

Sygn. akt: KIO 2704/21

## WYROK

z dnia 21 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ewa Sikorska**

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2021 r. przez wykonawcę **Innergo Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Skarb Państwa – Zakład Usługowo-Produkcyjny Lasów Państwowych w Łodzi**

przy udziale:

- A. wykonawcy **ZUP EMITER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Limanowej**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **POWER EV Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa – Zakładowi Usługowo-Produkcyjnemu Lasów Państwowych w Łodzi** – unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania i odrzucenie oferty wykonawcy **POWER EV Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** i dokonanie ponownej oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **POWER EV Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Innergo Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **POWER EV Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** na rzecz wykonawcy **Innergo Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa – Zakład Usługowo-Produkcyjny Lasów Państwowych w Łodzi – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa i montaż stacji ładowania pojazdów elektrycznych typu wallbox.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 13 września 2021 roku wykonawca Innergo Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniosła odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (dalej jako: „rozporządzenie o dokumentach”) i art. 128 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy POWER EV sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako: przystępujący „POWER EV”) z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał braku podstaw wykluczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. w zakresie braku orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego, tj. nie przedstawił w terminie wymaganej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, pomimo otrzymania wezwania do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz poprzez umożliwienie przystępującemu POWER EV dokonania ponownego uzupełnienia ww. dokumentu, pomimo iż wykonawca nie przedstawił wymaganego dokumentu w odpowiedzi na pierwsze wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p., co doprowadziło ponadto do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

- art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy P.z.p. poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego POWER EV, mimo iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a zaoferowana cena jest rażąco niska.

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego POWER EV jako najkorzystniejszej,
- wykluczenia wykonawcy przystępującego POWER EV z postępowania i odrzucenia jego oferty,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący złożył nie podlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p., interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż zamawiający zaniechał wykluczenia przystępującego POWER EV odrzucenia złożonej przez niego oferty i dokonał wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, co uniemożliwiło odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca ZUP EMITER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Limanowej (dalej: przystępujący ZUP EMITER). Przystępujący ZUP Emitter poparł stanowisko odwołującego i wniósł o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca POWER EV Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 września 2021 roku zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W piśmie z dnia z dnia 27 września 2021 r. przystępujący POWER EV oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

W postępowaniu złożono 5 ofert (*dowód: informacja z otwarcia ofert z dnia 8 lipca 2021 r.*). Dwie z nich podlegały odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p.. Przystępujący POWER EV zaoferował cenę 941 269,80 zł brutto, tj. o 35% mniej niż kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia oraz ponad 270 tys. mniej niż cena ofertowa kolejnego wykonawcy w rankingu cenowym.

Zamawiający w dniu 19 lipca 2021 r. wystosował do przystępującego POWER EV wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. do udzielenia wyjaśnień w zakresie

zaoferowanej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny/ istotnych części składowych zaoferowanej ceny. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia mogą dotyczyć pozostałych elementów wskazanych w art.224 ust.3 ustawy P.z.p. Stwierdził też, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny/kosztu, spoczywa na wykonawcy.

Pismem z dnia 21 lipca 2021 roku przystępujący POWER EV udzielił następującej odpowiedzi:

*W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień i złożenia dowodów w zakresie elementów, mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny – Wykonawca przedkłada wyjaśnienia oraz dowody potwierdzające, że cena złożonej przez niego oferty nie nosi znamion rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

*Informacje przedstawione w wyjaśnieniu spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bowiem są informacjami organizacyjnymi oraz technicznymi a także posiadają wartość gospodarczą. Okazane dane nie są łatwo dostępne dla osób zajmujących się tym rodzajem informacji.*

*Wykonawca podjął działania w celu utrzymania ich w poufności (np. klauzule poufności w umowie o pracę). Zwracamy uwagę, że przedstawiona szczegółowa kalkulacja zawiera informacje, które mogą stanowić wartość dla firm konkurencyjnych oraz które mogą zwiększyć ich zyski a tym samym działać na niekorzyść wykonawcy.*

*Wykonawca zaoferował realizację zamówienia za cenę łączną 941 269,80 złotych brutto. Na cenę tę składa się dostawa 41 stacji ładowania pojazdów elektrycznych wraz z montażem, obrandowaniem i szkoleniem w zakresie obsługi oraz systemów niezbędnych do ich obsługi.*

*Cena została obliczona zgodnie z danymi przedstawionymi w szczegółowej kalkulacji.*

*Zgodnie z konsekwentnie podtrzymywanym w doktrynie i orzecznictwie poglądem: "O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę" (Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07).*

*W wyroku z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1492/08 KIO stwierdza: „Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę”. Podobnie - Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 czerwca 2010 r., KIO 1055/10 stwierdza: „Tak więc, ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe”.*

*Warto zauważyć, iż zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych: „za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości” (www.uzp.gov.pl).*

*Przedstawiona kalkulacja jednoznacznie wskazuje, iż cena złożonej przez Wykonawcę oferty nie nosi znamion rażąco niskiej. Wykonawca uwzględnił w cenie złożonej przez siebie oferty wszelkie koszty realizacji zamówienia i osiągnię z tytułu jego realizacji zysk.*

*Mając na uwadze powyższe nie budzi wątpliwości, że cena złożonej przez Wykonawcę oferty nie nosi znamion rażąco niskiej.*

*Poniżej przedstawiamy szczegółową kalkulację.*

#### *1. Koszty urządzeń:*

*Firma POWER EV jest polskim producentem stacji do ładowania samochodów elektrycznych, systemów do obsługi urządzenia a także systemów do świadczenia usługi ładowania. W urządzeniach wykorzystuje własne rozwiązania podzespołów elektronicznych które produkowane są przez POWER EV we własnym parku maszynowym. Aplikacja do zarządzania urządzeniem jest także projektem oraz produktem firmy POWER EV.*

*- 1 x stacji naściennej jedno stanowiskowej o mocy ładowania do 22 KW*

*Cena wyprodukowania 1 urządzenia przez wykonawcę z wymaganym „obrandowaniem”: 5175 zł netto*

*Oferta przedstawiona zamawiającemu: 6900 zł/ netto sztuka urządzenia*

*1 x 6900 zł netto = 6900 zł netto*

*- 20 x stacje wolnostojące jednostanowiskowe o mocy ładowania do 22 KW*

*Cena wyprodukowania 1 urządzenia z przez wykonawcę z wymaganym „obrandowaniem” +stopa fundamentowa:*

*8772,79 złotych netto sztuka*

*Oferta przedstawiona zamawiającemu: 11 688 zł/ netto sztuka*

*20 x 11 688 złotych netto= 233 760 zł netto*

*- 20 x stacja wolnostojąca dwustanowiskowa o mocy ładowania do 22 KW*

*Cena wyprodukowania 1 urządzenia z przez wykonawcę z wymaganym „obrandowaniem” +stopa fundamentowa:*

*11071 zł netto sztuka*

*Oferta przedstawiona zamawiającemu: 14750 zł netto sztuka*

*20x 14750 zł netto= 295 000 złotych netto*

*SUMA: 535 660 zł netto*

## *2. Spełnienie norm i przepisów*

*Spełnienie norm i przepisów prawa obowiązujących dla stacji ładowania na dzień ich montażu w tym wszelkie uzgodnienia/certyfikaty UDT, wraz z wszelkimi opłatami w tym zakresie. Przygotowania wniosku o przeprowadzenie badań technicznych wstępnych wraz ze wszystkimi niezbędnymi dokumentami, zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Energii „w sprawie wymagań technicznych dla stacji ładowania i punktów ładowania stanowiących element infrastruktury ładowania drogowego transportu publicznego”, Dz.U 2019 poz. 1316. Z dnia 26 czerwca 2019 r. 1. Koszt uwzględnia dojazd do przedstawiciela wykonawcy w obrębie kraju w celu uczestnictwa w badaniu wstępnym przeprowadzonym przez UDT, na podstawie upoważnienia udzielonego przez Zamawiającego, zgodnie z § 19 ust. 2 rozporządzenia.*

*Koszt dla jednej ładowarki wynikający ze spełnienia przedstawionego punktu to 3000 zł netto*

*41 x 3000 zł netto= 123 000 zł netto*

## *3. Gwarancja*

*Standardowy okres gwarancji określony przez producenta dla 1 urządzenia to okres 2 lat.*

*Koszt przedłużenie gwarancji wynosi 1000 zł netto za rok.*

*41 x 1000 zł netto= 41 000 zł netto*

#### *4. Szkolenie*

*Szkolenie z zakresu Obsługi stacji do ładowania dla pracowników Zamawiającego*

*Koszt 700 zł netto dla 1 lokalizacji*

*41 x 700 zł netto =28 700zł netto*

#### *5. Montaż urządzenia*

*Cennikowy zryczałtowany koszt montażu 1 urządzenia określony przez producenta wynosi 900 zł netto*

*41 x 900 zł netto= 36 900 zł netto*

#### *Podsumowanie kosztów*

*Koszt przedstawiony dla zamawiającego będący sumą przedstawionych punktów:  
765 260 złotych netto*

*= 941 269,80 złotych brutto*

Wyjaśnienia te oraz uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ich dotyczące nie zostały udostępnione odwołującemu. W odpowiedzi na jego wniosek, w dniu 8 września 2021 r., zamawiający poinformował, że: „treść wyjaśnień przestanych przez POWER EV Sp. z o.o. dotyczących rażąco niskiej ceny została utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie zostaje udostępniona przez Zamawiającego”

Po wystosowaniu kolejnego pisma przez odwołującego, wzywającego do ujawnienia chociażby treści uzasadnienia zastrzeżenia złożonych wyjaśnień ceny jako tajemnica przedsiębiorstwa, zamawiający w dniu 9 września 2021 r. przesłał „niezastrzeżony fragment wyjaśnień oraz potwierdzenie wpływu e-mail, zaś w dniu 10 września 2021 r. o godz. 12.23 przesłał drogą elektroniczną pozostałą treść wyjaśnień, „w związku z wyrażeniem zgody przez Wykonawcę POWER EV sp. z o.o. na udostępnienie kalkulacji zawartej w piśmie dotyczącym wyjaśnień rażąco niskiej ceny” (dowód: korespondencja z dnia 9 i 10 września 2021 roku).



W piśmie z dnia 23 lipca 2021 r. zamawiający wystosował do przystępującego POWER EV wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p., wskazując w treści, iż wymagane jest złożenie aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z SWZ, w tym również informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., tj. wykazania braku orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem – pkt 2 a *tiret* drugie wezwania (*dowód: pismo z dnia 23 lipca 2021 roku*).

W dokumentach złożonych w odpowiedzi na powyższe wezwanie w dniu 28 lipca 2021 r., nie zawarto informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej wykonawcy w ww. zakresie. Złożono jedynie informację z KRK dotyczącą członka zarządu, przy czym złożona została wizualizacja dokumentu elektronicznego wygenerowanego przez system e-Platforma Ministerstwa Sprawiedliwości. Ponadto, złożony komplet dokumentów nie został prawidłowo podpisany – nie został zastosowany kwalifikowany podpis elektroniczny (*dowód: korespondencja z dnia 28 lipca 2021 roku*).

W związku z powyższym, w dniu 5 sierpnia 2021 r. Zamawiający wezwał POWER EV do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. W treści ponownie wskazano na obowiązek złożenia w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., odnośnie do orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego.

W odpowiedzi z dnia 10 sierpnia 2021 r. POWER EV przesłał zaświadczenie z KRK (w formie pliku.xml oraz oryginalnego pliku z podpisem osoby wystawiającej zaświadczenie), jednakże wyłącznie informację o osobie (tj. w zakresie podstawy określonej w art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.), nie zaś informację dotyczącą wykonawcy - spółki POWER EV sp. z o.o. w zakresie, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. (*dowód: korespondencja z dnia 10 sierpnia 2021 roku*).

W dniu 17 sierpnia 2021 roku zamawiający dokonał wyboru oferty POWER EV jako najkorzystniejszej (*dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17 sierpnia 2021 roku*)

Pismem z dnia 24 sierpnia 2021 roku poinformował o dokonaniu czynności unieważnienia najkorzystniejszej oferty, wskazując:

*Zamawiający w wezwaniu do ww. wykonawcy z dnia 06.08.2021 r. wystosowanym zgodnie z art.128 ust.1 Pzp nie wskazał jednego z dokumentów, który winien zostać*

uzupełniony przez wykonawcę – zgodnie z wyrokiem z dnia 14 lipca 2017 r. KIO 1340/17 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że cyt. „należy mieć na uwadze, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z jednej strony statuuje po stronie zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w sytuacji, gdy złożone dokumenty są wadliwe, z drugiej zaś strony kształtuje po stronie wykonawcy uprawnienie do umożliwienia mu takiego uzupełnienia. Aby to uprawnienie zostało prawidłowo zrealizowane, zamawiający musi zakomunikować wykonawcy, jak ocenił złożone dokumenty, jakie błędy w nich dostrzegł i w jakim zakresie konieczna jest ich poprawa lub uzupełnienie”.

W związku z powyższym Zamawiający w celu sanowania wadliwej czynności winien unieważnić czynność wyboru oferty i wystosować wezwanie w którym prawidłowo wskaże Wykonawcy brak przedmiotowego dokumentu. Działanie Zamawiającego w zakresie unieważnienia przedmiotowej czynności znajduje również uzasadnienie w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej m.in. w wyroku o sygn. akt KIO 362/2012 z dnia 05.03.2012 r. wskazano, iż Zamawiający, o ile ustalił - już po podjęciu decyzji, co do wyboru oferty najkorzystniejszej - nowe przesłanki, które mogą rzutować na odrzucenie oferty/wykluczenie wykonawcy, powinien poprzedzić czynność unieważnić i czynność powtórzyć, naprawiając uprzednio popełniony błąd. Zamawiający może samodzielnie unieważnić określoną czynność w postępowaniu, a nie wyłącznie w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej – stanowisko prezentowanej jest również w wyrokach KIO 2591/13 i KIO 2593/13 oraz KIO 1718/13 – powyższe wyroki pomimo, iż zostały wydane na gruncie już nieobowiązującej ustawy Pzp, są nadal aktualne w obowiązującym stanie prawnym z uwagi na tożsame brzmienie obowiązujących przepisów ustawy Pzp.

Należy również wskazać, iż zgodnie z art.7 pkt.18) Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy lub jego unieważnieniem - postępowanie ma prowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jedną z przesłanek nieważności umowy jest udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy - art. 457 ust.1 pkt.1) Pzp. Również zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp (tzw. zasada legalizmu), zgodnie z którym zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a contrario wynika, że nie można udzielić zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy. Zgodnie z art. 255 pkt 6) Pzp zamawiający unieważnia postępowanie jeżeli, obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego – unieważnienie postępowania na tej podstawie jest możliwe tylko wtedy, gdy wady nie można usunąć w drodze czynności zamawiającego, a wada jest tego rodzaju, że zamówienie publiczne będzie nieważne.

*W związku z powyższym Zamawiający postanowił jak na wstępie.*

*Dowód: pismo z dnia 24 sierpnia 2021 roku*

W dniu 25 sierpnia 2021 r. ponownie, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p., wezwał przystępującego POWER EV do: „uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp, odnośnie do orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z dnia 23.07.2021 nie złożył przedmiotowego dokumentu.” (*dowód: wezwanie z dnia 25 sierpnia 2021 roku*).

Przystępujący POWER EV w odpowiedzi z dnia 26 sierpnia 2021 r. złożył wystawione tego samego dnia zaświadczenie z KRK (w formie pisemnej) dotyczące podmiotu zbiorowego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. (*dowód: odpowiedź z dnia 26 sierpnia 2021 roku*).

W dniu 2 września 2021 roku zamawiający ponownie opublikował „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty”, informując w treści, iż po unieważnieniu czynności wyboru oferty i wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentu, dokonano ponownej oceny ofert. W rezultacie ponownie wybrano ofertę POWER EV (*dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 2 września 2021 roku*).

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba wskazuje, że stosownie do art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, wobec którego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia o dokumentach i art. 128 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego POWER EV sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał braku podstaw wykluczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. w zakresie braku

orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego, tj. nie przedstawił w terminie wymaganej informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

Zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne może zostać orzeczony wobec wykonawcy, który jest podmiotem zbiorowym w rozumieniu ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 28 października 2002 roku o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. z 2020 roku, Dz. U. poz. 358 ze zm.), podmiotem zbiorowym jest osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i ich związków. Podmiotem zbiorowym jest zatem każda spółka prawa handlowego, zarówno kapitałowa (np. spółka z o.o.), jak i osobowa (np. spółka jawna).

Zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia orzeka się na podstawie wskazanej ustawy tytułem środka karnego (art. 9 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary) lub zapobiegawczego (art. 26a ust. 1 tej ustawy). Udokumentowanie braku podstawy wykluczenia. Brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego dokumentuje się, składając informację z KRK o podmiocie zbiorowym (§ 2 ust. 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych).

Zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. W związku z tym, że przystępujący POWER EV, pomimo wezwania wystosowanego przez zamawiającego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p., nie złożył wymaganej informacji z KRK dotyczącej podmiotu zbiorowego, zamawiający wezwał go, na podstawie art. 128 ust. 1, do „poprawienia środków dowodowych (...) składanych w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego: informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 4 P.z.p., odnośnie do orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego”

Stosownie do art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Izba wskazuje przede wszystkim, że każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również przystępujący POWER EV, jako profesjonalista, powinien znać katalog dokumentów, które składane są w takim postępowaniu. Powinien być zatem świadomy tego, że pomimo wezwania z dnia 23 lipca 2021 roku, nie przedłożył informacji z KRK dotyczącej podmiotu zbiorowego. Tym samym, winien mieć również świadomość tego, że, pomimo tego, że zamawiający w wezwaniu z dnia 5 sierpnia 2021 roku wskazał na poprawienie środka dowodowego dotyczącego informacji z KRK w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., przystępujący powinien ten dokument uzupełnić, jako że o poprawieniu – z uwagi na jego brak – nie może być mowy. Izba podkreśla, że art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p, na który powołał się zamawiający w wezwaniu z dnia 5 sierpnia 2021 roku – oprócz konieczności wezwania do poprawienia – wymienia także uzupełnienie dokumentu w przypadku, gdy w ogóle nie został złożony. W razie wątpliwości, wykonawca winien zastosować się do treści przepisu, który jest podstawą wezwania.

W związku z tym, że przystępujący POWER EV nie złożył informacji z KRK w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., zamawiający ponownie wezwał go – na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. – do uzupełnienia tego dokumentu. Tym samym przystępujący POWER EV bezpodstawnie uzyskał kolejną możliwość uzupełnienia brakującej informacji, co postawiło go w uprzywilejowanej sytuacji wobec innych wykonawców było naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy P.z.p. poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego POWER EV, mimo iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a zaoferowana cena jest rażąco niska.

Zgodnie z art. 224 ust. pkt 1 ustawy P.z.p., jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W myśl ust. 2 w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i

usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zamawiający wystosował do przystępującego POWER EV wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. do udzielenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny/ istotnych części składowych zaoferowanej ceny.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na przystępującym POWER EV, który - w ocenie Izby - ciężarowi temu nie sprostał. Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli - w rozpoznawanym przypadku - trafność oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego POWER EV, Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia złożone przez przystępującego są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny.

Przystępujący POWER EV wskazał jedynie zestawienie kosztów urządzeń i czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, nie wskazując przy tym żadnej kalkulacji, na podstawie których dokonał wyceny poszczególnych pozycji. Wyjaśnienia, które złożył przystępujący, są bardzo ogólne, a wskazane w nich kwoty nie zostały w żaden sposób uzasadnione. Nie dołączono do nich również żadnych dowodów, potwierdzających zasadność podanych kwot i ich wpływ na obniżenie ceny, mimo że zamawiający w wezwaniu do wyjaśnienia ceny wskazał na konieczność dołączenia dowodów.

Zgodnie bowiem z orzecznictwem za wyrokiem KIO z 29.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1702/17: „(...) Zastosowanie trybu wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579) oznacza, że zamawiający powziął wątpliwości co do zaoferowanej przez wykonawcę ceny, a wszczęcie wskazanej procedury niesie ze sobą istotne konsekwencje, w postaci obowiązku wszechstronnego wyjaśnienia kalkulacji ceny oferty oraz wykazania, poprzez przedstawienie

stosownych dowodów, że cena oferty nie jest rażąco niska, a tym samym gwarantuje prawidłową realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Jednocześnie zamawiający zawsze w takim przypadku ma obowiązek dokonać rzetelnej oceny złożonych wyjaśnień, nie może tym samym uznać, że wystarczające są jakiegokolwiek wyjaśnienia ogólne, nieoparte dowodami”.

Izba podkreśla, że wyjaśnienia muszą być konkretne i muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów. Z racji tego, że wyjaśnienia mają być wyczerpujące, wykonawcy powinni przedstawiać szeroki kontekst sytuacji uzasadniającej zaoferowanie takich, a nie innych warunków. Ustawodawca w ustawie P.z.p. wskazuje na niektóre z okoliczności, jakie mogą wpłynąć na obniżenie ceny. Są to na przykład kwestie dotyczące: zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska, wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Podkreślić należy, że wykonawca, wskazując na okoliczności uzasadniające możliwość zaoferowania niższej ceny, winien uwzględnić przy nich także kalkulację oszczędności, prezentując swój faktyczny koszt w porównaniu z kosztami, które poniósłby, gdyby owe szczególne okoliczności mu nie przysługiwały. W wyjaśnieniach złożonych przez przystępującego POWER EV takie informacje nie zostały podane.

Bardziej szczegółowe informacje zostały przez przystępującego POWER EV podane dopiero w piśmie procesowym z dnia 18 października 2021 roku. Wyjaśnienia te nie mogły jednak zostać wzięte pod uwagę, jako że nie zostały złożone w terminie wyznaczonym przez zamawiającego zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. Wykonawca, który nie składa wyczerpujących wyjaśnień w wyniku wezwania, a czyni to na etapie postępowania przed

Krajową Izbą Odwoławczą, zyskiwałby dodatkową możliwość na złożenie wyjaśnień i tym samym byłby w uprzywilejowanej sytuacji wobec innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wyjaśnienia przystępującego POWER EV nie mogą być zatem uwzględnione. To na nim bowiem spoczywa obowiązek udowodnienia zasadności zaoferowanej ceny. Wskazując na powyższe, Izba uznała, że przystępujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, w związku z czym jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....