

Sygn. akt: KIO 912/21

**WYROK**

**z dnia 11 maja 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Szymon Grzybowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2021 r. przez wykonawcę **FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Kudrowicach w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Rumia**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Kudrowicach na rzecz **Gminy Miejskiej Rumia** kwotę 4 397 zł 51 gr (słownie: cztery tysiące trzysta dziewięćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt jeden groszy) w tym 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony i 797 zł 51 gr (słownie: siedemset dziewięćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt jeden groszy) tytułem zwrotu kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) 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

Gmina Miejska Rumia (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Zaprojektowanie, dostawę i montaż systemów fotowoltaicznych wraz z systemem monitorowania dla budynków użyteczności publicznej w Gminie Miejskiej Rumia i w Gminie Szemud, numer referencyjny: ZP.27X.32.2020. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 16 września 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 180 - 433978.

Zamawiający 10 marca 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę K. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DOMOTERMIKA K. M. oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. W terminie ustawowym wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty DOMOTERMIKA K. M. w sytuacji, w której oferta ta nie jest najkorzystniejsza,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekome niewykazanie, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską,
- 3) art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla 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, podczas gdy takie wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający skierował do Eko-Solar Sp. z o.o.,

4) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rzekomego niewykazania, że cena w jego ofercie nie jest rażąco niska i:

- a) nieuzasadnioną okolicznościami postępowania zmianę oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. pomiędzy pierwszym badaniem i oceną ofert a drugim badaniem i oceną ofert, wywołanym uwzględnieniem przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania w sprawie o sygn. KIO 208/21,
- b) nieuzasadnioną i niespójną ocenę wyjaśnień złożonych przez FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. oraz Eko-Solar Sp. z o.o. i w konsekwencji nierówne potraktowanie wykonawców, którzy przedstawili wyjaśnienia o podobnej treści.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. i nakazanie powtórzenia przeprowadzenia badania i oceny ofert,
- 4) względnie nakazanie Zamawiającemu ponownego wezwania FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny lub kosztu przedmiotu zamówienia i nakazanie powtórzenia przeprowadzenia badania i oceny ofert,

ponadto Odwołujący wniósł o:

- 5) orzeczenie na rzecz Odwołującego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 złotych,
- 6) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,
- 7) zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania oraz dokumentacji postępowania w postaci elektronicznej o udzielenie zamówienia,
- 8) załączenie przez Izbę akt postępowania KIO 208/21 i przeprowadzenie dowodów ze znajdujących się w tych aktach dokumentów na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Przedstawiając stan faktyczny sprawy Odwołujący podał, iż 8 stycznia 2021 r. Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia m.in. jego oferty z uwagi na to, że nie odpowiada treści SIWZ. FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. złożyła odwołanie od powyższej czynności, które w zakresie odrzucenia jej oferty zostało uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą. 8 stycznia 2021 r. rzekoma niezgodność oferty z treścią SIWZ, będąca przedmiotem zarzutu uwzględnionego odwołania, była jedyną

okolicznością, na podstawie której Zamawiający dokonał odrzucenia oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. Po wykonaniu czynności zgodnie z wyrokiem Izby, Zamawiający ponownie odrzucił ofertę FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k., tym razem wskazując jako podstawę niewykazanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Postępowanie w przedmiocie wyjaśnień rażąco niskiej ceny prowadzone było przez Zamawiającego w listopadzie 2020 r. Zamawiający wezwał wówczas czterech wykonawców do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Z punktu widzenia odwołania zasadnym jest skupienie się na wezwaniach skierowanych do Odwołującego oraz Eko-Solar Sp. z o.o. (wykonawcy, którego oferta została odrzucona z powodu braku aktualnej autoryzacji producenta paneli fotowoltaicznych na montaż i serwis zaoferowanych paneli). W stosunku do obu wykonawców Zamawiający skierował niesprecyzowane wezwania, które opierały się w głównej mierze na przytoczeniu przepisu ustawy. Obaj wykonawcy złożyli podobne, co do merytorycznej treści, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający po złożeniu wyjaśnień przez Eko-Solar Sp. z o.o. wezwał tego wykonawcę do uzupełnienia przedłożonych wyjaśnień poprzez załączenie kalkulacji ceny ofertowej, dopuszczając możliwość uzupełnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Powyższa procedura nie została wdrożona w stosunku do Odwołującego, natomiast 10 marca 2021 r. Zamawiający odrzucił jego ofertę, jako przyczynę wskazując rażąco niską cenę. Okoliczność ta nie była przedmiotem wcześniejszych zarzutów Zamawiającego pod adresem oferty Odwołującego, a nadto - pomimo znaczącego podobieństwa treściowego wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. do wyjaśnień Eko-Solar Sp. z o.o. - Odwołujący się nie został wezwany ponownie do złożenia wyjaśnień i dowodów w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Nadto, w ocenie Odwołującego, zostało przez niego wykazane, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, wskazując, iż chodzi o zarzuty nr 1 i 2, Odwołujący podał m.in., że w jego ocenie przyjęte uzasadnienie i decyzja o odrzuceniu złożonej przez niego oferty jest całkowicie nieprawidłowa z uwagi na fakt, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W treści wezwania do wyjaśnienia i wykazania, że cena nie jest ceną rażąco niską, Zamawiający wskazał na treść przepisu ustawy. Odwołujący powołując się na wskazane orzeczenia Izby stwierdził, że Zamawiający nie powinien, co do zasady, obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty, jeśli nie sprecyzował stopnia szczegółowości wyjaśnień, jakich oczekuje.

Następnie Odwołujący podał, że w odpowiedzi na wezwanie przedstawił dokument w formie wyjaśnień, w którym przedstawił argumentację dotyczącą wartości, jaką Zamawiający wskazał jako wartość zamówienia. Odwołał się do faktu, że połowa wykonawców przedstawiła oferty znacznie niższe niż kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na

wykonanie zamówienia, wskazując, że Zamawiający mógł przeszacować zamówienie i, odwołując się do wiedzy notoryjnej oraz własnego doświadczenia, wskazał, że kalkulacja sporządzona przez Zamawiającego mogła się opierać na cenach sprzed kilku lat. W odniesieniu do oszczędności metody wykonania zamówienia Odwołujący wskazał, że ceny, które uzyskuje na materiały są atrakcyjne i mają charakter zindywidualizowany, jednocześnie odnosząc się do tego, że ceny uzyskane na moduły fotowoltaiczne zostały obniżone w związku ze współpracą z producentem MP Solar, której oświadczenie o oferowaniu konkurencyjnych cen z uwagi na długotrwałą współpracę, duże wolumeny zamówieniowe oraz optymalizację kosztów transportu i logistyki, mogą być niższe od 5 - 10 % od cen wyjściowych. Wskazał także, że ograniczenia ceny w procesie technologiczno - logistycznym wynikają z braku konieczności najmowania sprzętu do wykonania określonej pracy, a także jakiego rodzaju rozwiązania techniczne zostały przez niego uwzględnione w kalkulacji ceny ofertowej. Odnosząc się natomiast do kosztów pracy, jednoznacznie wskazał jaka stawka godzinowa pracownika została wkalkulowana w cenę z uwzględnieniem zwrotu kosztów zakwaterowania oraz zwrotu kosztów transportu na dzień sporządzania wyjaśnień. Do wyjaśnień została załączona kalkulacja cenowa w formie uproszczonej, przedstawiająca korelacyjną zależność pomiędzy poszczególnymi elementami ceny dla każdej mocy instalacji a zastosowanymi rozwiązaniami technicznymi.

W ocenie Odwołującego złożone przez niego wyjaśnienia, że cena nie jest rażąco niska, wraz z załączonym kosztorysem i oświadczeniem MP Solar Group, przełamały domniemanie, że cena jego oferty jest rażąco niska, zwłaszcza, że do wyjaśnień zostało wezwanych czterech wykonawców, co mogło wskazywać na wyraźne przeszacowanie wartości zamówienia. Zamawiający jednak pomimo całkowicie nieskonkretyzowanego wezwania, obrał wysoce formalistyczny i rygorystyczny sposób oceny przedstawionych wyjaśnień i dowodów, z którym nie można się zgodzić. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach w przedmiocie wyliczeń kosztorysu, pomimo, że wezwanie nie obejmowało przedstawienia cen poszczególnych elementów zamówienia, dlatego też Wykonawca uznał, że wystarczającym jest kosztorys uproszczony. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, jak indywidualne podejście do robót i negocjacji cenowych miałyby przełożyć się na optymalizację cenową oferty, pomimo załączenia oświadczenia MP Solar w zakresie konkurencyjności cen oferowanych FlexiPower Group i braku zadania w wezwaniu pytania o to, jak indywidualne podejście ma się przekładać na optymalizację cenową oferty. W ocenie Zamawiającego argument dotyczący najmu sprzętu mógłby się ostać jedynie w przypadku, gdyby Wykonawca wykazał, że inni Wykonawcy koszt takiego najmu ponoszą, pomimo że rolą Wykonawcy w postępowaniu nie jest szpiegostwo handlowe, a wyjaśnienia rażąco

niskiej ceny nie służą - jak twierdzi Zamawiający - „wykazaniu przewagi konkurencyjnej”, lecz wyjaśnieniu, że oferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej ceny. W postępowaniu o udzielenie zamówienia Wykonawcy konkurują między sobą ofertami, a nie potencjałem ich sporządzania. Pomimo braku jakiegokolwiek skonkretyzowanego pytania w tym przedmiocie w wezwaniu, Zamawiający wprowadza nieznaną ustawie Pzp rygor dowodzenia władania rzeczami tożsamy z tym, jaki przewiduje się w postępowaniu cywilnym dla powództwa windykacyjnego, co jest całkowicie dla Wykonawcy niezrozumiałe. W ocenie Zamawiającego argument dotyczący swojej skali działalności powinien zostać dowiedzony w odniesieniu do innych Wykonawców. Sfera podmiotowa - skala działalności, zdolność zawodowa i techniczna są przedmiotem zupełnie innego badania przez Zamawiającego i jeżeli Zamawiający chciałby takie badania przeprowadzić na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, to powinien był określić je w odpowiedniej części specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powołanie się przez Odwołującego na skalę własnej działalności w wyjaśnieniach z 9 listopada 2020 r. miało na celu podkreślenie, że jest on w stanie wykonać zamówienie w danej cenie, co nie wymaga porównywania się z innymi, mniejszymi lub większymi przedsiębiorcami biorącymi udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odniesienie się do optymalizacji kosztów zatrudnienia jest zdaniem Odwołującego pierwszym punktem uzasadnienia, w którym Zamawiający dotyka materii, o której wyjaśnienie wzywał. Rzeczywiście treść rozporządzenia jest znana od połowy września 2020 r., ale uwzględniając odpowiedzialność wykonawcy za składane w postępowaniu oświadczenia, musiał wskazać na stawkę 17 złotych z uwagi na fakt, że taka stawka w chwili składania oświadczenia była stawką obowiązującą. Nowe rozporządzenie Rady Ministrów weszło w życie w dniu 1 stycznia 2021 r., więc w chwili złożenia oświadczenia wykonawca musiał odwołać się do stawek i kalkulacji w odniesieniu do obowiązującego prawa. Faktem notoryjnym jest, że przepis prawa, który jeszcze nie obowiązuje może zostać treściowo zmieniony, więc odnoszenie się przez Zamawiającego do tego co powinien zrobić wykonawca wyceniając ofertę we wrześniu 2020 r. jest absolutnie sprzeczne z logiką. Nadto wniosek Zamawiającego, że świadczy to o zaniżaniu kosztów przy wyliczaniu ceny oferty jest wysoce nierozsądny - Zamawiający poza wyjaśnieniami, że cena nie jest rażąco niska posiada także instrumenty, które pozwalają sprawdzić, czy osoby, które biorą udział w realizacji zamówienia są zatrudniane na umowę o pracę, a poza tym w samym projekcie umowy przewidział możliwość jej zmiany m.in. z powodu zmiany powszechnie obowiązujących przepisów - również zabezpieczając się na wypadek konieczności zmiany związanej ze zwiększeniem się wynagrodzenia minimalnego (§ 13 ust. 5 lit. f) projektu umowy). Nadto w ocenie Zamawiającego nie zostały wykazane deklarowane poziomy

oszczędności w odniesieniu do wynegocjowanych cen materiałów, pomimo przedstawienia dowodu na tę okoliczność. W zakresie przedstawionego zaplecza serwisowego, Zamawiający nie przedstawił w jaki sposób zapewnienie kosztów zakwaterowania i dojazdu miałyby stać w sprzeczności i być „gołosłownym” w stosunku do posiadania zaplecza serwisowego dostępnego na terenie województwa pomorskiego. Po raz kolejny Zamawiający w uzasadnieniu odniósł się do kwestii stanowiących podmiotowe warunki udziału w postępowaniu.

W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, że argumentacja Zamawiającego jest formalistyczna i nieuwzględniająca, jak w postępowaniu ukształtowały się ceny ofertowe złożone przez wykonawców. Nie może się ona ostać, gdyż nie uwzględnia przede wszystkim tego, jak Zamawiający z przedstawionego przez siebie i opracowanego minimalnym nakładem pracy wezwania wywiódł tak szerokie wątpliwości, co do możliwych kosztów realizacji zamówienia przez FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. Zaniechanie uwzględnienia wyjaśnień i dowodów jako wykazujących brak rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego stoi w sprzeczności z ustawą, co czyni czynność odrzucenia oferty niezasadną.

Uzasadniając zarzut zaniechania ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień ceny oferty i dowodów, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób kategoriyczny i jednoznaczny naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu, wprowadzając quasi sanacyjną procedurę w stosunku do wykonawcy Eko-Solar sp. z o.o. w przedmiocie badania czy cena oferty nie jest rażąco niska. Zamawiający uznał, że wyjaśnienia FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. miały charakter „szlampowy” i dlatego odrzucił ofertę wobec rzekomego niewykazania, że cena ofertowa nie jest rażąco niska. Podobnie Eko Solar sp. z o.o. przedstawiła wyjaśnienia w formie pisemnej, wyjaśniając pewne okoliczności w odpowiedzi na przepisane z przepisu ustawy wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Odpowiedź ta miała charakter o wiele bardziej lakoniczny niż odpowiedź FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. Wykonawca nie odpowiedział w zasadzie nawet na wszystkie pytania Zamawiającego, nie przedstawił żadnych dowodów swoich twierdzeń. Abstrahując od niewątpliwie podejrzanej, niezwykle szybkiej wymiany korespondencji i przygotowania odpowiedzi w ciągu kilku godzin od dostarczenia pierwszych wyjaśnień i ponownego wezwania, Zamawiający umożliwił innemu wykonawcy uzupełnienie swoich wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej, następnie je akceptując. Ani informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8 stycznia 2021 r., ani z dnia 10 marca 2021 r. nie zawiera w uzasadnieniu przytoczenia jakichkolwiek okoliczności wskazujących na to, że cena nie była rażąco niska. Jakkolwiek wezwanie takie mogło mieć miejsce jedynie na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, to dając taką możliwość wykonawcy, który w ocenie Zamawiającego znalazł się w podobnej sytuacji w zakresie dowodzenia rażąco niskiej ceny,

powinien taką samą szansę dać FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. Skoro czynność została wykonana 9 listopada 2020 r., a Eko Solar sp. z o.o. wykonał żądanie zgodnie z jego treścią, to powinna zostać umożliwiona także procedura sanacyjna wobec FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. Nie jest możliwe unieważnienie czynności wezwania z 9 listopada 2020 r. w stosunku do Eko Solar sp. z o.o., bo czynność ta wywarła już trwały i nieodwracalny skutek. W celu zapewnienia równego traktowania uczestników postępowania, FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. powinna zostać wezwana do uzupełnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Za niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp trzeba uznać takie zachowanie Zamawiającego, który zezwala na sanację określonej czynności jednemu z wykonawców, a nie pozwala na przeprowadzenie takiej czynności innemu, który znajduje się w takim samym położeniu.

Następnie uzasadniając zarzut dotyczący nieuzasadnionej zmiany oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny pomiędzy 8 stycznia 2021 r. a 10 marca 2021 r., Odwołujący wskazał, że jego oferta została odrzucona po raz drugi. Za pierwszym razem Zamawiający sformułował obszerne uzasadnienie odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp bez jakiegokolwiek wzmianki o rażąco niskiej cenie. Co istotne, Zamawiający posiadał już wówczas jego wyjaśnienia i badał czy oferta jest zgodna z SIWZ, między innymi w zakresie ceny i pozacenowych kryteriów ofert. Zamawiający popełnił błąd, sanowany orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2021 r. sygn. KIO 208/21. W związku z koniecznością uznania, że oferta jest zgodna z SIWZ, Zamawiający musiał dokonać ponownej oceny ofert. Zdaniem Odwołującego nie sposób nie poddać się wrażeniu, że ta ponowna ocena była obliczona na znalezienie podstawy do odrzucenia oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. na innej podstawie, choć nie to było przedmiotem analizy ze strony Krajowej Izby Odwoławczej. W ocenie Odwołującego w sprawie pomiędzy 8 stycznia 2021 r., 16 lutego 2021 r., a 10 marca 2021 r. nie ujawniła się żadna nowa okoliczność, która pozwalałaby na odmienną ocenę oferty, której dopuścił się Zamawiający.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonania wykluczenia z postępowania. Uzasadnienie to nie jest jedynie kwestią o charakterze proceduralnym, konieczną dla uczynienia zadość zgodności postępowania z ustawą. Charakter informacji udzielonych przez Zamawiającego w uzasadnieniu pozwala bowiem Wykonawcy odnieść się w sposób merytoryczny do decyzji Zamawiającego, w szczególności podjąć decyzję o zastosowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie. Uzasadnienie czynności z 8 stycznia 2021 r. nie zawierało żadnej wzmianki o rażąco niskiej cenie, pomimo że Zamawiający badał te okoliczności, o czym świadczy chociażby uzasadnienie odrzucenia oferty Pro - Eco sp. z o.o. (zarówno z dnia 8 stycznia 2021 r., jak i z dnia 10 marca 2021 r.) Tym samym nie



sposób przyznać słuszność takiemu zachowaniu Zamawiającego, który bez żadnych nowych okoliczności odrzuca ofertę FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. Jeśli bowiem takie okoliczności zaszyły, to mając na uwadze dyspozytywny charakter postępowania o udzielenie zamówienia, FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. powinna mieć możliwość ponownego wypowiedzenia się w tej kwestii. Zachowanie Zamawiającego, w którym zmienia on ocenę oferty bez wyraźnych okoliczności, które mogłyby na tę ocenę wpłynąć, jest błędne.

Zamawiający na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 4, jako mającego na celu zwalczanie czynności ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, a w razie nie uwzględnienia tego wniosku - o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający stwierdził m.in., że biorąc pod uwagę niską jakość merytoryczną wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, w tym brak jakichkolwiek dowodów, gołosłowność ogólnych twierdzeń, niespójność wyjaśnień, nie mógł uznać, że Odwołujący podołał obowiązkowi zniżenia lub niedoszacowanie istotnych elementów wyceny oferty, że nierealne będzie wykonanie przez niego zamówienia za zaoferowaną cenę.

Na rozprawie Strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego, w tym w sprawie KIO 208/21, oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci: dwóch kosztorysów i wykazu zrealizowanych przetargów (według oświadczenia – dokument własny Odwołującego), oświadczenia Przedsiębiorstwa Handlowego Alfa Elektro Sp. z o.o. z dnia 15 kwietnia 2021 r., oświadczenia MP Solar Group Sp. z o.o. z dnia 23 kwietnia 2021 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), 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*. Natomiast do postępowania odwoławczego zastosowanie mają przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej „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.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał, że uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako wykonawca, lecz jego oferta została odrzucona, a nie będąc odrzuconą otrzymałaby więcej punktów w ramach cenowego i pozacenowych kryteriów oceny ofert, co powoduje, że wybrana oferta DOMOTERMIKA nie jest ofertą najkorzystniejszą. Gdyby oferta FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. nie została odrzucona mogłaby zostać poddana ocenie pod kątem przesłanek spełniania warunków postępowania oraz oceniona pod względem tego, czy jest ofertą najkorzystniejszą. Niezgodne z przepisami odrzucenie oferty naraża zatem wykonawcę na szkodę w granicach *lucrum cessans*, tj. korzyści jakie mógłby odnieść, gdyby doszło do realizacji przezeń zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 4, uznając, iż odwołanie podlega rozpoznaniu w całości. Wbrew stanowisku Zamawiającego odwołanie w tej części nie dotyczy „zwalczania” samej powtórzonej, w wyniku wyroku Izby w sprawie KIO 208/21, czynności badania i oceny ofert, lecz oceny sposobu dokonania i wyniku tych czynności.

#### **Następnie Izba ustaliła, co następuje:**

Pismem z 2 listopada 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień ceny oferty wskazując:

„Na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta nr 6 FLEXIPOWER GROUP Sp. z o.o., Sp. k., zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz jej części składowych.

Cena całkowita oferty złożonej przez Państwa wynosząca 2 350 488,18 zł brutto, jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług tj. niższa od kwoty 2 551 366,86 zł.

W związku z powyższym Zamawiający zwraca się do Państwa o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 ze zm.).

Ww. wyjaśnienia z dowodami są niezbędne do ustalenia w sposób jednoznaczny, że za zaoferowaną cenę Wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie prawidłowo i zgodnie z wymaganiami, określonymi przez Zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy.

W związku z powyższym Zamawiający wymaga, aby złożenie wyjaśnień nastąpiło w nieprzekraczalnym terminie do dnia 09.11.2020 r.

Pouczenie:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

W zakreślonym terminie Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których zawarł informacje przedstawione m.in. powyżej w odwołaniu. Do wyjaśnień zostały załączone: dwa uproszczone kosztorysy zestawów oraz potwierdzenie warunków współpracy producenta modułów fotowoltaicznych.

Pismem z 10 marca 2021 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu m.in. oferty Odwołującego, z którego wynika, że 8 ze złożonych ofert zostało odrzuconych, w tym oferta Eko-Solar Sp. z o.o. (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na stwierdzoną przez Zamawiającego niezgodność z SIWZ) oraz oferta Odwołującego, z uzasadnieniem:

„5) Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający odrzucił ofertę nr 6 FLEXIPOWER GROUP Sp. z o.o., Sp. k., Kudrowice 12, 95-200 Pabianice.

Zamawiający w dniu 02.11.2020 r. wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów celem wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny z uwagi na to, że całkowita cena jego oferty wynosi 2.350.488,18 zł i jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, tj. niższa od kwoty 2.551.366,86 zł.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Wykonawca złożył jedynie wyjaśnienia wraz z uproszczonym kosztorysem. Wykonawca nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach lub mogących stanowić podstawę wyliczeń kosztorysu.

W ocenie Zamawiającego, wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie stanowią podstawy do uznania, że przedmiotowa oferta została należycie skalkulowana i nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia mają charakter sztamkowy, są zbiorem ogólnych twierdzeń niepopartych żadnymi dowodami, w wielu elementach są wewnętrznie sprzeczne i w przeważającej części nie odnoszą się do oferty' i uwarunkowań składającego je Wykonawcy.

Wykonawca podnosi w wyjaśnieniach, że *optymalizacja cenowa była możliwa w wyniku indywidualnego podejścia do robót oraz negocjacji cenowych na materiały przewidziane do wykonania zamówienia*. Jednak Wykonawca nie wyjaśnia, jak owo indywidualne podejście przekłada się na optymalizację cenową jego oferty.

Dalej Wykonawca wskazuje, że przy realizacji zamówienia posłuży się własnym sprzętem i pracownikami zatrudnionymi bezpośrednio przez Wykonawcę, dzięki czemu nie musi uwzględniać kosztów zewnętrznego najmu sprzętu. Argument ten mógłby być uznany pod warunkiem, że Wykonawca wykazałby, że pozostali Wykonawcy, którzy złożyli oferty w przetargu, musieliby nająć sprzęt niezbędny do realizacji zamówienia i uwzględnić koszty tego najmu w ich ofertach. Wykonawca nie przeprowadził takiego dowodu czy choćby uprawdopodobnienia, stąd Zamawiający nie może uznać tej sytuacji za właściwą wyłącznie temu Wykonawcy i konsekwentnie, że opisana sytuacja może stanowić źródło przewagi konkurencyjnej nad innymi Wykonawcami w kalkulacji oferty. Wskazać należy również, że sprzęt stanowiący własność Wykonawcy, również stanowi źródło kosztu, który przejawia się chociażby w amortyzacji. Ponadto Wykonawca nie przedstawił choćby wykazu sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, który jest w jego posiadaniu, nie mówiąc o udowodnieniu jego posiadania. Najistotniejszym jest jednak to, że przyjmując oświadczenie Wykonawcy o dysponowaniu potrzebnym do realizacji zamówienia sprzętem, nieuzasadnione jest przyjęcie tej sytuacji za źródło oszczędności i przewagi konkurencyjnej nad innymi Wykonawcami, bowiem nie można przyjąć za pewne, że pozostali Wykonawcy są w innej sytuacji, która powoduje po ich stronie konieczność wkalkulowania kosztów najmu sprzętu potrzebnego do wykonania zamówienia w koszt ich ofert.

Wykonawca wskazuje, że dzięki jego szeroko zakrojonym działaniom (...) w ramach wykonywania zamówień publicznych, ceny materiałów, które uzyskuje, (...) są bardzo atrakcyjne, niedostępne dla konkurencji. Poza twierdzeniem. Wykonawca nie wykazał skali swojej działalności w dziedzinie będącej przedmiotem zamówienia. Wykonawca nie wykazał ponadto dysproporcji w skali działalności w tej dziedzinie jego samego oraz innych Wykonawców, którzy wzięli udział w przetargu. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający nie może uznać tej okoliczności, tj. skali działalności Wykonawcy, jako wiarygodnego elementu przewagi konkurencyjnej nad innymi Wykonawcami, co miałyby wiarygodne przełożenie na cenę oferty.

Wykonawca podniósł, że źródłem optymalizacji ceny oferty jest optymalizacja kosztów zatrudnienia poprzez zaangażowanie pracowników o wysokich kwalifikacjach i motywacji do pracy. W tej samej części wyjaśnień Wykonawca podnosi, że po przeliczeniu stawka godzinowa przypadająca na jedną osobę wyniesie 17 zł brutto, każda osoba będzie również miała zapewniony zwrot kosztów zakwaterowania oraz zwrot kosztów transportu do około 2000 zł miesięcznie. Zamawiający wskazuje, że minimalna stawka godzinowa w 2021 roku, wynosi 18,30 zł za godzinę. Wykonawca przygotowując ofertę na potrzeby niniejszego postępowania winien uwzględnić okoliczność, że w większości prace przy realizacji zamówienia, będą wykonywane w 2021 roku, a zatem powinien założyć co najmniej taką stawkę godzinową. Minimalna stawka wynagrodzenia na rok 2021 jest znana od połowy września 2020 roku, kiedy Rada Ministrów ustaliła ją w drodze odpowiedniego rozporządzenia. Ponadto, biorąc pod uwagę deklarowane przez Wykonawcę wynagradzanie pracowników na poziomie stawek minimalnych, Wykonawca nie opisał, jakie pozafinansowe działania podejmuje celem utrzymania wysokiej motywacji w efektywne wykonywanie prac przez pracowników o wysokich kwalifikacjach. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający wskazuje, że już samo przyjęcie niższej od minimalnej stawki godzinowej wynagrodzenia, świadczy o zaniżaniu kosztów przy wyliczaniu ceny oferty.

Wykonawca podniósł, że jest w stanie, na etapie realizacji zamówienia, wynegocjować ceny zakupu materiałów na poziomie 5%-10% niższych od cen wyjściowych. Wykonawca wskazał również, że uzyskuje korzystne ceny materiałów dzięki zakupom bezpośrednio od producentów. Wykonawca nie przedstawił dowodów w postaci ofert dostawców, czy producentów materiałów, z którymi współpracuje, żeby móc wykazać deklarowane poziomy oszczędności. Ponadto Zamawiający nie może uznać, że ww. okoliczność stanowią źródło przewagi konkurencyjnej Wykonawcy mogącej się przełożyć na cenę jego oferty, bowiem Wykonawca nie uprawdopodobnił, że inni Wykonawcy nie korzystają z zakupów bezpośrednio od producentów sprzętu lub nie mogą uzyskiwać podobnych rabatów ze względu na skalę ich działalności.

Kończąc wyjaśnienia Wykonawca wskazuje, że źródłem oszczędności będzie jego zaplecze serwisowe dostępne na terenie woj. pomorskiego dostępne dzięki wcześniej zrealizowanym już inwestycjom. Wykonawca nie określa bliżej, co rozumie przez owo zaplecze serwisowe, ani jakie ma ono wygenerować oszczędności przy realizacji niniejszego zamówienia. Niemniej, biorąc pod uwagę wcześniejszą deklarację dot. zwracania pracownikom zatrudnionym przy realizacji zamówienia kosztów zakwaterowania i dojazdu w wysokości około 2000 zł. zapewnienia o zapleczu serwisowym na terenie województwa pomorskiego, przynajmniej w zakresie czynnika kadrowego, wydają się gołosłowne. Ponadto Wykonawca nie wykazał, gdzie i ile instalacji fotowoltaicznych na terenie województwa pomorskiego zrealizował dotychczas.

Wziąwszy pod uwagę powyższe oraz fakt, że przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są sztapowe w tym sensie, że nie odnoszą się do zamówienia będącego przedmiotem niniejszego przetargu i tylko przez zmianę adresata mogłoby posłużyć jako próba wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w każdym innym przetargu. Wyjaśnienia są zbiorem ogólnikowych twierdzeń nie popartych dowodami i często są niespójne, a Wykonawca nie wykazał, że osiągnie zysk z realizacji zamówienia.

W związku z powyższym, oferta nr 6 złożona przez ww. Wykonawcę została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.”

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka, które miałyby wpływ na wynik postępowania.

#### Ad zarzuty nr 1 i 2

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.* Natomiast zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy 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.*

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp: *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i ub 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 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.

*Z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp wynika, że zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny, między innymi w sytuacji, gdy cena oferty wykonawcy jest niższa o 30% od: a) średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, b) wartości zamówienia. Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

Na wstępie zaznaczenia wymaga, iż cena rażąco niska to w szczególności taka, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie za nią przedmiotu zamówienia, została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia robót, dostaw czy usług. W przypadku uznania przez zamawiającego, że cena oferty wykonawcy jest rażąco niska lub powzięcia przez zamawiającego wątpliwości w tym zakresie, każdorazowo przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jest on zobowiązany do skierowania do wykonawcy, który ją złożył, wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp musi być bowiem poprzedzone takim wystąpieniem i rzetelną analizą otrzymanych wyjaśnień oraz złożonych przez wykonawcę dowodów. Wykonawca powinien przedstawić kompletne informacje dotyczące zaoferowanej ceny. W sytuacji, gdy wykonawca wyjaśnia Zamawiającemu części składowe zaoferowanej ceny, złożenie kalkulacji cenowej, czy też zestawienia kosztów jest w pełni uzasadnione. Na wykonawcy spoczywa bowiem ciężar wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska i w związku z tym to wykonawca ponosi ryzyko udzielenia nierzetelnych wyjaśnień w ramach procedury wyjaśnień ceny wszczętej na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku stwierdzenia w wyniku analizy przeprowadzonej przez zamawiającego, że wyjaśnienia są zbyt ogólnikowe, przez co, zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem, są traktowane tak, jakby nie były złożone, lub potwierdzają one istnienie w ofercie rażąco niskiej ceny,

zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty tego wykonawcy. Izba dokonuje oceny dokonanej przez zamawiającego analizy otrzymanych wyjaśnień i poprawności wniosków z niej płynących. Oceny rzetelności kalkulacji ceny oferty dokonuje się z uwzględnieniem okoliczności związanych z konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia oraz możliwości indywidualnych kalkulacji wykonawcy, tj. uwzględniających zarówno przedmiot zamówienia, jak i charakterystyczne dla wykonawcy sprzyjające okoliczności, pozwalające na poczynienie oszczędności, przy jednoczesnym zapewnieniu należytego wykonania zamówienia.

W okolicznościach rozpatrywanej sprawy zauważenia wymaga, że Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przy jednoczesnym wskazaniu, że cena całkowita jego oferty jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług. W wezwaniu Zamawiający podkreślił, iż oczekuje wyjaśnień oraz dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a także, że wyjaśnienia wraz z dowodami są niezbędne do ustalenia w sposób jednoznaczny, że za zaoferowaną cenę Wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie prawidłowo i zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący złożył wyjaśnienia, które Zamawiający uznał za niewystarczające do obalenia domniemania istnienia w ofercie tego wykonawcy rażąco niskiej ceny.

W ocenie Izby należy podzielić stanowisko Zamawiającego w przedmiocie oceny otrzymanych od Odwołującego wyjaśnień ceny.

Jak wynika z analizy dokumentacji postępowania, w tym § 7 ust. 3 i 10 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 8 do SIWZ, w postępowaniu zastosowanie ma wynagrodzenie ryczałtowe, które wyczerpuje całkowicie zobowiązania Zamawiającego wobec Wykonawcy z tytułu wykonanych prac. Wykonawcy byli zobowiązani wycenić wszystkie koszty związane z realizacją umowy, bowiem to oni ponoszą ryzyko ich oszacowania.

Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są ogólnikowe, nie są kompletne, nie zawierają w szczególności wykazania w jakim aspekcie i z jakiego tytułu wykonawca jest w stanie poczynić oszczędności, które pozwolą mu na należyte wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Do wyjaśnień, poza kosztorysem uproszczonym i deklaracją MP Solar Group Sp. z o.o., że ceny modułów fotowoltaicznych dla Odwołującego są cenami konkurencyjnymi dzięki długotrwałej współpracy, dużych wolumenów zamówieniowych oraz optymalizacji kosztów transportu i logistyki, nie zostały załączone inne dowody potwierdzające zawarte w wyjaśnieniach informacje. Nie zostało wykazane, jak ww. konkurencyjność cen przekłada się na cenę oferty Odwołującego. Nie zostało wykazane, aby



Odwołujący prawidłowo skalkulował koszty zatrudnienia osób niezbędnych do wykonania zamówienia, jak też aby w swojej kalkulacji rzetelnie wycenił cały przedmiot zamówienia.

W wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że będzie wykonywał zamówienie przy wykorzystaniu doświadczonych, posiadających wysokie kwalifikacje i motywację do pracy, zatrudnionych przez siebie osób, których stawka godzinowa wyniesie 17 zł brutto, a więc została określona na minimalnym poziomie według stanu na dzień sporządzenia oferty, co oznacza, że nastąpiło to bez uwzględnienia, iż realizacja zamówienia będzie następowała w kolejnym roku. Wysokość minimalnego wynagrodzenia na rok 2021 została uregulowana rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1596). Zgodnie z ww. rozporządzeniem od dnia 1 stycznia 2021 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2800 zł, a minimalna stawka godzinowa wynosi 18,30 zł. Ogłoszenie o zamówieniu zostało w tym postępowaniu opublikowane 16 września 2020 r., a zatem po dacie ogłoszenia stawek aktualnych na 2021 rok. Przygotowując ofertę, wykonawcy mieli zatem wiedzę o tych stawkach i mając na uwadze, że zamówienie realizowane będzie od 2021 r., powinni to uwzględnić w kalkulacji ofert. Odwołujący natomiast przyjął do kalkulacji ceny oferty zaniżoną stawkę minimalnego wynagrodzenia, która w czasie realizacji zamówienia była już niezgodna z obowiązującymi przepisami. Nie wykazał przy tym, że uwzględnił w kalkulacji ceny oferty rezerwę na zwiększone koszty wynagrodzeń. Zauważenia w tym zakresie wymaga również, że Odwołujący nie wykazał, że wysokokwalifikowany i doświadczony personel, o jakim ogólnie wspomina w wyjaśnieniach, jest gotowy pracować za minimalną stawkę, np. przedstawiając dowody w postaci zanonimizowanych umów.

Nie można podzielić stanowiska Odwołującego, wyrażonego w odwołaniu, że musiał w wyjaśnieniach wskazać stawkę 17 zł z uwagi na to, iż w dacie składania oświadczenia była ona obowiązująca, Odwołujący kalkulując cenę oferty powinien uwzględnić wszystkie ryzyka związane z realizacją zamówienia, w tym dotyczące wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę począwszy od 1 stycznia 2021 r., a więc w czasie wykonywania zamówienia. Wbrew stanowisku Odwołującego wzór umowy, stanowiący załącznik nr 8 do SIWZ, nie przewiduje wzrostu wynagrodzenia w takim przypadku. Przywołany przez Odwołującego § 13 ust. 5 lit. f umowy, dotyczy zmiany umowy w przypadku wystąpienia zmian powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy, jednakże trudno zakładać, że dotyczy on takich zmian, które były już wiadome w dacie kalkulowania ceny oferty i powinny być uwzględnione przez wykonawcę, jako profesjonalisty, od którego wymagany jest podwyższony stopień staranności w działaniu.

Braki wyjaśnień dotyczą także wykazania, że kalkulacja wynagrodzenia zatrudnionych osób obejmuje wszystkie koszty z tym związane. W wyjaśnieniach Odwołujący ograniczył się do wskazania, że każda zatrudniona przez niego osoba będzie miała zapewniony zwrot kosztów zakwaterowania oraz kosztów transportu do kwoty 2000 zł miesięcznie, nie wykazując, że kwota ta jest wystarczająca dla pokrycia kosztów w tym zakresie. Odwołujący nie wykazał innych kosztów zatrudnienia personelu wymaganego dla realizacji zamówienia, jak też, że planowana obsada jest wystarczająca i odpowiednia z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, w tym dla wykonania prac przygotowawczych. Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek własnej kalkulacji kosztów pracy. Ograniczył się do przedłożenia kosztorysów uproszczonych w których wycenił wskazane w nich urządzenia/materiały, dodając jedynie pozycję „inne” z zaznaczeniem: dla jednostki - „kpl.”, dla ilości – „1”, dla jednostkowej i całkowitej wartości netto np. 1000,00, wskazując w odwołaniu, że kalkulacja ta przedstawia zależność pomiędzy poszczególnymi elementami ceny dla każdej mocy instalacji, a zastosowanymi rozwiązaniami technicznymi.

Na rozprawie Odwołujący podjął próbę uzupełnienia wyjaśnień poprzez złożone dowody w postaci kosztorysów, czy oświadczeń podmiotów z którymi współpracuje, jednakże niezależnie od tego, iż nie przedstawił tych dokumentów wraz z wyjaśnieniami, co oznacza, że obecnie są one spóźnione, to zauważenia wymaga, iż są one niespójne z treścią wyjaśnień. Przykładowo, oświadczenie MP Solar Group Sp. z o.o. z dnia 23 kwietnia 2021 r. wskazuje na rabat w wysokości 35%, podczas gdy w wyjaśnieniach Odwołujący podał, że korzysta z rabatów w wysokości 5%-10%. Ponadto, jak zauważył na rozprawie Zamawiający, czemu Odwołujący nie przedstawił kontrargumentów, nawet złożone kosztorysy szczegółowe, nie obejmują wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, nie obejmują one wszystkich kosztów prac przygotowawczych, polegających na dostosowaniu obiektów do przedmiotowej instalacji np. wykonania głównej rozdzielni elektrycznej czy naprawy instalacji dachów, chociaż, pomimo, iż nie było o tym informacji w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, część z nich wymieniają, np. malowanie dachów. Jak wyjaśnił Zamawiający prace przygotowawcze zostały przez niego oszacowane na blisko 200 tys. zł, wymagają one zatrudnienia wyspecjalizowanego personelu, i nie jest możliwe przyjęcie, że zostały one ujęte w poz. „inne”, w przedłożonych wraz z wyjaśnieniami kosztorysach uproszczonych.

Zamawiający zasadnie zatem uznał, że wyjaśnienia Odwołującego są niewystarczające dla uznania, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena jest realistyczna, że pozwala ona na należyte wykonanie zamówienia, bez ponoszenia strat przez wykonawcę na tym zamówieniu. Samo stwierdzenie Odwołującego w wyjaśnieniach, że nie jest zwolennikiem wykonywania zamówień poniżej faktycznych kosztów ich realizacji, bez

wykazania, że w tym konkretnym postępowaniu jego kalkulacja ceny była rzetelna, jest niewystarczające.

W okolicznościach analizowanej sprawy podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień nie wskazał, który aspekt kalkulacji ceny oferty uznaje za szczególnie wymagający wyjaśnienia, co usprawiedliwia sposób, w jaki zostały sporządzone wyjaśnienia, nie zasługuje na uwzględnienie. Wykonawcy byli bowiem zobowiązani w sposób spójny i wiarygodny wykazać, iż ich kalkulacja ceny oferty jest rzetelnie dokonana i pozwala na należyte wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Treść wezwania potwierdza taki obowiązek, na co wskazuje również okoliczność, iż Odwołujący w odwołaniu z jednej strony wskazywał w swojej argumentacji na ogólnikowość wezwania go przez Zamawiającego do wyjaśnień ceny, a z drugiej strony w swoim zarzucie nr 3 podniósł zaniechanie Zamawiającego wezwania go do wyjaśnień, ze wskazaniem takich samych elementów wezwania, co wskazuje, że uznawał takie wezwanie za odpowiednie.

Jak wyżej wskazano, wynagrodzenie w umowie, jaka ma być zwarta z wybranym wykonawcą, jest ryczałtowe. Wykonawcy w ofercie podawali jedną cenę za całość zamówienia, która zgodnie z umową, miała być zapłacona w całości po wykonaniu przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wskazujące na zaniżenie kosztów pracy, czy nieuwzględnienie w kalkulacji ceny oferty wszystkich kosztów związanych z przedmiotem zamówienia, nie pozwalają na uznanie, że Odwołujący udźwignął ciężar obalenia domniemania istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny.

W związku z tym nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższe wskazuje, że nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę DOMOTERMIKA K. M. . Odwołujący nie sformułował zastrzeżeń odnośnie oferty tego wykonawcy. Z uzasadnienia odwołania wynika, że zarzut ten jest związany z zarzutem dotyczącym odrzucenia oferty Odwołującego, która jest w jego ocenie najkorzystniejsza. W sytuacji zatem, gdy nie zostało wykazane, aby odrzucenie oferty Odwołującego było bezpodstawne, również zarzut dotyczący wyboru oferty ww. wykonawcy należy uznać za niewykazany.

#### Ad. zarzuty nr 3 i 4

W ocenie Izby stopień ogólności oraz zaniżona stawka godzinowa wynagrodzenia personelu, podana w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach, oraz brak wykazania w nich, że uwzględnił i należyście wycenił cały przedmiot zamówienia, nie pozwala na przyjęcie, że Zamawiający powinien wystąpić do Odwołującego z kolejnym wezwaniem o wyjaśnienia.

Zauważenia wymaga, że od czynności wezwania wykonawcy Eko-Solar Sp. z o.o. do uzupełnienia wyjaśnień o kalkulację ceny, co miało miejsce, jak stwierdził Odwołujący, w dniu 9 listopada 2020 r., upłynęło kilka miesięcy, a więc termin na jej zaskarżenie upłynął. Jedynie zatem na marginesie zauważenia wymaga, że stwierdzenie, iż wystąpienie do wykonawcy Eko-Solar Sp. z o.o. o ponowne wyjaśnienia, było nieuprawnione, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Oferta tego wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na jej niezgodność z SIWZ. Nie może zatem być wybrana jako najkorzystniejsza.

Nadto Odwołujący, w odwołaniu nie podnosi, że cena tej oferty jest rażąco niska i oferta ta powinna zostać odrzucona na innej podstawie, niż to nastąpiło, lecz z faktu wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia wyjaśnień, wywodzi dla siebie korzystne wnioski w postaci potrzeby skierowania także do niego wezwania o uzupełnienie wyjaśnień. Odwołujący pomija przy tym, że do jego wyjaśnień kosztorysy uproszczone zostały załączone, a zatem Eko-Solar Sp. z o.o. został wezwany do złożenia takiego elementu, który znajdował się w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego. Oznacza to, że Odwołujący zmierza do pozyskania kolejnej szansy na złożenie wyjaśnień, tym razem prawidłowych. Jak natomiast wyżej wskazano, treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień ceny, nie uzasadnia wystąpienia o ich doprecyzowanie, bowiem jest jasna, wskazuje natomiast na sporządzenie kalkulacji ceny w sposób nierzetelny. W sytuacji, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia wskazują na to, iż kalkulacja ceny oferty nie obejmuje wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia zgodnie z SIWZ i obowiązującymi przepisami, nie ma uzasadnienia dla wystąpienia o kolejne wyjaśnienia.

Również podnoszona przez Odwołującego niesporna okoliczność, iż pomiędzy pierwszą czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonaną 8 stycznia 2021 r., a drugą taką czynnością, dokonaną 10 marca 2021 r., nie wystąpiły nowe okoliczności, nie zasługuje na uwzględnienie, jako przeszkoda dla przeprowadzenia przez Zamawiającego oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego w ramach czynności badania i oceny jego oferty w wyniku wyroku Izby w sprawie KIO 208/21.

Po orzeczeniu przez Izbę, iż odrzucenie oferty Odwołującego, jako sprzecznej z SIWZ, nie było uzasadnione i nakazaniu Zamawiającemu m.in. unieważnienia czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, Zamawiający miał obowiązek dokonania tych czynności. W ramach czynności badania i oceny oferty Odwołującego miał zatem nie tylko prawo, ale też obowiązek badania otrzymanych wyjaśnień ceny. Jak bowiem wynika z wyjaśnień Zamawiającego, wobec stwierdzenia niezgodności oferty z SIWZ, uznał, że nie miał obowiązku ich szczegółowego analizowania, uznając przedwczesność takiego badania. Wbrew stanowisku Odwołującego

nie chodzi zatem o zmianę stanowiska Zamawiającego, co do oceny otrzymanych wyjaśnień, lecz o przeprowadzenie ich analizy. Jeśli jednak nawet przyjąć, że Zamawiający przy pierwszej czynności oceny ofert dokonywał także czynności oceny otrzymanych od Odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to nie oznaczałoby to, że przy ponownym badaniu i ocenie oferty tego wykonawcy, nie był do tego uprawniony. Naprawa błędów dostrzeżonych przez Zamawiającego w dokonanych czynnościach, może bowiem następować na każdym etapie postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba uwzględni 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 Izba stwierdziła, że nie zostało wykazane, aby nastąpiło naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Musiało to skutkować brakiem uwzględnienia odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości Odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz uzasadnione koszty związane z dojazdem na rozprawę i wynagrodzeniem pełnomocnika Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....