

Sygn. akt: KIO 66/20

**WYROK**  
**z dnia 27 stycznia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2020 r. przez wykonawcę: **Eltech sp. z o.o., ul. Żelazna 6, 41-709 Ruda Śląska** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Ruda Śląska, Plac Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska,**

przy udziale wykonawcy **S. Systemy Solarne Sp. z o.o. ul. Józefa Wybickiego 71, 32-400 Myślenice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Eltech sp. z o.o., ul. Żelazna 6, 41-709 Ruda Śląska, i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Eltech sp. z o.o., ul. Żelazna 6, 41-709 Ruda Śląska tytułem wpisu od odwołania,**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach.**

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Miasto Ruda Śląska, ul. Jana Pawła II, 41-709 Ruda Śląska prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dofinansowanie do budowy instalacji OZE w budownictwie jednorodzinym na terenie miasta Ruda Śląska etap II”-projektuj i buduj.” Zamówienie zostało podzielone na trzy części. Część 1 zamówienia dotyczy wykonania instalacji fotowoltaicznej na terenie miasta Ruda Śląska w ilości 134 sztuk, część 2 dotyczy wykonania instalacji solarnych w ilości 24 sztuk, a część 3 obejmuje wykonanie 14 pomp ciepła.

W dniu 8 stycznia 2020 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 oraz opublikował ww. informację na stronie internetowej. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę S. Systemy Solarne Sp. z o.o. z siedzibą w Myślenicach.

Wykonawca Eltech Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej wniósł odwołanie wobec powyższej czynności. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „Pzp”:

- 1) art. 90 ust 1 Pzp, poprzez brak wezwania wykonawcy S. Systemy Solarne Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny, w sytuacji gdy istniały przesłanki do podjęcia wątpliwości czy oferta ww. wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do wymagań co do przedmiotu zamówienia określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a w szczególności w Programie Funkcjonalno-Użytkowym,
- 2) art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, poprzez brak wezwania wykonawcy S. Systemy Solarne Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny, która jest niższa o 30% niż wartość przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S. Systemy Solarne Sp. z o.o., która zawiera cenę rażąco niską.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy S. SYSTEMY SOLARNE SP. Z O.O.
- 3) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
- 4) zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania,

ewentualnie:

- 1) zwrócenia się do wykonawcy S. Systemy Solarne Sp. z o.o. o wyjaśnienie zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ust 1 Pzp,

2) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

Odwołujący wyjaśnił, że złożona przez niego oferta na część 1 zamówienia zajęła drugie miejsce w rankingu ofert. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy prawo zamówień publicznych i odrzucił ofertę, która została wybrana, to oferta Odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę na wykonanie instalacji fotowoltaicznej oferując cenę w wysokości 2.792.615,05 zł brutto i przedstawiając w ofercie dokładne parametry oferowanych paneli fotowoltaicznych. Cena oferty wykonawcy S. Systemy Solarne Sp. z o.o. wynosi 2.266.251,67 zł brutto. Zarówno Odwołujący, jak i ww. wykonawca zaoferowali 12 letnią gwarancję na inwerter, 6-letni okres gwarancji na pozostałą instalację fotowoltaiczną oraz 2 dni na usunięcie wad i usterek instalacji fotowoltaicznej.

W informacji z otwarcia ofert Zamawiający wskazał, że zamierza przeznaczyć na realizację pierwszej części zamówienia kwotę 3.430.848,96 zł brutto.

Odwołujący zwrócił uwagę, że cena oferty wybranej jest ceną najniższą zaoferowaną w postępowaniu. Kolejny wykonawca z najniższą ceną ofertową, którego oferta nie została odrzucona to Ekoloenergia Sp. z o.o. - zaoferował on cenę w wysokości 2.698.380 zł. Różnica pomiędzy kwotą oferowaną przez wybranego wykonawcę a drugą najniższą ceną ofertową wynosi 432.128,33 zł, przy czym wykonawca ten zaoferował krótszy okres gwarancji na inwerter wynoszący 10 lat, a nie 12 jak wykonawca wybrany. Różnica zatem pomiędzy drugą najniższą ceną a ceną zaoferowaną przez wykonawcę, którego oferta została wybrana wynosi ok 18%, a w przypadku pozostałych ofert wzrasta ona w dużym tempie. Przy trzecim wykonawcy, tj. Odwołującym wynosi ok 23% (526.363,38 zł). Już same powyższe wyliczenia należy uznać za dające wątpliwość, czy cena oferowana przez wybranego wykonawcę nie jest rażąco niska. Trudno bowiem uznać, że przy takiej wysokości ceny istnieje możliwość wykonania z zyskiem przedmiotu zamówienia. Mieć należy na uwadze, że wykonawca winien w ramach prowadzonych robót użyć materiały, które zostały wskazane w Programie Funkcjonalno-Użytkowym stanowiącym załącznik do SIWZ. Zamawiający przewidział, że panele fotowoltaiczne powinny spełniać określone w SIWZ kryteria.

Przechodząc do analizy poszczególnych składników ceny Odwołujący wskazał:

- oferta wybrana - 2.098.380 zł netto, oferta Odwołującego - 2.585.755 zł netto - różnica w cenie netto wynosi - 487.375 zł netto
- wartość robocizny w ofercie Odwołującego - 495.447 zł (robocizna wyliczona z roboczogodzin 7.286 rbg. x stawka 68 zł/ rbg. (stawka rbg obejmuje koszty zatrudnienia pracowników oraz zysk Odwołującego). Stawki techników, którzy montują fotowoltaikę wynoszą 20-21 zł netto, a na umowę o pracę kosztuje 45 zł - stąd 68 zł.
- wybrany wykonawca zaoferował 12 lat gwarancji na produkt, co eliminuje większość

produktów z Chin , łącznie z najlepszymi producentami, którzy oferują 10 lat. Taką gwarancję oferuje polski producent paneli firma BrukBet, są to wyroby dobrej jakości - zgodność ze standardami zawartymi w czterech normach (ogólna liczba paneli 2063 szt.).

Odwołujący zaoferował panel firmy Bruk Bet Solar z Tamowa w cenie 499 zł (wartość łączna 1.029.437 zł). Produkty dobrej jakości ale nie spełniające wymagań - gwarancja tylko 10 lat oraz brak wszystkich certyfikatów - cena 449 zł/szt. (łącznie wartość 926.287 zł). Produkt nie markowy, nie spełniający wymagań – cena ok. 350 zł (łącznie wartość 722.050 zł).

Ceny pozostałych składników instalacji w ofercie wybranej zapewne były na porównywalnym poziomie z ofertą Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego, wartość robocizny wraz z zyskiem z tej instalacji – wynosi 495.447 zł (robocizna wyliczona na poziomie 90 % dotychczasowych wycen).

Firma zewnętrzna z małopolski poniesie większe koszty robocizny niż firma lokalna. Robocizna + zysk są większe o 8.072 zł od różnicy pomiędzy dwiema ofertami (drugą w kolejności i wybraną). Biorąc pod uwagę cenę za 1 KWp (kilowat mocy szczytowej liczony moc paneli x ilość). Z wyliczenia wychodzi  $2063 \times 0,315 \text{ KWp} \text{ mocy} = 649 \text{ KWp}$ . Wartość oferty  $2098380/649 = 3.233 + 8\% \text{ VAT} = 3.492 \text{ zł}$  za jeden kilowat mocy. Jest to bardzo niska cena poniżej cen rynkowych.

Podsumowując, podana cena za wykonanie tego zadania jest nierealna zakładając legalne zatrudnienie pracowników jak i również zaoferowanie produktów zgodnych z wymaganiami Zamawiającego. Tym bardziej zasadne jest powzięcie wątpliwości przez Zamawiającego wymagających wyjaśnienia w myśl art. 90 ust. 1 Pzp.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył również art. 90 ust. 1a pkt. 1 Pzp, zgodnie bowiem z tym przepisem w przypadku gdy cena ofertowa wykonawcy, którego oferta została wybrana wynosi 2.266.251,67 zł a kwota, którą Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia wynosi 3.430.848,96 zł, to nie może być wątpliwości, że kwota ta nie jest równoznaczna lub zbliżona do wartości przedmiotu zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. Różnica pomiędzy ceną ww. wykonawcy, a kwotą przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia wynosi 1.029.254,40 zł, co stanowi 30%. W przeciwieństwie do art. 90 ust. 1 w przypadku art. 90 ust. 1a pkt 1 Zamawiający nie ma wyboru co do podjęcia czynności wyjaśniających - jest zobowiązany zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. Powyższe stanowisko co do obowiązku wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień zasadniczo potwierdza doktryna, jak i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zdaniem Odwołującego, nie ma możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia za oferowaną przez wybranego wykonawcę, przy założeniu wykorzystania materiałów o jakości wymaganej przez Zamawiającego. Według informacji uzyskanych przez Odwołującego w ofercie S. Systemy Solarne sp. z o.o. przyjęto wykonanie instalacji

fotowoltaicznej przy zastosowaniu paneli fotowoltaicznych importera paneli fotowoltaicznej z Rudy Śląskiej, tj. MP Solar sp. z o.o. Według karty katalogowej producenta ww. panele fotowoltaiczne posiadają tylko dwa certyfikaty IEC62716 oraz IEC61707 z czterech wymaganych przez Zamawiającego.

Co prawda w SIWZ Zamawiający nie przewidział obowiązku dostarczenia do oferty dokumentów potwierdzających rodzaje paneli fotowoltaicznych, które będą użyte w wykonaniu zamówienia lub potwierdzenia czy panele te spełniają wymogi SIWZ, poprzez załączenie do oferty odpowiednich certyfikatów, jednakże informacje na temat rodzaju paneli fotowoltaicznych jakie ww. wykonawca przewidział w ofercie Zamawiający mógł uzyskać w trybie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień z uwagi na podejrzenie rażąco niskiej ceny. Jest to o tyle istotne i celowe, że rodzaj zastosowanych paneli i ich cena ze względu na ich ilość stanowi najważniejszy składnik ceny za zrealizowania zamówienia publicznego. Odwołujący załączył katalog Wysokowydajne monokrystaliczne moduły fotowoltaiczne MP-M-305W-315W, Certyfikat Nr Z2 17 11 03057 001, Certyfikat Nr Z2 17 11 03057 002 na okoliczność rodzaju paneli fotowoltaicznych przewidzianych w ofercie S. Systemy Solarne sp. z o.o., danych technicznych, braku wymaganych certyfikatów, braku spełnienia wymogów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykonawca S. Systemy Solarne sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Uzasadniając wniosek o oddalenie odwołania, wskazał, jak poniżej.

Twierdzenie Odwołującego o braku wezwania Spółki S. Systemy Solarne Sp. z o.o., do wyjaśnienia ceny oferty, mimo że istniały przesłanki do takiego działania nie jest prawdą, bowiem pismem z dnia 14.12.2019 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp - cena złożonej oferty jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Wykonawca w dniu 18.12.2019 r. przedstawił Zamawiającemu szczegółową kalkulację ceny wraz z ofertami oraz pozostałymi wyjaśnieniami, które precyzowały założenia kalkulacji oferty. Po analizie tej odpowiedzi Zamawiający uznał zasadność złożonych dokumentów. Zarzut, jakoby Zamawiający uchylał się od stosowania przepisów ustawy jest zatem bezpodstawny i podlega oddaleniu.

Zarzut, iż moduł oferowany przez Przystępującego nie spełnia wymagań przetargu jest także bezpodstawny. Zgodnie z zapisami SIWZ, wykonawcy nie mieli obowiązku na etapie składania ofert deklarować ani parametrów zastosowanych modułów, ani dołączać do oferty dokumentów technicznych. Wspomniane dokumenty, zgodnie z umową mają być przedstawione przed jej podpisaniem. Odwołujący nie ma zatem żadnych podstaw aby

twierdzić, że w ramach złożonej oferty zaproponowano produkt nieodpowiadający zapisom dokumentacji przetargowej.

Odwołujący dołączył do treści odwołania załączniki, które zawierają rozbieżne informacje. Z jednej strony zamieszczono kartę katalogową modułów monokrystalicznych o oznaczeniu MP-M-305-315W, z drugiej - certyfikat zgodności z normami wystawiony dla modułów polikrystalicznych MP-P. Odwołujący nie ma żadnych podstaw aby zakładać, jaki produkt oraz w jakiej technologii został przyjęty w ofercie.

Zarzut, że podane przez Zamawiającego parametry modułów w sposób znaczący ograniczały dobór urządzeń, a wręcz wymuszały do korzystania z droższych rozwiązań nie jest zasadny, gdyż podane przez Zamawiającego parametry, w żadnym stopniu nie ograniczały doboru urządzeń, wręcz przeciwnie, pozwalały na zastosowanie wielu produktów od różnych dostawców, zarówno tańszych producentów, jak i droższych. Podane przez Odwołującego przykładowe ceny nie zostały udowodnione i w żaden sposób nie odpowiadają obecnym realiom rynkowym. W trakcie przygotowania oferty przetargowej Spółka otrzymała co najmniej 3 oferty różnych dostawców na moduły o mocy 315W spełniające zapisy przetargu, których ceny były bardzo zbliżone i wynosiły ok. 0,23-0,24 euro/W netto, tj. ok. 309,00 - 321,00 zł/moduł netto, (np. JA Solar, Ulica Solar, MP Solar Group).

Podsumowując, zdaniem Przystępującego, przedstawione w odwołaniu zarzuty są bezpodstawne i w całości winny podlegać oddaleniu.

Zamawiający, pismem z dnia 21 stycznia 2020 r. wniósł odpowiedź na odwołanie żądając oddalenia odwołania w całości.

Zarzuty naruszenia art. 90 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzpy odnoszą się do braku wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny. Wbrew temu co twierdzi Odwołujący, Zamawiający przeanalizował zaoferowane przez wszystkich wykonawców ceny pod kątem tego, czy nie wydają się one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Potwierdza to protokół z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 13.12.2019 r. Pismem z dnia 14.12.2019 r. Zamawiający wezwał ww. wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, tj. do 19.12.2019 r. Przystępujący przedłożył stosowne wyjaśnienia wraz ze szczegółową kalkulacją oraz innymi dowodami na potwierdzenie składanych wyjaśnień (pismo z dnia 16 grudnia 2019 r. przekazane Zamawiającemu w dniu 18.12.2019 r.). Wyjaśnienia wraz z dowodami zostały objęte przez wykonawcę zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w części uznał te zastrzeżenia za nieskuteczne, o czym poinformował wykonawcę (pismo stanowiące uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz jeden z załączników tj. informacje z otwarcia ofert).

Po analizie otrzymanych wyjaśnień oraz załączonych do nich dowodów Zamawiający uznał, iż wykonawca wykazał realność zaoferowanej ceny i brak jest podstaw do jej kwestionowania. Zamawiający podkreślił, iż w wyjaśnieniach wskazał na te okoliczności, które pozwalają mu zaoferować cenę na określonym poziomie, potwierdzając to niezbędnymi dowodami m.in. szczegółową kalkulacją zawierającą w szczególności koszt robocizny oraz ofertami. Wykonawca wykazał także osiągnięcie przy realizacji zamówienia zysku w określonej wysokości. Mając na uwadze powyższe, za bezprzedmiotową należy uznać znaczną część odwołania i podnoszonych w nim argumentów. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący postawił zarzuty bez zażądania przekazania mu protokołu postępowania wraz z załącznikami.

Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego. Zdaniem Zamawiającego wezwany do wyjaśnień wykonawca sprostał ciężarowi udowodnienia tego, że oferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący, poza wskazaniem tego, w jaki sposób skalkulował on cenę oraz ogólnym stwierdzeniem, że firma zewnętrzna poniesie wyraźnie większe koszty robocizny niż firma lokalna nie udowodnił w żaden sposób tego, że oferowana cena jest nierealna. Odwołujący w dużej mierze oparł się na domniemaniu, że za podaną cenę nie da się zrealizować zamówienia poddając przy tym w wątpliwość spełnianie przez wybraną ofertę wymagań opisanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU).

Zamawiający wskazał, że w tym przypadku Odwołujący po raz kolejny oparł się na domniemaniu, które wywodzi z analizy karty katalogowej zamieszczonej na stronie internetowej producenta. Zamawiający zauważył, że informacji podawanych na stronach internetowych nie można uznać za wiarygodne źródło informacji, gdyż często nie są one na bieżąco aktualizowane.

Zamawiający wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu na wezwanie do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, wykonawca nie tylko złożył wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, ale także wskazał na parametry oferowanych paneli fotowoltaicznych oraz falowników, potwierdzające spełnianie parametrów wskazanych w PFU. Nie jest również prawdą to, że zaoferowane przez Przystępującego panele fotowoltaiczne posiadają tylko dwa certyfikaty wymagane w PFU. Zamawiający podkreślił, że na etapie składania ofert oraz badania i oceny ofert, żaden z wykonawców nie był zobowiązany do przedkładania jakichkolwiek dokumentów, w tym certyfikatów na potwierdzenie oferowanych robót. Dopiero po wyborze oferty, Zamawiający zwrócił się do wybranego wykonawcy o przekazanie stosownych danych celem podpisania umowy. W dniu 14.01.2020 r. Przystępujący przesłał karty katalogowe oraz certyfikaty dla oferowanych urządzeń. Oferowane panele spełniają

wymagania opisane w SIWZ i posiadają następujące certyfikaty: IEC61215, IEC61730ż IEC62716 oraz IEC61701.

Na zakończenie Zamawiający wyjaśnił, że oferta Odwołującego nie zajęła drugiego miejsca lecz miejsce trzecie. W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający omyłkowo w tabeli zawierającej streszczenie porównania i oceny ofert przy jednej z ofert (oferta nr 4) wpisał „oferta odrzucona”, gdy tymczasem oferta ta odrzucona nie została. Ofercie tej przyznano określoną liczbę punktów, co potwierdzają protokoły z posiedzeń Komisji oraz ranking ofert, na podstawie którego Zamawiający wezwał wykonawcę którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Również treść zawiadomienia o wyborze oferty zawiera nazwy i adresy wykonawców oraz uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia ich ofert. Brak jest wśród wskazanych wykonawców tego, który złożył ofertę nr 4. Zamawiający zorientował się o zaistniałej omyłce i w dniu 15.01.2020 r. zamieścił na stronie internetowej, na tablicy ogłoszeń oraz przekazał wszystkim wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu sprostowanie zawiadomienia o wyniku postępowania.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali swoje stanowiska.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada legitymację uprawniającą do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, bowiem gdyby Zamawiający odrzucił ofertę, która została wybrana, to Odwołujący miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Możliwości takiej nie wyklucza bowiem fakt, że Odwołujący w rankingu ofert został sklasyfikowany na trzeciej pozycji (uwzględniając sprostowanie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej). Zgodnie z treścią SIWZ, Zamawiający przewidział w przedmiotowym postępowaniu procedurę tzw. odwróconą, określoną w art. 24aa ust. 1 Pzp, w ramach której Zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert, a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona



jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu (art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz wybrane podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5, wskazane przez Zamawiającego w pkt 2.2.1 -2.2.2 rozdz. XIII SIWZ) oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego w pkt 3.1. rozdziału XIII SIWZ.

Wykonawca S. Systemy Solarne sp. z o.o. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, podtrzymanych przez Odwołującego na rozprawie, z uwzględnieniem, że zarzutami są okoliczności faktyczne i prawne wskazujące podjęte przez zamawiającego czynności niezgodnie z regulacjami Pzp lub zaniechanie czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 i 3 Pzp).

Izba rozpoznała odwołanie biorąc pod uwagę, że zasada kontradyktoryjności postępowania odwoławczego (art. 190 ust. 1 Pzp) oznacza obowiązek stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, aż do zamknięcia rozprawy, tj. na poparcie twierdzeń własnych lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, a zgodnie z art. 190 ust. 1a Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeśli jest stroną lub uczestnikiem postępowania oraz na zamawiającym, jeśli wykonawca, który złożył ofertę nie jest uczestnikiem postępowania.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy, polegających na zaprojektowaniu oraz wykonaniu (budowa) odnawialnych źródeł energii na terenie miasta Ruda Śląska w ramach programu „Dofinansowanie do budowy instalacji OZE w budownictwie jednorodzinym na terenie miasta Ruda Śląska – etap II” realizowanego z EFRR RPO WSL 2014-2020 dla osi priorytetowej: IV. Efektywność energetyczna, odnawialne źródła energii i gospodarka niskoemisyjna dla działania: 4.1. Odnawialne źródła energii, dla poddziałania: 4.1.1. Odnawialne źródła energii – ZIT.

Zamawiający przewidział podział zamówienia na następujące części:

- 1) cz. 1: budowa instalacji fotowoltaicznych – 134 sztuk
- 2) cz. 2: budowa instalacji solarnych – 24 sztuk
- 3) cz. 3: budowa pomp ciepła – 14 sztuk

Zgodnie z rozdziałem XXI pkt 1 SIWZ, ofertę należało sporządzić na formularzu oferty lub według takiego samego schematu, stanowiącego załączniki nr 1a – 1c do SIWZ. Ofertę należało złożyć pod rygorem nieważności w formie pisemnej, podpisaną własnoręcznie

podpisem albo w postaci elektronicznej, podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wykonawca był zobowiązany podać cenę ofertową zamówienia na formularzu oferty, zgodnie z załącznikiem nr 1a – 1c do SIWZ.

Zamawiający wymagał, aby podana cena ofertowa zawierała wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 4 do SIWZ) oraz wzoru umowy (Załącznik nr 5 do SIWZ). Powyższe oznacza, że wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy w rozumieniu art. 632 § 1 ustawy kodeks cywilny i może się zmienić wyłącznie w przypadkach opisanych we wzorze umowy lub wynikających z przepisów ustawy kodeks cywilny.

Wykonawca zobowiązany był uwzględnić w swojej wycenie minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalną stawkę godzinową, które będą obowiązywać od 01.01.2020 r.

Cenę oferty należało podać w następujący sposób: zgodnie z postanowieniami formularza oferty, które stanowią załączniki nr 1a-1c do SIWZ (cenę za całość zamówienia oraz za poszczególne obiekty).

Z treści SIWZ wynika, że wykonawcy nie mieli obowiązku na etapie składania ofert deklarować parametrów zastosowanych modułów ani dołączać do oferty jakichkolwiek dokumentów technicznych. Dokumenty, dotyczące określenia oferowanych produktów, zgodnie z Umową miały być przedstawione przed podpisaniem tej umowy z wybranym wykonawcą.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia w części 1 na kwotę 3 176 712,00 zł oraz w informacji z otwarcia ofert wskazał, że zamierza przeznaczyć na realizację pierwszej części zamówienia kwotę 3.430.848,96 zł brutto.

Cena oferty wybranej jako najkorzystniejsza w części 1 zamówienia jest ceną najniższą zaoferowaną w postępowaniu spośród 9 złożonych ofert. Kolejny wykonawca z najniższą ceną ofertową (Ekoloenergia Sp. z o.o.) zaoferował cenę w wysokości 2.698.380 zł. Odwołujący złożył ofertę na część 1 zamówienia z ceną w wysokości 2.792.615,05 zł.

Zamawiający przeanalizował zaoferowane przez wszystkich wykonawców ceny pod kątem tego, czy nie wydają się one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdza protokół z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 13.12.2019 r., w którym wskazano, że „Oferty przeanalizowano pod względem omyłek, rażąco niskiej ceny oraz czy nie zachodzą przesłanki do odrzucenia ofert.” W tym samym protokole Komisja postanowiła, że należy wezwać wykonawcę S. Systemy Solarne sp. z o.o. „do wyjaśnienia zaoferowanej ceny”. Pismem z dnia 14.12.2019 r. Zamawiający wezwał ww. wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w terminie do dnia 19.12.2019 r. na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp, wskazując, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest niższa o 33,94% od wartości zamówienia powiększonej o wartość VAT. Pismem z dnia 16.12.2019 r. wykonawca przedłożył stosowne wyjaśnienia wraz ze szczegółową kalkulacją oraz innymi dowodami na

potwierdzenie składanych wyjaśnień. Złożone wyjaśnienia wraz z dowodami zostały objęte przez Przystępującego zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w części uznał te zastrzeżenia za nieskuteczne – w zakresie pisma stanowiącego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz jednego z załączników tj. informacji z otwarcia ofert.

Po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 90 ust 1 i ust. 1a Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy S. Systemy Solarne sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny.

W danym stanie faktycznym, wbrew twierdzeniom Odwołującego zawartym w odwołaniu, nie budzi jakichkolwiek wątpliwości fakt, że Zamawiający pismem z dnia 14.12.2019 r. wezwał wykonawcę S. Systemy Solarne Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp, z uwagi na to, że cena złożonej oferty jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Wykonawca w dniu 18.12.2019 r. przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia wraz ze szczegółową kalkulacją ceny oraz ofertami na okoliczność założeń kalkulacji oferty. Powyższe okoliczności wprost przeczą zarzutom, jakoby Zamawiający w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp nie wykonał czynności wezwania do której był zobowiązany na podstawie przepisów tej ustawy. Zarzut ten jest bezpodstawny.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia w postępowaniu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S. Systemy Solarne sp. z o.o. z uwagi na rażąco niską cenę złożonej przez ww. wykonawcę oferty.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, natomiast przepis art. 90 ust. 3 Pzp, 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.

Biorąc pod uwagę treść wyjaśnień Przystępującego złożonych Zamawiającemu na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1a Pzp, w szczególności przedstawioną kalkulację ceny oraz przedstawione na poparcie tej kalkulacji dowody w postaci ofert, nie można uznać, że cena ta jest ceną, która nie uwzględnia kosztów koniecznych do poniesienia przez ww. wykonawcę do zrealizowania zamówienia, zgodnie z obowiązującymi przepisami i wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Wykonawca wykazał szczegółowo koszty, a także zakładane osiągnięcie przy realizacji zamówienia zysku w określonej

wysokości, co przeczy twierdzeniom Odwołującego o skalkulowaniu ceny oferty poniżej kosztów realizacji zamówienia.

Zauważyć należy, że Odwołujący zarzucał rażąco niską cenę oferty Przystępującego w porównaniu do cen rynkowych, które Odwołujący określił na podstawie kosztów ponoszonych przez jego firmę przy realizacji podobnych prac. Odwołujący wskazywał na różnicę w cenie oferty Przystępującego i Odwołującego, która nie może stanowić dowodu na rażąco niską cenę innego wykonawcy. Zarzut bowiem rażąco niskiej ceny należy rozpatrywać w odniesieniu do konkretnych warunków dostępnych danemu wykonawcy, oferującemu określoną cenę i oceniać w oparciu o indywidualną sytuację tego wykonawcy.

Odwołujący podnosił także argumentację, że nie ma możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia za oferowaną przez ww. wykonawcę cenę przy założeniu wykorzystania materiałów o jakości wymaganej przez Zamawiającego oraz wskazywał na okoliczność braku spełnienia przez panele fotowoltaiczne importera z Rudy Śląskiej, tj. MP Solar Sp. z o.o. oferowane przez Przystępującego - dwóch z czterech norm wymaganych w SIWZ (Program Funkcjonalno-Użytkowy), na dowód czego przedstawił kartę katalogową wydrukowaną ze strony internetowej tego podmiotu dotyczącą monokrystalicznych modułów fotowoltaicznych MP-M-305W – 315W.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że Zamawiający nie przewidział w przedmiotowym postępowaniu obowiązku przedstawienia w ofercie dokumentów potwierdzających rodzaje paneli fotowoltaicznych, które będą użyte przy wykonaniu zamówienia lub potwierdzenia że panele te spełniają wymogi SIWZ, poprzez załączenie do oferty odpowiednich certyfikatów, co potwierdził także sam Odwołujący w treści odwołania i na rozprawie. Stosowne dokumenty techniczne odnośnie oferowanych urządzeń zostały złożone przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego skierowane do ww. wykonawcy po wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. przed podpisaniem umowy. Przedstawiona przez Zamawiającego na rozprawie, otrzymana od Przystępującego karta katalogowa modułów fotowoltaicznych monokrystalicznych MP-M-305W – 315W potwierdza, że spełniają one wymagane w PFU normy - zaoferowane przez Przystępującego panele fotowoltaiczne posiadają certyfikaty wymagane w Programie Funkcjonalno-Użytkowym: IEC61215:2005, IEC61730:2004 / IEC61730-2:2004, IEC62716:2013 oraz IEC61701:2011 / IEC61701:2012, które zostały przedłożone przez Zamawiającego do akt sprawy.

Ponadto, co istotne, na wezwanie do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, wykonawca wskazał parametry oferowanych paneli fotowoltaicznych i falowników, potwierdzające spełnianie parametrów wskazanych przez Zamawiającego w PFU. Zauważyć przy tym należy, że podane przez Zamawiającego w PFU parametry paneli fotowoltaicznych pozwalały na zastosowanie wielu produktów od różnych dostawców, zarówno tańszych producentów, jak i droższych. Podane przez Odwołującego przykładowe ceny paneli nie

zostały w żadnym stopniu udowodnione, a Przystępujący wyjaśnił, że w trakcie przygotowania oferty przetargowej otrzymał co najmniej 3 oferty różnych dostawców na moduły o mocy 315W spełniające zapisy przetargu, których ceny były zbliżone i wynosiły ok. 0,23-0,24 euro/W netto, tj. ok. 309,00 - 321,00 zł/moduł netto (np. JA Solar, Ulica Solar, MP Solar Group).

Reasumując powyższe należało uznać, że Przystępujący wykazał w postępowaniu, że oferowana cena nie jest ceną rażąco niska, przy czym Odwołujący, odnosząc tę cenę do swojej kalkulacji ceny oferty oraz twierdząc, że firma z siedzibą poza granicą województwa śląskiego poniesie wyższe koszty robocizny, okoliczności przeciwnych nie udowodnił. Odwołujący nie wykazał w szczególności, że za wskazaną cenę nie da się zrealizować zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w tym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU).

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....