

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: **Małgorzata Rakowska**

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2024 r. przez wykonawcę **M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Centrum Biznesu M.J.” z siedzibą w miejscowości Mościenica, ul. Osiedle pod Dębem 26, 62-035 Mościenica** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Rząśnia, ul. 1 Maja 37, 98-332 Rząśnia** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **EL-Przem & Form Light Sp. z o. o. z siedzibą w miejscowości Nowe Dąbie 67B, 89-210 Łabiszyn**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy EL-Przem & Form Light Sp. z o. o. z siedzibą w miejscowości Nowe Dąbie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Gminę Rząśnia, ul. 1 Maja 37, 98-332 Rząśnia** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Centrum Biznesu M.J.” z siedzibą w miejscowości Mościenica, ul. Osiedle pod Dębem 26, 62-035 Mościenica** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Centrum Biznesu M.J.” z siedzibą w miejscowości Mościenica, ul. Osiedle pod Dębem 26, 62-035 Mościenica** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 2.2. zasądza od **Gminy Rząśnia, ul. 1 Maja 37, 98-332 Rząśnia** rzecz wykonawcy **M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Centrum Biznesu M.J.” z siedzibą w miejscowości Mościenica, ul. Osiedle pod Dębem 26, 62-035 Mościenica** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 2510/24

Uzasadnienie

Gmina Rząśnia, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Rozbudowę oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Rząśnia wykorzystującego odnawialne źródła energii”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 czerwca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00349127/01.

W dniu 16 lipca 2024 r. (pismem z dnia 15 lipca 2024 r.) wykonawca M.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Centrum Biznesu M.J.” z siedzibą w miejscowości Mościenica, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego, w tym m.in.:

1. zaniechania wezwania wykonawcy EL-Przem & Form Light Sp. z o. o. z siedzibą w miejscowości Nowe Dąbie, zwanego dalej „wykonawcą EL-Przem”, do złożenia dalszych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny (kosztu oraz ich istotnych części składowych),
 2. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy EL-Przem, podczas gdy wykonawca ten zaproponował rażąco niską cenę. w związku z czym oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona,
 3. zaniechania odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę EL-Przem,
 4. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny,

2.naruszenie innych przepisów ustawy Pzp pozostających w związku z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, tj. art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy EL-Przem w sytuacji, gdy sam Zamawiający powziął wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji postępowania w zakresie zaproponowanej ceny, która była ok. 32% niższa w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, tj.: o 131.753.37 zł): o 13% niższa w stosunku do oferty wykonawcy spółki pod firma Wielobranżowe Przedsiębiorstwo „3D” Sp. z o. o. z siedziba w Bydgoszczy, odrzuconej przez Zamawiającego z powodu niewyjaśnienia wyliczenia ceny ofertowej (tj. o 41.594.80 zł. a także o 10% niższa w stosunku do kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia fti. o kwotę 30.933.06 zł) oraz możliwości dostarczenia i montażu lamp o komponentach zgodnych z SWZ (Wykonawca nie uwzględnił cen akumulatora LiFeP04 w klasie ochronności IP68, który wymaga indywidualnych ustaleń i zamówienia, a także nie w kalkulował systemu inteligentnego oraz skalkulował wykonanie dokumentacji projektowej przez projektanta posiadającego odpowiednie uprawnienia poniżej wartości rynkowej), a wątpliwości te nie zostały wyjaśnione przez wykonawcę EL-Przem, zatem oferta wykonawcy EL-Przem zawiera rażąco niską cenę (koszt) w stosunku do przedmiotu zamówienia, z uwagi na brak rzetelności kalkulacji cen przedstawionych w ofercie, których wynik stanowi ceny rażąco zaniżone, co potwierdza złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na świadczeniu usług poniżej kosztów ich wytworzenia, a także ziszczenie się podstaw wykluczenia wykonawcy EL-Przem z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu w odniesieniu do powyższych zarzutów:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy EL-Przem jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2.dokonania ponownego badania i oceny ofert, w ramach której Zamawiający odrzuci ofertę tego wykonawcy z powodu zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 7 i 8 ustawy Pzp i dokona ponownej oceny ofert bez uwzględniania oferty Wykonawcy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., iż wykonawca EL-Przem zaoferował najniższą cenę ze wszystkich złożonych w toku postępowania ofert. Cena zaproponowana przez tego wykonawcę jest o 13% niższa w stosunku do oferty spółki pod firma Wielobranżowe Przedsiębiorstwo „3D” Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, odrzuconej przez Zamawiającego z powodu niewyjaśnienia wyliczenia ceny ofertowej (tj. o 41.594.80 zł a także o 10% niższa w stosunku do kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, tj. o kwotę 30.933.06 zł. Jest ona o 32% niższa w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (tj. o 131.753.37 zł., przy czym zostało złożonych pięć ofert, wobec czego średnia ta odzwierciedla obecne tendencje na rynku robót budowlanych objętych zamówieniem. Powyższe potwierdza, iż w stanie faktycznym sprawy została spełniona przesłanka do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że cena jego oferty jest wyższa od ceny oferty wykonawcy EL-Przem o kwotę 93.603,00 zł i to właśnie oferta Odwołującego była najkorzystniejszą, przy uwzględnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz zaoferowania przedmiotu zamówienia gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Brak jest możliwości, aby przedmiotowe zamówienie wykonać za cenę zaoferowaną przez Wykonawcę. Zamawiający pismem z dnia 21 czerwca 2024 r. wezwał wykonawcę EL-Przem do wyjaśnień w celu poddania ich ocenie. W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 26 czerwca 2024 r., wykonawca ten złożył pisemne wyjaśnienia oraz przedłożył kalkulację cenową realizacji zamówienia. Zaprezentowana przez wykonawcę EL-Przem kalkulacja, w której wykonawca podał całkowite koszty bezpośrednie dla 26 lamp solarnych (w tym materiały, komponenty, energia, płace bezpośrednie z narzutami) na kwotę 182.286,00 zł (brutto), jest oferowaniem wykonania robót za cenę nierealną, kilkukrotnie niższą od rynkowych cen dla tego rodzaju robót. Cena ta znacznie odbiega od stawek podanych przez pozostałych wykonawców, tym samym jest rażąco niska, przez co nie pozwalająca na należyte zrealizowanie zamówienia.

Wykonawca, złożył także dodatkowe wyjaśnienia w dniu 9 lipca 2024 r., jednak dotyczyły one tylko i wyłącznie miejsca i sposobu montażu akumulatora, nie zawierały jednak żadnych dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca nie wskazał także, żeby sposób montażu akumulatora i zaproponowana przez niego opcja miały jakiś wpływ na oferowaną cenę. Z uwagi na powyższe zaoferowana przez wykonawcę cena odbiega od rzeczywistej wartości zamówienia. Wykonawca nie przedstawił rzetelnego zestawienia poszczególnych cen jednostkowych. Wyjaśnienia wykonawcy sprowadzają się do wskazania (niczym nieopartych cen i zbiorczych pozycji takich jak: „koszty bezpośrednie”, „koszty pośrednie”), bez wykazania wartości cen ich poszczególnych części składowych. W rzeczywistości jednak przedstawione wyjaśnienia uniemożliwiają ich weryfikację.

Odwołujący odnosząc się do poszczególnych pozycji zbiorowych wskazanych w kalkulacji cenowej, zaproponowanej przez wykonawcę EL-Przem w wyjaśnieniach zawartych w piśmie z dnia 26 czerwca 2024 r. podniósł, iż

znacznie różnią się one od cen pozostałych oferentów, co powinno powodować powstanie u Zamawiającego wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia przez tego wykonawcę oraz zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty. Pomimo, że oferta wykonawcy EL-Przem zawierała rażąco niską cenę, Zamawiający przyjął złożone przez wykonawcę wyjaśnienia za wiarygodne oraz wybrał ofertę jako najkorzystniejszą, mimo że oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu. Wykonawca nie przedłożył — pomimo wezwania Zamawiającego — przekonujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu zamówienia. Odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia . 07.11.2014 r., sygn. akt KIO 2185/14 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r., sygn. akt I Ca 117/12; wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 09.04.2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09).

Odwołujący podkreślił, że wykonawca EL-Przem nie tylko nie złożył wyczerpujących wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ale nie przedstawił też żadnych dowodów na poparcie prawdziwości i rzetelności przedstawionej kalkulacji. Świadczyć o tym może m.in. wskazanie kosztu transportu i montażu dla 26 lamp na kwotę 28.287,54 zł /brutto. Wykonawca oświadczył, iż koszt pracy pracowników, których wartość została przyjęta do obliczenia ceny, jest w wysokości nie niższej od aktualnie obowiązującego wynagrodzenia minimalnego, o którym mowa w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, przy czym wykonawca nie podaje jaka ilość pracowników jest mu potrzebna do wykonania transportu i montażu lamp, ile roboczogodzin należy przeznaczyć na wykonanie zamówienia, a także jaka jest rzeczywista wysokość wynagrodzenia jednego pracownika. Nie wiadomo zatem jaka kwota miałaby rzekomo pokryć dojazd, ewentualne zakwaterowanie pracowników oraz koszty wykorzystania urządzeń dźwigowych i mobilnego warsztatu. Wzbudza to uzasadnione wątpliwości co do rzetelności kalkulacji przyjętej przez wykonawcę, w sytuacji gdy odległość pomiędzy siedzibą wykonawcy a miejscem wykonania przedmiotu zamówienia to ponad 300 km (zatem koszty dojazdu to kolejne kilkadziesiąt, a nawet kilka tysięcy złotych), pozostają jeszcze koszty noclegu pracowników, a także koszty wykorzystania urządzeń.

Odwołujący podkreślił także, że rażąco niska cena konkretnych robót - jako istotnych części składowych ceny - oznacza rażąco niską cenę oferty. Wyliczenia przedstawione przez wykonawcę w żaden sposób nie zostały poparte dowodami w postaci kart technicznych, ofert handlowych itp. Wykonawca ten, nie tworzy samodzielnie lamp, bazując na dostarczanych komponentach lub półproduktach, co wpływa na jakość oraz cenę proponowanych produktów.

Wyliczenia dotyczące dokumentacji projektowej wzbudzają wątpliwości co do ich realności i rzetelności, przede wszystkim z uwagi na fakt, że w ogóle nie uwzględniono tyczenia miejsc tylko samą inwentaryzację, co jest niezgodne ze sztuką, podczas gdy należało wyodrębnić dwie osobne pozycje kosztowe. Ponadto koszty sporządzenia dokumentacji projektowej przez projektanta posiadającego odpowiednie uprawnienia i kwalifikacje, wraz z uzyskaniem wszystkich uzgodnień zostały skalkulowane łącznie na 4.160,00 zł netto, przy czym do wykonania jest 5 projektów, zatem Wykonawca na sporządzenie jednego z pięciu projektów przeznaczył kwotę 832,00 zł netto, co uznać wręcz należy za kwotę symboliczną. Ceny rynkowe wykonania dokumentacji projektowej są kilkukrotnie wyższe. Zaoferowany koszt kierowania budowa w wysokości 1.000,00 zł netto, w sytuacji gdy realizacja zamówienia ma nastąpić w kilku lokalizacjach i dotyczy 5 projektów, również jest nierealny i nie znajduje uzasadnienia w realiach rynkowych. W zakresie pozostałych elementów kalkulacji ceny największe wątpliwości budzą pozycje dotyczące: kosztów bezpośrednich i kosztów pośrednich. Z uwagi na brak wyszczególnienia ich części składowych nie jest możliwe przedstawienie dokładnych błędów i nieprawidłowości w przyjętej kalkulacji. Niemniej jednak koszty bezpośrednie zostały znacznie zaniżone, skoro koszt jednego akumulatora dla jednej lampy wynosi min. 2.900,00 zł netto, a przedmiotem zamówienia jest 26 lamp solarnych. Zatem łączny koszt samych akumulatorów to kwota 75.400,00 zł netto. Na dowód powyższego Odwołujący wskazał cenę akumulatora od firmy, która specjalizuje się w dostawie lamp solarnych i posiada w swojej ofercie akumulator spełniający wszystkie parametry wymagane przez Zamawiającego. Ceny rynkowe akumulatorów o klasie szczelności wymaganej przez Zamawiającego w SWZ (klasa IP68) dostępne są pod adresami: { thermo-type- 24? change_country=PL&change_currency=PLN&gad_source=1}.

Wydruki ze stron internetowych oraz karta akumulatora spełniającego wymagania zawarte w PFU potwierdza, że w swojej ofercie wykonawca EL-Przem nie mógł uwzględnić akumulatora spełniającego wszystkie parametry wymagane przez Zamawiającego. Przykładowo akumulator LiFeP04" o dobrej jakości, posiada cenę rynkową wyższą niż oferowana przez wykonawcę EL-Przem. Wykonawca ten do tej pory w swoich ofertach na dostawę i montaż lamp solarnych proponował akumulatory „Green Celi” dostępne w dużych sieciach handlowych oraz na platformie Allegro, które posiadają dużo gorsze parametry, co za tym idzie o niższej cenie, nie mniej jednak niespełniające wymagań przetargowych. Wykonawca w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Drawsko Pomorskie zaoferował lampę z montażem za kwotę 7.300,00 zł netto/szt. Specyfikacja wymagała zbliżonej jakościowo lampy jak w niniejszym Postępowaniu, ale w Drawsku Pomorskim nie wymagano inteligentnego systemu zarządzania, który wymagany jest przez Zamawiającego. Niemniej jednak, nawet przy kwocie 7.300,00 zł netto/szt., Wykonawca nie spełnił wymagań, oferując produkty o niższej jakości i słabszych parametrach, a co za tym idzie o niższej cenie. Niemożliwe jest zatem wykonanie i zamontowanie lamp w przedmiotowym Postępowaniu za cenę zaoferowaną przez Wykonawcę, skoro SWZ wymaga większą ilością elementów (inteligentny system) oraz spełnienie dodatkowych wymagań, przy jednoczesnym obniżeniu ceny o około 2.500,00 zł/szt., co jednoznacznie podważa wiarygodność i rzetelność sporządzonego przez Wykonawcę kosztorysu.

Odwołujący podniósł także, że dłuższy okres gwarancji zaproponowany przez wykonawcę EP-Przem nie został poparty dowodami, chociażby poprzez wskazanie oferowanego akumulatora. Nawet kilkunastoletnia gwarancja oferowana przez wykonawców jest bezwartościowa jeżeli oparta jest o produkt, który nie posiada odpowiedniej żywotności i w przypadku zaprzestania działalności przez wykonawcę, producent nie będzie realizował wymian, ponieważ standardowo oferuje 2-letni okres gwarancji. Ponadto oferowanie gwarancji lub podawanie żywotności akumulatora bez uwzględnienia głębokości rozładowania i specyficznych warunków użytkowania jest mylące i może wprowadzać w błąd. Różnorodność w zastosowaniach, warunkach pracy oraz jakość wykonania akumulatorów sprawiają, że jeden standard żywotności nie pasuje do wszystkich scenariuszy. Dlatego ważne jest, aby producenci dostarczali szczegółowe informacje na temat warunków testowych oraz zalecanych warunków użytkowania, aby użytkownicy mogli realnie ocenić, jak długo akumulator będzie spełniał swoje funkcje w ich specyficznych warunkach użytkowania.

Wykonawca w swoich wyjaśnieniach sugeruje z kolei, jakoby pierwszy raz miał zamiar dostarczyć akumulator, który zostanie przez niego samodzielnie wykonany pod parametry wymagane przez Zamawiającego, co dowodzi, że wykonawca nie ma doświadczenia i odpowiedniej wiedzy w tym zakresie, w konsekwencji nie zdaje sobie sprawy z kosztowności planowanego przedsięwzięcia. Nawet, gdyby wykonawca zamierzał stworzyć samodzielnie akumulator to powinien uwzględnić, że jest to proces bardzo czasochłonny i kosztowny, wymagający dużych nakładów, a zaoferowana cena oraz brak dowodów przeczą takiej teorii. Samodzielne wykonanie akumulatora oraz jego testy mogą trwać miesiące, a nawet lata, dodatkowo produkcja ma sens jedynie przy bardzo dużej liczbie zamówień (w tysiącach), a nie przy kilkudziesięciu czy nawet kilkuset.

Kosztami bezpośrednimi związanymi zaś z samymi materiałami i komponentami, zgodnie z SWZ, powinny być koszt samej lampy, jak również koszty pozostałych elementów lampy, w tym inteligentny system sterowania oświetleniem. Cena rynkowa jednej lampy to koszt około 2750.0 euro (tj. ok. 11.715,00 zł). W wyjaśnieniach wykonawcy nie zawarto jedna kosztu instalacji i obsługi systemu inteligentnego. Cena za jeden kontroler waha się od 264,00 euro do 375.0 euro (tj. ok. 1.124,64 zł do 1.597,50 zł), przy czym bez konsultacji z Zamawiającym należy zakładać, że wszystkie lampy mogą wymagać montażu systemu inteligentnego. Dowodem na powyższe są ceny rynkowe lamp oraz kontrolerów (zrzuty ekranu z katalogu producenta kontrolerów - Photinus Schreder).

Nie sposób pominąć, że po odliczeniu „Kosztów pośrednich/sprzedaży, produkcji, ogólnozakładowych/+zysk” zostaje na wszystkie materiały, transport i montaż 126.958,00 zł netto, co daje 4.883,00 zł netto/szt. Lampa solarna składa się z wielu komponentów w tym: słupa, części metalowych, dwóch opraw LED, akumulatora LiFeP04 o stopniu ochrony IP68, panelu fotowoltaicznego oraz sterownika. Dodatkowo Zamawiający wymagał, aby lampy miały inteligentny system zarządzania oświetleniem, co wymaga dodatkowej aparatury, do każdej lampy wyposażonej w ten system oraz bramki łączenia się z Internetem poprzez GSM dla każdej lokalizacji, aby wykonawca miał dostęp Online do parametrów pracy lamp. W ofercie Wykonawcy wymagał on, aby sam Zamawiający dostarczał karty SIM do modułów. Wyjaśnić jednak należy, że to obowiązkiem leżącym po stronie wykonawcy jest zapewnienie dostępu do podglądu na lampę, a co za tym idzie jest to koszt, który ponosi wykonawca i który powinien zostać włączony w koszt realizacji zamówienia. Warte uwagi jest również fakt, że Zamawiający wymagał lampy najwyższej jakości, która cechuje się dużo wyższymi parametrami (co za tym idzie ceną) niż lampy wykonywane w innej technologii, niższej jakości. Jeżeli Wykonawca wykonywał lampy o niższej jakości i gorszych parametrach w wyższych cenach to wyraźnie świadczy to o tym, że w przypadku niniejszego Postępowania kalkulacja została wykonana nierzetelnie, a wykonanie przedmiotu zamówienia w zaoferowanej cenie jest niemożliwe. Zgodnie z przedstawionymi kalkulacjami wartość kosztów bezpośrednich dla 26 lamp solarnych, zaproponowana przez Wykonawcę, jest zatem nierealna. Co do kosztów pośrednich nie sposób się do nich odnieść w szczegółowym zakresie, gdyż Wykonawca jedynie hasłowo i nieprecyzyjnie podał, że dotyczą one sprzedaży, produkcji, kosztów ogólnozakładowych i zysku. Przy czym pozycje te nie są doprecyzowane, a wartości dla poszczególnych części składowych nie zostały wyodrębnione. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być rzetelne i poparte dowodami. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (kosztu). Wskazane wątpliwości powinny skłonić Zamawiającego co najmniej do ponowienia wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a nadto do odrzucenia oferty wykonawcy EL-Przem. Wyjaśnienia Wykonawcy nie miały bowiem charakteru wyczerpującego. Brak jest również jakichkolwiek dowodów dołączonych do wezwania, pozwalających wykazać ceny istotnych części składowych, tak jakich np. cen akumulatora, czy kontrolera systemu inteligentnego. Wskazanie w kalkulacji wykonawcy, kosztu transportu i montażu, bez rozbicia tej kwoty na koszty składowe, może budzić uzasadnione wątpliwości co do jej realności, zwłaszcza w świetle faktu, że odległość pomiędzy siedzibą Wykonawcy a miejscem wykonania przedmiotu zamówienia to ok. 300 km, poza tym Wykonawca musi pokryć koszty m.in. wynagrodzenia pracowników, zakwaterowania i koszty użycia urządzeń dźwigowych i mobilnego warsztatu.

Wykonawca nie przedstawił szczegółowych wyliczeń ani żadnych dowodów potwierdzających, że kwoty wskazane w zestawieniu są realne. Złożone wyjaśnienia są niewystarczające, pomimo, że na wykonawcy wzywano do złożenia wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska.

Oferta Wykonawcy podlegała także odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1

pkt 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1233, dalej również: „ZNKU”), gdyż złożenie oferty przez wykonawcę EL-Przem stanowiło w tym postępowaniu czyn nieuczciwej konkurencji, stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ZNKU. Powyższe wynika z faktu, iż uwzględniając zaoferowaną przez wykonawcę cenę, świadczoną przez wykonawcę roboty polegające na rozbudowie oświetlenia ulicznego będą wykonane poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odmienne od warunków rynkowych kalkulacja wyceny powoduje naruszenie interesów przedsiębiorców, którzy swoje usługi wyceniają rzetelnie i zgodnie z bieżącą sytuacją ekonomiczną (M. Sieradzka, Manipulowanie ceną oferty może skończyć się jej odrzuceniem, <https://www.rp.pl/opinie-prawne/art16896651-malgorzata-sieradzka-manipulowanie-cena-oferty-moze-sie-skonczyc-jej-odrzuconiem>).

Niemożliwym jest bowiem wykonanie robót objętych przedmiotem zamówienia po cenie wskazanej przez wykonawcę w treści oferty. Zakres robót będących przedmiotem zamówienia, nie przystaje do wysokości ceny wskazanej w treści oferty Wykonawcy. Manipulowanie ceną oferty to w szczególności określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen jest na poziomie niepozwalającym na pokrycie rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia. Oferowanie usług poniżej kosztów ich świadczenia ma na celu eliminację innych przedsiębiorców, gdyż specyfika robót świadczonych zarówno przez Wykonawcę, jak i Odwołującego polega na tym, iż w dużej mierze są one nabywane na rynku na podstawie postępowań udzielanych [w trybie ustawy Pzp, gdzie podstawowym kryterium decydującym o wyborze oferty danego wykonawcy jest cena, Tym samym oferowanie usług przez Wykonawcę poniżej ceny ich świadczenia niewątpliwie ma na celu eliminację z rynku Odwołującego.

Przedstawiona przez wykonawcę EL-Przem oferta jest oderwana od rzeczywistych kosztów wykonywania robót stanowiących przedmiot zamówienia, zaś zachowanie to ukierunkowane jest na nieuprawnione obniżenie ceny oferty. Skalkulowanie ceny oferty poniżej kosztów świadczenia usług stanowi bezpośrednie zagrożenie dla Zamawiającego, którego obowiązkiem jest montaż 26 lamp solarnych, zaś otrzymanie przedstawionej przez wykonawcę w ofercie ceny za zamówione roboty nie pozwoli mu na sprostanie wymogom Zamawiającego, w konsekwencji natomiast powyższego Zamawiający nie dopełni ww. obowiązków. Wykonawca EL-Przem pomimo dwukrotnego wezwania Zamawiającego, nie wykazał żeby oferowana przez niego cena odpowiadała warunkom rynkowym, a ponadto nie przedłożył żadnych przedmiotowych środków dowodowych, z których wynikałoby, że Wykonawca jest w stanie dostarczyć i zamontować lampy odpowiadające wymaganiom SWZ. Wykonawca jako profesjonalista, co najmniej powinien zdawać sobie sprawę, że jego zaniechania dążą do naruszenia obowiązków wynikających z SWZ oraz ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 16 lipca 2024 r. przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania w sposób elektroniczny za pośrednictwem platformy ezamowienia.gov.pl oraz mailowo.

W dniu 19 lipca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca EI-Przem & Form Light Sp. z o. o. z siedzibą w miejscowości Nowe Dąbie, zwany dalej „Przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy EI-Przem & Form Light Sp. z o. o. z siedzibą w miejscowości Nowe Dąbie, zwanego dalej „Przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i złożone w załączeniu do odwołania dowody, tj.:

- 1.Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 11 lipca 2024 r.;
- 2.SWZ;
- 3.Odpowiedź Wykonawcy z dnia 26 czerwca 2024 r. na Wezwanie o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny (kosztu);
- 4.Pismo Odwołującego z dnia 27 czerwca 2024 r.;

5. Pismo Wykonawcy z dnia 9 lipca 2024 r. — dodatkowe wyjaśnienia dotyczące akumulatora;

6. Wydruk ze strony internetowej: https://divezone.pl/ogrzewanie-nurkowe/akumulator-ammonite-system-thermo-24-ah.html?gad_source=1;

7. Wydruk ze strony internetowej: https://varuste.net/pl/pll4838/ammonite-accu-thermo-type-24?change_country=PL&change_currency=PLN&gad_source=1;

8. Wydruk ze strony internetowej: https://portablepower.pl/product/victron-energy-smart-12-8v-100ah-lifepo4-akumulator/?utm_source=Google+Shopping&utm_medium=cpc&utm_campaign=Google+Shopping&gad_source=1&gclid=Cj0KQjwkdOOBhDxARIsANkNcrej2aUik-ffxMzRf9oWWeXUQKCG3s252syQ-ol-UlyYzAQWDClowkaAq6sEALw_wcB;

9. Oferta Wykonawcy złożona w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Drawsko Pomorskie na akumulator Green Celi;

10. Wydruk ze strony internetowej: <https://mm-tools.eu/produkt/green-cell-akumulator-lifepo4-12v-12-8v-100ah-do-systemow-fotowoltaicznych-kamperow-i-lodek/>;

11. Zrzuty ekranu z katalogu producenta lamp i kontrolerów — Photinus Schreder.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i złożone w załączeniu do złożonego w dniu 7 sierpnia 2024 r. dowody, tj.:

1. Oferta na akumulator wraz z tłumaczeniem;

2. Zrzut ekranu z katalogu producenta kontrolerów — Photinus Schreder;

3. Wydruk ze strony internetowej;

4. Wydruk ze strony internetowej.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony oraz Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny — tożsamy dla obydwu zarzutów:

Zamawiający rozdziale XV do SWZ „SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY” podał m.in.:

„1. Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ.

2. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ.

3. Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia.”.

Zamawiający przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, tj. „305.691,06 zł netto”. (pismo z dnia 20 czerwca 2024 r.)

W postępowaniu złożono 5 ofert, a ich ceny brutto były następujące: oferta nr 1 złożona przez wykonawcę EL-Przem & Form Light sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Nowe Dąbie - cena oferty 275.028,00 zł; oferta nr 2 złożona przez wykonawcę DVS Rafał Kuchta z siedzibą w Skrzyszowie - cena oferty 427.818,35 zł; oferta nr 3 złożona przez wykonawcę Jacek Gryś, Andrzej Gryś s.c. „Elgomet” z siedzibą w Belchatowie - cena oferty 645.806,70 zł; oferta nr 4 złożona przez wykonawcę Wielobranżowe Przedsiębiorstwo „3D” Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy - cena oferty 316.622,80 zł oraz oferta nr 5 złożona przez wykonawcę Centrum Biznesu M.J. z siedzibą w miejscowości Mościenica - cena oferty 368.631,00 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 21 czerwca 2024 r. wezwał wykonawcę EL-Przem, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, „w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczania ceny ofertowej oraz potwierdzenia, że cały zakres zamówienia opisany w programie funkcjonalno użytkowym oraz wyjaśnieniach i modyfikacjach SWZ (w szczególności koszty usług projektowych, koszty mapy do celów projektowych, koszty uzyskania pozwolenia na budowę, koszt lamp OZE zgodnie z parametrami technicznymi wymaganymi przez Zamawiającego, koszty inwentaryzacji powykonawczej, koszty kierowania budową) został ujęty do wyceny. Prosimy o wskazanie marki, modelu zaoferowanej lampy OZE oraz przedstawienie kart katalogowych lamp (obejmujących akumulator, sterownik i panele). Zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania świadczonych usług i metodami budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw lub usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) 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;

4) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym

realizowane jest zamówienie;

5) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

6) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcom.

Dowodami o których mowa powyżej mogą być w szczególności: oferty handlowe na dostawę materiałów i świadczenie usług niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, kalkulacje cenowe itp. Zamawiający jednocześnie przypomina, iż zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na Wykonawcy. Prosimy również o potwierdzenie, że do wyceny oferty zostały przyjęte materiały określone w opisie przedmiotu zamówienia. (...)”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca EL-Przem, pismem z dnia 26 czerwca 2024 r., złożył wyjaśnienia, w treści których podał „Podczas wyceny braliśmy pod uwagę wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Poziom oferty wynika:

1. Zastosowanych rozwiązań technicznych konstrukcyjnych - zastosowaliśmy oryginalny autorski projekt latarni solarnych, a dokumentacja produkcyjna jest realizowana przez zatrudnionych projektantów.

2. Optymalizacji kosztów zakupu materiałów i komponentów - polityka zakupowa zakłada wieloletnią współpracę z dostawcami, z uwzględnieniem wypracowanych rabatów przy zamówieniach materiałów pod duże realizowane zlecenia. Przykładowo w 2023 r. dostarczyliśmy łącznie 550 latarni solarnych, a aktualnie zrealizowaliśmy dostawę 191 latarni solarnych dla miejscowości Dzierżoniów.

3. Proces produkcji - w naszym zakładzie wykonujemy konstrukcję słupów, stelaży do paneli solarnych, obudów lamp solarnych. Posiadamy nowoczesny park maszynowy: sterowane numerycznie urządzenia do cięcia laserowego, gięcia blach, zautomatyzowane urządzenie do spawania, urządzenia do proszkowego malowania. Pozwala to na zastąpienie pracy żywej pracą uprzedmiotowioną i wpływa na optymalizację kosztów pracy.

4. Montaż jest realizowany przez własnych pracowników z wykorzystaniem własnych środków transportu, urządzeń dźwigowych HDS, mobilnego warsztatu.

5. Rentowność: oferta skalkulowana z zachowaniem akceptowalnego dla wykonawcy poziomu zysku. (...)

Te czynniki wpłynęły na kalkulację oferty zaprojektuj i wybuduj 26 lamp solarnych: (...) Oświadczamy:

1. Koszt pracy pracowników, których wartość przyjęta została do obliczenia ceny, jest w wysokości nie niższej od aktualnie obowiązującego wynagrodzenia minimalnego, o którym mowa w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

2. Nie zalegamy z wypłatami pracowniczymi ani ze składkami ZUS, pracownicy produkcyjni oraz monterzy są zatrudnieni na umowę o pracę.

(...) oświadczamy, że nasza kalkulacja cenowa została sporządzona rzetelnie, prawidłowo i nie powinna być uznana za rażąco niską. Jednocześnie potwierdzamy, że złożona przez nas oferta odpowiada i zgodna jest z treścią SWZ.”

Wykonawca w treści złożonych wyjaśnień podał także cenę netto i brutto dokumentacji projektowej dla 26 lamp solarnych, w tym koszty uzyskania pozwolenia na budowę, w tym mapy do celów projektowych, koszt kierowania budową, inwentaryzacji powykonawczej dla 26 lamp solarnych, koszty bezpośrednie, koszty pośrednie/sprzedaży produkcji ogólnozakładowe/+ Zysk, koszty transportu i montażu oraz kwotę łączną.

Zamawiający, pismem z dnia 4 lipca 2024 r., wezwał wykonawcę EL-Przem działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wskazując że „W złożonych wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny w zakresie akumulatora określono następujące stwierdzenie: „akumulator umieszczony bezpośrednio pod słupem pod poziomem gruntu w prefabrykacie betonowym lub obok fundamentu do uzgodnienia z zamawiającym”. Czy oznacza to, że przewidują Państwo montaż akumulatora niezgodnie z wymogami SWZ tzn. nie w kształcie cylindrycznym wewnątrz słupa czy to Zamawiający błędnie interpretuje przedmiotowy zapis. Nadmieniamy, iż na etapie postępowania przetargowego jako potencjalny Wykonawca zwracaliście się państwo z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Zamawiający w dniu 10.06.2024r. w odpowiedzi na pytanie nr 2 jasno i wyraźnie określił, iż cyt. „ nie dopuszcza możliwości zamontowania akumulatora w gruncie w skrzynce hermetycznej obok konstrukcji fundamentu”. W złożonych wyjaśnieniach z dnia 26.06.2024r. dotyczących rażąco niskiej ceny potwierdziliście Państwo, że cena ofertowa zawiera cały zakres zamówienia opisany w SWZ tzn. również w zakresie wymogów i parametrów określonych w Programie funkcjonalno - użytkowym. Wzywamy do udzielenie jednoznacznych wyjaśnień czy zapis w karcie katalogowej dotyczący akumulatora o treści „do uzgodnienia z zamawiającym” oznacza, że dostarczone i zamontowane zostaną słupy posiadające zgodnie z wymogami Zamawiającego akumulator cylindryczny.”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca EL-Przem, pismem z dnia 9 lipca 2024 r., złożył wyjaśnienia, w treści których wyjaśnił, że „wskazany w karcie katalogowej produktu - Lampa solarna model EL-F-S-Fil33/5 - zapis „akumulator umieszczony bezpośrednio pod słupem pod poziomem gruntu w prefabrykacie betonowym lub obok fundamentu do uzgodnienia z Zamawiającym” - stanowi opcję wyboru dla Zamawiającego.

Potwierdzamy, że w zadaniu pt.: „Rozbudowa oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Rzęśnia wykorzystującego odnawialne źródła energii” zrealizujemy zadanie zgodnie z zapisami SWZ i wymogami Zamawiającego, tj. zamontowane zostaną słupy posiadające akumulator cylindryczny umieszczony bezpośrednio pod słupem pod poziomem gruntu w prefabrykacie betonowym.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że „Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”.

Oznacza to, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Złożone wyjaśnienia nie mogą mieć przy tym charakteru ogólnego. Składane są bowiem celem stwierdzenia, że podejrzenie Zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny było nieuzasadnione. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa bowiem na wykonawcy. Wezwanie takie, tj. wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wiąże się więc z określonymi konsekwencjami dla wykonawcy. Powoduje bowiem, że to po stronie wykonawcy powstaje obowiązek wykazania realności i prawidłowości kalkulacji ceny a tym samym obliguje go do złożenia wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień. Takie wezwanie nie jest tylko formalnością, którą li tylko należy wykonać ale służy faktycznemu wyjaśnieniu czy cena zaoferowana przez wezwanego wykonawcę nie jest rażąco niska. Wobec tego tak istotna jest prawidłowa cena tego co wykonawca złożył (wyjaśnień i dowodów).

W niniejszym stanie faktycznym, co jest bezsporne, zaistniały przesłanki do obligatoryjnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Cena całkowita zaoferowana przez wykonawcę EL - Przem jest bowiem niższa „o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 (...)”. Takie też wezwanie zostało do wykonawcy skierowane. Zamawiający wezwał wykonawcę nie tylko do złożenia wyjaśnień oraz dowodów ale wskazał także szczegółowo czego wyjaśnienia powinny dotyczyć. Podał więc jakich informacji oczekuje od wykonawcy. Wezwanie to było precyzyjne i jasno określało jakie informacje powinny być przedstawione. Oznacza to więc, że wykonawca EL-Przem, składając wyjaśnienia, powinien odnieść się do tych kwestii, które zgodnie ze skierowanym do niego wezwaniem budziły wątpliwości Zamawiającego.

Tymczasem wyjaśnienia złożone przez wykonawcę EL-Przem są ogólne i ogólnostwne. Wykonawca ten w żaden sposób nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena została rzetelnie skalkulowana.

I tak, mimo, że wskazywał na zastosowanie oryginalnych rozwiązań technicznych konstrukcyjnych – oryginalny autorski projekt latarni solarnych, to okoliczności tej jednak nie wykazał, ograniczając się jedynie do ogólnego stwierdzenia zastosowania jakiś szczególnych rozwiązań.

Z kolei w odniesieniu do kwestii dotyczącej „zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (...)” wykonawca ten, oświadczył jedynie, że wartość przyjęta do obliczenia ceny „jest w wysokości nie niższej od aktualnie obowiązującego wynagrodzenia minimalnego (...)”, jak również, że nie zalega „z wypłatami pracowniczymi ani ze składkami ZUS, pracownicy produkcyjni oraz monterzy są zatrudnieni na umowę o pracę”. Niemniej jednak – jak słusznie podniósł Odwołujący – poza tym oświadczeniem, nie przedstawił żadnych informacji, które pozwoliłyby zweryfikować prawidłowość przyjętych założeń. Nie wiadomo chociażby jaką ilość osób planuje zaangażować do realizacji tego zamówienia, jaką ilość roboczogodzin przyjął do jego realizacji, jak również jaka jest rzeczywista wysokość wynagrodzenia jednego pracownika. Twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach są więc ogólnostwne. Wykonawca EL-Przem nie przedstawił bowiem żadnych informacji i wyliczeń związanych z szeroko rozumianymi kosztami pracy.

Podobnie należy ocenić deklarację wykonawcy EL-Przem dotyczącą polityki zakupowej, która „zakłada wieloletnią współpracę z dostawcami, z uwzględnieniem wypracowanych rabatów przy zamówieniach materiałów pod duże realizowane zlecenia. Przykładowo w 2023 r. dostarczyliśmy łącznie 550 latarni solarnych, a aktualnie zrealizowaliśmy dostawę 191 latarni solarnych dla miejscowości Dzierżoniów.”. Jednak i w tym przypadku poza ogólnostwnym stwierdzeniem wykonawca nie złożył żadnych dowodów na okoliczność uzyskiwania tak atrakcyjnych rabatów. Skoro bowiem powodem obniżenia ceny oferty były uzyskane przez wykonawcę rabaty to okoliczność ta w sposób nie budzący wątpliwości powinna być wykazana celem pokazania realności zaoferowanej ceny. Powyższe nie zostało wykazane żadnymi dowodami. Wykonawca EL-Przem nie przedłożył bowiem żadnych ofert handlowych, które potwierdzałyby uzyskanie atrakcyjnych rabatów.

Kolejnym z elementów, na który wskazał Odwołujący jest kwestia kosztów dokumentacji projektowej. Koszt ten, jak dalej wyjaśnił Odwołujący, już tylko w zakresie dotyczącym sporządzenia jednego projektu jest wręcz nierealny a kwota 832,00 zł to w istocie kwota symboliczna, która nie znajduje uzasadnienia w realiach rynkowych. Wobec braku jakichkolwiek dodatkowych informacji i dowodów wyjaśnienia wykonawcy EL-Przem w tym zakresie nie znajdują potwierdzenia.

Nie bez znaczenia jest także brak informacji na temat kosztów bezpośrednich i pośrednich, których łączna wysokość została co prawda wskazana jednak wykonawca EL-Przem nie podał co na te koszty się składa. Jednym z istotnych kosztów tej pozycji jest, jak wskazał Odwołujący, koszt samych akumulatorów dla lamp, który według jego wyliczeń wynosi 75.400,00 zł netto, na dowód czego Odwołujący odwołał się do stron katalogowych producentów akumulatorów, jak również postępowania prowadzonego przez Gminę Drawsko Pomorskie, w którym wykonawca EL-Przem zaoferował lampę z montażem już za kwotę 7.300,00 zł (w tamtym postępowaniu Zamawiający nie wymagał inteligentnego systemu

zarządzania, którego wymaga Zamawiający w tym postępowaniu). W kontekście powyższego kwoty tych dwóch pozycji (koszty bezpośrednie i pośrednie) budzą wątpliwości, zwłaszcza, że prawidłowość ich skalkulowania nie została wykazana przez wykonawcę EL-Przem. Nie wiadomo jakie przyjęto koszty samej lampy, jak również pozostałych jej elementów, w tym także inteligentnego systemu zarządzania – sterowania oświetleniem (kosztów jego instalacji i obsługi). Równie gołosłowne są wyjaśnienia dotyczące kosztów pośrednich w odniesieniu, do których – jak słusznie podniósł Odwołujący – wykonawca EL-Przem odniósł się jedynie hasłowo, podając „koszty pośrednie/sprzedaży produkcji ogólnozakładowe/+ Zysk”, z których to informacji nic nie wynika.

Odnosząc się do argumentu Zamawiającego, że dokonując oceny oferty wykonawcy EL-Przem brał pod uwagę to, że w tym postępowaniu wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, stwierdzić należy, że nie zasługuje on na uwzględnienie. „Możliwość analizy oferty pod kątem rażąco niskiej ceny nie zależy od przyjętej przez zamawiającego formuły rozliczenia się z wykonawcą zamówienia publicznego (wynagrodzenie ryczałtowe lub kosztorysowe). (...) wobec czego nawet przy ryczałcie badaniu może podlegać cena lub koszt lub ich istotne części składowe wskazane przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt KIO 373/17). W konsekwencji powyższego nawet przy wynagrodzeniu ryczałtowym w określonych sytuacjach ustawowych istnieje obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w innych zaś taka możliwość. To z kolei rodzi konieczność złożenia przez wykonawcę wyjaśnień popartych dowodami, gdyż w takiej sytuacji ciężar dowodu obciąża wykonawcę a w tym stanie faktycznym wykonawcę EL-Przem temu nie sprostął. Nie wystarczy bowiem złożenie jedynie deklaracji i zapewnień ale ich udowodnienie.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp potwierdził się

Potwierdził się także zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp stanowi bowiem, że *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”*. Przepis ten dotyczy sytuacji, w których oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji – w myśl ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Z kolei art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że *„Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.”*

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że wykonawca EL-Przem, składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, jak jednoznacznie wykazał Odwołujący, nie wyjaśnił prawidłowości skalkulowania ceny swej oferty. W konsekwencji powyższego zaoferował robotę za cenę, która powoduje sprzedaż poniżej kosztów jej świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców. Bez znaczenia dla oceny tego zdarzenia są koszty przeciętne, koszty ponoszone przez konkurentów, czy też ponoszone przez przedsiębiorcę dotkniętego tym czynem (w tym przypadku przez Odwołującego). Istotne jest to, że utrudnienie związane z nieprawidłowym skalkulowaniem kosztów oferty (jej zaniżenie) nie wynika z prowadzonej przez wykonawcę dozwolonymi metodami walki konkurencyjnej. Odmienne od warunków rynkowych kalkulacja wyceny powoduje naruszenie interesów przedsiębiorców, którzy swoje usługi wyceniają rzetelnie i zgodnie z bieżącą sytuacją ekonomiczną (M. Sieradzka, Manipulowanie ceną oferty może skończyć się jej odrzuceniem; <https://www.rp.pl/opinie-prawne/art16896651-malgorzata-sieradzka-manipulowanie-cena-oferty-moze-sie-skonczyc-jej-odrzuceniem>).

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty odwołania potwierdziły się.

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1) i pkt 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437), ograniczając wysokość wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego do kwoty 3 600,00 zł.

Przewodnicząca:.....