Sygn. akt: KIO 1674/24

WYROK

Warszawa, dnia 3 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Paprocka
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2024 r. przez wykonawcę Marcina Jakubiec Centrum Biznesu w Mościenicy w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Drawsko-Pomorskie
przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego Wielobranżowe Przedsiębiorstwo 3D Sp. z o.o. w Bydgoszczy

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie dotyczącym zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 oraz art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje Zamawiającemu:
   1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
   1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie wykonawcy Wielobranżowe Przedsiębiorstwo 3D Sp. z o.o. w Bydgoszczy, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny lub kosztu, w szczególności w odniesieniu do oferowanego akumulatora oraz kosztów montażu przedmiotu zamówienia;
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i Zamawiającego w stosunku 6/8:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 1 131 zł 60 gr (słownie: jeden tysiąc sto trzydzieści jeden złotych sześćdziesiąt groszy) tytułem dojazdu Zamawiającego na rozprawę;
   3.2. zasądza od Zamawiającego, Gminy Drawsko-Pomorskie na rzecz Odwołującego, Marcina Jakubiec, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. Centrum Biznesu w Mościenicy kwotę 6 325 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy trzysta dwadzieścia pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego 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 1674/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Drawsko-Pomorskie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i montaż oświetlenia solarnego na terenie Gm. Drawsko Pom. w ramach projektu współfinansowanego ze środków WFOŚiGW w Szczecinie pn.: Budowa oświetlenia solarnego na terenie Gm. Drawsko Pom. Numer referencyjny IR.271.3.2024.PW. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 kwietnia 2024 r., pod nr: 2024/BZP 00268032/01. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych.
W dniu 13 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Marcina Jakubiec prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą C.B. w Mościenicy od czynności Zamawiającego polegających na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Wielobranżowe Przedsiębiorstwo „3D” Sp. z o.o. w Bydgoszczy, podczas gdy wykonawca ten zaproponował rażąco niską cenę, a także w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu, a także wykonawca ten, pomimo wezwania Zamawiającego z dnia 16 kwietnia 2024 r.

nie złożył przedmiotowych środków dowodowych, zaniechania odrzucenia oferty Wielobranżowe Przedsiębiorstwo „3D" Sp. z o.o. oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP") poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych przepisów PZP pozostających w związku z art. 16 pkt 1-3 PZP, tj.:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia, z uwagi na brak spełnienia przez wykonawcę warunków technicznych umożliwiających wykonanie zamówienia, z uwagi na zaoferowanie dostarczenia i montażu lamp niespełniających wymagań określonych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności w Rozdziale 6 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ") i Załącznika nr 8 do SWZ (wykonawca nie wykazał możliwości dostarczenia i montażu lamp w oparciu o komponenty zgodne z SWZ, w tym OPZ), co doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, która jest niezgodna z warunkami zamówienia;
2) art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP poprzez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy 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 ponad 21,97% niższa w stosunku do średniej arytmetycznej ceny wszystkich złożonych ofert oraz o 40% w stosunku do kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia, oraz możliwości dostarczenia i montażu lamp o komponentach zgodnych z SWZ, w tym OPZ (wykonawca nie posiada w swojej ofercie lamp spełniających warunki określone w dokumentacji postępowania), a wątpliwości te nie zostały wyjaśnione przez wykonawcę, zatem oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, z uwagi na brak rzetelności kalkulacji cen przedstawionych w ofercie, których wynik stanowi ceny wysoce zaniżone, co potwierdza złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na świadczeniu usług poniżej kosztów ich wytworzenia, a także ziszczenia się podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty spółki pod firmą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo „3D" Sp. z o.o. w Bydgoszczy jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
2) dokonania ponownego badania i oceny ofert, w ramach której Zamawiający:
   a. w odniesieniu do zarzutu 1 – odrzuci ofertę wykonawcy z powodu niezgodności z warunkami zamówienia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP i dokona ponownej oceny ofert bez uwzględniania oferty wykonawcy, gdyż wykonawca na wezwanie w trybie art. 107 ust. 2 PZP nie złożył przedmiotowych środków dowodowych a zatem jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP,
   b. w odniesieniu do zarzutu 2 – odrzuci ofertę wykonawcy z powodu zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 7 i 8 PZP i dokona ponownej oceny ofert bez uwzględniania oferty wykonawcy.

Jak uzasadnił w odwołaniu, spółka Wielobranżowe Przedsiębiorstwo 3D Sp. z o.o. jako jedyna nie przedłożyła ani na etapie składania oferty ani na etapie uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych karty technicznej oferowanych lamp. Co więcej, w stałej ofercie wykonawca ten nie posiada produktów, które spełniają wymagania SWZ i OPZ i nie jest też producentem żadnego z komponentów wymaganych przez Zamawiającego. Tym samym, wykonawca ten nie wykazał, że ma warunki techniczne do wykonania zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SWZ i OPZ. Odwołujący zauważył, że jak wynika ze strony internetowej wykonawcy Wielobranżowe Przedsiębiorstwo 3D Sp. z o.o., wykonawca w swojej ofercie nie posiada oprawy LED o strumieniu świetlnym min. 8000lm, o sprawności – min. 195lm/W, maksymalnej mocy opraw LED: min 41W. Skoro tak, to wykonawca ten powinien – zgodnie z Rozdziałem 15 pkt 8 SWZ – wraz z ofertą złożyć przedmiotowe środki dowodowe, z uwagi na konieczność zastosowania rozwiązań równoważnych, czego nie zrobił ani wraz z ofertą, ani na żądanie Zamawiającego z dnia 16 kwietnia 2024 r. Co więcej, w ocenie Odwołującego, oferowane przez Wielobranżowe Przedsiębiorstwo 3D Sp. z o.o. produkty nie spełniają kryteriów rozwiązań równoważnych. „Wykonawca jedynie w wyjaśnieniach przekopiował OPZ, nie przedstawiając żadnego realnego, występującego w jego ofercie produktu. (…) Zamawiający był zatem, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ZamPublU, zobligowany do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia." (str. 9 odwołania). Ponadto, jak wskazał Odwołujący, wykonawca ten zaoferował najniższą cenę ze wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Cena ta jest o 98.304 zł niższa od przeznaczonej kwoty na realizację zamówienia oraz o 39.891,36 zł niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert – czyli o 21,97%, a także niższa o 72.619,20 zł od ceny ofertowej Odwołującego. Wg odwołującego wykonawcy Marcina Jakubiec, średnia cen odzwierciedla obecne na rynku tendencje, skoro wpłynęło pięć

ofert. Zdaniem Odwołującego, brak jest możliwości, aby przedmiotowe zamówienie wykonać za cenę zaoferowaną przez Wielobranżowe Przedsiębiorstwo 3D Sp. z o.o., bowiem przedłożona na wezwanie Zamawiającego kalkulacja cenowa jest „oferowaniem za cenę co najmniej symboliczną, kilkukrotnie mniejszą od rynkowych cen dla tego rodzaju usług. Cena ta znacznie odbiega od stawek podanych przez pozostałych wykonawców, tym samym jest rażąco niska, przez co nie pozwalająca na należyte zrealizowanie zamówienia." (str. 11 odwołania). Mowa o podanym całkowitym koszcie dostawy i montażu jednej lampy (wraz z potrzebnymi materiałami) na kwotę 5.140,00 zł. Zdaniem Odwołującego, poszczególne ceny jednostkowe wskazane w kalkulacji cenowej Wielobranżowe Przedsiębiorstwo 3D Sp. z o.o. znacznie różniły się od cen pozostałych oferentów, zaś wykonawca ten nie tylko nie złożył wyczerpujących wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ale nie przedstawił też żadnych dowodów na poparcie prawdziwości i rzetelności przedstawionej kalkulacji. Uzasadnione wątpliwości co do rzetelności kalkulacji, zdaniem Odwołującego powinno przykładowo wzbudzić wskazanie kosztu montażu na kwotę 450 zł, z czego 130 zł to koszt wynagrodzenia jednego montażysty, gdzie potrzebnych jest co najmniej dwóch pracowników – co daje 260 zł z tytułu wynagrodzenia samych montażystów. „Pozostaje zatem kwota 190 zł, która miałaby rzekomo pokryć dojazd, zakwaterowanie oraz koszty koparki. (…) w sytuacji gdy odległość pomiędzy siedzibą Wykonawcy, a miejsce wykonania przedmiotu zamówienia to ok. 200km (zatem koszty dojazdu to kolejne kilkaset złotych), pozostają jeszcze koszty noclegu pracowników, a także koszty koparki. (…) W zakresie pozostałych elementów kalkulacji ceny największe wątpliwości budzą pozycje dotyczące: akumulatora oraz obudowy akumulatora, a także koszt piankowania. Wskazuje to na wprowadzenie Zamawiającego w błąd i wykorzystanie powszechnie dostępnych akumulatorów, które miałyby być zapiankowane w skrzyniach, które nie są integralnym elementem akumulatorów (Zamawiający wymagał akumulator w klasie ochronności IP68). Powszechnie stosowane skrzynki nie są wykonywane w technologii IP68." (str. 12 odwołania). Co więcej, zdaniem Odwołującego cena jednoznacznie wskazuje, że zaoferowano standardowy akumulator, a nie akumulator przystosowany do pracy w zanurzeniu, którego cena jest wyższa. Odwołujący dodał, że akumulatory 100Ah, montowane w skrzynkach (wskazuje na to kalkulacja cenowa) swoimi wymiarami nie pozwolą na umieszczenie w powszechnie stosowanych fundamentach prefabrykowanych. W efekcie, w ocenie Marcina Jakubiec, przyjęte przez zaskarżoną ofertę wartości dotyczą komponentów niezgodnych z wymaganiami określonymi w dokumentach postępowania. Skrzynki akumulatorowe, co do ofert których Odwołujący zamieścił w odwołaniu linki, obejmują średnie ceny ok 123,50 zł, zaś wykonawca w kalkulacji zaproponował cenę 55,00 zł. Kolejnym elementem, który zdaniem Odwołującego nie został uwzględniony przez Wielobranżowe Przedsiębiorstwo 3D Sp. z o.o., na co wskazuje również kalkulacja cenowa – to krzywe rozsyłu, których konieczność dołączenia jest warunkiem OPZ. W efekcie, zdaniem Odwołującego oferta Wielobranżowe Przedsiębiorstwo 3D Sp. z o.o. podlegała odrzuceniu, gdyż uwzględniając zaoferowaną cenę na przedmiot zamówienia – będzie ono wykonane poniżej kosztów jego wykonania w celu eliminacji innych przedsiębiorców, zatem oferta ta została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podniósł również, iż w dużej mierze specyfika usług świadczonych zarówno przez Odwołującego, jak też Wielobranżowe Przedsiębiorstwo 3D Sp. z o.o. polega na tym, że są one nabywane na rynku na podstawie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w trybie PZP, gdzie podstawowym kryterium decydującym o wyborze oferty jest cena. Działaniami sprzecznymi z dobrymi obyczajami w ocenie Odwołującego są: zastosowanie cen poniżej kosztów świadczenia usług, będącą ceną rażąco niską, oraz brak rzetelności kalkulacji cen przedstawionych w ofercie. Zagraża to i narusza interesy zarówno przedsiębiorcy – Oferującego, jak i klienta, którym jest Zamawiający.

Na rozprawie w dniu 29 maja 2024 r. Odwołujący zwrócił uwagę na wymogi SWZ dotyczące wodoszczelności akumulatora. Wskazał, że w swoich wyliczeniach zawartych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego powołał się na akumulator za 1 200 zł i skrzynkę do niego za 55 zł co wskazuje na technologię, inną niż wymagana – Przystępujący kupuje zwykły akumulator i wkłada go w skrzynkę hermetyczną. Zaznaczył, że wskutek tego sama klasa akumulatora nie ulega zmianie, nie jest on wodoszczelny. Wobec tego, producent akumulatora nie poniesie odpowiedzialności za to, że skrzynka została zalana, więc odpowiedzialność będzie ograniczona do producenta skrzynki. Zaoferowana przez Wielobranżowe Przedsiębiorstwo 3D Sp. z o.o. cena 1 200 zł za akumulator wskazuje na to, że jest to zwykły akumulator, który nie spełnia ww. wymogu Zamawiającego. Nie jest to tez produkt równoważny. Jeśli miałby być taki to jak zwrócił uwagę Odwołujący, wykonawca ten nie przedstawił wraz z ofertą, ani na wezwanie Zamawiającego, przedmiotowych środków dowodowych. Akumulator wymagany przez Zamawiającego to koszt między 5 000 a 7 000 zł. Przystępujący wykazał skrzynkę w kalkulacji, więc potwierdził, że chce ją zastosować a zastosowanie akumulatora IP68 miało taką skrzynkę wykluczyć. Zdaniem Odwołującego takie działanie Odwołującego to czyn nieuczciwej konkurencji

W odpowiedzi z dnia 28 maja 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów niniejszego postępowania według załączonego spisu kosztów. Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego, wskazując, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w wyznaczonym terminie wykonawca Wielobranżowe Przedsiębiorstwo 3D Sp. z o.o., złożył wyjaśnienia, w treści których przedstawił kalkulację cenową i oświadczył między innymi, że jest producentem ulicznych lamp oraz solarno-wiatrowych,

których rocznie sprzedaje/montuje około 800, w związku z tym zostały wypracowane wyjątkowo korzystne ceny zakupu poszczególnych półproduktów od producentów. Ponadto, wykonawca ten oświadczył Zamawiającemu, że wszyscy pracownicy zatrudnieni są w ramach umowy o pracę ze stawką wyższą niż minimalna krajowa, oraz nie przewiduje powierzenia części zamówienia podwykonawcy. Ponadto – jak wskazał Zamawiający – wykonawca w przedmiotowych wyjaśnieniach potwierdził, że jego oferta potwierdza parametry lamp określone przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 8 do SWZ). Gmina Drawsko-Pomorskie wyjaśniła też, że wykonawca Wielobranżowe Przedsiębiorstwo 3D Sp. z o.o. nie złożył wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, gdyż nie przewidywał zastosowania rozwiązań równoważnych – co potwierdził w odpowiedzi na wezwanie. Zamawiający podkreślił, że środki te były wymagane do złożenia wraz z ofertą tylko wówczas, jeżeli wykonawca przewiduje zastosowanie rozwiązań równoważnych. Zdaniem Gminy, przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie wyboru oferty jednoznacznie dowodzi, wbrew stanowisku Odwołującego, że nie zachodziły przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy: Wielobranżowe Przedsiębiorstwo 3D Sp. z o.o., „ponieważ wyjaśnił on w sposób dostateczny wątpliwości Zamawiającego, co do rażąco niskiej ceny tj. przedstawił kalkulację cenową na zaoferowane lampy, oświadczył, że jest producentem między innymi lamp solarnych (co jest zbieżne z zapisami w KRS Wykonawcy, w którym przeważającym przedmiotem działalności przedsiębiorstwa jest produkcja pozostałego sprzętu elektrycznego), a także Wykonawca potwierdził, że jego oferta spełnia wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia w SWZ i nie przewiduje zastosowania równoważnych rozwiązań." Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, Zamawiający wskazał, iż wykonawca Wielobranżowe Przedsiębiorstwo 3D Sp. z o.o. oświadczeniem potwierdził spełnienie wymagań, w tym co do akumulatora i jego wodoszczelności. Ponadto, zwrócił uwagę, że wg SWZ przedmiotowe środki dowodowe były wymagane tylko w przypadku zaoferowania rozwiązań równoważnych - takiego rozwiązania nie oferował zaś Przystępujący.

Do postępowania odwoławczego wpłynęło zgłoszenie przystąpienia przez Wielobranżowe Przedsiębiorstwo 3D sp. z o.o. w Bydgoszczy po stronie Zamawiającego. Na rozprawie dnia 29 maja 2024 r. podniósł, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie można zakładać, że montażysta otrzyma wynagrodzenie w kwocie 260 zł za montaż, bo koszty pracownicze inaczej się rozkładają. Nie należy też sugerować się strona internetową Przystępującego, bo jest tam przedstawionych tylko kilka lamp. Nie ma tam zaś cen - wyceny są wykonywane indywidualnie. Zwrócił też uwagę na wysoką jakość produktów oferowanych przez Przystępującego w celu zapobieżenia generowaniu kosztów serwisowych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych i terminowo został uiszczony wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Odwołanie nie podlega również odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała także, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący, w niniejszym postępowaniu złożył ofertę. Jak podniósł, objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. W postępowaniu wpłynęło 5 ofert: oferta Wielobranżowe Przedsiębiorstwo „3D" Sp. z o.o. z ceną 141.696,00 zł brutto; oferta El-przem & Form Light Sp. z o.o. z Łabiszyna z ceną 143.664,00 zł brutto; oferta ZEG Zakład Elektryczny Sp. z o.o. w Gryficach z ceną brutto 211.264,80 zł; oferta C.B. z ceną brutto 214.315,20 zł oraz oferta TIOMAN Group Sp. z o.o. w Łysomicach z ceną brutto 196.996,00 zł. W każdej z ofert zaoferowano 12 miesięcy jako okres przedłużenia gwarancji i rękojmi za wady na przedmiot umowy. Oferty: ZEG Zakład Elektryczny Sp. z o.o., El-przem & Form Light Sp. z o.o. oraz TIOMAN Group Sp. z o.o. zostały odrzucone. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji, co oznacza, że prawidłowe dokonanie oceny oferty spółki pod firmą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo „3D" Sp. z o.o. przez Zamawiającego powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy. Zaniechania Zamawiającego w tym zakresie uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia publicznego, przez co Odwołujący może ponieść szkodę majątkową równą korzyściom jakich spodziewał się uzyskać w wyniku realizacji zamówienia. Tym samym, spełnione są przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, wynikające z art. 505 PZP.

Do niniejszego postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego – skutecznie przystąpiło Wielobranżowe Przedsiębiorstwo „3D" Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako: „3D Sp. z o.o.").

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż 16 lamp solarnych z zewnętrzną oprawą LED na terenie Gminy Drawsko Pomorskie. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz miejsca montażu lamp określony został w załączniku nr 8 do SWZ, a także w projekcie umowy – załącznik nr 4 do SWZ.

Zgodnie z Rozdziałem 15 pkt 8 SWZ, Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych jeżeli wykonawca przewiduje zastosowanie rozwiązań równoważnych (w przypadku, o którym mowa w Rozdziale 6 ust. 3 SWZ) tj. dokumentów na potwierdzenie równoważności zastosowanych rozwiązań (jeżeli są konieczne do wykazania równoważności).

Wg zawartego w Rozdziale 20 pktu 2 SWZ, podane w ofercie ceny muszą uwzględniać wszystkie wymagania

zamawiającego określone w niniejszej specyfikacji oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytego oraz zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia. Wg zaś pktu 10 - z uwagi na charakter ryczałtowy umowy na wykonanie, w wycenie powinny być ujęte wszystkie elementy mające na nią wpływ. Ponadto, Przed złożeniem oferty, Wykonawcy zobowiązani są do dokładnego zapoznania się z przedmiotem oraz zakresem zamówienia. Na Wykonawcy przystępującym do postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia, ciąży obowiązek dokonania niezbędnych sprawdzeń, wyliczeń, ekspertyz w celu zapewnienia jednoznaczności składanej oferty zarówno w zakresie cenowo-przedmiotowym, jak również odnośnie terminu realizacji (pkt 15).
Jak wynika z postanowień wzoru umowy: Montaż lamp solarnych zostanie wykonany zgodnie z warunkami technicznymi oraz sztuką budowlaną (§ 1 ust. 2); Wykonawca dokona dostawy oraz montażu przedmiotu zamówienia fabrycznie nowego, nieużywanego, nieuszkodzonego, nieobciążonego prawami osób trzecich, kompletnego (§ 1 ust. 3); Wykonawca dostarczy również wymagane prawem certyfikaty (§ 1 ust. 6); Wynagrodzenie zawiera w sobie wszelkie koszty Wykonawcy wynikające z realizacji przedmiotu Umowy, w tym: upusty, rabaty, cła, marże, koszty związane z transportem: załadunek, dowóz, wyładunek i nie ulegnie zwiększeniu w okresie jej obowiązywania (§ 2 ust. 3).
W załączniku nr 8 do SWZ pn. Opis przedmiotu zamówienia opisano minimalne parametr objętych dostawą: słupa, fundamentów, modułu fotowoltaicznego, akumulatora, oprawy LED, regulatora solarnego. W szczególności, w ramach wymagań odnoszących się do akumulatora wskazano na klasę ochrony przed zalaniem akumulatora: min. IP68 Dołączono również mapki z projektowanymi lokalizacjami lamp.
Pismem z dnia 15 kwietnia 2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP, w związku z tym, że zaoferowana przez Wielobranżowe Przedsiębiorstwo „3D" Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy cena w opinii Zamawiającego wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia SWZ, w szczególności z parametrami technicznymi przedmiotu zamówienia określonymi w załączniku nr 8 do SWZ – wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny/kosztu/istotnych części składowych zaoferowanej ceny. Jak uzasadnił, cena całkowita oferty Przystępującego jest o co najmniej 30% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Cena ofertowa Przystępującego to 141.696,00 zł, zaś wartość zamówienia + VAT to 240.000,00 zł.
Kolejnym pismem z dnia 16 kwietnia 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 107 ust. 2 PZP do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w Załączniku nr 7 do SWZ.
W dniu 20 kwietnia 2024 r. wykonawca Wielobranżowe Przedsiębiorstwo „3D" Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy przesłał wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny, wskazując, że: wykonawca jest polskim producentem ulicznym lamp solarnych oraz solarno-wiatrowych w związku z czym nie jest cenowo uzależniony od producentów, pośredników lub dystrybutorów tego typu urządzeń. Oświadczył, że przedmiot zamówienia został wyceniony rzetelnie oraz zgodnie z SWZ i załącznikami do SWZ, zaś ceny zaproponowane są realne. Wyjaśnił, iż wszystkie produkty Przystępującego są przygotowywane w fabryce w Bydgoszczy. Lampy przygotowywane są z gotowych podzespołów od zewnętrznych dostawców. „Firma 3D skupia się na magazynowaniu oraz odpowiedniej konfiguracji podzespołów do wydania klientom lub własnym montażystom. (…) ilości zamawianych półproduktów są na tyle duże, że zostały wypracowane wyjątkowo korzystne ceny poszczególnych półproduktów." Dodał, że nabywa półprodukty bezpośrednio od producentów, unikając dodatkowych marż narzucanych przez kolejnych pośredników. Kieruje się zasadą, że w interesie wykonawcy jest, by wszystkie półprodukty były wysokiej klasy – w innym wypadku produkt końcowy generowałby zbyt wiele kosztów serwisowych w okresie gwarancyjnym. Przystępujący wyjaśnił też, że wszyscy jego pracownicy, którzy będą brali udział w produkcji przedmiotu zamówienia lub montażu są zatrudnieni w ramach umowy o pracę ze stawką wyższą niż minimalna krajowa, posiadają wszelkie szkolenia, ubezpieczenia oraz aktualne badania lekarskie. „Koszt jednego montażu to koszt paliwa na dojazd, diet, wynajmu hoteli, amortyzacji sprzętu i elektronarzędzi używanych podczas montażu, koszt wynajmu koparki oraz koszt pracowników – biorąc pod uwagę czas dojazdu, oraz czas potrzebny do posadowienia i podłączenia jednej lampy to w uśrednieniu 3 roboczogodziny dwóch pracowników. Stawka godzinowa z pensji zasadniczej jednego montażysty to 30 zł brutto/h. Dodatkowo za każdą zamontowaną lampę każdy pracownik otrzymuje premię w wysokości 100 zł brutto/ sztukę. (…) Wszyscy nasi pracownicy (…) zatrudnieni są w ramach umowy o pracę, mają odprowadzane składki ZUS, posiadają wszelkie szkolenia oraz aktualne badania lekarskie." Wykonawca nie przewidział powierzenia części zamówienia podwykonawcy. W treści wyjaśnień, Przystępujący wskazał na kalkulację cenową dostawy i montażu 16 lamp, przy 40% marży, a także na parametry oferowanych lamp. W szczególności, w ramach kalkulacji wskazał na: akumulator – 1.200,00 zł oraz obudowę akumulatora – 55,00 zł, koszt montażu (sztuka) – robocizna, dojazd, zakwaterowanie, koparka – 450,00 zł, tj. razem 5.140,00 zł + 40% marża, co daje wynik: cena montażu 1 sztuki lampy solarnej – 7.196,00 zł. Do wyjaśnień nie dołączono żadnych dowodów.
Dnia 22 kwietnia 2024 r. Przystępujący wskazał, iż: „Zgodnie z zapisami SWZ przedmiotowe środki dowodowe

wymagane są tylko w przypadku zaoferowania równoważnych wymagań – takowych nie przewidujemy. Domyślam się, że chodziło o podmiotowe środki dowodowe i doszło do omyłki. W załączeniu przesyłamy podmiotowe środki dowodowe podpisane elektronicznie."

Zgodnie z informacją o wyniku postępowania z dnia 7 kwietnia 2024 r., wybrano jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Wielobranżowe Przedsiębiorstwo „3D" Sp. z o.o. w Bydgoszczy (100 pkt), druga oferta – oferta Odwołującego została oceniona na 79,67 pkt, zaś pozostałe oferty zostały odrzucone.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego, na fakty tam powołane:

1)dokumentację przekazaną przez Zamawiającego zarówno w postaci papierowej jak też w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, która wpłynęła do akt sprawy w dniu 28 maja 2024 r., w szczególności:
   –Ogłoszenie o zamówieniu,
   –SWZ wraz z załącznikami,
   –Oferty wykonawców,
   –Wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z wyjaśnieniami wykonawców,
   –Informacja z otwarcia ofert,
   –Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty,
   –Protokół postępowania.
2)Dowody załączone do odwołania oraz złożone przez Odwołującego na rozprawie:
   –Zrzuty ekranu ze strony internetowej Przystępującego wraz z kartami produktów,
   –Wydruki ze stron internetowych 4sun.eu oraz allegro.pl,
   –12 wydruków ze stron internetowych dołączonych do pisma z dnia 27 maja 2024 r.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że złożone przez 3D sp. z o.o. wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i kosztu. Potwierdziły się w tym zakresie zastrzeżenia Odwołującego. Wątpliwości wskazane przez Odwołującego co do poziomu wskazanych przez 3D kosztów oraz ich realności powinny skłonić Zamawiającego do ponowienia wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia 3D Sp. z o.o. nie miały bowiem charakteru wyczerpującego. W szczególności, w zakresie dotyczącym kosztów montażu 1 sztuki lampy solarnej – 450 zł, biorąc pod uwagę uwarunkowania realizacji dostawy i montażu przez Przystępującego, kalkulacja kosztów pokazuje, że kwota przewidziana przez wykonawcę może nie być w stanie pokryć kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Nie powinno umknąć Zamawiającemu, iż sam Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał, iż jego fabryka jest zlokalizowana w Bydgoszczy, zaś przedmiot zamówienia będzie realizowany w Drawsku Pomorskim (odległość blisko 200km). We wspomnianej kwocie 450 zł, wg wyjaśnień Przystępującego miałyby się zmieścić koszty robocizny, dojazdu, zakwaterowania montażystów i koparki. Co więcej, 3D Sp. z o.o. nie załączył do wyjaśnień żadnych dowodów.

Mając zaś na uwadze brzmienie art. 224 ust. 6 PZP, ofertę odrzuca się, gdy złożone wyjaśnienia sposobu kalkulacji wraz z dowodami nie uzasadniają podanej ceny – w sytuacji, w której udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia są niekompletne, ogólnikowe, lakoniczne, czy nie dołączono do nich adekwatnych dowodów. Innymi słowy, gdy złożono wyjaśnienia o charakterze nieprzydatnym dla określenia kosztów przyjętych w cenie oferty, bez poparcia ich wiarygodnym materiałem dowodowym. Ustawodawca zrównał taką sytuację z potwierdzeniem, że oferta zawiera cenę rażąco niską i podlega odrzuceniu (wyr. z 4 lipca 2023 r., sygn. KIO 1738/23).

Niemniej jednak, nie można tracić z pola widzenia również treści samego wezwania do wyjaśnień wystosowanego przez Zamawiającego. W orzecznictwie Izby uznaje się bowiem, iż odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę może podlegać tylko taka oferta, co do której Zamawiający podjął prawidłowe czynności, tj. przeprowadził należycie wyczerpujące postępowanie wyjaśniające. Składane przez wykonawcę wyjaśnienia ceny oferty należy oceniać przez pryzmat wezwania zamawiającego, które determinuje poziom szczegółowości wyjaśnień (wyr. KIO z 15 grudnia 2023 r., sygn. KIO 3536/23). W przedmiotowej sprawie – co trzeba podkreślić – samo wezwanie wystosowane przez Zamawiającego jest na tyle ogólne, iż biorąc pod uwagę treść wyjaśnień wykonawcy 3D Sp. z o.o. należy uznać, że odpowiada ono w swej ogólności wezwaniu Zamawiającego. Tym samym, to Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie dochował należytej staranności i nie doprowadził procedury wyjaśnień do końca.

Nie było zatem podstawy do wyboru oferty najkorzystniejszej Przystępującego, ale nie było również podstawy do jej odrzucenia w wyniku przekazania wyjaśnień Przystępującego z dnia 20 kwietnia 2024 r. Takie działanie byłoby bowiem przedwczesne. W wyjaśnieniach co do zasady wskazano na takie kwestie mające wpływ na obniżenie ceny ofertowej wykonawcy 3D Sp. z o.o., jak: zarządzanie procesem produkcji, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunki dostaw, oryginalność dostaw, zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, zgodność z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, zgodność z przepisami z zakresu ochrony środowiska. Przystępujący

przedstawił ogólną kalkulację kosztów, w ramach której zawarł wszystkie koszty, jakie składają się na zamówienie i wyjaśnił oferowane parametry lamp. Niemniej, wyjaśnienia te obejmują jedynie opis czynników mających wpływ na obniżenie oferowanej ceny i ogólną kalkulację, co nie wystarczy do uznania, że 3D sp. z o.o. zaoferowała realną cenę. Brak jest również jakichkolwiek dowodów dołączonych do wezwania, pozwalających wykazać, np. ceny zaoferowanego akumulatora, modułu fotowoltaicznego, oprawy LED. Zdecydowanie, wyjaśnienia wymagają uszczegółowienia, a odrzucenie oferty byłoby nieproporcjonalne.

Izba uwzględniła przy tym, iż Odwołujący nie zdołał podważyć ww. wyjaśnień, w szczególności nie zawarł w odwołaniu, w tym przedstawionych dowodach, szczegółowych danych, w tym potwierdzenia cen lub kosztów, pozwalających na uznanie ceny Przystępującego za cenę nierealną. Jakkolwiek, Odwołujący wskazał na rozprawie, iż realny koszt wymaganego przez Zamawiającego akumulatora to koszt rzędu 5.000-7.000 zł, to jednak w żaden sposób tego nie udowodnił (w dołączonych do odwołania dowodach w postaci wydruków ze stron internetowych – brak wskazania na cenę akumulatora). Rację ma również Odwołujący, że wskazanie w kalkulacji 3D Sp. z o.o., kosztu montażu – robocizny, dojazdu, zakwaterowania i koparki na 1 lampę solarną w kwocie 450,00 zł 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. 200 km, poza tym wykonawca musi pokryć koszty wynagrodzenia pracowników, zakwaterowania i koszty koparki. Jak już wskazano, Odwołujący nie przedstawił jednak wyliczeń własnych ani żadnych dowodów potwierdzających, że kwota ta realnie nie może pokryć kosztów Przystępującego. Odwołujący wykazał jedynie, że skrzynki akumulatorowe, co do ofert których Odwołujący zamieścił w odwołaniu linki, obejmują średnie ceny ok 123,50 zł, zaś wykonawca w kalkulacji zaproponował cenę 55,00 zł.

Tym samym, Odwołujący dowiódł, że wyjaśnienia są niewystarczające, pomimo, że na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska. Jednak, ciężar dowodu obarczający wezwanego do wyjaśnień nie zwalnia Odwołującego z wykazania zasadności stawianych przez niego zarzutów. Odwołujący powinien wykazać zarzut rażąco niskiej ceny poprzez np. wskazanie na realne koszty zamówienia, koszty urządzeń, np. akumulatora (co do którego brak dowodów na to, że jego koszt przewyższa wartość kosztu montaży jednej lampy przez 3D Sp. z o.o.) i przedstawić dowody na wykazanie swoich twierdzeń. Jedyne dowody przedstawione w niniejszym postępowaniu to wydruki ze stron internetowych przedstawiające warunki podobnych zamówień na gruncie innych postępowań, rodzaj produktów oferowanych przez Przystępującego na jego stronie internetowej oraz przykłady ceny skrzynek do akumulatorów.

W tym kontekście, należy pamiętać, że sankcja odrzucenia oferty Przystępującego byłaby na obecnym etapie postępowania nieadekwatna, tym bardziej, że Odwołujący nie wykazał, aby z treści wyjaśnień wynikało, że już teraz stwierdzić można z całą pewnością, że zaoferowano cenę rażąco niską.

W tym kontekście, na obecnym etapie sprawy, brak jest możliwości uznania, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP). W szczególności podnieść należy, iż Odwołujący nie uzasadnił przekonywująco tak postawionego zarzutu, w tym w żaden sposób go nie udowodnił. Wskazał jedynie na potencjalny sposób sformułowania oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę, co jak już wskazano, na obecnym etapie sprawy nie zostało wyjaśnione. Nie zostało zatem przesądzone działanie, które Odwołujący zarzuca Przystępującemu. Nie mówiąc o braku szczegółowych twierdzeń i inicjatywy dowodowej Odwołującego w zakresie zaistnienia przesłanek dokonania czynu nieuczciwej konkurencji, jakimi są: działanie przedsiębiorcy podjęte w związku z wykonywaną działalnością gospodarczą, sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami, działanie zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołanie zawiera w tym zakresie jedynie ogólne rozważania. Zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa, w przypadku podniesienia zarzutów dotyczących czynu nieuczciwej konkurencji istotne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia dopuścić miał się dany przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom lub którym przepisom przedsiębiorca uchybił. Przede wszystkim jednak, zasadniczym powodem oddalenia powyższego zarzutu jest fakt, że jest on przedwczesny, skoro Odwołujący nie udowodnił, że 3D sp. z o.o., zaoferował cenę na poziomie niepozwalającym na pokrycie wszystkich rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia, co miałoby być przesłanką uznania, ze oferta została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji.

W efekcie zaniechania należytego wyjaśnienia ceny ofertowej, jak słusznie podniósł Odwołujący, doszło do naruszenia fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 PZP, tj. zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości. Niewątpliwie, brak wyczerpującego wyjaśnienia, czy nie doszło do zaoferowania rażąco niskiej ceny narusza te zasady. Zamawiający godzi wówczas w podstawowe wartości, jakimi powinien się kierować w postępowaniu. Nie traktuje równo wykonawców, skoro nie wymaga od wszystkich ofert tych wykonawców spełnienia takich samych warunków zamówienia, w tym zaoferowania realnej ceny. W ten sam sposób nie zapewnia zachowania zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie, postępowanie w którym o podejmowaniu działań i sposobie ich podejmowania nie decydują

przepisy prawa lub działanie Zamawiającego jest z nimi sprzeczne – nie uwzględnia zasady przejrzystości

W ocenie Izby doszło również do naruszenia zasady proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt 3 PZP, skoro Zamawiający nie podjął w niniejszym postępowaniu działań adekwatnych do osiągnięcia założonego celu, jakim jest nabycie 16 lamp solarnych o ściśle określonych parametrach, w tym wodoszczelnych za cenę realnie pozwalającą na zrealizowanie ww. zamówienia.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, z uwagi na jego niewłaściwe, nieprzekonujące uzasadnienie. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wymóg złożenia przez Przystępującego karty katalogowej. Takiego wymogu w SWZ nie było w sytuacji, gdy wykonawca nie oferował rozwiązań równoważnych (pkt 3.2. SWZ). W oparciu o argumenty wskazane w odwołaniu nie sposób uznać, że było inaczej. Należy pamiętać, iż w świetle art. 555 PZP, Izba jest związana zarzutami zawartymi w odwołaniu również w zakresie uzasadnienia ich okolicznościami faktycznymi. Zarzut stanowią bowiem wskazane przez Odwołującego konkretne fakty świadczące o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący zobowiązany jest do ich skonkretyzowania w odwołaniu, tj. wskazania nie tylko jego podstawy prawnej, ale i faktycznej, która to wyznacza zakres rozpoznania odwołania (wyr. KIO z 22 lutego 2023 r., sygn. KIO 346/23). Dopiero zaś na rozprawie Odwołujący podniósł, że zaoferowany przedmiot zamówienia Przystępującego nie spełnia warunków zamówienia co do akumulatora, który nie spełnia wymogów wodoszczelności określonych parametrem IP68. Tym samym, zarzut w tym zakresie, podniesiony dopiero na rozprawie jest spóźniony.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 w zw. z 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.). Izba rozdzieliła stosunkowo koszty postępowania i obciążyła nimi zarówno Odwołującego, jak też Zamawiającego, biorąc pod uwagę, że uwzględniono 6 z 8 zarzutów odwołania.

Przewodnicząca: ……..