego w kolejności wykonawcy, oraz o 504,30 PLN od trzeciego wykonawcy w zestawieniu. Zdaniem odwołującego jest to tak niewielka różnica, że nie sposób uznać, iż cena jest „oderwana” od rynku.

Odwołujący argumentował także, że podstawą do wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny był fakt, że cena ta jest o ponad 30% niższa niż średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert. Odwołujący zwrócił uwagę, że ostatni na liście wykonawca złożył ofertę ponad 3 krotnie wyższą niż on. Oferta RETOCOM, opiewała bowiem na kwotę 9.594,00 zł, a oferta Odwołującego na kwotę 3.370,20 zł. Tym samym oferta wykonawcy RETOCOM znacznie zawiążyła średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert powodując, że Zamawiający zastosował tryb wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Gdyby nie oferta RETOCOM, którą należy uznać za „rażąco wysoką”, Zamawiający nie miałby podstawy do wzywania do złożenia wyjaśnień, gdyż tylko średnia arytmetyczna była podstawą do wysłania przez Zamawiającego wezwania (Zamawiający nie wzywał do złożenia wyjaśnień z uwagi na wątpliwości co do ceny).

Odwołujący wskazał także, że podczas procedury odwoławczej, dotyczącej odrzucenia jego oferty na podstawie błędnego założenia Zamawiającego, że oferta jest sprzeczna z SIWZ (wyrok KIO z dnia z dnia 13.05.2021 r. sygn. KIO 1026/21), udostępnił zamawiającemu FV na realizację innych instalacji PV. Zdaniem odwołującego z udostępnionych FV wynika wprost, że Odwołujący wykonywał podobne zamówienia za cenę niższą niż oferowana w postępowaniu. Odwołujący wskazał też, że z załączonej do odwołania w tej sprawie FV za realizację instalacji PV w 2021 roku (FV z dnia 17.03.2021 r.) wynika, że cena jednostkowa za którą Odwołujący wykonał 1 kW instalacji fotowoltaicznej wyniosła: (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA). Realizacja inwestycji, o której mowa powyżej miała miejsce w miejscowości Osieczna, tj. 430 km od Warszawy.

Odwołujący argumentował, że w innej umowie której był stroną i która dotyczyła budowy przez niego instalacji o mocy 900 kW, cena jednostkowa za 1 kW wyniosła natomiast (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA). Realizacja inwestycji, o której mowa powyżej miała miejsce w miejscowości Kownaciska, tj. 105 km od Warszawy. W umowie realizowanej przez niego w 2020 r., cena jednostkowa za zaprojektowanie i budowę instalacji fotowoltaicznej wyniosła: TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA. Realizacja inwestycji, o której mowa powyżej miała miejsce w miejscowości Łosice, tj. 146 km od Warszawy.

Odwołujący argumentował, że zaoferowana przez niego cena w ofercie wynosi 3.370,20 PLN netto za 1 kW. Oznacza to, że cena ofertowa jest wyższa niż ceny, które stosował on przy innych kontraktach na podobne zamówienia. Zdaniem odwołującego dowody te potwierdzają, że cena zaoferowana przez niego w ofercie nie stanowi ceny rażąco niskiej i jest osiągnięta przez niego na rynku z prywatnymi firmami.

Odwołujący podniósł, że na Zamawiającego został nałożony obowiązek stosowania przepisów Pzp, które mają na celu zapewnienie, że środki publiczne będą wydatkowane w sposób transparentny, oszczędny i gospodarny. Zachowaniu uczciwej konkurencji służą również inne procedury przewidziane w przepisach Pzp, w tym te dotyczące rażąco niskiej ceny. Zdaniem odwołującego przepisy Pzp i formalizm w nich zawarty nie może prowadzić do sytuacji gdzie Zamawiający przed zakończeniem procedury badania rażąco niskiej ceny, ma dostęp do FV (co prawda uzyskanej w innym postępowaniu prowadzonym przed KIO), potwierdzającej, że cena nie jest rażąco niska, a mimo to odrzuca ofertę jako „rażąco niską”. Według odwołującego jest to podejście niezrozumiałe z uwagi na to, że Zamawiający odrzuca ofertę o, która jest najniższa i która gwarantuje należyte wykonanie umowy. Zamawiający z czysto formalnych względów, mając wiedzę o tym że jego oferta jest rynkowa, decyduje się zapłacić za zamówienie większą kwotę. Podkreślał, że Zamawiający dysponuje środkami publicznymi, czyli środkami wszystkich obywateli. Nie taka była idea wprowadzenia przepisów PZP, aby ich stosowanie prowadziło do wydatkowania wyższych środków niż to możliwe.

Zdaniem odwołującego, działanie Zamawiającego, polegające na odrzuceniu jego oferty z uwagi na okoliczność rzekomego braku udowodnienia, że cena nie stanowi rażąco niskiej ceny, pomimo, że Zamawiający dysponuje dowodami, potwierdzającymi przeciwną tezę, stanowi naruszenie prawa. Podkreślał, że Zamawiający dysponował tą wiedzą jeszcze na etapie procedury, dotyczącej rażąco niskiej ceny i przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty. Zdaniem odwołującego zamawiający powinien zatem tę wiedzę uwzględnić, przy ocenie wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny.

Według odwołującego, jeżeli Zamawiający pomimo posiadanej wiedzy i złożonych wyjaśnień miał wątpliwości, powinien dopytać go o wyjaśnienia dotyczące poszczególnych elementów oferty. Z nieznanych przyczyn Zamawiający tego nie uczynił, pomimo, że w



piśmie dotyczącym odrzucenia jego oferty potrafił wskazać, jakich elementów jego zdaniem zabrakło w wyjaśnieniach. Tym większe jest niezrozumienie braku ponownego wezwania, gdyż Zamawiający posiadał dodatkową wiedzę na etapie poprzedniego postępowania przed KIO. Zdaniem odwołującego z tą wiedzą Zamawiający dokonywał oceny złożonych wyjaśnień i nic nie stało na przeszkodzie, aby wezwać go do potwierdzenia okoliczności, które już znał Zamawiający. Zdaniem odwołującego na przeszkodzie do ponownego wezwania go nie stały również przepisy prawa. Powszechnie uznaje się, że nie ma przeszkód do kilkukrotnego wzywania wykonawcy, o ile jest to uzasadnione.

Odwołujący wskazał, że skoro pierwsze wezwanie Zamawiającego było ogólnikowe i nieprecyzyjne, brak wezwania Zamawiającego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, bądź sprecyzowania złożonych wyjaśnień, należy uznać za niedopełnienie przez Zamawiającego obowiązków nałożonych na zamawiających publicznych. Zamawiający wiedział, czego oczekuje od niego (wskazał na pewne informacje w czynności odrzucenia oferty), pomimo tego nie doprecyzował pierwszego wezwania i nie wezwał go ponownie. W kolejnym wezwaniu Zamawiający powinien w sposób możliwie precyzyjny określić żądany zakres wyjaśnień czy też określić konkretne wątpliwości odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny. Zamawiający może żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień.

Odwołujący podniósł także, że w celu obliczenia średniej arytmetycznej, o której mowa w przepisie art. 90 ust. 1a Pzp bierze się pod uwagę wszystkie oferty, również te podlegające odrzuceniu. Odwołujący argumentował jednak, że porównywanie zaproponowanej przez niego ceny z ceną obliczoną w sposób oczywiście wadliwy i niezgodny z SIWZ stoi w oczywistej sprzeczności z funkcją i celem powyższej normy. Nie można bowiem zestawiać ze sobą wartości ofert rzetelnych z tymi, które w sposób istotny nie odpowiadają treści SIWZ. W konsekwencji Zamawiający powinien w pierwszej kolejności ocenić, czy złożone oferty zawierają błędy w obliczeniu ceny i takich ofert nie brać pod uwagę wyliczając średnią arytmetyczną. Zdaniem odwołującego zamawiający bezpodstawnie tego nie zrobił, co przełożyło się na dalszy tok postępowania.

Odwołujący podniósł, że do obliczenia średniej arytmetycznej nie powinna zostać doliczona oferta złożona przez wykonawcę RETOCOM Sp. z o.o. Zdaniem odwołującego oferta ta została skalkulowana w sposób sprzeczny z oczekiwaniami Zamawiającego i nie może w tym przypadku stanowić punktu odniesienia dla innych wykonawców, w tym Odwołującego. Wskazywał, że RETOCOM w terminie składania ofert złożył jedynie formularz ofertowy oraz JEDZ. Nie dołączył przy tym żadnych innych dokumentów na potwierdzenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, ograniczając się jedynie do złożenia oświadczenia, że brakujące dokumenty złoży do 5.02.2021 r. — to jest, już po terminie składania ofert. Wykonawca ten nie przedstawił żadnych referencji, projektów oraz założeń

technicznych, wymaganych przez Zamawiającego. Według odwołującego, dokumenty złożone przez RETOCOM nie wyglądają jak „poważna” oferta. Nie sposób z niej wyczytać, jak z pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, czego de facto dotyczy złożona oferta.

Odwołujący argumentował, że cena w „ofercie” RETOCOM jest ponad 3 krotnie wyższa niż cena jego oferty i znacznie odbiega od cen zaproponowanych przez pozostałych oferentów. Zdaniem odwołującego, cena w ofercie RETOCOM jest „rażąco wysoka” i nie znajduje żadnego uzasadnienia w cenach stosowanych na rynku. Analiza działalności RETOCOM, z którą można zapoznać się na stronie internetowej tego wykonawcy, mieszczącej się pod adresem <http://www.retocom.eu/>, wskazuje, że oferent w ogóle nie zajmuje się działalnością polegającą na budowie instalacji PV — będącej przedmiotem postępowania. Działalność RETOCOM została opisana na stronie internetowej w następujący sposób:

*„Podstawowym profilem działalności jest projektowanie i wykonawstwo obiektów budownictwa telekomunikacyjnego.*

*Świadczymy również usługi z zakresu kierowania i nadzoru nad realizacją budowy.*

*Nasz zespół składa się z doświadczonych, potwierdzonych wieloletnią praktyką fachowców posiadających uprawnienia do projektowania i kierowania robotami w budownictwie telekomunikacyjnym.*

*Szczególne uwagę zwracamy, by nasze realizacje były wykonywane zgodnie z wymaganiami i oczekiwaniami naszych Klientów oraz aktualnie obowiązującymi przepisami prawa, dlatego przypominamy, że telekomunikacja — nadawanie, odbiór lub transmisja informacji, niezależnie od ich rodzaju, za pomocą przewodów, fal radiowych bądź optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną” — to określenie sformułowane w art. 2 punkt 42) ustawy Prawo Telekomunikacyjne.*

*Budownictwo telekomunikacyjne realizuje tak zdefiniowane obiekty, dla przykładu są to systemy samoczynnej sygnalizacji pożaru, telewizji przemysłowej, kontroli dostępu itp. Do realizacji budowli, gdzie mamy do czynienia z przekazem sygnałów, w zakresie projektowania i kierowania robotami, Prawo Budowlane wymaga uprawnień w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, nie elektrycznych! ”*

Zdaniem odwołującego istotne jest również, że wykonawca ten zadeklarował brak oparcia się o zasoby trzecie i nie polega na zdolnościach podmiotów trzecich. Tym samym, wykonawca zamierza sam zrealizować przedmiot zamówienia, pomimo, że nie ma żadnego doświadczenia w realizacji podobnych inwestycji. W kontekście oceny oferty złożonej przez REDOCOM warto zwrócić również uwagę, że poza wpisaniem danych osobowych do JEDZ nie wypełnił on praktycznie tego dokumentu. Jako niepoważne wygląda również oświadczenie, z którego wynika, że wykonawca co prawda nie zdążył złożyć pełnej oferty ale „obietuje” zrobić to w późniejszym terminie. RETOCOM nie złożył brakujących dokumentów

do dnia dzisiejszego. Zamawiający wezwał RETOCOM do złożenia dokumentów, aczkolwiek nie zostały złożone. Zdaniem odwołującego, oferta RETOCOM została złożona dla pozorów i nie ma nic wspólnego z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego. Złożona przez RETOCOM „oferta” nie dotyczy de facto przedmiotu zamówienia, gdyż za cenę podaną w „ofercie” można wybudować 1 kv instalacji nawet z elementów kupionych w komercyjnym sklepie dla amatorów. Odwołujący zakładał również, że Zamawiający zapytał wykonawcę RETOCOM, o to czy oferta zawiera badanie instalacji kamerą termowizyjną. RETOCOM nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, zatem należy uznać, że nie uwzględnił jej w cenie oferty. Według odwołującego już sam ten fakt, sprawia, że ofertę RETOCOM należy uznać za błędną pod kątem obliczenia ceny. Odwołujący wskazał, że bez oferty RETOCOM średnia arytmetyczna złożonych ofert wynosi 4.615,55 PLN. Co za tym idzie jego oferta jest droższa jedynie o 26,982% od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Odwołujący wywiódł, że jego oferta nie jest zatem wyższa o przynajmniej 30% od średniej wszystkich ofert, czego wymaga art. 91 ust. 1a PZP w celu badania rażąco niskiej ceny (bez uwzględniania oferty RETOCOM). Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie był uprawniony do wezwania go do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny na podstawie art. 91 ust. 1a PZP. Sama czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu do złożenia wyjaśnień jest wadliwa i powinna zostać unieważniona. Wskazywał, że nie taki był cel ustawodawcy, który wprowadził wymóg badania rażąco niskiej ceny, aby do średniej arytmetycznej wliczać również oferty, które są całkowicie niezgodne z SIWZ. Celem było porównanie ofert (również tych które zostały odrzucone), aczkolwiek tych które da się porównać. Z uwagi na jakość dokumentacji, a raczej jej brak, nie sposób porównać „oferty” złożonej przez RETOCOM z innymi ofertami.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1a ustawy Pzp jako spóźnionego, w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca M. S., prowadzący w Łodzi działalność gospodarczą pod nazwą SOLISYS, M. S.. Wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący, w trakcie posiedzenia Izby, przed otwarciem rozprawy oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego z 26 lutego 2021 r. skierowane do odwołującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia odwołującego z 3 marca 2021 r. co do ceny ofertowej odwołującego, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego z 18 czerwca 2021 r., załączniki do odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*.

Art. 89 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

- 4) *zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*
- 6) *zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu*.

Art. 90 ustawy Pzp stanowi, że

1. *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 2018 r. poz. 2177);*

*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.*

*1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:*

*1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;*

*2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.*

*2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

*3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Do postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *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.* Niniejsze postępowanie odwoławcze zostało wszczęte w dacie 28 czerwca 2021 r., a więc po dniu 31 grudnia 2020 r.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest wybór wykonawców do umowy ramowej na opracowanie koncepcji, zaprojektowanie i wybudowanie instalacji fotowoltaicznych na dachach obiektów PGNiG S.A.

Ustalono ponadto, że w załączniku nr 5 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) zamawiający wskazał w pkt II m.in., że *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.*

W pkt III. Załącznika nr 5 do SIWZ „Wymagania ogólne” zamawiający wskazał m.in.:

1. *Instalacja Fotowoltaiczna powinna składać się z paneli o mocy nie mniejszej niż 330 Wp każdy, posadowionych na Konstrukcji Wsporczej wraz z towarzyszącą infrastrukturą techniczną, zlokalizowaną na Obiekcie wskazanym przez Zamawiającego w Zleceniu.*

2. *Instalacja Fotowoltaiczna składać się będzie w szczególności z:*

- a. *Paneli Fotowoltaicznych zainstalowanych na systemowej Konstrukcji Wsporczej*
- b. *Falowników DC/AC*
- c. *Systemu wewnętrznej sieci kablowej nN łączącej poszczególne Panele Fotowoltaiczne z Falownikami, a następnie z przyłączem budynku, wraz z licznikiem*
- d. *Innej niezbędnej infrastruktury technicznej i układów transmisji danych dla potrzeb systemu sterowania i nadzoru w celu zapewnienia prawidłowego funkcjonowania i nadzoru eksploatacji Instalacji Fotowoltaicznej.*

3. *Zamawiający wymaga, aby Prace oraz wszelkie dostarczone urządzenia, materiały, wyposażenie, instalacje, wbudowane lub zainstalowane i uruchomione przez Wykonawcę spełniały wymagania Dokumentacji Projektowej i zaleceń konserwatorskich, jeżeli te występują w danym Zadaniu.*

4. *Wszystkie dostarczone przez Wykonawcę w ramach Prac materiały, wyposażenie i urządzenia muszą być fabrycznie nowe, tj. wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy przed datą dostawy na Teren Budowy.*

5. *Materiały, wyposażenie i urządzenia powinny:*

- a. *być wolne od wad fizycznych i prawnych, pełnowartościowe, zdatne do zamierzonego użytku. Spełniać będą wymogi wprowadzenia do obrotu, o których mowa w art. 10 Prawa Budowlanego, będą zgodne z Umową, Prawem Właściwym, w szczególności z przepisami ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (tekst jednolity: Dz.U. z 2020 r. poz. 215 ze zm.) oraz przepisami wykonawczymi do tej ustawy.*
- b. *posiadać stosowne aprobaty techniczne wymagane Prawem Właściwym, wykazane odpowiednim dokumentem stwierdzającym zgodność z odpowiednią Normą czy standardem (jeśli posiadanie takiego dokumentu jest wymagane zgodnie z Prawem Właściwym lub wymaganiami Zamawiającego).*

c. spełniać wszystkie wymagania techniczne i jakościowe określone przez Zamawiającego w niniejszym dokumencie.

6. Instalacja Fotowoltaiczna, jej główne komponenty i systemy muszą być zaprojektowane i wykonane na czas pracy nie krótszy niż 25 lat od momentu przekazania Instalacji do eksploatacji.

7. Komponenty Instalacji Fotowoltaicznej muszą być wymienne.

8. Żaden z komponentów, punktów pomiarowych nie może być tak wykonany bądź umiejscowiony, aby uniemożliwić naprawę, kalibrację bądź pomiar.

9. Wyposażenie, komponenty Instalacji Fotowoltaicznej muszą funkcjonować prawidłowo w całym planowanym okresie eksploatacji Instalacji z ustaloną i gwarantowaną przez producenta dokładnością i sprawnością w warunkach atmosferycznych (temperatura, nasłonecznienie, wilgotność) występujących w miejscu lokalizacji Instalacji Fotowoltaicznej.

10. Dokumentację powykonawczą należy wykonać w wersji papierowej w 3 egz. oraz w wersji elektronicznej, wersja elektroniczna winna posiadać nazewnictwo tożsame z zawartością treści oryginału egzemplarza dokumentacji w wersji papierowej.

11. Wykonawca po zakończeniu Prac objętych Zleceniem sporządzi Kosztorys powykonawczy.

Ustalono także, że w pkt 14 SIWZ „opis sposobu obliczenia ceny” zamawiający wskazał m.in.

14.1. 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.

14.2. Cena określona w ofercie uwzględnia wszelkie koszty wynagrodzenia Wykonawcy jakie Zamawiający zapłaci z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia.

14.7. 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 zamawiający wskazał, że 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.

Ustalono także, że w pkt 1 Formularza ofertowego, który stanowił załącznik nr 2 do SIWZ, należało wskazać maksymalną cenę w przeliczeniu na 1kWp instalacji. We wzorze formularza ofertowego zamawiający wskazał także, że *Maksymalna cena w przeliczeniu na 1 kWp instalacji 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.*

W dalszej kolejności ustalono, że na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 15.990.000,00 zł brutto. Do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły oferty, w których wykonawcy zaoferowali następujące maksymalne ceny w przeliczeniu na 1 kWp instalacji

- a) odwołujący – cena: 3.370,20 zł brutto,
- b) przystępujący - cena: 3.776,10 zł brutto,
- c) wykonawca Grodno S.A. – cena: 4.244,40 zł brutto,
- d) wykonawca Veelman sp. z o.o. - cena: – 4.292,70 zł brutto,
- e) wykonawca Polska Korporacja Fotowoltaiczna – cena: 4.302,54 zł brutto,
- f) konsorcjum RM Proinvest sp. z o.o. – cena: 4.674,00 zł brutto,
- g) wykonawca West Wind Solar sp. z o.o. – cena: 5.166,00 zł brutto,
- h) konsorcjum Hymon Fotowoltaika sp. z o.o. – cena: 5.320,97 zł brutto,
- i) wykonawca 2MKP Energia sp. z o.o. – cena: 7.134,00 zł brutto,
- j) wykonawca Retocom sp. z o.o. – cena: 9.594,00 zł brutto

*(por. informacja z otwarcia ofert, w aktach sprawy).*

Ustalono ponadto, że pismem z dnia 26 lutego 2021 r. zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. Zamawiający w ww. wezwaniu wskazał, iż powziął wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia za cenę wskazaną w ofercie odwołującego. Dodatkowo wskazał, że 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.



W wezwaniu zamawiający 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 dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z dnia 3 marca 2021 r. W złożonych wyjaśnieniach odwołujący 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. Wykorzystywanego 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 dodatkowo, 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/więźby 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 wyjaśnił ponadto, 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 umożliwiało precyzyjne oszacowanie kosztów wykonania instalacji fotowoltaicznej. Oświadczył, że 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.

Następnie ustalono, że pismem z dnia 18 czerwca 2021 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności zamawiający wskazał, co następuje:

*Z treści złożonych wyjaśnień Zamawiający powziął jedynie informacje na temat założeń jakie legły u podstaw wyceny oferty Wykonawcy. Jednakże treść złożonych wyjaśnień jest lakoniczna, nie poparta żadnymi kalkulacjami cenowymi ani dowodami, które potwierdzałyby twierdzenia zawarte w treści wyjaśnień. Tymczasem lektura tegoż dokumentu powinna dostarczyć Zamawiającemu informacji o założonych przez Wykonawcę kosztach realizacji zamówień, w szczególności, materiałach przyjętych do wyceny i źródłach ich pochodzenia, pracy pracowników skierowanych do realizacji zamówienia, obsługi gwarancyjnej, przejazdów, delegacji, wysokości przyjętej do wyceny marży. Wykonawca powinien był również wykazać, że przyjęta do wyceny oferty zryczałtowana cena ze 1 kW pozwoli na realizację postępowań wykonawczych w ramach umowy ramowej przez cały okres jej obowiązywania, a tego nie uczynił, poprzestał jedynie na złożeniu oświadczenia, że wszystkie elementy (robocizna, materiały i sprzęt) zostały oszacowane według obowiązujących stawek rynkowych, a następnie powiększone o naszą marżę.*

*Zdaniem Zamawiającego z treści przez Wykonawcę wyjaśnień winno wynikać bezspornie, że cena zaoferowana przez Wykonawcę jest ceną wiarygodną i porównywalną w stosunku do cen obowiązujących na rynku za realizację tego zamówienia oraz iż realizacja przedmiotu zamówienia nie będzie poniżej kosztów przedsiębiorcy. Zamawiający nadmienia również, iż dla zakwalifikowania oferty do dalszego etapu postępowania nie pst wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień wskazujących, że cena złożonej przez Wykonawcę oferty nie jest nierealistyczna i gwarantuje realizację zamówień zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.*

*W tym miejscu podnieść należy, że Zamawiający nie ma obowiązku pouczenia wykonawców dlaczego uważa cenę za zbyt niską, a także przedstawienia oczekiwanego katalogu dowodów czy metody kalkulacji ceny przyjętej w ofercie, wręcz przeciwnie od chwili*

*przekazania wezwania do złożenia wyjaśnień ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy, który ofertę złożył. Wykonawca nie sprostął oczekiwaniom zarówno Ustawodawcy, jak i Zamawiającego w tym zakresie. Nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, z czym wiąże się sankcja w postaci odrzucenia jego oferty.*

*W związku z powyższym Zamawiający nie miał także podstaw, aby dalej wzywać wykonawcę do składania wyjaśnień, bowiem wskutek nie zastosowania do treści pierwotnego wezwania, lakoniczność wyjaśnień, brak kalkulacji i dowodów uznać należy, że Wykonawca de facto wyjaśnień Zamawiającemu nie udzielił.*

*Zamawiający podnosi również, że postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 1026/21, które toczyło się z odwołania wniesionego przez Wykonawcę, w szczególności złożone dowody a także argumenty podnoszone w toku rozprawy nie mogą służyć konwalidacji wadliwie przeprowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czynności Wykonawcy, zwłaszcza, że tematyka rażąco niskiej ceny nie była przedmiotem oceny Izby w ww. postępowaniu odwoławczym. W ocenie Zamawiającego przypisanie Wykonawcy zaistniałemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego skutku odmiennego aniżeli odrzucenie oferty, a co za tym idzie ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień naruszałoby art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem przepis art. 90 ust. 3 Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a Zamawiający nie może zrównywać sytuacji Wykonawców, który do wezwania się zastosowali z sytuacją wykonawcy, który tego nie uczynił.*

**Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie zasługiwało na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Npzp, art. 568 pkt 1 ustawy NPzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania, tj. zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy NPzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.* Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.*

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 16 lipca 2021 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy NPzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z

popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy NPzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek skierowania do wykonawców wezwania do złożenia wyjaśnień w razie ziszczenia się przesłanek określonych w tym przepisie. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp ma obowiązek wyjaśnić wszystkie okoliczności mające wpływ na cenę, w tym również okoliczności przykładowo wymienione przez ustawodawcę w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a więc i koszty pracy, rozwiązania techniczne, warunki wykonywania zamówienia, metody wykonywania zamówienia, oryginalność projektu, itd. Skoro zamawiający zdecydował się skierować wezwanie to obowiązkiem wykonawcy było złożenie szczegółowych, precyzyjnych, konkretnych, weryfikowalnych i popartych dowodami wyjaśnień. Na konieczność złożenia takich właśnie wyjaśnień zamawiający zwracał uwagę odwołującemu w wezwaniu.

Jak wynika z treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, polski ustawodawca przesądził, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie muszą zaś obalić owo domniemanie.

W analizowanej sprawie Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostął wynikającemu z przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp ciężarowi wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska. Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo uznał, że odwołujący pomimo wezwania nie złożył mu prawidłowych wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Nie można było się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego jakoby wezwanie zamawiającego z 26 lutego 2021 r. skierowanie do odwołującego do złożenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny było niedostateczne.

Wbrew stanowisku odwołującego przedstawionym w odwołaniu, zamawiający nie prosił go jedynie o wyjaśnienie wyłącznie jednej kwestii na mianowicie czy w cenie oferty uwzględniono koszty wykonania analizy wytrzymałościowej dachu (więźby dachowej) oraz badań z wykorzystaniem kamer termowizyjnych. Uważna lektura wezwania, co zdawał się pomijać odwołujący, prowadziła do wniosku, że zamawiający wezwał wykonawcę także do złożenia kalkulacji ceny ofertowej, obejmującej wszystkie istotne cenotwórczo elementy oferty, wszystkie kategorie kosztów, a także ujawniającej założoną marżę i zysk. Ponadto, podkreślenia wymagało, że w treści wezwania zamawiający wskazał także wykonawcy na konieczność odniesienia się do okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp, a więc m.in. kosztów wynikających z przepisów prawa pracy i zabezpieczeń społecznych. Wreszcie zamawiający nałożył na odwołującego obowiązek przedstawienia dowodów odnoszących się do twierdzeń przedstawianych w wyjaśnieniach. Pouczył także, że w razie nieprzedstawienia żądanych wyjaśnień oferta zostanie odrzucona, zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby odwołujący nie odpowiedział prawidłowo na treść wezwania zamawiającego w wyjaśnieniach z dnia 3 marca 2021 r.

Wyjaśnienia odwołującego okazały się nad wyraz ogólne i lakoniczne. W znacznej części pismo odwołującego zawierało jedynie powielenie postanowień SIWZ oraz rozważania na temat tego, od czego zależy cena konkretnej mikroinstalacji fotowoltaicznej. Dostrzeżenia wymagało, że sporne wyjaśnienia nie zawierały wskazania ani jednej kwoty, więc nie można było mówić o przedstawieniu kalkulacji jakiegokolwiek czynnika cenotwórczego. W końcowej części wyjaśnień wykonawca złożył jedynie zapewnienie, że cena jest ceną przyjętą wg stawek rynkowych i oświadczył, że w cenie uwzględnił jakąś marżę, nie ujawniając jednak, wbrew wezwaniu, jej wysokości.

Odwołujący nie może usprawiedliwiać niezłożenia wymaganych wyjaśnień charakterem postępowania. Wprawdzie rzeczywiście przedmiotem zamówienia było zawarcie umowy ramowej na zaprojektowanie i wykonanie instalacji fotowoltaicznych na dachach obiektów zamawiającego na terenie całej Polski. Prawdą jest także, że zamawiający w SIWZ nie wskazał lokalizacji tych obiektów. Takie ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia nie oznaczało jednak, że cena mogła być skalkulowana dowolnie, a wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1a ustawy Pzp, de facto był uprawniony od uchylenia się od wytłumaczenia, jak wyliczył cenę z formularza ofertowego. Taka konstrukcja SIWZ oznaczała, że kalkulując cenę za 1kWp instalacji, wykonawca powinien był wykazać, że przyjęta do wyceny oferty zryczałtowana cena ze 1 kWp instalacji

pozwole na realizację postępowań wykonawczych w ramach umowy ramowej przez cały okres jej obowiązywania, niezależnie od lokalizacji obiektu, na jakim będzie posadowiona instalacja. Jak bowiem wynikało z pkt 14.7 SIWZ, *ceny jednostkowe, które będzie podawał wykonawca w postępowaniu wykonawczym nie mogą być wyższe niż określone w umowie ramowej*. Takie opisanie sposobu obliczenia ceny w analizowanym postępowaniu o zawarcie umowy ramowej nie zwalniało więc odwołującego od ujawnienia, podania i wyjaśnienia, oraz udowodnienia wysokości kosztów, jakie wszak musiał uwzględnić kalkulując maksymalną cenę za 1kWp instalacji podawaną w formularzu ofertowym.

Podkreślenia wymagało również, że zgodnie z treścią wezwania powinny zostać wyjaśnione i wykazane przyjęte w cenie koszty wynikające z przepisów prawa pracy i zabezpieczeń społecznych. W trakcie rozprawy w dniu 16 lipca 2021 r. odwołujący oświadczył, że jego założeniem przy kalkulowaniu było, iż do realizacji zamówienia będą kierowane ekipy instalatorów zamieszkujących jak najbliżej miejsca montażu instalacji. Argumentował, że z instalatorami tymi zamierza zawrzeć umowy cywilnoprawne. Powyższe twierdzenia należało na obecnym etapie uznać za spóźnione. Okoliczność ta oraz wyliczenia kosztów z nią związanych powinny być przedstawione i udowodnione zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Jeśli odwołujący w ten sposób zamierzał realizować przedmiot zamówienia, to wezwany do przedstawienia kosztów wynikających z przepisów o zabezpieczeniu społecznym, powinien ujawnić kalkulacje w tym zakresie, czego nie uczynił. Za spóźnione należało zaś uznać próby składania wyjaśnień w tym zakresie dopiero w toku postępowania odwoławczego przed Izbą.

Zgodzić należało się także z zamawiającym, że wykonawca nie ujawnił ani nie udowodnił w wyjaśnieniach z 3 marca 2021 r. jak kalkulował w cenie oferty koszty obsługi gwarancyjnej czy materiałów. Rozważań w tym zakresie próżno było szukać w treści wyjaśnień. Wbrew stanowisku odwołującego, zamawiającemu nie chodziło o kalkulację kosztów konkretnej instalacji w konkretnej lokalizacji, ale kalkulację kosztów przyjętą przy wycenie, która odwołujący powinien sporządzić, jeśli decydował się na złożenie oferty zamawiającemu w postępowaniu o charakterze ramowym, gdzie należało podać siłą rzeczy stawki maksymalne w formularzu oferty.

W okolicznościach danej sprawy zamawiający nie miał prawa ani obowiązku wezwać odwołującego ponownie do złożenia kolejnych wyjaśnień. W świetle orzecznictwa Izby taka możliwość istniałaby, gdyby wykonawca zastosował się do pierwszego wezwania, a jedynie lektura udzielonych wyjaśnień wywołałaby jakieś ewentualne niejasności, które podlegałyby dalszym wyjaśnieniom. Jednakże ponowne wezwanie należało uznać za niedopuszczalne w sytuacji, w której odwołujący w zdecydowanej większości w ogóle nie udzielił wyjaśnień. Powtórne wezwanie musiałoby polegać de facto na ponownym wezwaniu odwołującego do

złożenia kalkulacji, dowodów na poparcie kosztów, o których mowa w nieprzedstawionej kalkulacji.

Odwołujący niezasadnie także domagał się, aby zamawiający przy ocenie jego wyjaśnień z 3 marca 2021 r. wziął pod uwagę dowody, które odwołujący złożył po terminie wyznaczonym przez zamawiającego w wezwaniu, w toku poprzedniego postępowania odwoławczego przed Izbą w sprawie o sygn. akt KIO 1026/21. Zamawiający prawidłowo wyjaśnił powody niewzięcia pod uwagę tych dowodów w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego z 18 czerwca 2021 r. Dowody te nie mogły służyć konwalidacji zaniechań odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym. Zgodnie z art. 90 ust. 2-3 ustawy Pzp, obalenie domniemania, że zaoferowana cena jest rażąco niska odbywa się w postępowaniu o udzielenie zamówienia przed zamawiającym. Rolą zamawiającego jest zaś weryfikacja, czy po pierwsze żądane wyjaśnienia zostały złożone, a następnie ich zbadanie merytoryczne.

Odwołujący nie może także bronić się argumentem, jakoby zamawiający miał obowiązek znać poziom cen rynkowych wynikający z dowodów, które odwołujący złożył w postępowaniu odwoławczym przed Izbą w sprawie sygn. akt KIO 1026/21. Powyższa argumentacja odwołującego pozostawała w sprzeczności z przepisami art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, które są jasne. Zgodnie z tymi regulacjami, to wykonawca ma obowiązek przedstawić w określonym terminie wyjaśnienia i dowody świadczące o tym, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Zamawiający nie ma zaś obowiązku poszukiwać takich dowodów za wykonawcę ani uwzględniać dowodów, które wykonawca składa z uchybieniem terminu.

Nietrafny okazał się argument odwołującego, który wywiódł, że zamawiający nie powinien odrzucać jego oferty, która jest ofertą z najniższą ceną, z powodu konieczności ochrony środków publicznych. Stanowisko odwołującego nie znajduje oparcia w przepisach ustawy. Ustawodawca przewidział, że zamawiający w sytuacjach, o których mowa w art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp ma obowiązek zbadania realności cen ofert budzących wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia za ceny w nich wskazane. Ustawodawca jasno także uregulował, że z chwilą wezwania po stronie wykonawcy aktualizuje się obowiązek wykazania realności ceny i obalenia domniemania prawnego w tym zakresie, któremu odwołujący nie sprostał. Z tego obowiązku nie zwalniał odwołującego w szczególności fakt, że złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo dla zamawiającego.

Reasumując należało stwierdzić, że wbrew stanowisku odwołującego wezwanie zamawiającego było dostateczne, precyzyjne, a to odwołujący nie zastosował się do jego treści. Wobec powyższego uznano, że czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odpowiadała prawu.

Izba przy wyrokowaniu pominęła załączone przez odwołującego do odwołania dowody:



- a) FV potwierdzającą cenę jednostkową zakupu i montażu instalacji PV (załącznik 10),
- b) umowę potwierdzającą cenę jednostkową zakupu i montażu instalacji PV z 2020 r. (załącznik 11),
- c) umowę potwierdzającą cenę jednostkową zakupu i montażu instalacji PV z 2020 r. (załącznik 12).

Izba stwierdziła, że fakty mające być stwierdzone tymi dowodami nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Dowody te zostały powołane bowiem na okoliczność realności ceny ofertowej odwołującego. Tymczasem przedmiotem rozstrzygnięcia Izby była legalność czynności zamawiającego polecającej na odrzuceniu oferty odwołującego z 18 czerwca 2021 r. z powodu niezłożenia zamawiającemu w wyznaczonym terminie wyjaśnień i dowodów obalających domniemanie rażąco niskiej ceny.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Retocom sp. z o.o., która miała zawierać błąd w obliczaniu ceny.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że omawiany zarzut był zarzutem przedwczesnym. Jak wynikało z dokumentacji postępowania i odpowiedzi na odwołanie, zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej i nie zakończył badania i oceny oferty wykonawcy Retocom. Zamawiający może jeszcze odrzucić tę ofertę, co przesądzało o przedwczesności zarzutu.

Po drugie, jak wynikało z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, do wyliczenia średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu, o której mowa w tym przepisie, uwzględnia się również ceny ofert wykonawców, które podlegają odrzuceniu. Tak więc nawet ewentualne odrzucenie tej oferty nie zmieni omawianej średniej.

Na marginesie należało stwierdzić, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że cena tej oferty jest obarczona jakimś błędem. W szczególności nie świadczył o tym podnoszony przez odwołującego argument o niezłączeniu do oferty niektórych dokumentów czy sam poziom jej ceny, która choć była najdroższą spośród wszystkich ofert, to jednak nie odbiegała od nich w sposób drastyczny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że została oparta na jakichś założeniach nieznanymi treści SIWZ. Wobec powyższego, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp podlegał oddaleniu.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miało charakter

formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy NPzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.*

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy NPzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich

rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....