

Sygn. akt: KIO 1953/20

WYROK
z dnia 11 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę: **SOLUMEN Sp. z o.o., Zajązkowo 35A, 83-111 Miłobądz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Strzelce Krajeńskie, ul. Wolności 48, 66-500 Strzelce Krajeńskie,**

przy udziale wykonawcy: **K. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. F. Akademia Słońca, ul. Św. Czesława 8/13, 61-575 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: SOLUMEN Sp. z o.o., Zajązkowo 35A, 83-111 Miłobądz, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **SOLUMEN Sp. z o.o., Zajązkowo 35A, 83-111 Miłobądz** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Strzelce Krajeńskie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: „Dostawa wraz z montażem i instalacją 22 szt. lamp oświetleniowych z modułem fotowoltaicznym wokół pierścienia zabytkowych murów obronnych ul. Forteczna Zachodnia oraz ul. Cicha w Strzelcach Krajeńskich" realizowana w ramach przedsięwzięcia inwestycyjnego pn. „Renowacja średniowiecznych murów obronnych wraz z zagospodarowaniem terenów przyległych oraz zabytkowego Spichlerza w Strzelcach Krajeńskich" Zadanie współfinansowane ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego - Lubuskie 2020 Oś Priorytetowa 4: Środowisko i kultura; Działanie: 4.4. Zasoby kultury i dziedzictwa kulturowego- projekty realizowane poza formułą ZIT. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane

w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 lipca 2020 r. pod nr 559232- N-2020.

Zamawiający w dniu 10 sierpnia 2020 r. odrzucił ofertę złożoną przez wykonawcę Solumen Sp. z o.o. z siedzibą w Zajączkowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „Pzp”. Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, a złożone przez wykonawcę Solumen Sp. z o.o. wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że treść udzielnych wyjaśnień nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wykonawca Solumen Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

[1] art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, poprzez uznanie, że cena oferty Odwołującego jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp, a w konsekwencji, poprzez zwrócenie się o udzielenie wyjaśnień zaoferowanej przez Odwołującego ceny z dnia 20 lipca 2020 r. oraz następnie z dnia 24 lipca 2020 r. z pominięciem, że rozbieżność ta wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, a następnie poprzez odrzucenie oferty Odwołującego,

[2] art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez uznanie, że zaoferowana przez Odwołującego cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, a w konsekwencji poprzez wezwanie do

wyjaśnienia zaofertowanej ceny z dnia 20 lipca 2020 r. oraz z dnia 24 lipca 2020 r. i odrzucenie oferty Odwołującego,

[3] art. 90 ust. 3 Pzp poprzez uznanie, że wyjaśnienia Odwołującego z dnia 27 lipca 2020 r. oraz z dnia 28 lipca 2020 r. potwierdzają, że oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w wyniku tego poprzez odrzucenie oferty Odwołującego,

[4] art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, gdy ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

[5] art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji poprzez odrzucenie oferty Odwołującego,

[6] 87 ust. 1 Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący w drodze wyjaśnień treści oferty dokonał zmiany złożonej oferty,

[7] art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z ustawą, a w konsekwencji poprzez odrzucenie oferty Odwołującego,

[8] art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego,

[9] art. 8 ust. 3 Pzp, poprzez ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego,

[10] art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadą przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 10 sierpnia 2020 r.,
- b) odrzucenia oferty wykonawcy Petra Energia Sp. z o.o.,
- c) odrzucenia oferty wykonawcy Akademia Słońca K. F.,

oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego, a także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania na okoliczności, o których mowa w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę, która, uwzględniając zarzuty niniejszego odwołania oraz określone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert, jest ofertą najkorzystniejszą. Zaofertowana przez Odwołującego cena w kwocie 295.000 zł. jest najniższa spośród złożonych ofert.

W dniu 20 lipca 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia zaofertowanej ceny wskazując, że zaofertowana przez Odwołującego cena za wykonanie zamówienia jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością.

Na wniosek Odwołującego z dnia 21 lipca 2020 r. Zamawiający udostępnił w dniu 22 lipca 2020 r. protokół postępowania z załącznikami, dotyczącymi ustalenia przez Zamawiającego wartości zamówienia. Zamawiający przedłużył także termin na złożenie wyjaśnień zaoferowanej ceny do dnia 27 lipca 2020 r.

W dniu 23 lipca 2020 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o niezgodnych z ustawą czynnościach Zamawiającego z dnia 7 lipca 2020 r. w przedmiocie ustalenia wartości zamówienia oraz z dnia 20 lipca 2020 r. w przedmiocie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny. Jednocześnie Odwołujący złożył zapowiedź środków ochrony prawnej i kontroli.

W dniu 24 lipca 2020 r. Zamawiający podtrzymał wezwanie dotyczące wysokości zaoferowanej ceny, jednakże zmienił jego uzasadnienie, wskazując, że takie wyjaśnienie pozostaje obowiązkiem Zamawiającego zawsze, gdy pojawią się podejrzenia, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Zamawiający nie wskazał, jakie okoliczności budzą podejrzenia Zamawiającego.

W dniu 23 lipca 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie parametrów technicznych zaoferowanej lampy odnośnie:

- wydajności modułów min. 16%,
- żywotności akumulatora min. 8 lat,
- ilości diod LED w oprawie min. 10 szt.,
- zdjęcia lampy już funkcjonującej w terenie,
- grafiki (informacji, która będzie umieszczona na tablicy edukacyjnej).

W dniu 23 lipca 2020 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wyjaśnił, że:

- a) wydajność zaoferowanych modułów wynosi 20%,
- b) żywotność akumulatora wynosi 8,9 lat,
- c) ilość diod LED w oprawie wynosi 24 sztuki,
- d) zdjęcie lampy funkcjonującej w terenie zostało dołączone do oferty,
- e) grafika została dołączona do oferty.

Jednocześnie w ww. piśmie z dnia 23 lipca 2020 r. Odwołujący wniósł z ostrożności do Zamawiającego o ewentualnie wezwanie do dalszych wyjaśnień albo wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów.

W dniu 24 lipca 2020 r. Zamawiający odniósł się do ww. pisma Odwołującego w zakresie braku w ofercie zdjęcia lampy funkcjonującej w terenie.

W dniu 27 lipca 2020 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie ofert. W tym samym dniu Zamawiający udostępnił oferty. Ponieważ ze skanu oferty Odwołującego wynikało, że nie zawierała ona zdjęcia lampy, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie, czy Zamawiający posiada złożoną na 14 stronie oferty Odwołującego fotografię lampy, a wyłącznie w przypadku odpowiedzi negatywnej o

wezwanie do uzupełnienia przedmiotowego zdjęcia lampy. Przedmiotowe pismo pełnomocnika Odwołującego pozostało bez odpowiedzi Zamawiającego.

W dniu 27 lipca 2020 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu wyjaśnienia zaoferowanej przez Odwołującego ceny. W dniu 28 lipca 2020 r. Odwołujący złożył także erratę do ww. wyjaśnień.

Jako dowód na przedstawione wyżej okoliczności Odwołujący powołał - protokół postępowania o udzielenie zamówienia z załącznikami.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp

W piśmie z dnia 23 lipca 2020 r. (informacja o czynnościach niezgodnych z ustawą), odnosząc się merytorycznie do podstawy prawnej i faktycznej wezwania Zamawiającego z dnia 20 lipca 2020 r., Odwołujący wskazał, że jakkolwiek Zamawiający jako podstawę prawną przedmiotowego wezwania powołał art. 90 ust. 1 Pzp, to jako podstawę faktyczną Zamawiający wskazał, że zaoferowana przez wykonawcę cena w kwocie 295.000,00 zł brutto pozostaje niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, która wynosi kwotę 479.260,58 zł brutto, co w ocenie Zamawiającego, wyczerpuje hipotezę normy prawnej wyrażonej przepisem art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp.

Otrzymane przez Odwołującego w dniu 22 lipca 2020 r. dokumenty dotyczące ustalenia wartości zamówienia przez Zamawiającego w kwocie 479.260,58 zł brutto wskazują, co następuje:

- 1) Według druku ZP-PN, wartość zamówienia stanowi kwotę 389.642,75 zł (479.260,58 zł brutto) i została ustalona w dniu 7 lipca 2020 r. przez Pana Adama Roszaka.
- 2) Wedle niepodpisanej notatki z dnia 7 lipca 2020 r., wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na podstawie rozeznania rynku - 2 „ofert”, jedna „oferta” z „ceną” w kwocie 451.485,50 zł netto oraz druga „oferta” z „ceną” w kwocie 327.800,00 zł netto, co stanowi średnią arytmetyczną „zaoferowanych cen” w kwocie 389.642,75 zł netto.
- 3) Do ww. notatki zostały dołączone email od/do nieoznaczonych adresatów:
 - a) z dnia 30 stycznia 2020 r. stanowiący wniosek o przesłanie wyceny dla 22 sztuk lamp typu Merkur 150 lub Merkur 300 lub podobnych,
 - b) z dnia 31 stycznia 2020 r. z informacją, że cena wynosi kwotę 347.600,00 zł netto,
 - c) z dnia 7 lipca 2020 r. z informacją, że cena za 1 sztukę modelu Merkur 300 z pełną instalacją, gwarancją to 14.900 zł netto (327.800,00 zł netto),
 - d) z dnia 6 lipca 2020 r. z informacją, że cena za 22 szt. lampy Syrius 300 z montażem i transportem wynosi kwotę 451.485,50 zł netto (555.327,17 zł brutto).

Zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

Odwołujący podniósł, że w dniu 27 marca 2020 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie identycznego jak przedmiotowe zamówienie, poprzez ogłoszenie o zamówieniu nr 527320-N-2020. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający w dniu 8 kwietnia 2020 r. otrzymał 3 oferty:

- 1) Petra Energia sp. z o.o. z ceną w kwocie 312.543,00 zł,
- 2) Solumen sp. z o.o. z ceną w kwocie 270.600,00 zł,
- 3) Akademia Słońca K. F. z ceną w kwocie 422.136,00 zł.

Oferty oznaczone powyżej nr 1) i 2) nie dotyczą lamp, o których mowa w ww. tzw. „rozeznaniu rynku”. Oferta oznaczona powyżej nr 1) dotyczy lampy posiadającej parametry technicznie nieokreślone w ofercie lub znacznie wyższe od określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, co ma wpływ na jej cenę - moc maksymalna modułów fotowoltaicznych to 4 x 56W, co łącznie wynosi 224W (Zamawiający wymaga 100 Wp), pojemność akumulatora 60 Ah (30 Ah), moc oprawy 48,28 W (12W). Oferta oznaczona powyżej nr 3) dotyczy lamp pod nazwą handlową Merkur 300 lub Syrius 300, które stanowią ten sam wyrób budowlany. Lampa Merkur 300 to produkt firmy Photinus, której jedynym przedstawicielem na Polskę jest Akademia Słońca K. F., który zainstalował te lampy w ramach poprzedniego zamówienia, natomiast lampa SYRIUS 300 jest oferowana przez Elektriko, a *de facto* jest to lampa Merkur 300 tylko pod inną nazwą handlową. Nadto, przedmiotowa lampa nie jest zgodna z przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie, gdyż akumulator jest zamontowany pod powierzchnią gruntu (po podstawą lampy), a jego montaż i demontaż odbywa się poprzez linię rewizyjną, co oznacza, że akumulator wychodzi poza obrys słupa, uniemożliwiając jego szybką wymianę. Nadto, zaoferowana lampa posiada parametry technicznie wyższe od określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, co ma wpływ na jej cenę - moc maksymalna 280 Wp (Zamawiający wymaga 100 Wp), pojemność akumulatora 66 Ah (30 Ah), moc oprawy 100 W (12W). Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert wynosiła 335.093 zł brutto.

Odwołujący wskazał, że powyższe postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przez Zamawiającego unieważnione w dniu 23 kwietnia 2020 r. z uwagi na rzekomy brak środków na sfinansowanie tego zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 18 czerwca 2020 r. przedstawiciel Zamawiającego spotkał się z przedstawicielem Odwołującego w celu przedstawienia oferty handlowej Odwołującego, a w dniu 19 czerwca 2020 r. Wiceburmistrz Strzelec Krajeńskich zachęcał poprzez email Odwołującego do ponownego zainteresowania się zamówieniem, które miało zostać ponowione w drodze przetargu w lipcu 2020 r. Zamawiający nigdy jednak nie poinformował Odwołującego o wszczęciu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący zarzucił, że wartość zamówienia w kwocie 479.260,58 zł w przedmiotowym postępowaniu nie została ustalona przez Zamawiającego z należytą starannością, gdyż:

- 1) podstawą ustalenia wartości zamówienia pozostaje tzw. „rozeznanie rynku”, które zostało przeprowadzone przez Zamawiającego niestarannie - w warunkach niezapewniających uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (zwłaszcza poprzez brak opisu przedmiotu zamówienia i w odniesieniu do konkretnego wyrobu budowlanego - lamp pod nazwą handlową Merkur 300 lub Syrius 300, które nie pozostają lampami stanowiącymi przedmiot zamówienia w niniejszej sprawie),
- 2) przedmiotowe rozeznanie rynku pomija Odwołującego, który w dniu 8 kwietnia 2020 r. złożył Zamawiającemu ofertę na wykonanie analogicznego przedmiotu zamówienia w kwocie 270.600,00 zł, a także pozostawał zachęcany przez Zamawiającego do zainteresowania obecnym zamówieniem,
- 3) podstawą ustalenia wartości zamówienia winny być ceny zaoferowane Zamawiającemu w dniu 8 kwietnia 2020 r., które w odróżnieniu od tzw. rozeznania rynku przeprowadzonego przez Zamawiającego, stanowią ceny rynkowe, odnoszące się do przedmiotu niniejszego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący zarzucił w odwołaniu, że:

- 1) wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego z należytą starannością powinna wynosić kwotę 335.093 zł brutto,
- 2) 70% ww. kwoty wynosi kwotę 234.565,10 zł brutto,
- 3) zaoferowana przez Odwołującego cena w kwocie 295.000,00 zł brutto nie jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością.

Tym samym, ustalenie Zamawiającego, że zaoferowana przez Odwołującego cena pozostaje niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia nie jest prawdziwe i prowadzi do naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, poprzez bezprawne wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia zaoferowanej ceny z dnia 20 lipca 2020 r.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 181 ust. 1 Pzp, Odwołujący w dniu 23 lipca 2020 r. poinformował Zamawiającego o niezgodnych z przepisami ustawy czynnościach:

- 1) z dnia 7 lipca 2020 r. w przedmiocie ustalenia wartości zamówienia w kwocie 389.642,75 zł netto,
- 2) z dnia 20 lipca 2020 r. w przedmiocie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny.

Na podstawie art. 181 ust. 2 Pzp, Odwołujący wniósł o:

- 1) zmianę ustalenia wartości zamówienia z dnia 7 lipca 2020 r., poprzez ustalenie tej

wartości w kwocie 335.093,00 zł brutto,

2) unieważnienie wezwania Odwołującego z dnia 20 lipca 2020 r. do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny,

- w terminie do dnia 24 lipca 2020 r.

Pismem z dnia 24 lipca 2020 r. Zamawiający podtrzymał wezwanie z dnia 20 lipca 2020 r. powołując się na art. 90 ust. 1 Pzp oraz niesprecyzowane wątpliwości, zamiast unieważnić przedmiotowe wezwanie, choćby poprzez pominięcie, jako że ustalona przez Zamawiającego rozbieżność zaoferowanej przez Odwołującego ceny i wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w piśmie z dnia 24 lipca 2020 r. nie określił, jakie ma wątpliwości co do możliwości wykonania przez Odwołującego zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ, tak więc przedmiotowe wezwanie do wyjaśnienia ceny jest całkowicie bezpodstawne, a przez to niezasadne i niedopuszczalne. Zdaniem Odwołującego, zarówno wezwanie z dnia 20 lipca 2020 r., jak i wezwanie z dnia 24 lipca 2020 r. w przedmiocie wyjaśnienia przez Odwołującego zaoferowanej ceny pozostają bezpodstawne i niezasadne, a przez to bezprawne. Tym samym, odrzucenie oferty Odwołującego w następstwie tych czynności Zamawiającego nie może się ostać.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp

Wedle Zamawiającego, załączony do wyjaśnienia zaoferowanej ceny z dnia 23 lipca 2020 r. kosztorys ofertowy Odwołującego nie zawiera wszystkich elementów cenotwórczych w ramach oferowanego przedmiotu zamówienia oraz zawiera założenia, które obiektywnie nie są realne.

Odwołujący nie zgodził z powyższym stanowiskiem. Podniósł, że:

1) Odwołujący oświadczył, że koszt fundamentu został uwzględniony w zaoferowanej cenie słupa lampy oświetleniowej, zgodnie z załącznikiem nr 3 do wyjaśnień zaoferowanej ceny z dnia 27 lipca 2020 r. Natomiast w załączniku nr 5 do wyjaśnienia zaoferowanej ceny z dnia 27 lipca 2020 r. – w ofercie Elmarco Technika Świetlna Sp. z o.o. fundament nie został wyszczególniony odrębnie jako element słupa lampy oświetleniowej, gdyż stanowi on integralną część (element) słupa i w dotychczasowych stosunkach handlowych między Odwołującym a Elmarco Technika Świetlna Sp. z o.o. był tak klasyfikowany. Dodatkowo, koszt fundamentu wynosi ok. 150 zł, więc nie jest to istotny kosztowo element w stosunku do wartości słupa lampy oświetleniowej, a przez to nie jest on wykazywany w ofertach handlowych.

Odwołujący wskazał również, że koszt transportu betonu jest wykazany w kosztorysie ofertowym w pozycji „koszty dostawy”, zgodnie z przyjętą przez Odwołującego metodologią

sporządzania kosztorysu ofertowego, który stanowił załącznik nr 3 do wyjaśnień ceny z dnia 27 lipca 2020 r.

Odnośnie metodologii sporządzenia ww. kosztorysu Odwołujący wskazał, że mając na uwadze ryczałtowy charakter wynagrodzenia za wykonanie przedmiotowego zamówienia, obliczona cena uwzględnia wszelkie koszty za wykonanie całego przedmiotu zamówienia wraz ze wszelkimi zobowiązaniami Odwołującego określonymi postanowieniami SIWZ, w tym wzorem umowy. Z uwagi na w zasadzie nieokreślony przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny ryczałtowej, zastosowana przez Odwołującego metodologia sporządzenia kosztorysu ofertowego uwzględnia podstawową i naczelną zasadę, zgodnie z którą, jeżeli jakiś element przedmiotu zamówienia nie pozostaje wprost opisany w poszczególnych pozycjach kosztorysu, wówczas należy przyjąć, że koszt wykonania tego elementu został wyceniony przez wykonawcę w ramach pozostałych pozycji kosztorysu.

2) Odwołujący zakwestionował ustalenie Zamawiającego, że jest niemożliwe postawienie słupa w 3h przez 2 osoby, jako nieoparte jakimikolwiek dowodami. Z doświadczenia Odwołującego, którego brak Zamawiającemu, jednoznacznie wynika, że słup można postawić w 1h nawet bez użycia koparki. W kosztorysie ofertowym Odwołujący przyjął średnią godzinową na montaż jednego słupa, a to oznacza, że w zależności od podłoża może to trwać krócej lub dłużej, przy czym Odwołujący wręcz zawyżył średni czas montażu jednego słupa, gdyż prace montażowe będą prowadzone na terenie, w którym użycie koparki jest niewskazane ze względu na zabytkowe otoczenie. Dlatego prace montażowe będą poprzedzone ratowniczymi badaniami archeologicznymi, które skutkują naruszeniem struktury gruntu, a w konsekwencji miejsca, w których nastąpi montaż lamp, będą już częściowo rozkopane, co wpłynie zasadniczo na zwiększenie szybkości prowadzonych prac montażowych. Dlatego przyjęta średnia godzinowa na prace instalacyjne jest bezspornie racjonalna i uzasadniona.

Odwołujący wskazał, że wywóz ziemi w przypadku tego typu prac w praktyce nie ma miejsca, gdyż wykopaną ziemię używa się do zasypania otworu na fundament w celu stabilizacji całej konstrukcji. Ziemia użyta ponownie jest stabilizowana za pomocą zagęszczarki spalinowej. W związku z tym wykazywanie tego kosztu jest w ocenie Odwołującego bezzasadne.

Bezzasadnym jest również wykazywanie kosztów związanych z doprowadzeniem terenu do stanu pierwotnego przy pełnym zachowaniu estetyki miejsca, gdyż wykop pod montaż lamp zajmuje najwyżej 1,5 m², przy czym Odwołujący zdejmując warstwę wierzchnią w postaci traw lub innej roślinności czyni to starannie, zachowując strukturę korzeni roślin w celu ich ponownego umiejscowienia wokół posadowionej lampy, także koszt ten nie został wykazany w odrębnej pozycji kosztorysu ofertowego Odwołującego.

3) Zarzut pominięcia kosztów magazynowania na terenie prac towaru niezbędnego do

realizacji zamówienia jest bezzasadny, gdyż koszty wskazane przez Zamawiającego nie występują. Słupy z fundamentami są jednorazowo dostarczane na miejsce prac w przystosowanym do tego celu samochodzie oraz przyczepie, a następnie na bieżąco montowane, także nie ma miejsca magazynowanie, o jakim twierdzi Zamawiający.

4) Zarzut, że nie uwzględniono kosztów zabezpieczenia terenu inwestycji jest także bezzasadny, gdyż specyfika pracy instalacyjnej - to zajęcie terenu o powierzchni do 1,5 m² na wykop pod fundament lampy oświetleniowej, a więc nie ma uzasadnienia dla odrębnego wykazywania kosztów zabezpieczenia tak małej powierzchni. Koszty te zostały przez Odwołującego uwzględnione w innych pozycjach kosztorysu ofertowego, zgodnie z przyjętą ww. metodologią sporządzenia tego kosztorysu ofertowego.

5) Zarzut, że nie uwzględniono niezbędnego okablowania (np. brak 4m. kabla łączącego akumulator ze sterownikiem) jest bezzasadny, gdyż koszt ten wchodzi w skład nakładów związanych z zakupem akumulatorów, także co do zasady koszt ten nie został wyszczególniony w odrębnej pozycji kosztorysu ofertowego Odwołującego.

6) Zarzut, że nie uwzględniono kosztów robót odtworzeniowych, takich jak: zasianie trawy, wywóz urobku, odtworzenie nawierzchni jest bezzasadny, gdyż wykop pod montaż lamp zajmuje najwyżej 1,5 m², przy czym Odwołujący, zdejmując warstwę wierzchnią w postaci traw lub innej roślinności czyni to starannie, zachowując strukturę korzeni roślin w celu ich ponownego umiejscowienia wokół posadowionej lampy, także wskazane przez Zamawiającego koszty co do zasady nie występują w postaci wyodrębnionej pozycji kosztorysu ofertowego.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący podniósł, że nie zachodzą w zaoferowanej przez Odwołującego cenie zarzucane przez Zamawiającego braki. Tym samym brak jest podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp

Zdaniem Odwołującego, stanowisko Zamawiającego, że wyjaśnienia Odwołującego z dnia 27 lipca 2020 r. potwierdzają, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest oczywiście niezasadne. W szczególności nie zachodzą w zaoferowanej przez Odwołującego cenie zarzucane przez Zamawiającego braki. Tym samym brak jest podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Jakkolwiek w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty z dnia 10 sierpnia 2020 r. Zamawiający nie wskazał przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, to w uzasadnieniu stwierdził, że oferta Odwołującego jest niezgodna z przedmiotem zamówienia, co - w ocenie Zamawiającego - potwierdzają złożone przez Odwołującego uzupełnienia, wyjaśnienia treści

oferty z dnia 23 lipca 2020 r. oraz wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 27 lipca 2020 r.

Odwołujący nie zgodził się z powyższym stanowiskiem Zamawiającego. Wskazał, że Zamawiający bezpodstawnie i krzywdząco oskarża Odwołującego o usunięcie z oferty dostawcy ImPow Power Inc. nieistniejącego zapisu dotyczącego okresu gwarancji. Takie działanie Zamawiającego pomawia Odwołującego i narusza dobre imię Odwołującego. Ponadto, Odwołujący, będąc stałym odbiorcą wyrobów dostarczanych przez ImPow Power Inc., posiada indywidualnie ustalone warunki gwarancyjne. Warunki te ustalone są indywidualnie i nie zostały odzwierciedlone w ofercie handlowej ImPow Power Inc., która została dołączona do wyjaśnienia zaoferowanej ceny.

Stanowisko Zamawiającego jest błędne, gdyż zgodnie z postanowieniami rozdziału 3.6.3) SIWZ, Zamawiający wymaga od wykonawcy gwarancji jakości na okres co najmniej 60 miesięcy na urządzenia będące przedmiotem dostawy, a na prace montażowe co najmniej 24 miesięcy. Odwołujący w ofercie zaoferował 5 lat gwarancji na montaż. Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego niezasadnie utożsamia gwarancję producenta akumulatora udzielaną Odwołującemu z gwarancją udzielaną Zamawiającemu przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia korespondencji, która doprowadziła Zamawiającego do przedstawienia oferty ImPow Power Inc dołączonej do zawiadomienia o odrzuceniu oferty z dnia 10 sierpnia 2020 r.

Zamawiający bazuje na danych z oferty podstawowej producenta, nie uwzględniając faktu, że Odwołujący, jako stały odbiorca Elmarco Technika Świetlna Sp. z o.o. posiada indywidualnie ustalone warunki gwarancyjne. Warunki te nie pozostały odzwierciedlone w ofercie handlowej Elmarco Technika Świetlna Sp. z o.o., która została dołączona do wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego niezasadnie utożsamia gwarancję producenta słupa lampy oświetleniowej udzielaną Odwołującemu z gwarancją udzielaną Zamawiającemu przez Odwołującego.

W ofercie oraz wyjaśnieniach treści oferty z dnia 23 lipca 2020 r. Odwołujący oświadczył, że wydajność modułów zaoferowanych Zamawiającemu wynosi 20%. Odwołujący wskazał, że Zamawiający obecnie pisze o sprawności modułów rzędu 16%, gdy tymczasem w postanowieniach rozdziału 3.2. tiret pierwsze SIWZ wymagał wydajności modułów min. 16%. Sprawność modułów nie była kryterium oceny zgodności przedmiotu oferty z SIWZ.

Ponadto, Zamawiający autorytarnie i bez jakiegokolwiek podstawy poddaje w wątpliwość sprawność zaoferowanych przez Odwołującego paneli, a następnie stwierdza, że sprawność ta wynosi określoną przez Zamawiającego liczbę.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący podniósł, że stanowisko Zamawiającego nie

odnosi się do przedmiotu zamówienia, jak również pozostaje całkowicie nieuzasadnione lub nieudowodnione.

Odnośnie tabeli opracowanej przez Zamawiającego w uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, Odwołujący wyjaśnił, co następuje:

a) Panel solarny

W złożonej z ofertą informacji o produkcie GUARD 360 znajduje się informacja, że panel solarny ma 100 Wp (4 x 25 Wp) i stanowi silikon monokrystaliczny.

W załączniku nr 4 do wyjaśnienia ceny oferty Odwołującego z dnia 27 lipca 2020 r. został wskazany panel elastyczny o mocy 30 Wp. Zamawiający wymaga w SIWZ moduł PV o min. 100 Wp. Oferta oraz wyjaśnienia zaoferowanej ceny pozostają w pełni w zgodzie z postanowieniami SIWZ, nadto w wyjaśnieniach z dnia 27 lipca 2020 r. Odwołujący załączył ofertę podzespołu o lepszych parametrach technicznych, niż wymagane przez Zamawiającego, a co za tym idzie droższego. Jest to wynikiem modyfikacji oferowanego przez Odwołującego produktu, zgodnie z zasadami aktualnej wiedzy technicznej oraz zgodnie z aktualną ofertą dostępną na rynku, co ma na celu poprawę jakości jego funkcjonowania. Dynamika związana z opcjami tworzenia produktów jest na tyle duża, iż na przełomie od złożenia oferty do wyjaśnienia ceny zaszły zmiany, które są korzystne dla Zamawiającego, gdyż przy tej samej cenie Odwołujący może obecnie zaoferować produkt o lepszych parametrach technicznych. Zarówno oferta Odwołującego, jak i później złożone przez Odwołującego oświadczenia nie pozostają niezgodne z postanowieniami SIWZ. Jednocześnie zapis dotyczący „szkła hartowanego” dotyczy zabezpieczenia diod LED, a nie modułów solarnych.

b) Bateria LifeP04 30Ah

W złożonej z ofertą informacji o produkcie GUARD 360 znajduje się informacja, że bateria ma 12,2 V.

W załączniku nr 5 do wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez Odwołującego z dnia 27 lipca 2020 r. została wskazana bateria 12,8 V. Zamawiający wymaga w SIWZ napięcia w przedziale 12-24 V. Zatem oferta oraz wyjaśnienia zaoferowanej ceny pozostają w pełni w zgodzie z postanowieniami SIWZ. Nadto w wyjaśnieniach z dnia 27 lipca 2020 r. Odwołujący załączył ofertę podzespołu o lepszych parametrach technicznych, niż wymagane przez Zamawiającego, a co za tym idzie droższego. Jest to wynikiem modyfikacji oferowanego przez Odwołującego produktu, zgodnie z zasadami aktualnej wiedzy technicznej oraz zgodnie z aktualną ofertą dostępną na rynku, co ma na celu poprawę jakości jego funkcjonowania. Dynamika związana z opcjami tworzenia produktów jest na tyle duża, iż na przełomie od złożenia oferty do wyjaśnienia ceny zaszły zmiany, które pozostają korzystne dla Zamawiającego, gdyż przy tej samej cenie Odwołujący może obecnie zaoferować Zamawiającemu produkt o lepszych parametrach technicznych. Zarówno oferta

Odwołującego jak i później złożone przez Odwołującego oświadczenia nie pozostają niezgodne z postanowieniami SIWZ.

c) Strumień świetlny

W przedłożonej karcie katalogowej produktu GUARD 360 jest jednoznaczny zapis dotyczący strumienia świetlnego, zgodnego z wymaganiami SIWZ. W ofercie dostawcy ImPow Power Inc nie ma takiej informacji, gdyż jest to standardowy parametr zamawianego sprzętu, który nie wymaga potwierdzenia w ofercie handlowej.

d) Wymiary latarni

Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie określił wymogów odnośnie wymiarów profilu słupa latarni oświetleniowej.

W złożonej z ofertą informacji o produkcie GUARD 360 znajduje się informacja, że słup ma wymiary 155 x 155 mm. W załączniku nr 6 do wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez Odwołującego z dnia 27 lipca 2020 r. został wskazany wymiar słupa 150 x 150 mm. Powyższa różnica wynika z faktu, że słup po jego dostarczeniu od producenta ulega modyfikacjom związanym z instalacją m.in. paneli fotowoltaicznych, co może ostatecznie zwiększyć jego parametry o dodatkowe 5 mm wzdłuż boku. Odwołujący zamawia przedmiotowe słupy, ale po ich dostarczeniu od producenta samodzielnie je wyposaża w niezbędne elementy, umożliwiające spełnienie funkcji oświetleniowych urządzenia, co tworzy oferowany przez Odwołującego produkt. Potwierdzenie tego faktu ma swoje odzwierciedlenie w zapisach załącznika nr 3 do wyjaśnienia zaoferowanej ceny z dnia 27 lipca 2020 r., w pozycji „Złożenie lamp”. Zarówno oferta Odwołującego jak i później złożone przez Odwołującego oświadczenia nie pozostają niezgodne z postanowieniami SIWZ.

e) Fundament prefabrykowany.

Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie określił wymogów odnośnie fundamentu słupa latarni oświetleniowej.

W złożonej z ofertą informacji o produkcie GUARD 360 znajduje się informacja, że fundament jest prefabrykowany i ma wymiary 1200 x 30 x 30 mm. W załączniku nr 6 do wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez Odwołującego z dnia 27 lipca 2020 r. nie został wyspecyfikowany fundament słupa, o czym mowa powyżej w uzasadnieniu odwołania. Zarówno oferta Odwołującego, jak i później złożone przez Odwołującego oświadczenia nie pozostają niezgodne z postanowieniami SIWZ.

Stanowisko Zamawiającego odnośnie rzekomego braku wzajemnej zgodności treści oferty Odwołującego z wyjaśnieniami Odwołującego oraz z SIWZ pozostaje nieuzasadnione oraz błędne.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp

Stanowisko Zamawiającego odnośnie rzekomej zmiany oferty Odwołującego

pozostaje nieuzasadnione oraz błędne. Odwołujący w wyjaśnieniach oferty z dnia 23 lipca 2020 r. oraz wyjaśnieniach ceny z dnia 27 lipca 2020 r. nie zmienił treści oferty w stosunku do tego, co zaoferował Zamawiającemu w dniu składania ofert. Oferta Odwołującego pozostaje zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi postanowieniami i nie może zostać odrzucona.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp

Stanowisko Zamawiającego odnośnie rzekomej zmiany oferty Odwołującego pozostaje nieuzasadnione oraz błędne. Odwołujący w wyjaśnieniach oferty z dnia 23 lipca 2020 r. oraz wyjaśnieniach ceny z dnia 27 lipca 2020 r. nie zmienił oferty w stosunku do tego, co zaoferował w dniu składania ofert. Oferta Odwołującego pozostaje zgodna z ustawą, a zatem nie może zostać odrzucona.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że dokumenty złożone przez Odwołującego nie potwierdzają, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego określone postanowieniami SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, gdyby tak było, co Odwołujący kwestionuje, to po stronie Zamawiającego aktualizował by się obowiązek przepisany art. 26 ust. 3 Pzp, wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Zamawiający przedmiotowy obowiązek zaniechał, co uzasadnia niniejszy zarzut odwołania.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp

W wyjaśnieniach zaoferowanej ceny z dnia 27 lipca 2020 r. Odwołujący zastrzegł, że przedmiotowe wyjaśnienia wraz z dołączonymi do nich dowodami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego. Zastrzeżenie to nie zostało przez Zamawiającego obalone. Mimo to, w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający ujawnił informacje zawarte w przedmiotowych wyjaśnieniach, a w tym nazwy dostawców (ImPow Power Inc, Elmarco Technika Świetlana Sp. z o.o.) oraz nazwy lub cechy zaoferowanych przez tych dostawców wyrobów (panel, akumulator, słup lampy oświetleniowej), które stanowią zastrzeżoną przez Odwołującego tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp

Mając na uwadze zasadność wywiedzionych powyżej zarzutów pozostaje oczywiste, że Zamawiający przeprowadził niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości. Postępowanie Zamawiającego powinno zostać ocenione jako

tendencyjne, mające na celu wyeliminowanie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż najpierw Zamawiający pod fałszywym pozorem unieważnił poprzednie postępowanie o udzielenie zamówienia, następnie nie powiadomił Odwołującego o ponownym ogłoszeniu o zamówieniu, a obecnie na siłę ruguje Odwołującego z przedmiotowego postępowania, narażając go na szkodę oraz ujawniając tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Wykonawca K. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. F. Akademia Słońca z siedzibą w Poznaniu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wskazał, że w postępowaniu złożono trzy oferty. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, która pierwotnie plasowała się na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Aktualnie Zamawiający jest w toku weryfikacji drugiej w rankingu oferty, tj. oferty wykonawcy Petra Energia Sp. z o.o. Proces oceny wymienionej wyżej oferty pod kątem przesłanek jej odrzucenia oraz proces weryfikacji spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie został ukończony. Istnieje zatem możliwość, iż w toku oceny również oferta wykonawcy Petra Energia Sp. z o.o. zostanie odrzucona lub wykonawca ten zostanie wykluczony. W konsekwencji trzecia w rankingu oferta Przystępującego będzie ofertą najkorzystniejszą, co umożliwi udzielenie zamówienia Przystępującemu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania na następujące okoliczności:

- określenie wartości zamówienia (notatka służbowa wraz z załącznikami),
- badanie oferty Odwołującego, wyjaśnienia treści oferty i wysokości zaoferowanej ceny przez Odwołującego,

oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wyjaśnił, że w dniach 06-07.07.2020 r. dokonał szacowania wartości zamówienia (w załączeniu dokumentacja z szacowania). Wartość zamówienia wyniosła 389 642,75 zł netto

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Wobec ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia, cena oferty nie może być niższa niż 335 482,41 zł brutto. W postępowaniu złożono 3 oferty z cenami:

- Petra Energia Sp. z o.o. - cena - 312 272,40 zł brutto,

- SOLUMEN sp. z o.o. - cena - 295 000,00 zł brutto (jest niższa o 40 482,41 zł),
- Akademia Słońca K. F. - cena - 349 074,00 zł brutto.

Cena całkowita oferty Odwołującego jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2. W związku z tym Zamawiający był zobowiązany wezwać Odwołującego do wyjaśniania ceny wskazanej w ofercie.

Ad. pkt 2 – 7 odwołania:

W dniu 20.07.2020 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie zaoferowanej ceny. Odwołujący w odpowiedzi złożył następujące pisma:

- wniosek z 21.07.2020 r. o udostępnienie dokumentacji postępowania,
- informacja z dnia 23.07.2020 r. o czynnościach niezgodnych z ustawą,
- wyjaśnienie z dnia 27.07.2020 r. dotyczące zaoferowanej ceny,
- wyjaśnienie z dnia 28.07.2020 r. dotyczące zaoferowanej ceny – errata.

W dniu 10.08.2020 r. na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, a złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że treść udzielnych wyjaśnień nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W toku badania i oceny oferty Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnienia w zakresie wysokości zaoferowanej ceny oraz w zakresie parametrów technicznych zaproponowanej lampy.

Odwołujący w odpowiedzi na ww. wezwanie przedłożył kolejno pismo z dnia 23 lipca 2020 r. i pismo z dnia 27 lipca 2020 r. Jednym z załączników do pisma z dnia 27.07.2020 r., była kalkulacja w zakresie zaoferowanej ceny (załącznik nr 3 - kosztorys ofertowy). Przedłożona kalkulacja nie zawiera jednak wszystkich elementów cenotwórczych w ramach oferowanego przedmiotu zamówienia. W złożonej kalkulacji nie uwzględniono kosztów:

- prefabrykatu (fundamentu) - wskazana kwota 3000 zł netto odnosi się bezpośrednio do oferty firmy Elmacro i faktycznie dotyczy jedynie słupa. Z załączonej oferty producenta nie wynika, iż uwzględnia ona także koszty fundamentu,

- transportu betonu - w kalkulacji wskazano, iż Odwołujący na montaż lampy zamierza przeznaczyć czas 3h/szt., przy czym pracę wykonywać będą dwie osoby, brak użycia koparki wskazuje, że wszelkie wykopy będą wykonywane ręcznie. Uwzględniając powyższe czynniki niemożliwe jest, aby montaż został dokonany w czasie 3h/szt. przez dwóch pracowników. Z obiektywnego punktu widzenia do prawidłowego montażu lampy w czasie 3h konieczne jest uwzględnienie pracy większej liczby pracowników. Należy więc uznać, iż

Odwołujący błędnie oszacował czas montażu potrzebnego do prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia;

- magazynowania na terenie prac towaru niezbędnego do realizacji zamówienia,
- zabezpieczenia terenu inwestycji,
- okablowania (np. brak 4m. kabla łączącego akumulator ze sterownikiem),
- robót odtworzeniowych, takich jak: zasianie trawy, wywóz urobku, odtworzenie nawierzchni.

Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 24 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2454/19, wyrok KIO z dnia 29 października 2019 r. (sygn. akt KIO 2057/19), Zamawiający wyjaśnił, że nie mógł przyjąć, iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny potwierdzają, że cena oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Odwołujący nie uwzględnił bowiem wielu czynników mających istotny wpływ na faktyczną cenę zamówienia oraz jednocześnie przedstawił nierealne założenia w zakresie możliwości montażu lamp. Zamawiający podkreślił, że złożone przez Odwołującego uzupełnienia, wyjaśnienia treści oferty oraz wyjaśnienia rażąco niskiej ceny potwierdzają, iż zaoferowana lampa jest niezgodna z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z treścią SIWZ, Zamawiający wymagał min. 5 lat gwarancji Producenta na całą lampę. W załączniku nr 3 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazano producentów poszczególnych komponentów:

- Akumulator LifeP04 (12V, 30Ah) pochodzący od chińskiego producenta IMPOW - wykonawca przedstawiając ofertę usunął zapis z oferty dot. gwarancji (producent udziela 2 lat gwarancji), Zamawiający wskazał na oficjalną ofertę producenta,
- Słup pochodzący od producenta EIMarco - w ofercie (załącznik nr 5 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny) odniesiono się do Ogólnych Warunków Gwarancji, gdzie wskazany jest okres 24 miesięcy, natomiast 60 miesięcy może zostać ustalone indywidualnie ale wymaga dodatkowej opłaty (przedłużenie gwarancji nie zostało uwzględnione w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny).

Tak więc przedstawione w załączniku nr 3 części oferowanej lampy mają wskazany okres gwarancji krótszy niż wymagany przez Zamawiającego.

Przedstawione w załączniku nr 4 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny moduły fotowoltaiczne są modułami elastycznymi, które co do zasady charakteryzują się dużo niższą sprawnością. W związku z powyższym, co najmniej wątpliwe jest uzyskanie sprawności na wymaganym poziomie minimum 16%. Uwzględniając podane wymiary panelu fotowoltaicznego oraz ogólne założenia, które są takie same dla wszystkich paneli dostępnych na rynku, rzeczywista sprawność prezentowanego urządzenia wynosi 13,38%, czyli poniżej wymaganych 16%. Zatem treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający przedłożył zestawienie porównawcze karty przedstawionej w ofercie Odwołującego i produktów przedstawionych na etapie wyjaśnień. Zestawienie to ukazuje także inne niezgodności w zakresie dokumentów składanych przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący w toku postępowania okazał dokumenty techniczne i oferty producentów poszczególnych komponentów odbiegające treścią od informacji przekazanych wraz z ofertą. Odwołujący w istocie dokonał zmiany treści oferty. W szczególności obrazują to dane dotyczące panelu solarnego, baterii i wymiarów lampy. Złożenie w toku postępowania dokumentów przedstawiających powyższe informacje świadczy jednoznacznie, iż finalnie Odwołujący wycenił lampę składającą się z innych komponentów niż pierwotnie były oferowane. Uznanie przez Zamawiającego wyjaśnień treści oferty doprowadziłoby do dokonania zmiany w jej treści, a więc do zmiany złożonego przez Odwołującego oświadczenia woli. Zmiana treści pierwotnie złożonej oferty jest niedopuszczalna w świetle art. 87 ust. 1 Pzp, W związku z powyższym oferta Odwołującego została odrzucona także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp.

Ad 8 Zamawiający nie wzywał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, ponieważ nie wymagał takich dokumentów w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ.

Obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 dotyczy wszystkich dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1. potwierdzających:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia

Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania zaś oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu (. . .).

W ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III Zamawiający wskazał warunki udziału w postępowaniu jedynie w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. (posiadane doświadczenie wykonawcy w zakresie dostaw).

Zamawiający, zgodnie z art. 24 aa Pzp (informacja zamieszczona w ogłoszeniu o zamówieniu IV .2.3 oraz w siwz pkt 8 lit. C), w pierwszej kolejności dokonał oceny oferty Odwołującego pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 Pzp) oraz kryteriów

oceny ofert opisanych w SIWZ. Gdyby oferta Odwołującego okazała się ważna wówczas Zamawiający mógłby badać oświadczenia wstępne, a następnie żądać przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 Pzp.

Ad. 9 W wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny (pismo z dnia 27.08.2020 r.), Odwołujący zawarł następującą klauzulę: „Niniejsze wyjaśnienia wraz z dołączonymi do nich dowodami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, to jest nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne oraz organizacyjne przedsiębiorstwa Wykonawcy, jak również inne informacje posiadające dla Wykonawcy wartość gospodarczą, co do których Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.”

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący powinien był wykazać zasadność zastrzeżenia poszczególnych informacji, jeśli rzeczywiście miałyby one status tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie kilku stron wyjaśnień nie jest wiarygodne. Podkreślenia wymaga, że to nie dany dokument podlega zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, ale informacja jako taka. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach winien odnieść się do każdego z dokumentów osobno i dla każdego z dokumentów wykazać, które z informacji zawartych w danym dokumencie mają charakter poufny. Trudno uznać za wiarygodne, aby np. cała faktura, oferta, wykaz osób, sprzętu, kosztorys zawierały taką tajemnicę. Ponadto, dane, jakie Odwołujący przyjął do kalkulacji, służą na potrzeby wyliczenia ceny w niniejszym zamówieniu - a zatem objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa jest bezpodstawne. Cena w postępowaniu jest bowiem jawna, a tym samym jej składowe nie korzystają z zastrzeżenia jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający podkreślił, że zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od tej zasady. Ponadto winno być należycie wykazane spełnienie każdej z przesłanek art. 11 ust. 2 uznk, co w niniejszym przypadku nie ma miejsca.

Ustawodawca w celu realizacji zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp., w szczególności zasady przejrzystości położył nacisk na aspekt formalny zastrzeżenia, uznając, że sam fakt, że dane informacje in merito stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jest niewystarczający, a ponadto, nakładając ciężar wykazania przesłanek zastrzeżenia przez wykonawcę.

Ad. 10 Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, a postępowanie zostało przeprowadzone, zgodnie z podstawowymi zasadami obowiązującymi w zamówieniach publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony

i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca K. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. F. Akademia Słońca, z siedzibą w Poznaniu skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Przedmiotowe postępowanie jest prowadzone przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących zamówień o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Jak wynika z protokołu postępowania (pkt 2.4), Zamawiający oszacował wartość zamówienia w kwocie 389 642,75 zł. Wartość powyższa została ustalona przez Zamawiającego, poprzez wyliczenie średniej arytmetycznej cen dwóch ofert uzyskanych przez Zamawiającego w ramach rozeznania rynku, polegającego na zwróceniu się do czterech podmiotów z zapytaniem o cenę na 22 szt. lamp fotowoltaicznych typu Merkur 150 lub Merkur 300 lub podobnych, spełniających określone minimalne parametry techniczne wraz z montażem i min. 5 lat gwarancji.

W postępowaniu zostały złożone do Zamawiającego trzy oferty:

1. Petra Energia Sp. z o.o. z ceną - 312 272,40 zł brutto,
2. SOLUMEN sp. z o.o. (Odwołujący) z ceną - 295 000,00 zł brutto,
3. K. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Akademia Słońca K. F., z ceną - 349 074,00 zł brutto.

Biorąc pod uwagę wartość zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług - w kwocie 479.260,58 zł, cena zaoferowana przez Odwołującego w kwocie 295 000,00 zł jest niższa od tej wartości o ponad 38 %. Z uwagi na powyższe Zamawiający był zobowiązany wezwać Odwołującego do wyjaśniania zaoferowanej ceny w kontekście możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ i obowiązującymi przepisami.

W ramach wykonywanych czynności badania i oceny ofert Zamawiający zwrócił się zatem do Odwołującego w dniu 20 lipca 2020 r. na podstawie art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wraz ze złożeniem dowodów na poparcie składanych wyjaśnień. Po wymianie korespondencji z Odwołującym, Zamawiający podtrzymał to

wezwanie, zgodnie z pismem z dnia 24 lipca 2020 r., oraz przedłużył pierwotnie określony termin na złożenie wyjaśnień do dnia 27 lipca 2020 r.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp, odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, a w przypadku (ust. 2), gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

W świetle powyższego, w przedmiotowym postępowaniu nie przysługuje Odwołującemu odwołanie wobec czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień ani wobec czynności określenia przez Zamawiającego wartości zamówienia.

Niezależnie od powyższego, biorąc pod uwagę okoliczności ustalone w tej sprawie, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, w wyniku wezwania Odwołującego do wyjaśnienia zaoferowanej przez Odwołującego ceny z dnia 20 lipca 2020 r. oraz z dnia 24 lipca 2020 r.

Zwrócenie się o wyjaśnienia jest warunkowane każdorazowo oceną danej oferty przez zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany wszcząć postępowanie wyjaśniające w aspekcie rażąco niskiej ceny, jeśli cena, koszt lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie oraz budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma obowiązek wszcząć postępowanie wyjaśniające w przypadku, gdy ocena oferty wskazuje na występowanie uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp. Podkreślić należy, że zamawiający nie może odrzucić oferty bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego.

Szczególną sytuację, w której zamawiający musi z mocy prawa powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, przewidziano w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. W przypadku bowiem, gdy cena całkowita oferty jest niższa o minimum 30 % od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający jest zobowiązany zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, niezależnie od tego, jak ocenia jego ofertę. W takim wypadku

spełnienie wskazanego formalnego, matematycznego wymogu obliguje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia. Jako referencyjną wartość zamówienia przyjmuje się szacunkową wartość zamówienia ustaloną przez zamawiającego na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Obowiązek wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w przypadku spełnienia procentowej przesłanki nie jest jednak bezwzględny. Przepis art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp przewiduje, że powyższy obowiązek nie dotyczy sytuacji, gdy rozbieżność pomiędzy zaoferowaną ceną a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, np. gdy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została ustalona na znacznie wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację lub jedna z ofert zawiera cenę nadmiernie wysoką, której uwzględnienie przy ustalaniu średniej arytmetycznej cen złożonych powoduje, że pozostałe oferty są niższe o ponad 30% od tej średniej. Nadto, w przypadku wystąpienia istotnej zmiany cen rynkowych bądź innych okoliczności wpływających na wartość zamówienia ustaloną przy wszczęciu postępowania zamawiający może dokonać aktualizacji tej wartości, np. w trakcie przedłużającej się procedury udzielania zamówienia publicznego wystąpiły zmiany na rynku. Przepis art. 90 ust. 1a pkt 2 Pzp jedynie uprawnia zamawiającego lecz nie zobowiązuje do żądania wyjaśnień.

Zastosowanie przez Zamawiającego procedury wyjaśnień powoduje, że procedura ta musi być przeprowadzona w sposób rzetelny przez zamawiającego wraz z dokonaniem oceny, czy wykonawca stosownie do art. 90 ust. 2 Pzp wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W ocenie Izby, w danym stanie faktycznym brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez uznanie, że wyjaśnienia Odwołującego z dnia 27 lipca 2020 r. oraz z dnia 28 lipca 2020 r. potwierdzają, że oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji uzasadniają odrzucenie oferty Odwołującego.

Wskazać należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny. Definicja ta została wypracowana w orzecznictwie, w którym przyjmuje się, że cena rażąco niska to cena nierealistyczna i niewiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień i innych ofert, za którą wykonanie umowy byłoby dla wykonawcy nieopłacalne. Tym samym jest to cena odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia, za którą wykonawca nie byłby w stanie wykonać zamówienia bez poniesienia straty.

Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 Pzp, wyjaśnienia i dowody na poparcie wyjaśnień powinny zawierać czynniki, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę

ceny, na przykład: a) oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, koszty praw, 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 (tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 z późn. zm.), b) pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów, c) czynniki wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujące w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, przepisy prawa ochrony środowiska oraz powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Uszczegóławiając powyższe, wyjaśnienia wykonawcy muszą dotyczyć elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny oraz winny wskazywać elementy cenotwórcze, np. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, rabaty, wynagrodzenia pracowników, koszty stałe (energia), koszty zarządzania, koszty ubezpieczenia oraz zysk wykonawcy. Wykonawca zobowiązany jest do szczegółowego wyjaśnienia, tj. przedstawienia powyższych składników ceny oferty i wykazania, które jej elementy w taki czy inny sposób skalkulowano, które z nich podlegały obniżeniu i jaka była ku temu przyczyna, która miała wpływ na to, że wykonawca zaoferował niższą cenę.

W tym miejscu podkreślenia wymaga fakt, iż na podstawie art. 90 ust. 2 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 20 lipca 2020 r. podtrzymane decyzją z dnia 24 lipca 2020 r., złożył wyjaśnienia pismem z dnia 27 lipca 2020 r., do którego załączył wykaz sprzętu, wykaz osób, kosztorys ofertowy oraz cztery oferty i oświadczenie o braku zgody na przetwarzanie przez Zamawiającego danych osobowych poprzez ich udostępnienie.

Złożone wyjaśnienia zawierają oświadczenie Odwołującego odnośnie uwzględnienia w cenie oferty wszelkich kosztów koniecznych do poniesienia przy realizacji przedmiotowego zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący wyjaśnił, że kalkulacji ceny dokonał z uwzględnieniem doświadczenia wynikającego z dotychczas zrealizowanych podobnych zamówień. W zakresie „szczegółowych okoliczności dostępnych wyłącznie Wykonawcy” Odwołujący wskazał:

1. posiadanie własnego licznego oraz w dobrym stanie technicznym sprzętu i narzędzi budowlanych niezbędnych do wykonania niniejszego zamówienia,
2. wykonywanie zamówienia siłami własnymi,
3. posiadanie dobrej i ugruntowanej pozycji rynkowej oraz renomy.

Odwołujący nie wycenił oszczędności, które może uzyskać na skutek ww. czynników. Wyjaśniając metodologię sporządzenia kosztorysu ofertowego wyjaśnił, że uwzględnia ona

naczelną zasadę kalkulacji ceny ryczałtowej, zgodnie z którą, jeżeli jakiś element przedmiotu zamówienia nie został wprost opisany w poszczególnych pozycjach kosztorysu, to należy przyjąć, że koszt wykonania tego elementu przedmiotu zamówienia został wyceniony przez wykonawcę w ramach pozostałych pozycji kosztorysu.

Przedłożona przez Odwołującego kalkulacja nie zawiera wszystkich istotnych elementów cenotwórczych w ramach oferowanego przedmiotu zamówienia, np. kosztów prefabrykatu (fundamentu), co nie wynika z treści załączonej do wyjaśnień oferty firmy Elmarco Technika Świetlna Sp. z o.o. sp.k., która dotyczy jedynie słupa (z treści tej oferty nie wynika, że uwzględnia ona także koszty fundamentu i transportu betonu), koszty wykopów, wywozu ziemi oraz doprowadzenia terenu do stanu pierwotnego przy pełnym zachowaniu estetyki miejsca. Odwołujący nie wykazał także ewentualnych kosztów magazynowania na terenie prac towaru niezbędnego do realizacji zamówienia, których nie można wykluczyć z uwagi na charakter prac stanowiących przedmiot zamówienia. Odwołujący nie wyjaśnił, w których pozycjach kalkulacji powyższy zakres kosztów został uwzględniony, wręcz przeciwnie twierdził w odwołaniu, że prace tego rodzaju nie generują znacznych kosztów, wobec czego nie musiały być wykazane w kalkulacji. Izba nie podzieliła tego stanowiska. W ocenie Izby, Zamawiający nie mógł przyjąć, że dany element został wyceniony, np. fundament lampy, skoro przedłożona oferta nie zawiera powyższej informacji. Złożona przez Odwołującego oferta firmy Elmarco Technika Świetlna Sp. z o.o. sp. k. z dnia 11.08.2020 r., nie potwierdza w ocenie Izby, że oferta złożona przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi ceny oferty również zawierała wyceniony fundament lampy. Dowód tej treści powinien być złożony przez Odwołującego na etapie wyjaśnień przedłożonych na wezwanie Zamawiającego.

Ponadto, Odwołujący wskazał w kalkulacji koszt montażu jednej lampy wyceniony w oparciu o pracę dwóch osób w czasie 3h/szt., na co Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu. Powyższy element kosztowy ma istotne znaczenie, lecz przyjęte przez Odwołującego założenia w powyższym zakresie są niewiarygodne, biorąc pod uwagę szczególne warunki realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym wykonywanie prac w otoczeniu zabytku. W kalkulacji Odwołujący nie wyszczególnił także kosztu zabezpieczenia terenu inwestycji.

Podkreślić należy, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp na wykonawcy, wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar przedstawienia przekonujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Wyjaśnienia powinny być kompletne i rzeczowe, niepozostawiające wątpliwości, co do uwzględnienia przez wykonawcę w cenie oferty wszelkich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia złożone przez Odwołującego, należało stwierdzić, że nie są to wyjaśnienia kompletne, gwarantujące prawidłową realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Złożone wyjaśnienia potwierdzają, że Odwołujący nie wykazał uwzględnienia wszystkich czynników mających wpływ na cenę oferty. Izba podzieliła także stanowisko Zamawiającego, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny łącznie z wyjaśnieniami dotyczącymi treści oferty zawierają istotne sprzeczności.

Zgodnie z treścią SIWZ, Zamawiający wymagał min. 5 lat gwarancji producenta na całą lampę, co wynika z postanowień zawartych w rozdziale 3.6.3) SIWZ. W ocenie Izby, brak jest podstaw do przyjęcia, że zgodnie z tym wymaganiem gwarancja mogła być udzielona przez wykonawcę, który nie jest producentem lampy, przy czym fakt, że Odwołujący nie jest producentem lampy GUARG 360 został wprost potwierdzony przez Odwołującego na rozprawie.

W załączniku nr 3 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał producentów poszczególnych komponentów:

- akumulator LifeP04 (12V, 30Ah) pochodzący od chińskiego producenta ImPow Power Inc., który udziela 2 lat gwarancji,
- słup pochodzący od producenta Elmarco Technika Świetlna Sp. z o.o. sp.k., na który producent na podstawie Ogólnych Warunków Gwarancji udziela gwarancji na 24 miesiące, natomiast 60 miesięczna gwarancja może zostać udzielona na podstawie indywidualnych uzgodnień, za dodatkową opłatą, której Odwołujący nie uwzględnił w wycenie oferty.

Ponadto, wycena oferty dotyczy przedstawionych w załączniku nr 4 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny modułów fotowoltaicznych, które nie spełniają wymogu Zamawiającego określonego w SIWZ w zakresie wydajności (sprawności) na wymaganym poziomie minimum 16%. Wyjaśnienia Odwołującego w powyższym zakresie zawierają sprzeczności, zatem nie można uznać ich za wiarygodne. Odwołujący bowiem w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu oświadczył, że sprawność ta wynosi 20 %, natomiast na rozprawie przedłożył ofertę firmy XDISC S.A. (Actiwesol) z dnia 13.08.2020 roku, która potwierdza moc, termin, gwarancji i sprawność (wydajność) zaoferowanego produktu przez Odwołującego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, wskazującą sprawność na poziomie 16%. Zauważyć należy jednocześnie, że oferta ta dotyczy produktu o innym kodzie niż przedstawiony w ofercie. W złożonym na rozprawie oświadczeniu jednocześnie Odwołujący podtrzymał wcześniejsze swoje oświadczenie odnośnie sprawności na poziomie 20%, co ostatecznie nie zostało w żaden sposób wykazane przez Odwołującego.

Zamawiający w sposób rzetelny przedstawił w decyzji o odrzuceniu oferty oraz w odpowiedzi na odwołanie zestawienie porównawcze parametrów wynikających karty informacyjnej produktu GUARD 360 przedstawionej w ofercie Odwołującego i produktów przedstawionych w ramach wyjaśnień, w tym parametrów panelu solarnego, baterii,

wymiarów latarni, które potwierdza, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego 23 lipca 2020 r. dotyczą innego produktu niż pierwotnie zaoferowany. Odwołujący w ramach złożonych wyjaśnień przedstawił dokumenty techniczne i oferty producentów poszczególnych komponentów oferowanej lampy odbiegające treścią od informacji technicznych przekazanych wraz z ofertą, co wprost prowadzi do stwierdzenia, że w wyjaśnienia Odwołującego skutkują zmianą treści oferty złożonej w postępowaniu, wbrew dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp. Powyższe wyjaśnienia treści oferty Odwołującego potwierdzają tym samym, że Odwołujący wycenił w ofercie przedmiot zamówienia różny od przedmiotu, co do którego przedstawił wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że w wyjaśnieniach Odwołujący przedstawił Zamawiającemu produkty lepsze, a jednocześnie spełniające wymagania SIWZ, co nie powinno prowadzić do uznania, że oferta Odwołującego nie odpowiada wymaganiom SIWZ. W danym stanie faktycznym oferta Odwołującego podlegała zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i odrzucenie oferty Odwołującego.

Izba zważyła, że przepis powyższy nie stanowił podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego. Wykazane przez Zamawiającego niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ miały jednak istotny wpływ na sposób kalkulacji ceny oferty i niewiarygodność złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w powyższym zakresie. Izba stwierdziła, że treść oferty Odwołującego zawiera niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia wskazane przez Zamawiającego. Fakt ten potwierdzają wyjaśnienia treści oferty złożone przez Odwołującego pismem z dnia 23 lipca 2020 r. oraz wyjaśnienia dotyczące ceny oferty z dnia 27 lipca 2020 r., w tym złożone przez Odwołującego dokumenty.

Odwołujący nie wykazał w wyjaśnieniach, że uzyskał od producenta 5-letnią gwarancję na akumulator LifeP04 (12V, 30Ah) produkcji ImPow Power Inc oraz na słup pochodzący od producenta Elmarco Technika Świetlna Sp. z o.o. sp.k. Odwołujący nie wykazał również, że jako stały odbiorca posiada indywidualnie ustalone warunki gwarancyjne - zależnie od wymagań odbiorcy końcowego (Zamawiającego) oraz ich koszt wycenił w ofercie.

W złożonej z ofertą informacji o produkcie GUARD 360 znajduje się informacja, że panel solarny ma 100 Wp (4 x 25 Wp) i stanowi silikon monokrystaliczny, natomiast w załączniku nr 4 do wyjaśnienia ceny Odwołującego z dnia 27 lipca 2020 r. został wskazany panel elastyczny o mocy 30 Wp, co potwierdza, że Odwołujący w ramach wyjaśnień dokonał zmiany treści pierwotnie złożonej oferty. Bez znaczenia pozostaje fakt, czy zmiana ta jest korzystna dla Zamawiającego, skoro zmiana treści oferty jest niedopuszczalna w świetle art.

87 ust. 1 Pzp.

Podobnie w złożonej z ofertą informacji o produkcie GUARD 360 znajduje się informacja, że urządzenie zawiera baterię 12,2 V. W załączniku nr 5 do wyjaśnienia ceny zaofiarowanej przez Odwołującego z dnia 27 lipca 2020 r. została wskazana bateria 12,8 V. Odwołujący potwierdził w odwołaniu, że w wyjaśnieniach z dnia 23 lipca 2020 r. i 27 lipca 2020 r. zaproponował Zamawiającemu produkty o lepszych parametrach niż wymagane w SIWZ i lepszych parametrach niż oferowane pierwotne, co jest finalnie korzystne dla Zamawiającego.

Podkreślić należy także sprzeczności dotyczące informacji przedstawianym przez Odwołującego w zakresie wymiarów profilu słupa latarni oświetleniowej. W złożonej z ofertą informacji o produkcie GUARD 360 znajduje się informacja, że słup ma wymiary 155 x 155 mm. W załączniku nr 6 do wyjaśnienia ceny zaofiarowanej przez Odwołującego z dnia 27 lipca 2020 r. został wskazany wymiar słupa 150 x 150 mm. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący nie przedstawił z czego wynika różnica przedstawionych wymiarów, nie wyjaśnił też, w jaki sposób zabuduje zainstalowane na słupie panele fotowoltaiczne i nie wykazał tych elementów w kalkulacji ceny.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, co do oceny, że Odwołujący w ramach złożonych wyjaśnień dokonał *de facto* zmiany treści pierwotnie złożonej oferty, co wyczerpuje dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego.

Stosownie do art. 26 ust. 3 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 dotyczy wszystkich dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1. potwierdzających:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,

3) brak podstaw wykluczenia.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania zaś oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu (. . .).

Jak wynika z treści SIWZ, Zamawiający wymagał w przedmiotowym postępowaniu złożenia wraz z ofertą dokumentów, na podstawie których mógł ocenić spełnienie wymaganych parametrów (pkt 14.1.lit.d SIWZ), tj. zdjęcie lampy już funkcjonującej, działającej w terenie, specyfikację techniczną/karty techniczne produktu, opracowanie zasady działania panelu fotowoltaicznego i lampy fotowoltaicznej wraz z grafiką (informacja która będzie umieszczona na tablicy edukacyjnej).

W okolicznościach tej sprawy Zamawiający nie był zobowiązany wezwać Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, ponieważ oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu z innej stwierdzonej przez Zamawiającego przyczyny.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp, przez ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

W wyjaśnieniach zaofერowanej ceny z dnia 27 lipca 2020 r. Odwołujący zastrzegł, że przedmiotowe wyjaśnienia wraz z dołączonymi do nich dowodami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego przedstawiając jedynie bardzo ogólnie - jednym zdaniem - uzasadnienie tego zastrzeżenia. Powyższy sposób uzasadnienia przez wykonawcę, że plik dokumentów stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa nie wyczerpuje dyspozycji art. 8 ust. 3 Pzp.

Zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia. Wyjątki nie podlegają wykładni rozszerzającej, co wzmacnia nałożony na wykonawcę obowiązek wykazania trafności zastrzeżenia informacji. Oświadczenia i dokumenty mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jeśli odpowiadają wymaganiom (przesłankom) określonym w art. 11 ust. 2 uznk. W takim przypadku obowiązkiem Odwołującego było wykazanie, w jaki sposób została spełniona każda z tych przesłanek w odniesieniu do danej informacji, zastrzeganej przez wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Zważywszy, że Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba uznała, że Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia nie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości. Odwołujący nie wykazał w szczególności zasadności twierdzenia, że czynności podejmowane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu miały na celu wyeliminowanie Odwołującego z postępowania. Nie ma żadnego dowodu na okoliczność, że Zamawiający „uporczywie” próbuje wyeliminować Odwołującego z postępowania.

Dodatkowo, z uwagi na zgłoszone przez Odwołującego w odwołaniu żądania dotyczące nakazania Zamawiającemu przez Izbę odrzucenia oferty Petra Energia Sp. z o.o. i oferty Akademia Słońca K. F., Izba wskazuje, że zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp, w przedmiotowym postępowaniu odwołanie nie przysługuje wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy, tj. w przypadku zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Na marginesie tylko Izba zauważa, że wskazany przez Odwołującego na rozprawie fragment uzasadnienia odwołania, odnoszący się do ofert ww. wykonawców dotyczy ofert złożonych przez ww. wykonawców w postępowaniu wszczętym przez Zamawiającego w dniu 27 marca 2020 r., które zostało ostatecznie unieważnione przez Zamawiającego w dniu 23 kwietnia 2020 r. Potwierdzają ten fakt przywołane przez Odwołującego ceny ww. ofert, które są różne od cen ofert złożonych przez ww. wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Zauważyć również należy, że Odwołujący jednoznacznie wyjaśnił na rozprawie, że nie analizował pozostałych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, co wprost potwierdza bezpodstawność żądania odrzucenia ww. ofert.

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

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

Przewodniczący: