

Sygn. akt KIO 1499/20

WYROK
z dnia 31 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 31 lipca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 r. przez odwołującego: **PRO-ECO sp. z o.o. z Gdyni** (al. Zwycięstwa 245/7, 81-525 Gdynia) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Spółdzielnia Mieszkaniowa Zieleniec z Torunia** (ul. Broniewskiego 53e, 87-100 Toruń),

przy udziale wykonawcy: **ELTOP” Spółka jawna W., P., G. z Torunia** (ul. Chrzanowskiego 19, 87-100 Toruń) - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **PRO-ECO sp. z o.o. z Gdyni** (al. Zwycięstwa 245/7, 81-525 Gdynia) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Spółdzielnia Mieszkaniowa Zieleniec z Torunia** (ul. Broniewskiego 53e, 87-100 Toruń) tytułem kosztów postępowania odwoławczego kwotę **4.335 zł 92 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta trzydzieści pięć złotych dziewięćdziesiąt dwa grosze) obejmującą koszty zastępstwa prawnego w kwocie 3.600 zł oraz koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę w kwocie 735 zł 92 gr.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Toruniu**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Spółdzielnia Mieszkaniowa Zieleniec z Torunia, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie, dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na budynkach mieszkalnych Spółdzielni Mieszkaniowej „Zieleniec” w Toruniu”. Publikacja Ogłoszenia o zamówieniu w dniu 3 kwietnia 2020 r. w BZP pod nr 528929-N-2020. Wartość Zamówienia jest niższa niż dotycząca robót budowlanych kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Odwołujący - PRO-ECO sp. z o.o. z Gdyni wskazał na naruszenie przepisów ustawy Pzp w związku z wykluczeniem wykonawcy z postępowania i odrzuceniem jego oferty:

1. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 tej ustawy w związku z jej art. 7 ust. 1 - niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie dokonania czynności wezwania Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia albo do udzielenia wyjaśnień w terminie wskazanym w sytuacji, gdy treść oferty oraz złożone oświadczenia oraz dokumenty budziły wątpliwości Zamawiającego.
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i w związku z tym niezasadne dokonanie czynności wykluczenia wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty.
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - wybór oferty ELTOP sp. j. W., P., G. z siedzibą w Toruniu (ELTOP) jako najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu i niepodlegającą odrzuceniu.

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: (1) Uwzględnienie odwołania; (2) Unieważnienia czynności wyboru oferty ELTOP w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego; (3) Unieważnienia czynności wykluczenia PRO-ECO sp. z o.o. oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; (4) Przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Wniósł ponadto o (1) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej się uzasadnionych kosztów niniejszego postępowania odwoławczego; (2) Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu; (3) Zobowiązanie Zamawiającego do załączenia

dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy niniejsze odwołanie.

Odwołujący wskazał na art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (jego brzmienie) stwierdzając, że wykonawca jest uprawniony do wniesienia odwołania, albowiem jego interes został naruszony wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP. Odwołujący nie może uzyskać zamówienia, gdyż został wykluczony a następnie jego oferta została odrzucona - szkoda, którą poniesie Odwołujący polega na utracie korzyści, jakie mógłby osiągnąć z tytułu realizacji zamówienia. Zamawiający bezpodstawnie wykluczył, a następnie odrzucił ofertę Odwołującego, co uniemożliwiło PRO-ECO sp. z o.o. uzyskanie zamówienia, a tym samym został narażony na szkodę w postaci poniesienia kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz w postaci utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem. Oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Stan faktyczny

Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Załącznik nr 6 do oferty stanowił wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia. W powyższym dokumencie PRO-ECO sp. z o.o. oświadczyła, że Pan P. Ć. i Pan J. T. posiadają doświadczenie „zgodne z wymogami określonymi w SIWZ”. Dowód: Skan oferty PRO-ECO sp. z o.o.

W dniu 30 kwietnia 2020 roku Zamawiający opublikował informację z otwarcia ofert. Dowód: Informacja z otwarcia ofert.

Pismem z dnia 7 maja 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia dokumentów i złożenia wyjaśnień. Dowód: Pismo z dnia 7 maja 2020 r.

W piśmie z dnia 20 maja 2020 r. Odwołujący przedłożył wnioskowaną dokumentację. Ponadto, PRO-ECO sp. z o.o. wskazała, iż Pan P. Ć. posiada 32 lata doświadczenia na stanowisku kierownika budowy, natomiast Pan J. T. posiada 45 lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy/robót elektrycznych. Dowód: Pismo z dnia 12 maja 2020 r. + dowód nadania drogą elektroniczną

Pismem z dnia 25 maja 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego: (1) na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oferty oraz (2) na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wezwał do wyjaśnień, w celu ustalenia czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie stwierdził żadnych braków/nieścisłości/etc. do uprzednio przedłożonych wyjaśnień. Dowód: Pismo z dnia 25 maja 2020 r.

W dniu 4 czerwca 2020 r. Odwołujący uzupełnił ofertę oraz udzielił wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, jednocześnie zaznaczając, że „w przypadku dalszych wątpliwości

Wykonawca deklaruje możliwość udzielenia dalszych wyjaśnień". Dowód: Pismo z dnia 4 czerwca 2020 roku + dowód nadania drogą elektroniczną.

W dniu 2 lipca 2020 r. Odwołującemu doręczono informację o jego wykluczeniu (datowaną na dzień 25 czerwca 2020 r., natomiast nadaną w dniu 26 czerwca 2020 r.), a tym samym o odrzuceniu jej oferty. Powyższa informacja zawierała również zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty firmy ELTOP. Dowód: Informacja datowana na dzień 25 czerwca 2020 roku + skan koperty (informacja o nadaniu).

Zarzuty i uzasadnienie prawne

W ocenie Odwołującego doszło do jego niesłusznego wykluczenia, a tym samym do odrzucenia oferty, co w konsekwencji było przyczyną wyboru oferty ELTOP.

W pierwszej kolejności stwierdził, że w piśmie z dnia 20 maja 2020 r. Wykonawca wskazał, że wymienione do oferty osoby legitymują się doświadczeniem zgodnym z wymogami SIWZ, tj. Pan P. Ć. posiada 32 lata doświadczenia na stanowisku kierownika budowy, natomiast Pan J. T. posiada 45 lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy/robót elektrycznych. Pismem z dnia 25 maja 2020 r. Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę do udzielenia kolejnych wyjaśnień, jednakże nie dotyczyły one uprzednio przedłożonych wyjaśnień w związku z czym Zamawiający, zdaniem Odwołującego, uznał przedłożone w dniu 20 maja 2020 r. wyjaśnienia za wystarczające.

Po drugie, pismem z dnia 4 czerwca 2020 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, jednocześnie przedstawiając najważniejsze aspekty związane z jej wyliczeniem. Ponadto, w powyższym dokumencie PRO-ECO sp. z o.o. podkreślił, że „w przypadku dalszych wątpliwości Zamawiającego Wykonawca deklaruje możliwość udzielenia dalszych wyjaśnień”. Odwołujący podkreśla, iż od dnia 4 czerwca 2020 r. Zamawiający nie wzywał PRO-ECO sp. z o.o. do udzielenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.

Odwołujący stwierdził, że gdy Zamawiający powziął wątpliwości co do dokumentów oraz oświadczeń przedłożonych przez Odwołującego - zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do wyjaśnień w tym zakresie. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca mógłby złożyć dokumenty, które niniejszym załącza, potwierdzając w ten sposób, iż dokumenty dotychczas złożone i oświadczenia w nich zawarte - są obowiązujące i prawdziwe, a zatem spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu. Dowód: 1. Szczegółowy kosztorys; 2. Doświadczenie Pana J. T. i Pana P. Ć. .

Niezależnie od powyższego, w formularzu ofertowym Wykonawca złożył oświadczenie, że „zapoznałem/liśmy się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia i gwarantuję/emy jego wykonanie - zgodnie z treścią: SIWZ, wszystkimi jej częściami, pytaniami i odpowiedziami na

zadane pytania, a także jej modyfikacjami oraz załączonymi do niej załącznikami." oraz oświadczenie (złożone w treści załącznika nr 6 do SIWZ) stanowiące, że osoby, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia posiadają „doświadczenie zgodne z wymogami określonymi w SIWZ” - wobec takiej treści oferty Zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty bez wezwania do udzielenia dodatkowych wyjaśnień, jeśli powziął następnie wątpliwości w związku ze złożonymi dokumentami. Zaznaczył, że faktyczne ustalenia Zamawiającego dokonane w wyniku analizy złożonych dokumentów są co do zasady poprawne, jakkolwiek wnioski wynikające z podjętych ustaleń stały się nadmierne - przez pominięcie otrzymanych przed podjęciem decyzji istotnych informacji. Analiza Zamawiającego, skoro doprowadziła do powzięcia wątpliwości związanych z zakresem udzielonych przez Odwołującego informacji, co wprost przełożyło się na decyzję o wykluczeniu wykonawcy, a tym samym o odrzuceniu oferty - powinna również skutkować wezwaniem wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w przedmiotowej materii. Wskazał na wyrok KIO 2581 /13 podnosząc, że: „w razie wystąpienia przy ocenie oferty wątpliwość*”, co do sformułowań zawartych w treści oferty, zamawiający ma możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści ofert, co wynika z art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że przepis pozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień wobec wszystkich elementów treści oferty. Wobec tego zamawiający, u którego zrodziły się wątpliwości, co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień...”.

Zważywszy na powyższe, wykluczenie wykonawcy, a tym samym odrzucenie jego oferty może nastąpić jedynie w sytuacji ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że wykonawca nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i wskazał w szczególności:

Wykonawcy wszystkie dokumenty wymagane mieli obowiązek złożyć wraz z ofertą, albowiem postępowanie nie jest prowadzone w procedurze odwróconej. Wskazał na postanowienie specyfikacji oraz jej załączniki m.in. zał. nr 5 do punktu 6.2.1 SIWZ oraz zał. nr 6 do punktu 6.2.2 SIWZ. Pierwszy z nich dotyczył wykazu robót, a drugi wykazu osób, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji niezbędnych do wykonywania Zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności. Odwołujący w ofercie w załączniku nr 6 w kolumnie 4 (doświadczenie

wymagane zgodnie z siwz) – nie wskazał na jakich zadaniach okres doświadczenia uzyskał kandydat oraz nie wskazał na jakim zadaniu potwierdził warunek rzeczowy i finansowy wymagany w siwz. Na wezwania (art. 26 ust.3 Pzp) zamawiający otrzymał lakoniczne stwierdzenie Odwołującego, odpowiedni: 32 lata i 45 lat oraz załączył ich niewymagane uprawnienia budowlane. Nie przedłożył Zamawiającemu poprawionego i uzupełnionego o doświadczenie załącznika nr 6 oraz żadnym innym dokumentem nie potwierdził wymaganego doświadczenia wskazanych inżynierów. Zamawiający wyczerpał wszystkie, możliwości uzupełnienia i wyjaśnienia treści oferty Odwołującego. Zamawiający nie jest, uprawniony do kilkukrotnego wzywania wykonawców o dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wskazał na orzecznictwo KIO (366/17, 430/20, 409/16) oraz art. 6 kc stwierdzając, że to po stronie wykonawcy leżało potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i tego Odwołujący w stosownym czasie nie uczynił i nie może tego wykonać podczas procesu odwoławczego.

Zamawiający ponadto stwierdził, że odwołanie dotyczy również naruszenia art. 90 ust.3 Pzp w zw. z jej art. 7 i odnosząc się do tak zinterpretowanego zarzutu wskazał na następujące okoliczności: Odwołujący na jego wezwanie przedstawił certyfikat na panele Sinosola 285w i Zamawiający przyjął tę informację jako jego oświadczenie woli. Na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny w kalkulacji ogólnej wskazał na panele 295Wp – w cenie w poglądowym kosztorysie ofertowym – 320 zł. Zatem, zmienił przedmiot zamówienia po otwarciu ofert, cena panelu – została zaniżona o 100 %, poza tym nie uwzględnił kosztów transportu – 1 szt – min.15 zł. W odwołaniu z kolei przedstawia już nie poglądowy kosztorys, ale szczegółowy, w którym przedstawia panele 295Wp w cenie 395 zł, a w zestawieniu materiałowym koszt paneli moduł PV 285 (...) w cenie (bez kosztów transportu) – 302 zł. Także ceny falowników w kosztorysie załączonym do odwołania są zaniżone. Podobnie koszty materiałowe oraz pozostałe na łączną kwotę 335.269, 84 zł. Wskazał na orzecznictwo KIO (586/11, 624/11, 2338/10, 2499/10, 104/18, 131/18, 2717/17) stwierdzając, że nie można wzywać ponownie o wyjaśnienia wykonawcy, którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność, w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka a nie inna cena

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca ELTOP” Spółka jawna W., P., G. z Torunia wnosząc o oddalenie odwołania i w szczególności wskazując na następujące okoliczności:

Wykonawca do odwołania załączył kosztorys szczegółowy oraz wykaz doświadczenia dla wskazanych kandydatów, jednakże ta czynność nie może wywołać skutku w postaci stwierdzenia, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz, że

wykazał prawidłowo, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Złożenie nowych dowodów następuje po upływie terminu do ich złożenia i nie może zatem wywołać oczekiwanego przez Odwołującego skutku. Natomiast co do ceny ofertowej Odwołującego wskazał na brak wyceny: (1) wykonania projektu budowlanego i wykonawczego z uzgodnieniami p.poż., (2) robot budowlanych oraz (3) montażu modułu zabezpieczającego odcięcie p.poż. także wskazał na wymaganie aby „inwerter posiadał zabezpieczenie typu II” oraz, że wykonawca nie dołączył kart katalogowych, deklaracji i certyfikatów potwierdzających, że dane inwertery posiadają takie zabezpieczenie. Powoduje to niezgodność oferty z SIWZ i PFU. Ponadto oferta wykonawcy powinna być skalkulowana przy uwzględnieniu modułów fotowoltanicznych o mocy 280 Wp i ilości 650 sztuk. Wykonawca do wyjaśnień przedstawił kartę modułu o mocy 285 Wp. Z kolei wyjaśnieniach z 4.06.20 wskazał na moduły o mocy 295 Wp i 633 sztuki. Powoduje to niezgodność oferty z SIWZ i PFU, powinien zachować wymaganą ilość w SIWZ.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący - PRO-ECO sp. z o.o. z Gdyni (wykonawca Pro-Eco) wskazał, że zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 tej ustawy w związku z jej art. 7 ust. 1 z uwagi na niezgodne z ustawą PZP zaniechanie dokonania przez Zamawiającego czynności wezwania wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia albo do udzielenia wyjaśnień w terminie wskazanym w sytuacji, gdy treść oferty oraz złożone oświadczenia i dokumenty budziły jego wątpliwości;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na niezasadne uznanie, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i w związku z tym niezasadne dokonanie czynności wykluczenia wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty.
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - wybór oferty ELTOP sp. j. W., P., G. z siedzibą w Toruniu (wykonawca Eltop) jako najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta Odwołującego była ofertą niepodlegającą odrzuceniu i najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

W oparciu o te zarzuty wniósł o: (1) uwzględnienie odwołania; (2) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Eltop w przedmiotowym postępowaniu; (3) unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy Pro-Eco oraz unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty; (4) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W zawiadomieniu z dnia 25 czerwca 2020 r. oznaczonym w punkcie 1 jako: „Zawiadomienie o wykluczeniu i odrzuceniu oferty Pro-Eco sp. z o. o”, Zamawiający podał, że wykonawca Pro-Eco podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzucona na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp w zw. z jej art. 24 ust. 4 Pzp. Dalej wskazał, że (...) wystąpił do Wykonawcy pismem z dnia 07.05.2020 r. o przedłożenie dokumentów i złożenie wyjaśnień. W odpowiedzi z dnia 12.05.2020 r. Wykonawca:

- przedstawił wymagane karty katalogowe / świadectwa modułów fotowoltaicznych, inwerterów, konstrukcji montażowych — wniosek: oferowane urządzenia spełniają wymagania SIWZ i PFU,
- załączył szczegółowe referencje oraz dokumentację fotograficzną wykonanych robót budowlanych odpowiadających wartością i rodzajem robocie stanowiącej przedmiot zamówienia - wniosek: Wykonawca posiada doświadczenie wymagane zapisami siwz,
- załączył kopie dokumentów potwierdzających posiadanie przez osoby wyszczególnione w załączniku nr 6 oferty (Wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia) uprawnień budowlanych w odpowiednich specjalnościach. Wykonawca nie wykazał, że wymienione wyżej osoby posiadają wymagane zapisami SIWZ minimum pięcioletnie doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika budowy w odpowiedniej specjalności. Okres posiadania uprawnień budowlanych nie jest bowiem tożsamy ze sprawowaniem funkcji z tych uprawnień wynikających. Z przedstawionych danych (nie potwierdzona dowodami deklaracja oferenta) wynika, że osoby te pełniły funkcje kierownika budowy podczas realizacji jednej inwestycji (Gmina Ożarówice), która była realizowana w okresie 03.04.2018 — 26.06.2018, tj. w okresie krótszym niż 3 miesiące. Wniosek: Wykonawca nie dysponuje osobami, które może skierować do realizacji zamówienia, spełniającymi wymagania SIWZ, tym samym Wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych w punkcie 6. SIWZ.

Zamawiający skierował do Wykonawcy pismo z dnia 25.05.2020 zawierające wezwanie do uzupełnień. Odpowiedź Wykonawcy z dnia 04.06.2020 r.:

- zawiera wyjaśnienia dotyczące rodzaju zabezpieczenia przeciwprzepięciowego wbudowanego w inwertery - wniosek: oferowane urządzenia spełniają siwz i PFU,
- uzasadnia przyjęcie określonej w ofercie ceny. Zgodnie z treścią wezwania Zamawiającego oraz z postanowieniami pkt. 12.2 SIWZ, Wykonawca jest zobowiązany złożyć dowody dotyczące wyliczenia ceny. Przedstawione przez Wykonawcę informacje nie wyczerpują znamion dowodów uzasadniających zastosowane oferowanej ceny. Stanowią jedynie ogólne informacje o sposobie wyliczenia ceny, które nacechowane są istotnymi niespójnościami.

Wykonawca przywołuje przykład ceny modułów polikrystalicznych o mocy 295 WP, występujących w liczbie 633 szt. W żadnym dokumencie (SIWZ, PFU, rozpatrywana oferta)

nie moduły o podanej mocy, w podanej liczbie. Nie przywołano źródła wysokości cen jednostkowych modułów (420 zł/szt., 320 zł/szt.).

W tabeli zatytułowanej „Kosztorys ofertowy” podano moce instalacji na poszczególnych budynkach wynikające wprost z dokumentacji przetargowej (SIWZ, PFU). Te moce są osiągalne przy zastosowaniu modułów o mocy 280 WP. Oferta zakłada natomiast wykorzystanie modułów o mocy 285 WP.

Dokument nie zawiera szczegółowej kalkulacji kosztów, która dowodziłaby realności przyjętych założeń cenowych. Określenie w tabeli „Kosztorys ofertowy” cen za zaprojektowanie, dostawę i montaż instalacji na poszczególnych budynkach nie może być traktowane jako dowód realności zaproponowanych warunków cenowych.

Wniosek: wobec znacznego odstępstwa zaproponowanej ceny od cen oferowanych w pozostałych ofertach w rozpatrywanym postępowaniu przetargowym (różnica ok. 30%) oraz braku dowodów uzasadniających przyjęcie ceny w tej wysokości istnieją przesłanki aby uznać, iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

Dodać należy, że zgodnie z art. 90 ust. 2 pzp to Wykonawcę obciąża obowiązek wykazania, iż przedłożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Na marginesie należy wskazać, iż pozostałe oferty złożone w przedmiotowym przetargu były o ok. 300.000 zł wyższe, zaś rozeznanie rynku dokonane przez Zamawiającego przed ogłoszeniem przetargu także wykazało, iż stosowane ceny rynkowe są zbliżone do ofert złożonych przez pozostałych Wykonawców, na co wskazuje także kwota, którą Zamawiający jest gotowy przeznaczyć na przedmiotowe zadanie. Wobec powyższych okoliczności należy uznać, iż istnieją przesłanki uzasadniające uznanie oferty Wykonawcy za zawierającą rażąco niską cenę.

Wobec tych okoliczności Wykonawcę należało wykluczyć z postępowania, bowiem nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt. 12 pzp), zaś ofertę złożoną przez wykonawcę podlegającą wykluczeniu uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 pzp). Na marginesie Zamawiający wskazał, iż nawet gdyby uznać, że wykonawca nie podlegał wykluczeniu, to jego oferta i tak podlegałaby odrzuceniu w skutek możliwego zastosowania rażąco niskiej ceny”.(podkreślenia Zamawiającego)

W piśmie z dnia 7 maja 2020 r. Zamawiający wskazując na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podał (w zakresie spornym), że wzywa wykonawcę (...)

2) (...) do złożenia wyjaśnienia i przedłożenia wszelkich ewentualnych dokumentów w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt, 6.2.1 SWIZ (s. 9) Wykonawca musi wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia — rodzaj robót montaż instalacji fotowoltaicznych na budynkach. Za roboty budowlane odpowiadające

wartością i rodzajem robocie stanowiącej przedmiot zamówienia. Zamawiający uzna jedną robotę ogólnobudowlaną tj.: wielobranżowe (obejmujące co najmniej roboty z branży budowlanej, elektrycznej montaż instalacji fotowoltaicznych na dachach budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub użyteczności publicznej (jedno zadanie na montaż 180kW z tego 150kW na dachach płaskich na wartość zadania minimum 1.000.000,00zł).

Dołączone referencje nie wskazują, że przedstawiana w referencjach inwestycja wykonana została na dachach płaskich, czego wymaga SIWZ. Wobec powyższego wzywamy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie oraz do złożenia wszelkich dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunków siwz”.

3) (...) do złożenia wyjaśnień i przedłożenia ewentualnych dokumentów świadczących o spełnianie warunku określonego w pkt. 6.2.2 SWIZ (s. 9). Wykonawca musi wykazać osoby, które będą skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego legitymujące się uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń wydawanymi na podstawie Rozporządzenia (...) w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (...) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane (...) w specjalności:
- konstrukcyjno-budowlanej, pełniąca jednocześnie obowiązki kierownika budowy, posiadająca:

a. minimum pięcioletnie doświadczenie jako kierownik budowy,

b. doświadczenie na stanowisku Kierownika budowy w specjalności konstrukcyjnobudowlanej w realizacji minimum jednego zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont budynku/budynków o wartości nie mniejszej niż 1.500.000 brutto instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, posiadającą:

a. minimum pięcioletnie doświadczenie jako kierownik budowy lub robót elektrycznych,

b. doświadczenie na stanowisku Kierownika budowy lub kierownika robót w specjalności instalacji w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w realizacji minimum jednego zadania obejmującego budowę, przebudowę instalacji elektrycznych o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł brutto Wykonawca musi wykazać, że dysponuje co najmniej jedną osobą w każdej specjalności.

Wzywamy do złożenia wyjaśnień i przedłożenia ewentualnych dokumentów świadczących o spełnieniu ww. warunków przez osoby wskazane do realizacji zadania, w tym przedłożenia dokumentów potwierdzających, że wskazane w ofercie osoby posiadają ważne uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń”.

Wykonawca w piśmie z dnia 12 maja 2020 r. podał, że w załączeniu przedkłada (...) dokumenty potwierdzające posiadanie przez wskazane osoby (w przedłożonym Zamawiającemu wykazie osób) ważnych uprawnień do kierowania robotami budowlanymi. PRO-ECO sp. z o.o. jednocześnie wskazuje, iż:

1. *Pan P. Ć. był kierownikiem budowy podczas realizacji inwestycji w Gminie Ożarówice, zaś uprawnienia do wykonywania zawodu nabył w 1987 roku (32 lata doświadczenia na stanowisku kierownika budowy).*
2. *Pan J. T. był kierownikiem robót elektrycznych podczas realizacji inwestycji w Gminie Ożarówice, zaś uprawnienia do wykonywania zawodu nabył w 1975 roku (45 lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy/robót elektrycznych)”.*

Izba stwierdza, że te wyjaśnienia nie stanowią odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 maja 2020 r. Zgodnie z wymaganym Wykazem – według załącznika nr 6 do SIWZ – konieczne było wskazanie doświadczenia w wymaganym zakresie według SIWZ pkt 6.2.2. Taki Wykaz należało złożyć wraz z ofertą. Wykonawca w kolumnie dot. wymagania nie podał projektów referencyjnych według pkt 6.2.2. Zawarł tylko adnotację: „Doświadczenie zgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ”. Wezwany ponownie nie wskazał na projekty referencyjne (z okresu 5 lat przed upływem terminu składania ofert, (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie) co do robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia — rodzaj robót montaż instalacji fotowoltaicznych na budynkach), a ogólnie wskazał (w odniesieniu do obu kandydatów) na inwestycję w Gminie Ożarówice, ich uprawnienia do wykonywania zawodu jakie nabyli i ich wieloletnie doświadczenie (odpowiednio 32 lata i 45 lat) na stanowisku kierownika budowy.

Takie wyjaśnienie nie koreluje z wymaganiami ani specyfikacji ani wezwania, a zatem wykonawca Pro-Eco nie wykazał, że dysponuje osobami, spełniającymi wymagania SIWZ, tym samym wykonawca nie potwierdził warunku udziału w postępowaniu określonych w punkcie 6.2.2. SIWZ w odniesieniu do obu kandydatów. W konsekwencji tego wykonawcę należało - tak jak podał Zamawiający - wykluczyć z postępowania, albowiem nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp), zaś ofertę złożoną przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp).

W niniejszej sprawie żądanie zastosowania procedury z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 tej ustawy w związku z jej art. 7 ust. 1 jest niezasadne, albowiem Zamawiający – jak wskazał - przeanalizował podaną ogólnie informację o inwestycji w Gminie Ożarów i ustalił, że (...) *Z przedstawionych danych (nie potwierdzona dowodami deklaracja oferenta) wynika, że osoby te pełniły funkcje kierownika budowy podczas realizacji jednej inwestycji (Gmina Ożarówice), która była realizowana w okresie 03.04.2018 — 26.06.2018, tj. w okresie krótszym niż 3 miesiące”.* Izba zauważa, że wykonawca (pomimo wezwania) nie podjął wysiłku, aby opracować informacje o doświadczeniu kandydatów adekwatnie do wymaganego warunku. Niewątpliwie okres posiadania uprawnień budowlanych, a także ogólnie wskazane

doświadczenie zawodowe (z założenia błędnie wskazane) nie jest równoznaczne z potwierdzeniem wymaganego w tym postępowaniu, co do robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia — rodzaj robót montaż instalacji fotowoltaicznych na budynkach.

Izba podzieliła pogląd Przystępującego, że opis doświadczenia dla wskazanych kandydatów załączony do odwołania, nie mógł wywołać skutku w postaci stwierdzenia przez Izbę, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Podstawę dla decyzji z dnia 25 czerwca 2020 r. w stanie faktycznym tej sprawy dla której podjęcia właściwy był Zamawiający - było wymaganie opisane w SIWZ i załącznik nr 6 oraz treść oferty wykonawcy i jego odpowiedź z dnia 20 maja 2020 r., nieadekwatna do wymagania opisanego w SIWZ i wezwania Zamawiającego.

Izba stwierdza także, że Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 25 czerwca 2020 r. niewątpliwie odniósł się także do ceny z oferty Odwołującego, uznając tę cenę za rażąco niską i wskazując na okoliczności uzasadniające taki wniosek w nawiązaniu do wyjaśnień z dnia 4.06.2020 r. W tym przypadku zgodnie z cytowanym zawiadomieniem stwierdził w opisach i we wskazanym już wniosku, że: *(...) wobec znacznego odstępstwa zaproponowanej ceny od cen oferowanych w pozostałych ofertach w rozpatrywanym postępowaniu przetargowym (różnica ok. 30%) oraz braku dowodów uzasadniających przyjęcie ceny w tej wysokości istnieją przesłanki aby uznać, iż oferta zawiera rażąco niską cenę. Dodać należy, że zgodnie z art. 90 ust. 2 pzp to Wykonawcę obciąża obowiązek wykazania, iż przedłożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Na marginesie należy wskazać, iż pozostałe oferty złożone w przedmiotowym przetargu były o ok. 300.000 zł wyższe, zaś rozeznanie rynku dokonane przez Zamawiającego przed ogłoszeniem przetargu także wykazało, iż stosowane ceny rynkowe są zbliżone do ofert złożonych przez pozostałych Wykonawców, na co wskazuje także kwota, którą Zamawiający jest gotowy przeznaczyć na przedmiotowe zadanie. Wobec powyższych okoliczności należy uznać, iż istnieją przesłanki uzasadniające uznanie oferty Wykonawcy za zawierającą rażąco niską cenę”.*

Izba zauważa także, że w ostatnim akapicie zawiadomienia - zdanie ostatnie zawiera stanowisko Zamawiającego, a nie wątpliwość, że *(...) nawet gdyby uznać, że wykonawca nie podlegał wykluczeniu, to jego oferta i tak podlegałaby odrzuceniu w skutek możliwego zastosowania rażąco niskiej ceny”.* Co prawda w tym miejscu ani we wstępie zawiadomienia nie powołuje się na przepis ustawy Pzp (nie wskazuje wprost drugiej z podstaw odrzucenia oferty), ale to nie anuluje jego ustaleń w zakresie rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy Pro-Eco. Jednakże w odwołaniu (ani w zarzutach prawnych, ani w żądaniach) Odwołujący nie

sformułował zarzutu podważającego ustalenia w zakresie wskazanego w zawiadomieniu art. 90 ust. 2 Pzp (*Zamawiający podał: (...) to Wykonawcę obciąża obowiązek wykazania, iż przedłożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.*). W odwołaniu wykonawca sformułował (jak wskazano) zarzuty tylko co do podstaw wykluczenia wykonawcy. Co prawda w pkt III odwołania Odwołujący nawiązuje do pisma z dnia 4 czerwca 2020 r., ale tylko stwierdza: *„Po drugie, pismem z dnia 4 czerwca 2020 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, jednocześnie przedstawiając najważniejsze aspekty związane z jej wyliczeniem. Ponadto, w powyższym dokumencie PRO-ECO sp. z o.o. podkreśliła, że „w przypadku dalszych wątpliwości Zamawiającego Wykonawca deklaruje możliwość udzielenia dalszych wyjaśnień”. Odwołująca podkreśla, iż od dnia 4 czerwca 2020 r. Zamawiający nie wzywał PRO-ECO sp. z o.o. do udzielenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny”.*

To ustalenie nie jest równoznaczne z wnioskiem, że wykonawca podniósł w odwołaniu zarzut dotyczący ustaleń w zakresie rażąco niskiej ceny z zawiadomienia z dnia 25 czerwca 2020 r. Izba zwraca także uwagę, że w żądaniach brak jest również odniesienia do takiego zarzutu.

Stosownie do art. 180 ust.1 ustawy Pzp: *„Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięźle przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania”.* Tym samym nie podlegał ocenie Izby kosztorys załączony do odwołania i Izba nie dokonywała ustaleń na okoliczność, czy oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W konkluzji Izba stwierdza, że Zamawiający wykluczając wykonawcę PRO-ECO sp. z o.o. z Gdyni z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucając ofertę wykonawcy nie naruszył wskazanego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp a tym samym także wskazanego w odwołaniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 tej ustawy w związku z jej art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

.

.....

