Sygn. akt: KIO 2729/24

WYROK

Warszawa, dnia 26 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko
Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2024 r. przez wykonawcę FLOSUN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Białogardzie
w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Białogard – Urząd Miasta Białogard
przy udziale po stronie zamawiającego – wykonawcy D.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.K. P.H.U. Kompel

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00 groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600,00 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy), obejmującą poniesiony przez Zamawiającego koszt wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 402,00 złote (słownie: czterysta dwa złote 00 groszy) obejmującą koszt Zamawiającego związany z dojazdem na wyznaczone posiedzenie oraz rozprawę oraz kwotę 405,00 złotych (słownie: czterysta pięć złotych 00 groszy) obejmującą koszt noclegu Zamawiającego.
3.Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4.407,00 złotych (słownie:cztery tysiące czterysta siedem złotych 00 groszy), stanowiącą uzasadnione koszty Zamawiającego, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika, koszt związany z dojazdem na wyznaczone posiedzenie oraz rozprawę oraz koszt noclegu.

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 2729/24

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Białogard – Urząd Miasta Białogard, dalej: „*Zamawiający*” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „*ustawa Pzp*” postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Część 2: Budowa instalacji fotowoltaicznych na budynkach jednostek organizacyjnych Miasta Białogard”, dalej: „*Postępowanie*”.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu
28 czerwca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00387269.
W dniu 31 lipca 2024 r. wykonawca FloSun Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Białogardzie, dalej: „*Odwołujący*” wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy D.K. P.H.U KOMPEL oraz o:
1. nakazanie Zmawiającemu dokonania odrzucenia oferty firmy D.K. P.H.U. KOMPEL, która została wybrana jako oferta najkorzystniejsza pomimo tego, że jest złożona
i przyjęta z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz złożona i przyjęta z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy D.K. P.H.U. KOMPEL na podstawie art. 226 ust.
1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na zamówienie publiczne p.n. Poprawa efektywności energetycznej w jednostkach organizacyjnych Miasta Białogard” nr IZP.271.1.7.2024 „Część 2: Budowa instalacji fotowoltaicznych na budynkach jednostek organizacyjnych Miasta Białogard” i wybór jako najkorzystniejszej naszej oferty,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się zwrotu kosztów postępowania
odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że oferta firmy D.K. P.H.U. KOMPEL powinna zostać odrzucona ze względu na to, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia – co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Integralną częścią SWZ był Program Funkcjonalno-Użytkowy stanowiący załącznik nr 11, określający przedmiot zamówienia i parametry techniczne jakie powinien spełnić oferent przy oferowaniu i wykonaniu przedmiotu zamówienia.
Zgodnie z tym opisem przedmiot zamówienia w załączniku nr 11 powinien spełniać
następujące warunki i parametry:
1. - w załączniku nr 11 punkt 2.2.4 w zakresie budowy instalacji fotowoltaicznej na dachach budynków przewiduje, iż:
„2.2.4. Wymagania w zakresie konstrukcji wsporczej. Dachy płaskie, pokryty papą. Stosuje się konstrukcję klejoną".
Wykonawca D.K. P.H.U KOMPEL przyjął mocowanie do dachów paneli jako: konstrukcję kręconą (wkręcaną). Odwołujący wskazał, że ujawnione to zostało
w wyjaśnieniach w przeprowadzonej przez Zmawiającego procedurze Rażąco Niskiej Ceny
i złożonym przez Wykonawcę kosztorysie ofertowym.
Jest to zasadnicza zmiana w zakresie konstrukcji mocowania paneli fotowoltaicznych do dachów, w tym zakresie oferta w sposób istotny nie spełnia warunków zamówienia.
W znaczący sposób zmienia to cenę 5 z 6 budynków objętych postępowaniem przetargowym
w zakresie instalacji fotowoltaicznej, w szczególności, jeśli chodzi o wynagrodzenie pracowników. Montaż konstrukcji klejonych jest 3 razy dłuższy niż konstrukcji kręconych lub obciążanych balastem, sam koszt konstrukcji klejonych (i dodatkowych materiałów do zamocowania jej - takich jak lepiki, czyściki, gaz do zgrzewarek oraz dodatkowe kawałki papyłaty) jest znacząco większy.
Odwołujący przykładowo wskazał, że koszt systemu mocowań inwazyjnych (wkręcone) wraz z materiałami dodatkowymi takimi jak: kołki montażowe, uszczelniacze dekarskie na instalację 40 kwp ~10000,00 zł netto, jednak koszt systemu mocowań bezinwazyjnych-zgrzewanych wraz z materiałami dodatkowymi takimi jak: lepiki, gaz- paliwo do zgrzewarek, dodatkowe arkusze papy, to około 15000,00 zł netto. Spodziewany czas montażu konstrukcji wkręcanej dla ekipy instalacyjnej 4 osobowej- 15 godzin, jednak dla systemu zgrzewanego wykonanego zgodnie ze sztuką = 45 godzin.
Wykonawca zmieniając typ konstrukcji pod panele fotowoltaiczne oraz sposób ich mocowania, znacząco zaniżył wyliczenia kosztów wykonania przedmiotu zamówienia.
Dlatego mógł zaproponować najniższą cenę.
Dlatego Odwołujący stwierdził, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - ze względu na zastosowane rozwiązanie techniczne w zakresie mocowania paneli fotowoltaicznych sprzeczne z warunkami przedmiotu zamówienia określonymi
w Programie Funkcjonalno - Użytkowym tj. załączniku nr 11 do SWZ.
- w załączniku nr 11 punkt 2.2.5. w zakresie budowy instalacji fotowoltaicznej na dachach budynków przewiduje, zastosowania do instalacji kabli elektrycznych o określonej mocy znamionowej:
„Warunki okablowania strony stałoprądowej. (…) Przekrój kabli stałoprądowych powinien być dobrany według projektu z założeniem minimalizacji strat."
Następnie w tabeli podane są wartości minimalne: „Napięcie znamionowe = Min. 1500V DC"
Wykonawca w wyjaśnieniach w ramach procedury Rażąco Niskiej Ceny, w kosztorysie ofertowym przyjął przewody stałoprądowe o wartości znamionowej o 1/3 niższej niż wymagana, tj. - 1000V DC.
Wykonawca zmieniając parametry kabli na kable o niższej mocy znamionowej zaniżył wyliczenia kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Dlatego również z tego powodu mógł zaproponować najniższą cenę.
W tym zakresie Odwołujący stwierdził, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - ze względu na zastosowane rozwiązanie sprzeczne z warunkami przedmiotu zamówienia określonymi w Programie Funkcjonalno- Użytkowym tj. załączniku nr 11 do SWZ.
Zamawiający zaniechał dokonania prawidłowej oceny oferty Wykonawcy, którego wybrał
w zakresie oceny złożonych przez niego wyjaśnień w ramach badania rażąco niskiej ceny.
Odwołujący przywołał adekwatne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - wyrok KIO 625/22 z 28.03.2022 r.: Wyjaśnienia zmieniające jasno wyrażoną treść oferty nie mają szansy się ostać także wobec wymogów art. 224 ust. 6 p. z. p., z których jasno wynika, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami mają uzasadnić podaną w ofercie cenę, nie zaś ją zmieniać
i wprowadzać niepewność co do rzeczywistego sposobu jej obliczenia.
Odwołujący wskazał, iż na etapie postępowania Zamawiający dnia 9 lipca 2024 roku udzielił wyjaśnień co do poszyć dachowych dla 2 z 5 budynków objętych postępowaniem w zakresie ewentualnej możliwości zastosowania innego mocowania paneli na wskazanych w zapytaniu
dwóch budynkach. Niewątpliwie błędne jest założenie zarówno oferenta jak i Zamawiającego

o możliwości zastosowania innego mocowania do pozostałych budynków nieobjętych zapytaniem. W efekcie doprowadziło to do akceptacji przez Zamawiającego zastosowania mocowań niezgodnych z przedmiotem zamówienia do wszystkich 5 poszyć dachowych co znacząco wpłynęło na cenę przedstawioną w ofercie uznanej za najkorzystniejszą.
W tym zakresie Odwołujący wskazał, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - ze względu na zastosowane rozwiązanie sprzeczne z warunkami przedmiotu zamówienia określonymi w Programie Funkcjonalno- Użytkowym tj. załączniku nr 11 do SWZ. Zamawiający błędnie zweryfikował oferty w procedurze Rażąco Niskiej Ceny. Procedura ta została przeprowadzona z naruszeniem przepisów prawa. Zamawiający nie odrzucił oferty niezgodnej z warunkami przedmiotu zamówienia określonymi w załączniku nr 11.
Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wniesione przez Odwołującego zastrzeżenia do wyboru oferty złożone za pomocą portalu e-zamówienia dnia 29.07.2024 roku Zamawiający stwierdził, że będzie weryfikował zgodność użytych materiałów i sposobu realizacji przedmiotu zamówienia w trakcie jego realizacji co stanowi naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie wyboru oferty nie spełniającej warunków określonych
w SWZ na etapie postępowania przetargowego i wyboru oferty niezgodnej z wytycznymi zamawiającego.
Wskazane powyżej, zasadnicze elementy dla realizacji przedmiotu zamówienia instalacji fotowoltaicznej – a więc sposób montażu instalacji do dachów oraz zastosowanie kabli
o wymaganej mocy znamionowej – które to elementy zostały określone przez Wykonawcę D.K. P.H.U. KOMPEL w sposób niezgodny z warunkami zamówienia uzasadniają
konieczność odrzucenia tej oferty, czego zaniechał Zamawiający.
W odpowiedzi na odwołanie – piśmie z 14 sierpnia 2024 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów niniejszego postępowania, w tym zastępstwa procesowego według norm przepisanych.
W uzasadnieniu pisma Zamawiający wskazał, że Odwołujący FloSun Sp. z o.o. w Białogardzie złożyła odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy D.K. P.H.U. Kompel w Białogardzie.
W odwołaniu zarzucono naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że oferta, którą wybrał Zamawiający jako najkorzystniejszą zawiera rażąco niską cenę oraz jest niezgodna z warunkami zamówienia.
Odnosząc się do zarzutów Odwołującego Zamawiający stwierdził, że są one bezpodstawne.
Odnośnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 polegające na wybraniu oferty, która jest niezgodna z warunkami zamówienia, Zamawiający wskazał, że takie naruszenie nie miało miejsca, bowiem w ocenie Zamawiającego oferta firmy D.K. P.H.U. Kompel jest zgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący niezgodność wybranej oferty z warunkami zamówienia wywiódł, jak wskazał w odwołaniu, z treści wyjaśnień złożonych przez D.K. P.H.U. Kompel dotyczących rażąco niskiej ceny. Odwołujący twierdził, że firma D.K. P.H.U. Kompel przyjął mocowanie paneli do dachów konstrukcją kręconą (wkręcaną), mimo, iż Zamawiający wymagał zastosowania mocowania konstrukcją klejoną. Jednocześnie nie wskazał, z jakiego dokładnie stwierdzenia zawartego w treści tych wyjaśnień wyciągnął wniosek, że D.K. P.H.U. Kompel zmienił typ konstrukcji pod panele fotowoltaiczne oraz sposób ich mocowania. Dodatkowo podniósł, że D.K. P.H.U.
Kompel zaoferował przewody stałoprądowe o wartości znamionowej niższej niż wymagana tj.
1000V DC.
Zamawiający podkreślił, iż w części opisowej programu funkcjonalno-użytkowego (dalej: PFU) w pkt 1.1 wskazano: Niniejszy program funkcjonalno-użytkowy w sposób ogólny opisuje wymagania i oczekiwania Zamawiającego stawiane inwestycji pn.: Poprawa efektywności energetycznej w jednostkach organizacyjnych Miasta Białogard – budowa instalacji fotowoltaicznych na budynkach jednostek organizacyjnych Miasta Białogard. Przedmiotem prac jest zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych – roboty instalacyjne – uruchomienie i przeprowadzenie procedury włączenia do sieci OSD instalacji PV na terenie jednostek organizacyjnych Miasta Białogard. Panele należy zamontować na dachach budynków w sposób bezinwazyjny nie powodujący pogorszenia szczelności dachu."
Zgodnie z: pkt 2.1 PFU: „Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z zatwierdzonym projektem i polskimi normami oraz aktualnym stanem wiedzy technicznej, pkt. 2.2 PFU Wymagania Zamawiającego w zakresie urządzeń i komponentów: „Każdy materiał przed dostarczeniem na plac budowy powinien być zaakceptowany przez Zamawiającego na podstawie karty materiałowej z dołączonymi kartami katalogowymi, stosownymi certyfikatami, aprobatami technicznymi czy deklaracjami zgodności".
pkt. 2.2.4 Wymagania w zakresie konstrukcji wsporczej: „Dachy płaskie, pokryte papą. Stosuje się konstrukcję klejoną".
Pkt 2.5 Odbiory robót
„II. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zatwierdzenia projektu technicznego oraz przyjętych w nim rozwiązań technicznych."

Pkt 2.6 Wymagania w stosunku do wykonawców
„Przed wbudowaniem każdego urządzenia Wykonawca robót budowlanych jest zobowiązany złożyć wniosek materiałowy na dane urządzenia i uzyskać jego akceptację przez Zamawiającego."
Dodatkowo zgodnie z:
§ 1 ust. 4 umowy „Przedmiot umowy obejmuje zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych (dostawa, roboty budowlane i instalacja) oraz uruchomienie i przeprowadzenie procedury włączenia do sieci instalacji fotowoltaicznych na obiektach wymienionych w ust.
3 pkt 1-5, zgodnie z wymaganiami programu funkcjonalno-użytkowego oraz SWZ."
§ 3 ust. 1 pkt 1 i 3 umowy „Obowiązki Wykonawcy obejmują w szczególności:
1) opracowanie dokumentacji projektowej na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU) stanowiącego załącznik do SWZ, wraz z uzyskaniem wszelkich decyzji administracyjnych, uzgodnień i opinii niezbędnych dla prawidłowego rozpoczęcia, realizacji
i zakończenia przedsięwzięcia wraz z przyjęciem do użytkowania, w tym poniesienie kosztów ich uzyskania i wypełnienie zawartych w nich wymagań (o ile jest to niezbędne dla celu, któremu przedmiot umowy ma służyć), w tym wykonanie ekspertyzy/oceny stanu technicznego dachów obiektów (wymienionych w § 1 ust. 3 pkt 1-4), na których mają zostać umieszczone projektowe instalacje oraz możliwości posadowienia instalacji na gruncie przy obiekcie wymienionym w § 1 ust. 3 pkt 5,
2) wykonanie dostaw i robót budowlanych oraz montażowych wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą w oparciu o dokumentację projektową wykonana przez Wykonawcę robót (…)."
§ 4 ust. 2, 4, 5, 6 i 7 umowy:
„2. Zamawiający zobowiązany jest do wniesienia uwag do każdorazowo przedstawionej koncepcji bądź rozwiązań projektowych w ciągu 7 dni od ich otrzymania.
4. Wykonawca zobowiązany jest do systematycznego konsultowania rozwiązań koncepcyjnych, projektowych z Zamawiającym oraz zorganizowania Rad Technicznych
z udziałem Zamawiającego w ilości wynikającej z potrzeb i specyfiki zamówienia, jak i na żądanie Zamawiającego w ilości co najmniej raz w miesiącu.
5. Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia w realizacji przedmiotu umowy zaleceń
i ustaleń podjętych w trakcie narady bądź zgłoszonych w innej formie w terminie 5 dni od otrzymania.
6. Na każdym etapie wykonywania umowy przy przedstawianiu jakichkolwiek rozwiązań projektowych Zamawiającemu, Wykonawca zobowiązany jest do:
1) przedstawienia Zamawiającemu uszczegółowionych rozwiązań projektowych do akceptacji
(w formie pisemnej lub innej określonej przez Zamawiającego),
2) uwzględnienia wszelkich uwag i sugestii Zamawiającego co do proponowanych rozwiązań projektowych i wprowadzenia tych uwag i sugestii do proponowanych rozwiązań projektowych.
7. Wykonawca dołączy do dokumentacji oświadczenie, że jest ona wykonana zgodnie
z umową, obowiązującymi przepisami techniczno-budowlanymi, normami i wytycznymi oraz, że została wykonana w stanie kompletnym z punktu widzenia celu, któremu ma służyć."
Zamawiający wskazał, że w trakcie postępowania D.K. P.H.U. Kompel zwrócił się do Zamawiającego z pytaniami czy Zamawiający wyrazi zgodę na zakotwienie konstrukcji dachu na dachach Centrum Kultury i Spotkań Europejskich oraz Szkoły Podstawowej nr 1.
W odpowiedzi na pytania Zamawiający wskazał, że wymaga aby sposób mocowania instalacji
na konstrukcji dachów był zgodny z obowiązującymi w tym zakresie przepisami oraz normami;
w zakresie obowiązków Wykonawcy jest przeprowadzenie oceny technicznej dachów oraz wykonanie niezbędnych obliczeń dla prawidłowego montażu. Jednocześnie wskazał, że preferuje rozwiązania i systemy nieingerujące w ciągłość pokryć dachowych, a w przypadku zastosowania innych należy wykonać wszelkie prace zapewniające szczelność prawidłowe odprowadzanie wód opadowych. Dodatkowo D.K. P.H.U. Kompel wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, udzielił wyjaśnień (w aktach sprawy), które w ocenie Zamawiającego uzasadniały zaproponowaną cenę w ofercie.
Do wyjaśnień załączył kosztorys, a w treści wyjaśnień wskazał, że „kosztorys jest potwierdzeniem, że zastosowana w ofercie stawka robocizny jest znacząco wyższa niż opublikowana w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. 2023 poz. 1893) i to nie wliczając narzutów oraz, że wartości procentowe kosztów pośrednich i zysku są wyższe od wartości średnich wg informatora Sekocenbud w 2 kw. 2024 r. Dodał, że powyższe okoliczności potwierdzają, że zaoferowana
cena jest rynkowa i gwarantuje wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami PFU.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający stwierdzał, że zarzut Odwołującego jest bezzasadny. Zamawiający wskazał, że treść wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny nie może stanowić podstawy do uznania, że oferta D.K. P.H.U. Kompel jest niezgodna z warunkami zamówienia. W swoich wyjaśnieniach bowiem D.K. P.H.U. Kompel nie wskazał jakie rozwiązanie projektowe przyjął w zakresie mocowania konstrukcji paneli do dachów. Nie dołączył projektu, rysunków, szczegółowych specyfikacji wszystkich urządzeń i materiałów. Zamawiający nie oczekiwał tego od wykonawcy i nie to było celem wyjaśnień.
Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i takie wyjaśnienia otrzymał. Kosztorys dołączony do wyjaśnień jest w ocenie Zamawiającego wewnętrznym dokumentem Wykonawcy i nie stanowi, jak przyjmuje Odwołujący, o dokładnym opisie
i specyfikacji wykonywanego przedmiotu umowy. Jest dokumentem wstępnym, roboczym, na podstawie którego Przystępujący wycenił swoją ofertę.
Zamawiający z doświadczenia wie, że oznaczenie jakiegoś materiału czy asortymentu
w kosztorysie nie musi wskazywać dokładnych parametrów danego materiału. Oznaczenia materiałów czy nazwy pozycji w kosztorysach są hasłowe i skrótowe. Dopiero projekt pokaże, jakie konkretne materiały i urządzenia oraz rozwiązania zaproponował wykonawca do wykonania przedmiotu umowy.
Zamawiający wskazał, że podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający w chwili oceny ofert nie dysponował projektem, według którego wykonawca będzie wykonywał instalację objętą przedmiotem zamówienia. Przedmiotowe zamówienie realizowane jest w formule „zaprojektuj i wybuduj". Zamawiający nie przedstawił wykonawcom dokumentacji projektowej. Wykonanie projektu instalacji jest zadaniem Wykonawcy, częścią zobowiązania umownego i dopiero po jej wykonaniu (oraz w trakcie jej wykonywania, bo sobie takie prawo Zamawiający zapewnił) Zamawiający będzie mógł ocenić jej zgodność z wymaganiami PFU i warunkami zamówienia. Zamawiający wskazuje, że D.K. P.H.U Kompel w wyjaśnieniach podkreślił, że wykona zamówienie zgodnie z PFU. Poza tym Wykonawca zobowiązany jest zgodnie
z postanowieniami umowy konsultować z Zamawiającym każde przyjęte rozwiązanie projektowe. Przedmiot zamówienia musi być wykonany zgodnie z przepisami i normami, co będzie podlegało kontroli Zamawiającego na etapie wykonywania umowy, w tym przygotowywania szczegółowej dokumentacji.
Podobne stanowisko potwierdza szereg wyroków KIO, w tym wyrok z 13 lutego 2024 r. KIO 199/24, w myśl którego „zdaniem Izby nie można zgodzić się z Zamawiającym, że Wykonawca
przyjął w ofercie niedopuszczone przez Zamawiającego rozwiązanie projektowe, ponieważ ostateczny i pełny projekt składający się nie tylko z Tabeli i rysunku, ale również szczegółowego opisu rozwiązania nie został Zamawiającemu przedstawiony i stanowi przedmiot przyszłego świadczenia Wykonawcy, każdorazowo podlegający akceptacji przez Zamawiającego(…) Jak już zostało podniesione, aby możliwe było odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi być pewna i oczywista, tym samym nie może to być niezgodność wyinterpretowana
z treści niestanowiących pełnych danych o planowanym rozwiązaniu projektowym. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że w przypadku postępowania w formule "zaprojektuj
i wybuduj" wykonawca przyjmuje do ofertowania wstępne założenia w takim stopniu szczegółowości, który pozwala na prawidłową wycenę oferty kalkulując na odpowiednim poziomie ryzyko i mając na względzie ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Zważywszy, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wymagał przedstawienia żadnych założeń projektowych czy koncepcji wraz z ofertą to stopień szczegółowości tych wstępnych założeń zależy od Wykonawcy i niekoniecznie musi odpowiadać wyobrażeniom Zamawiającego, które elementy są istotne i powinny zostać opracowane już na etapie składania ofert."
Zamawiający wskazał, że oferta wykonawcy zawierała się na formularzu przygotowanym przez Zamawiającego. W związku z tym, że zamówienie będzie realizowane w formule zaprojektuj i wybuduj oraz za wynagrodzeniem ryczałtowym treść oferty jest prosta i zawiera
w szczególności cenę ofertową. Dodać należy, że w ocenie Zamawiającego nie stanowi oferty
w zakresie proponowanych przez Wykonawcę rozwiązań projektowych treść wyjaśnień złożonych przez wykonawców w zakresie rażąco niskiej ceny. Dlatego też Zamawiający badając wyjaśnienia D.K. P.H.U. Kompel ograniczył się do oceny, czy cena
jest rynkowa, czy nie została rażąco zaniżona i czy wyjaśnienia wystarczająco uzasadniają podaną w ofercie cenę. Zamawiający podzielił stanowisko zawarte w wyroku KIO 11/24
z 5 lutego 2024 r., iż „wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny co do zasady nie kształtują treści oferty, lecz służą wykazaniu realności zaoferowanej ceny. Odwołujący 1 nie był wzywany do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i nie składał w toku postępowania o udzielenie zamówienia jakichkolwiek dalszych deklaracji co do treści oferty."
W wyroku z dnia 17 października 2022 r. o sygn. akt KIO 2587/22 Izba wskazała "Program funkcjonalno-użytkowy jest

jedynie wstępem do opracowania samego projektu budowlanego, który w sposób ostateczny określa wszystkie parametry techniczne obiektu budowlanego i za
którego prawidłowe sporządzenie odpowiada wykonawca. Z uwagi na ogólny charakter programu funkcjonalno-użytkowego, w praktyce przy sporządzaniu samego projektu często powstaje potrzeba zmiany, doprecyzowania parametrów i rozwiązań uprzednio przyjętych
w programie funkcjonalno-użytkowym". W związku z tym, w przypadku udzielenia zamówienia w formule "zaprojektuj i wybuduj" dopiero wybrany wykonawca w sporządzonej dokumentacji
projektowej zobowiązany będzie do określenia szczegółowych rozwiązań dotyczących realizacji zamówienia."
Utrwalone jest w orzecznictwie KIO stanowisko, według którego Zamawiający może odrzucić
ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 tylko w przypadku pewnej, jednoznacznej niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, nie budzącej wątpliwości. W odniesieniu do oferty przystępującego Zamawiający takich przesłanek nie znalazł.
Zamawiający wskazał również, że biorąc pod uwagę PFU oraz treść odpowiedzi udzielonej na pytanie w sprawie możliwości zastosowania konstrukcji kotwionej na pokryciach dachów, Zamawiający nie wykluczył zastosowania takiej konstrukcji na wszystkich dachach. W świetle treści odpowiedzi, która zmieniła w tym zakresie PFU, należy przyjąć, że zamawiający preferuje rozwiązania i systemy nieingerujące w ciągłość pokryć dachowych i dopuszcza zastosowanie innych, jednak należy przy tym wykonać wszelkie prace zapewniające szczelność i prawidłowe odprowadzenie wód opadowych.
Wszelkie rozwiązania projektowe, jak wskazano wyżej, będą podlegały ocenie
i zaakceptowaniu przez Zamawiającego.
W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, Zamawiający stwierdził, że dokonał oceny wyjaśnień
D.K. P.H.U. Kompel i uznał je za uzasadnione i wystarczające do przyjęcia,
że wykonanie przedmiotu umowy za cenę ofertową jest możliwe. Zdaniem Zamawiającego, wyjaśnienia złożone przez Przystępującego przedstawiały sposób kalkulacji ceny, który potwierdził jej realność. Wskazano w nich co wpływa na niższą cenę, m.in.: możliwość zakupu
modułów fotowoltaicznych w ilości kontenerowej, spadek cen modułów od stycznia 2024 r.
o 30%, lokalizacja inwestycji blisko siedziby wykonawcy oraz ceny promocyjne podzespołów
zastosowanych do wyliczenia ceny.
Zamawiający nie podzielił twierdzeń Odwołującego wskazujących, że oferta firmy D.K. P.H.U Kompel zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia ze
względu na zastosowane rozwiązania sprzeczne z warunkami przedmiotu zamówienia określonymi w PFU i wskazał, że nie może przyjąć tego stanowisko mając na uwadze swoje rozważania ujęte w zakresie zarzutu niezgodności oferty wybranej jako najkorzystniejszej
z warunkami zamówienia, ponieważ nie zna szczegółowych rozwiązań projektowych zastosowanych przez wykonawców na etapie wykonywania zamówienia.
Zamawiający wskazał, że najistotniejszą kwestią w zakresie przedmiotowego zarzutu jest fakt, że Zamawiający przewidział za wykonanie zamówienia wynagrodzenie ryczałtowe. Wynagrodzenie to jest stałe, niezmienne i nie mają w nim znaczenia ceny jednostkowe. Wykonawcy szacują takie wynagrodzenie w sposób dosyć swobodny, mając jedynie na uwadze warunki zamówienia. Ryzyko kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego ponosi Wykonawca. Dla Zamawiającego najważniejsza jest cena całkowita i zbadanie, czy za tą cenę można wykonać zamówienie. Mniej istotne są ceny jednostkowe. Właściwie przy tak określonym rodzaju wynagrodzenia Zamawiający nie zna szczegółowej kalkulacji wykonawców, bowiem podają oni jedynie cenę całkowitą i nie dołączają kosztorysu szczegółowego.
Zamawiający podzielił stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 22 grudnia 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 90/21: „Na marginesie należy podkreślić jeszcze jedną rzecz, a mianowicie to, że wynagrodzenie przewidziane w ramach niniejszego zamówienia ma charakter ryczałtowy, a zatem stały. Z tych względów nie było konieczności badania jego poszczególnych elementów w kontekście rażąco niskiej ceny. Przy cenie ryczałtowej nie jest bowiem ważna struktura wewnętrzna ceny, tj. ceny jednostkowe (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy) (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 24 czerwca 2019 r., II Ca 928/19). Załączone do oferty kosztorysy, formularze cenowe mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy pozycjami kosztorysu/formularza cenowego. Niemniej, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia (wyrok KIO z dnia 24 listopada 2017 r., KIO 2361/17). Innymi słowy wynagrodzenie ryczałtowe jest płatne za całość przedmiotu zamówienia, choć rozkłada się na poszczególne jego elementy. Przy tak kalkulowanym wynagrodzeniu fakt, iż wykonawca jeden z elementów swojej oferty wycenił niżej niż realne koszty jego wytworzenia czy

świadczenia nie ma w tym kontekście żadnego znaczenia. Wykonawca nie sprzedaje tu bowiem oddzielnie poszczególnych dostaw, usług i robót składających się na dane zamówienie. Przeciwnie, oferuje kompleksowe wykonanie złożonej inwestycji za cenę ryczałtową. W związku z charakterem wynagrodzenia ryczałtowego, cena umowna jest ceną przyjętą z góry za całość przedmiotu zamówienia, a nie ceną wypadkową za jego poszczególne, w rzeczywistości wykonane części.
Zamawiający podkreślił także, na ewentualność gdyby Izba miała odmienne od Zamawiającego stanowisko w sprawie wynagrodzenia ryczałtowego, że Odwołujący kwestionował nie cenę całkowitą, a jedynie jej części składowe. W ocenie Zamawiającego nie są to jednak części składowe, które mają charakter istotny, bowiem stanowią niewielki koszt w całkowitej cenie za zamówienie. Zamawiający dodatkowo wskazał, że w przypadku części składowych ceny aby można było odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 musimy mieć do czynienia z rażąco niską ceną części składowych, które mają istotny charakter. Izba w wyroku KIO 129/24 z dnia 7 lutego 2024 r. wyjaśniła, że „podstawą do odrzucenia oferty może być rażąco niska cena tylko takich części składowych, które mają charakter istotny, co wynika z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że przedmiotem
wyjaśnień, które podlegają ocenie pod kątem przesłanek odrzucenia oferty może być cena lub
koszt lub ich istotne części składowe. Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których - ze względu na ich merytoryczne znaczenie - zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem
wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.”
Zamawiający podkreślił, że wnikliwie zbadał ofertę wybraną jako najkorzystniejszą i uznał, że jest ona zgodna z warunkami zamówienia. Oferta zawierała wszystkie elementy niezbędne
i wymagane przez Zamawiającego w SWZ. Ponadto oferta wybrana, w ocenie Zamawiającego
nie zawierała rażąco niskiej ceny.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła:

Izba stwierdziła, że nie wystąpiła żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania.
Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody
w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.
Do postępowania odwoławczego, w terminie przewidzianym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp,
po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca D.K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.K. P.H.U. Kompel, dalej: „*Przystępujący*”.
Przystępujący w piśmie z 2 sierpnia 2024 r. – Przystąpieniu do postępowania odwoławczego wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz wskazał, że w programie funkcjonalno-użytkowym udostępnionym przez zamawiającego w p. 1.1 „Opis przedmiotu zamówienia” jest zapis: „Wykonanie przedmiotu zamówienia obejmuje w szczególności: zaprojektowanie
i uzgodnienie instalacji fotowoltaicznej wraz ze wszystkimi niezbędnymi składnikami
i włączeniem do instalacji elektrycznej”, zatem wynika z powyższego, że należy wykonać instalację fotowoltaiczną, ale wcześniej ją zaprojektować. Wiąże się to z wykonaniem odpowiednich obliczeń i sprawdzeń, co wykonają projektanci posiadający odpowiednie uprawnienia budowlane. Dopiero oni zaprojektują końcowy kształt instalacji, którą należy wybudować.
Dowód: - załącznik nr 11 do SWZ – część 2 – PROGRAM FUNKCJONALNO – UŻYTKOWY
(pkt 1.1, str. 3) – załącznik nr 1
Odwołujący myli się, twierdząc, że Przystępujący planował montaż instalacji „konstrukcją kręconą (wkręcaną).” Planowany montaż przez Przystępującego to konstrukcja klejona oraz konstrukcja balastowo-klejona. Jest to konstrukcja firmy BK Solar z systemem montażu klejonego CWL.
Dowód: - Karta Katalogowa System IROC® S3 AERO / Balastowy / Zgrzewany Bezinwazyjny
montaż IROC®S3 do dachów płaskich – załącznik nr 2
- Karta Katalogowa System IROC® DP AERO / Zgrzewany Bezinwazyjny system montażowy IROC® DP do dachó płaskich i skośnych – załącznik nr 3
Przystępujący wskazał, że na etapie postępowania Przystępujący zadał pytanie Zamawiającemu, czy wyraża zgodę na

zakotwienie konstrukcji do dwóch dachów?
W odpowiedzi Zamawiający odpowiedział, że preferuje rozwiązania i systemy nieingerujące
w ciągłość pokryć dachowych. Użyte i zastosowane materiały są więc zgodne ze specyfikacją.
Dowód: Wyjaśnienie treści SWZ (pismo IZP.271.1.7.2024) – załącznik nr 4
Przystępujący dodał, że kosztorys, na który się powołuje Odwołujący, jest kosztorysem wstępnym, w którym nie pokazano wszystkich elementów, jakie zostaną użyte podczas wykonywania zadania, bo nie takie było jego przeznaczenie. Nie widać też, że jest to konstrukcja „KOTWIONA". Dopiero w kalkulacji szczegółowej (która nie była udostępniona Zamawiającemu) można stwierdzić, że oferta jest wyliczona zgodnie ze specyfikacją. Jednak na etapie sporządzania oferty nie było przez Zamawiającego wymagane przedstawienie kosztorysów szczegółowych i konkretnych materiałów, które zostaną użyte. Jest to jedynie dowód, że przy obliczaniu ceny, Przystępujący zastosował stawkę robocizny wyższą, niż opublikowana w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz.U. 2023 poz. 1893) bez wliczania narzutów. Kosztorys ten miał udowodnić również, że użyte przez Przystępującego wartości procentowe kosztów pośrednich i zysku są wyższe od wartości średnich wg informatora Sekocenbud 2 kw. 2024 r.
Dowód: kosztorys ofertowy wstępny, sporządzony, w odpowiedzi na wezwanie IZP.271.1.7.2024 – załącznik nr 5
Przystępujący podkreślił, że kosztorys złożony w odpowiedzi na wezwanie dotyczące wyjaśnienia niskiej ceny nie obejmował całości robót budowlanych, bo nie w takim celu był przygotowany i udostępniony Zamawiającemu. Właściwy kosztorys inwestorski, zawierający zestawienie wszystkich materiałów, urządzeń i konstrukcji potrzebnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia, zostanie sporządzony zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20.12.2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. 2021, poz. 2458), czyli dopiero po wykonaniu dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (§ par. 3 ust. 1 pkt 1 ww. Rozporządzenia). Fakt ten wyraźnie wynika z § 3 ust. 4 pkt 2 i 3 Projektu umowy.
Dowód: Załącznik do SWZ – projekt umowy (§ 3 ust. 4 pkt 2 i 3, str. 3) – załącznik nr 6
W odniesieniu do zarzutu Odwołującego zastosowania nieodpowiednich przewodów, Przystępujący wskazał, że w opisie w kosztorysie nie widać jaki faktycznie kabel został przez Przystępującego przyjęty do oferty (nie ma w nim zestawienia RMS). Kable, które Przystępujący wykorzystuje do wykonywania instalacji fotowoltaicznych, to
kable SOLARFLEX-X H1Z2X2-X producenta Helukabel, spełniające parametry specyfikacji.
Dowód: Karta katalogowa uwzględnionego w ofercie kabla SOLARFLEX-X H1Z2X2-X producenta Helukabel – załączni nr 7
Przystępujący podkreślił, że przedmiotem postępowania jest zaprojektowanie i wykonanie instalacji, konstrukcja i okablowanie, nie stanowiły, wbrew stanowisku Odwołującego, podstawy przyjętej przez Przystępującego ceny rynkowej.
Dowód: Odpowiedź na wezwanie IZP.271.1.7.2024 – załącznik nr 8

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie
z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja 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
w związku z wniesionym odwołaniem.
Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej oraz załączone do pisma - przystąpienia wykonawcy D.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.K. P.H.U. Kompel.
Stan faktyczny ustalony przez Izbę
Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Część 2: Budowa instalacji fotowoltaicznych na budynkach jednostek organizacyjnych Miasta Białogard".
Zgodnie z postanowieniami Programu funkcjonalno-użytkowego – pkt. 1.1., przedmiotem prac jest zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych – roboty instalacyjne – uruchomienie
i przeprowadzenie procedury włączenia do sieci OSD instalacji PV na terenie jednostek organizacyjnych Miasta Białogard. Panele należy zamontować na dachach budynków
w sposób bezinwazyjny nie powodujący pogorszenia szczelności dachu."
Zgodnie z pkt 2.1 PFU, wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z zatwierdzonym projektem i polskimi normami oraz aktualnym stanem wiedzy technicznej, natomiast stosowanie do pkt. 2.2 PFU

Wymagania Zamawiającego w zakresie urządzeń i komponentów, każdy materiał przed dostarczeniem na plac budowy powinien być zaakceptowany przez Zamawiającego na podstawie karty materiałowej z dołączonymi kartami katalogowymi, stosownymi certyfikatami, aprobatami technicznymi czy deklaracjami zgodności.
Pkt. 2.2.4 Wymagania w zakresie konstrukcji wsporczej stanowił: „Dachy płaskie, pokryte papą. Stosuje się konstrukcję klejoną".
Pkt 2.5 Odbiory robót: „II. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zatwierdzenia projektu technicznego oraz przyjętych w nim rozwiązań technicznych."
Pkt 2.6 Wymagania w stosunku do wykonawców: „Przed wbudowaniem każdego urządzenia Wykonawca robót budowlanych jest zobowiązany złożyć wniosek materiałowy na dane urządzenia i uzyskać jego akceptację przez Zamawiającego."
Zamawiający wezwał, na podstawie art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych, Przystępującego – pismo z 17 lipca 2024 r. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.
W odpowiedzi z 17 lipca 2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, załączając do nich kosztorys ofertowy, fakturę proforma na zakup modułów fotowoltaicznych, certyfikat ukończenia kursu Solaredge oraz dokument – promocja sprzedaży Solaredge.
26 lipca 2024 roku Zamawiający powiadomił o wyborze oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.
W dniu 31 lipca 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy D.K. P.H.U KOMPEL pomimo tego, że jest oferta została złożona i przyjęta z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz złożona i przyjęta
z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu.
Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.
Stosownie do art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, przez „warunki zamówienia" należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające
w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.
Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Izba stwierdziła, że Odwołujący niezgodności treści oferty Przystępującego upatrywał się
w złożonych przez Przystępującego wyjaśnieniach w związku podejrzeniem rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego oraz złożonym przez Przystępującego kosztorysie ofertowym.
Izba stwierdziła, że pomimo iż istnieje związek między treścią oferty a wyjaśnieniami dotyczącymi kalkulacji ceny ofertowej, to jednak, przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy
z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia oraz jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia zostały uregulowane w odrębnych przepisach, a inne rodzajowo przesłanki leżą u podstaw możliwości odrzucenia oferty na tych dwóch różnych podstawach.
Ponadto Izba wskazuje, że odrzucenie oferty wykonawcy, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jest możliwe wówczas, gdy niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, a Zamawiający może w sposób jednoznaczny stwierdzić, mając na uwadze treść złożonej oferty, że nie jest możliwa realizacja zamierzonego w postępowaniu celu.
Izba aprobuje stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z 20 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3283/2023: „aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi
i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna
z warunkami zamówienia. Punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy
z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno
i przejrzyście wyrażone oczekiwania Zamawiającego".
Zgodność treści oferty z warunkami zamówienia powinna wynikać ze wszystkich dokumentów składających się na merytoryczną treść oferty, rozumianą jako treść zobowiązania wykonawcy do przyszłego świadczenia.
Ponadto, podzielając stanowisko wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, Izba podkreśla, że wyjaśnienia

ceny oferty nie służą wykazaniu zgodności ofert z SWZ czy ogólnie rozumianymi warunkami zamówienia. W wyjaśnieniach, które służą potwierdzeniu prawidłowości i realności ceny, dopuszczalne jest np. posłużenie się pewnego rodzaju uproszczeniami w zakresie określenia poszczególnych elementów ofert.
Izba podkreśla, że Przystępujący był wzywany wyjaśnienia ceny oferty a niej jej treści.
Izba miała również na względzie fakt, iż w przypadku, gdy Odwołujący jest zdania, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza jest niezgodna z warunkami zamówienia, to ciąży na nim obowiązek udowodnienia tej okoliczności. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, strony
i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.
W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił dowodów na zasadniczą i nieusuwalną niezgodność treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia.
Izba powzięła wątpliwości, której to wątpliwości Odwołujący nie usunął poprzez wskazanie dowodów na poparcie swojego stanowiska, czy na podstawie zamieszczonego w kalkulacji cenowej, przygotowanej przez Przystępującego i załączonej do wyjaśnień ceny oferty dotyczącej sposobu montażu instalacji fotowoltaicznej i opisu przyjętego przez Przystępującego rozwiązania, który brzmiał w przypadku wszystkich 5 lokalizacji: „konstrukcje wsporcze przykręcane o masie do 15 kg – do 4 mocowań konstrukcja wporcza pod moduł PV", można bez żadnych wątpliwości przyjąć, że to rozwiązanie jest niezgodne z warunkiem Zamawiającego, który stanowi o konieczności zastosowania konstrukcji wsporczej klejonej. Izba zwraca uwagę, że z opisu przyjętego przez Przystępującego nie wynika, czy konstrukcja jest przykręcana bezpośrednio do pokrycia dachowego.
Jeśli chodzi o warunki dotyczące zastosowania do instalacji kabli elektrycznych o określonej mocy znamionowej, to w ocenie Izby odwołujący nie wykazał jednoznacznej niezgodności
w powyższym zakresie z warunkiem określonym przez Zamawiającego.
Przystępujący wskazywał w swoim piśmie, a następnie podczas rozprawy, że z dołączonego przez niego do wyjaśnień kosztorysu nie wynika wprost, jakich konkretnie kabli zamierza użyć, ponieważ nie ma w nim zestawienia RMS, wskazanie określonej nazwy kabla nie oznacza, że nie spełnia warunków odwołania. Odwołujący nie podejmując się odparcia powyższego stanowiska, wskazał, że odpowiednie oznaczenie kabla powinno znaleźć się już
w wyjaśnieniach ceny oferty oraz że kable wskazane w załączniku do pisma Przystępującego nie odpowiadają tym wymaganym.
Mając na uwadze powyższe okoliczności, zarzut odwołania w powyższym zakresie podlegał oddaleniu.
W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Izba miała na uwadze fakt, iż Odwołujący powyższy zarzut oparł na swoim stanowisku
o niezgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia wskazując, że przyjęcie przez Przystępującego rozwiązań niezgodnych z warunkami zamówienia pozwoliło mu na obniżenie cen w powyższym zakresie, a zatem cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska.
Izba nie zgadza się, ze stanowiskiem Odwołującego, który powołując się wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 marca 2022 r., sygn. akt KIO 625/22, wskazał, iż wyjaśnienia, które zmieniają jasno wyrażoną treść oferty nie mają szansy się ostać także wobec wymogów art. 226 ust. 6 p.z.p., z których jasno wynika, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami mają uzasadniać podaną w ofercie cenę, nie zaś ją zmieniać i wprowadzać niepewność co do rzeczywistego sposobu jej obliczenia.
Izba wskazuje, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie mogły zmienić treści oferty, ponieważ Zamawiający w chwili oceny ofert nie dysponował jeszcze projektem, tak by można stwierdzić w sposób jednoznaczny stwierdzić, że Przystępujący zaproponował rozwiązania niezgodne z warunki zamówienia.
Wobec faktu, iż w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie potwierdził się, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp podlegał oddaleniu.
Odwołujący nie wykazał, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.
Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi Odwołujący.
Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:……