

WYROK
z dnia 20 czerwca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **Sprint Spółka Akcyjna** z siedzibą w Olsztynie, ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Lidzbark Warmiński**, ul. A. Ś. 14, 11-100 Lidzbark Warmiński

przy udziale wykonawcy **BUDOTECHNIKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Pilchowicach, ul. Bierawka 2a, 44-145 Pilchowice zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 3 i 4;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 1 i nakazuje zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę BUDOTECHNIKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie w zw. z ustawy Prawo zamówień publicznych;
3. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 2;
4. Kosztami postępowania obciąża odwołującego w 50% i zamawiającego w 50%, i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu części poniesionych przez odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok -

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Gmina Miejska Lidzbark Warmiński (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *budowa wiat z zintegrowanym systemem o odjazdach w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Rozwój mobilności i transportu publicznego Gminy Miejskiej Lidzbark Warmiński — etap II*, numer referencyjny: RTiI.271.8.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 060-173497.

24 maja 2023 roku Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę Budotechnika sp. z o.o.

Wykonawca SPRINT S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec tej czynności, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Budotechnika sp. z o.o. pomimo, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia ceny oferty nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 5 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Budotechnika sp. z o.o. pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budotechnika sp.

z o.o. pomimo, że wykonawca ten nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego ewentualnie, na wypadek ustalenia, że oferta nie podlega odrzuceniu w oparciu o ww. zarzuty

- 4) art. 128 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do jego uzupełnienia.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2)powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenie oferty złożonej przez Budotechnika sp. z o.o. ewentualnie
- 3)wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w okolicznościach opisanych w uzasadnieniu zarzutu nr 4.

Odwołujący wskazał na wstępie, że Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, pismem z 26.04.2023 r. zwrócił się do niego z wezwaniem do wyjaśnienia zaoferowanej ceny. W treści wezwania Zamawiający m.in. wskazał na konieczność złożenia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących: wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych oraz wyjaśnień dotyczących zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, zostało złożone pismo z dnia 28.04.2023 r. wraz z załącznikami. Pismem z 09.05.2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty. W treści tego wezwania Zamawiający wskazał, że dotychczasowe wyjaśnienia rodzą u niego nowe wątpliwości, stąd oczekuje doprecyzowania zagadnień w zakresie doprecyzowania: informacji w zakresie konstrukcji wiaty, dowodów w zakresie podświetlanej tablicy z rozkładem jazdy, elementów składających się na instalację solarną wiat, informacji dotyczących systemu informacji o odjazdach. W piśmie z 09.05.2023 r. Odwołujący udzielił dodatkowych wyjaśnień.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, że uwzględniając treść złożonych przez niego w trybie art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wyjaśnień ceny oferty, że Zamawiający w sposób wadliwy uznał, że uzasadniają one zaoferowaną cenę, czym naruszył art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Wykazując wadliwość wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Budotechnika sp. z o.o. Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że wprost wynika z nich, iż kalkulacja ceny oferty nie obejmuje elementów zamówienia wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia. Otóż, zgodnie z OPZ (załącznik nr 3 do SWZ) Zamawiający wymagał, aby wiaty były wyposażone w magazyn energii. Ten element zamówienia Zamawiający dwukrotnie podkreślił w treści wezwania do wyjaśnienia ceny oferty wskazując m.in. *„Dostarczone i zamontowane wiaty wyposażone w panele fotowoltaiczne wraz z magazynem energii muszą pozwalać na uzyskanie energii elektrycznej do zasilania urządzeń w wiacie przystankowej, bez konieczności instalacji zewnętrznego źródła zasilania”*. W treści swoich wyjaśnień Budotechnika sp. z o.o. wskazała na uwzględnienie w wycenie akumulatorów żelowych o mocy 120Ah, które nie stanowią magazynów energii spełniających wymagania SWZ. Nigdzie w treści złożonych wyjaśnień ww. wykonawca nie wskazuje na uwzględnienie w cenie oferty kosztu magazynu energii, a nawet nie używa takiego określenia. W ocenie Odwołującego moc akumulatora żelowego stosowanego w każdej z wiat przystankowych Budotechnika sp. z o.o. (120Ah) nie pozwala na spełnienie poniższego wymogu SWZ (odpowiedź na pytanie do SWZ nr 5): *„Oprawy powinny zapewnić utrzymanie strumienia świetlnego na poziomie minimum 70% po 50.000 godz.”* Odwołujący wskazał, że koszt zakupu paneli fotowoltaicznych z magazynem energii jest wielokrotnie wyższy od zakupu takich paneli z akumulatorami żelowymi, co w istotnym zakresie wyjaśnia przyczyny tak niskiej ceny zaoferowanej przez Budotechnika sp. z o.o. Jak wynika z załączonej do wyjaśnień Budotechnika sp. z o.o. kalkulacji ceny wykonawca ten określił koszt całego systemu fotowoltaicznego dla 1 wiaty na kwotę 5.000 zł netto, gdy na rynku koszt takiego systemu z magazynem energii wynosi ponad 20.000 zł netto. Dodać należy, że sam Zamawiający szacował ten koszt na 21.000 zł netto za 1 sztukę (pozycja nr 2 tabeli określającej wartość zamówienia), co dodatkowo potwierdza, że miał on pełną świadomość jaki rodzaj rozwiązania jest przedmiotem zamówienia. Z powyższego wynika, że poziom niedoszacowania ceny oferty wynikający z samego faktu

nieuwzględnienia w ofercie kosztu zakupu magazynów energii wynosi minimum 208.000 zł netto (21.000 zł x 13 sztuk – 5.000 zł x 13 sztuk). Uwzględniając cenę złożonej przez Budotechnika sp. z o.o. oferty (451.957,35 zł brutto) wartość tego niedoszacowania (255.840 zł brutto) stanowi ponad 50% ceny całej oferty. Niezależnie od okoliczności, w której z treści wyjaśnień Budotechnika sp. z o.o. w ogóle nie wynika przewidzenie w cenie oferty rezerwy, czy nawet zysku, nie sposób twierdzić, że przy takim poziomie ceny ww. wykonawca dysponowałby możliwością pokrycia tak istotnego poziomu niedoszacowania ceny. Zamawiający pominął wadliwość wyjaśnień ceny oferty Budotechnika sp. z o.o. w części odnoszącej się do zakresu zamówienia obejmującego instalację solarną z magazynem energii. Wyjaśnienia ceny oferty w tym zakresie, uwzględniając ich istotne znaczenie, winny były doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że Budotechnika sp. z o.o. nie wykazała, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co rodzi konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Ponadto w treści wyjaśnień złożonych przez Budotechnika sp. z o.o. wykonawca ten w sposób bardzo ogólny określił specyfikację oferowanego systemu solarnego, mimo, że Zamawiający w sposób wyraźny podkreślał w treści wezwania konieczność skupienia się w wyjaśnieniach na tym istotnym elemencie zamówienia. W treści wyjaśnień ww. wykonawca jedynie sposobem lakonicznym oświadczył, że wyposażenie dodatkowe wiat zgodnie z OPZ obejmuje również: panele zasilania fotowoltaicznego wraz pełnym wyposażeniem tj. Akumulator żelowy, regulator ładowania słonecznego oraz pełne okablowanie prowadzone w konstrukcji wiaty oraz załączył on do wyjaśnień dokument „karta katalogowa wiaty”, gdzie uwidoczniona na rysunku wiaty w ogóle nie zawiera systemu solarnego, a zatem również ten dokument nie potwierdza, że wycenione rozwiązanie jest zgodne z SWZ. Przedstawiony opis oferowanego rozwiązania w żaden sposób nie referował zatem do wymagań OPZ zawartych w pkt 8 oraz w odpowiedzi na pytanie nr 5 do SWZ). Tymczasem, otrzymując od Budotechnika sp. z o.o. informację, że koszt oferowanego przez nią rozwiązania, to jedynie 5.000 zł netto/1 sztuka, gdzie sam Zamawiający szacował go na 21.000 zł netto/1 sztuka, winien był on dołożyć szczególnej staranności w celu weryfikacji realności podanego w wyjaśnieniach Budotechnika sp. z o.o. kosztu instalacji solarnej. Powyższe oznacza, że Zamawiający w sposób dowolny ustalił, że podany przez Budotechnika sp. z o.o. w wyjaśnieniach koszt instalacji solarnej jest realny, a wycenione rozwiązanie odpowiada wymaganiom SWZ.

Odwolujący stwierdził, że również pozostała treść wyjaśnień Budotechnika sp. z o.o. nie powinna była doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że uzasadnia ona zaoferowaną cenę. Wykonawca zobowiązany był załączyć do wyjaśnień dokument obrazujący szczegóły wyliczenia ceny oferty i jej istotnych części składowych, w tym w zakresie kosztów pracy, wraz ze stosownymi dowodami. Tymczasem poza ogólnym rozbiciem ceny na części składowe, nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających realność tych założeń. Ponadto, podana suma kosztów wyczerpuje cenę całej oferty, co oznacza, że wykonawca nie przewidział żadnej kwoty na pokrycie ryzyk, marży. W zestawieniu kosztów nie została przewidziana pozycja na pokrycie kosztów ogólnych przedsiębiorstwa, co jest ewidentnym brakiem wykonawcy i świadczy o zaniżeniu kosztów wykonania zamówienia. Z treści wyjaśnień nie wynika przewidzenie jakiegokolwiek kwoty na pokrycie kosztów zaoferowanej 5 letniej gwarancji, gdzie zgodnie z treścią umowy wymagane jest m.in.:

- *Wykonawca w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi jest obowiązany do bezpłatnej wymiany lub naprawy każdego elementu konstrukcji lub wyposażenia wiat, który ulegnie uszkodzeniu z powodu wad materiałowych lub konstrukcyjnych;*
- *Wykonawca w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi zapewnia trwałość i funkcjonalność każdego elementu konstrukcji lub wyposażenia wiat, w przypadku utraty cech użyteczności jakiegokolwiek elementu i wyposażenia wiaty przed końcem trwania gwarancji, Wykonawca wymieni / zastąpi dany element na sprawny / posiadający cechy użyteczności na poziomie pierwotnym.*

W zakresie podanych kosztów pracy brak jest jakichkolwiek dowodów potwierdzających ich realność, jak również potwierdzających, że wynagrodzenie pracowników jest zgodne z przepisami prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia. Tymczasem przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie szeregu prac i bez wątpienia koszty pracy są znaczącym kosztem wykonania zamówienia. Przykładowo, wykonawca określa koszt montażu 1 wiaty na 1.800 zł natomiast z treści wyjaśnień w żaden sposób nie wynika jak ten koszt został określony, w tym jaka ilość pracowników przewidzianych jest do wykonania robót montażowych, jaka jest ilość założonych RBH. Wykonawca nie określił w swoich wyjaśnieniach nawet tak podstawowego elementu wyjaśnień jak założona stawka RBH, co uniemożliwiło Zamawiającemu dokonanie oceny, czy przyjęte w ofercie koszty pracy są zgodne z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu. Załączona do wyjaśnień specyfikacja cenowa nie zawiera ponadto kosztu wykonania dokumentacji technicznej wymaganej m.in. w pkt 17 OPZ. Jest to kolejna pozycja kosztowa nie uwzględniona w cenie oferty, której

braku Zamawiający nie zauważył. Zamawiający nie zwrócił uwagi na znaczące dysproporcje w wycenie szeregu innych części składowych oferty przez Budotechnika sp. z o.o. w stosunku do wyceny Zamawiającego (dokument z szacowania wartości zamówienia). Przykładowo, Zamawiający szacował koszt 1 podświetlanego kasetonu z nazwą przystanku na kwotę 2.250 zł, a tymczasem Budotechnika sp. z o.o. określiła ten koszt na jedynie 900 zł. Uwzględniając lakoniczność wyjaśnień ceny oferty przez Budotechnika sp. z o.o. oraz wskazywaną znaczącą dysproporcję ceny tej oferty w stosunku do szacunku Zamawiającego winien był w sposób ostrożny przyjmować ogólne zapewnienia ww. wykonawcy co do zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ. Wskazywana przez wykonawcę okoliczność, że jest producentem oferowanych wiat tym bardziej nie powinna była zwolnić Zamawiającego z obowiązku rzetelnej oceny wyjaśnień.

Odwołujący zwrócił uwagę na brak konsekwencji w działaniach Zamawiającego. W treści drugiego wezwania do Budotechnika sp. z o.o. Zamawiający wskazał, że *dotychczasowe wyjaśnienia rodzą u Zamawiającego nowe wątpliwości*. W konsekwencji Zamawiający zażądał od ww. wykonawcy:

- 1) *Doprecyzowanie informacji w zakresie konstrukcji wiaty*
- 2) *Doprecyzowanie dowodów w zakresie podświetlanej tablicy z rozkładem jazdy*
- 3) *Doprecyzowanie w zakresie elementów składających się na instalację solarną wiat*
- 4) *Doprecyzowanie informacji dotyczących systemu informacji o odjazdach.*

Analizując treść odpowiedzi Budotechnika sp. z o.o. nie sposób zrozumieć, które jej elementy usunęły wątpliwości Zamawiającego. Ich treść, ze względu na ich lakoniczność, w żadnym wypadku nie pozwalała na ustalenie, że wycena ww. istotnych elementów zamówienia, a przede wszystkim instalacji solarnej, usuwa podejrzenie braku realności zaoferowanej ceny. Okoliczność ta jest kolejnym potwierdzeniem, że Zamawiający w sposób dowolny ocenił wyjaśnienia ceny oferty Budotechnika sp. z o.o.

W uzasadnieniu zarzut nr 2 dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że uwzględniając uzasadnienie zarzutu zawarte powyżej, została wykazana okoliczność niezaoferowania przez Budotechnika sp. z o.o. magazynu energii spełniającego wymagania SWZ. Oznacza to, że oferta jako niezgodna z warunkami zamówienia podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Zgodnie z dorobkiem części doktryny, treść wyjaśnień ceny oferty stanowi równocześnie wyjaśnienie treści oferty, a ustalenie na ich podstawie, że oferowane są rozwiązania niezgodne z SWZ, oznacza konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutów nr 3 i 4 Odwołujący wskazał, że jak wynika z treści złożonych przez Budotechnika sp. z o.o. podmiotowych środków dowodowych wykonawca ten przedłożył zaświadczenie z ZUS w formie niespełniającej wymagań przepisów prawa. Zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie z dnia 30 grudnia 2020 r. w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument. Wykonawca Budotechnika sp. z o.o. przekazał zaświadczenie z ZUS, które jak wynika z jego treści zostało wystawione jako dokument elektroniczny, gdy tymczasem ten dokument elektroniczny nie został przekazany. Prawdopodobnie, ww. wykonawca sporządził skan dokumentu elektronicznego, który następnie został przez niego podpisany kwalifikowanym podpisem. Powyższe rodzi konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp. Instytucja wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania, gdyż oferta ta z innych przyczyn podlega odrzuceniu.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska, odnosząc się do pierwszego zarzutu Zamawiający podał m.in., że w toku badania ofert, działając na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp Komisja przetargowa ustaliła, iż oferta wykonawcy Budotechnika sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę, tj. cena oferty jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o co najmniej 30%. W związku z powyższym w dniu 26.04.2023 r. Zamawiający wezwał tego wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający przywołał także treść art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. W dniu 28.04.2023 r. do Zamawiającego wpłynęły dokumenty od ww. wykonawcy wyjaśniające wyliczenie ceny oferty wraz z dowodami. W celu doprecyzowania poszczególnych zagadnień, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny. W dniu 11.05.2023 r. do Zamawiającego wpłynęły dodatkowe wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny oferty. Komisja przetargowa zapoznała się z przesłaną dokumentacją i wyjaśnieniami i uznała je za rzetelne i merytoryczne. Wykonawca Budotechnika sp. z o.o. na

dowód przedstawił karty katalogowe propanowych wiat przystankowych, spełniających wymogi postawione w dokumentach przetargowych. Wykonawca jest producentem wiat przystankowych, posiada własne linie produkcyjne, wypracował również korzystane warunki współpracy z dostawcami i podwykonawcami. Model wiaty przystankowej, którą zaproponował znajduje się w ogólnej ofercie sprzedaży, w związku z tym wykonawca nie ponosi dodatkowych nakładów finansowych na ich dostosowanie do potrzeb Zamawiającego. Oceniając wyjaśnienia wzięto pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne. W świetle przedstawionych dokumentów uznano, iż oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w sposób, na podstawie którego możliwe jest jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień jest stworzenie podstawy do uznania, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy nie jest uzasadnione.

W odniesieniu do drugiego z zarzutów Zamawiający wskazał m.in., że zaproponowany przez Budotechnika sp. z o.o. akumulator żelowy (magazyn energii) przystosowany do cyklicznego rozładowywania i ładowania spełnia wymogi Zamawiającego w zakresie gromadzenia energii elektrycznej wymaganej do zasilenia urządzeń wiaty, tj. systemu oświetlenia, kasety z nazwą przystanku i gabloty informacyjnej sprzężonych z czujnikami zmierzchu i czujnikami ruchu. W wyniku weryfikacji złożonych przez ww. wykonawcę dokumentów Zamawiający stwierdził, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Odnosząc się do zarzutów nr 3 i 4 Zamawiający podał w szczególności, że w wezwaniu do złożenia podmiotowych środków dowodowych przesłanych wykonawcy Budotechnika sp. z o.o. 12.05.2023 r. wymagał oświadczenia wykonawcy potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia w zakresie: „braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności” Wymagane oświadczenie podpisane i zweryfikowane wykonawca Budotechnika sp. z o.o. złożył w terminie. Zamawiający nie żądał zaświadczenia z ZUS. Przesłane przez wykonawcę zaświadczenie z ZUS nie jest podmiotowym środkiem dowodowym, którego żądał zamawiający i nie wymagał instytucji wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Wypełniając wymogi ustawowe wykonawca Budotechnika sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się jego uczestnikiem.

W zgłoszeniu przystąpienia Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i wskazał Zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego podnosi, że czynności Zamawiającego, stanowiące przedmiot zaskarżenia odwołaniem, zostały podjęte zgodnie z przepisami ustawy Pzp, odpowiadają stanowi faktycznemu i prawnemu, w szczególności zaś Zgłaszający przystąpienie podnosi, że Zamawiający w sposób uzasadniony uznał, że oferta Zgłaszającego przystąpienie nie zawiera rażąco niskiej ceny a nadto w pełni odpowiada warunkom i wymaganiom postawionym w SWZ. Przystępujący podtrzymuje wyjaśnienia przedstawione Zamawiającemu w pismach z 28 kwietnia oraz 9 maja 2023r. a nadto wyjaśnił, że zgodnie z wymaganiami Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia („SOPZ” pkt. 8 b)), w którym Zamawiający wskazał na konieczność magazynowania energii, zastosował w swojej ofercie akumulator żelowy o mocy 120Ah, który stanowi w zupełności wystarczający magazyn energii do zasilania urządzeń zainstalowanych w wiacie oraz gwarantuje - z uwzględnieniem adaptacyjnego systemu oświetlenia nocnego sprzężonego z czujnikami zmierzchu i czujnikami ruchu - optymalne działanie instalacji. Zamawiający parametryzując wymagania związane z magazynowaniem energii, użył jedynie sformułowania: *„Wszystkie wiaty winny być wyposażone w panele fotowoltaiczne wraz z magazynem energii pozwalające na uzyskanie energii elektrycznej do zasilania urządzeń w wiacie przystankowej”*, nie wskazując przy tym konkretnej specyfikacji technicznej urządzenia. Tym samym uwzględnił w swojej ofercie standardowy zestaw solarny stosowany z powodzeniem w swoich realizacjach, spełniając wymagania przetargowe. Nadto, zastosowane w jego ofercie oprawy gwarantują spełnienie wymogów SWZ. Oferta jest w pełni zgodna z wymaganiami SWZ a postawione przez Odwołującego zarzuty są nieuzasadnione. Składając swoją ofertę wykonawca oświadczył, że zrealizuje zadanie zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i wymogami określonymi w SVVZ i załącznikach do SWZ, a zarzut braku uwidocznionego na wizualizacji wiaty systemu solarnego, która to wizualizacja stanowi jedynie rysunek poglądowy, jest całkowicie bezzasadny.

Przystępujący stwierdził również, że wyjaśnienia ceny były wyczerpujące i racjonalne, co pozwoliło Zamawiającemu na uzasadnione uznanie oferty cenowej Budotechniki Sp. z o.o. za realną, rzeczywistą i zapewniającą wykonawcy zarówno pokrycie kosztów wykonania, kosztów ryzyk gospodarczych oraz gwarantującej również rynkowy poziom zysku. W tym zakresie Zgłaszający przystąpienie wyjaśnił dodatkowo, że jest wiodącym producentem wiat,

działającym na rynku od ponad 30 lat i z powodzeniem dokonuje instalacji wiat z systemami solarnymi na terenie całej Polski. Produkcja wiat stanowi w spółce główny segment działalności i realizowana jest wykwalifikowaną, stałą kadrą z przestrzeganiem przepisów prawa pracy. Odnosząc się również do zarzutu braku w ofercie kosztów wykonania dokumentacji technicznej (pkt 17 OPZ) wskazał, iż posiada niezbędną certyfikację w zakresie wprowadzania do obrotu spawanych bądź spawanych i skręcanych konstrukcji stalowych, ponosząc w tym zakresie wszelkie koszty audytów oraz utrzymania certyfikacji. Uwiarygodnienie ceny zaoferowanej przez wykonawcę Budotechnika sp. z o.o. stanowi oferta złożona przez konkurencję - jednego z wiodących producentów wiat, działających w tej branży od kilkunastu lat - spółkę MM2021 Sp. z o.o., której złożona oferta była wyższa od ceny oferty złożonej przez Budotechnika sp. z o.o. jedynie o 12.538, 99 zł brutto.

Przystępujący stwierdził również, że pomimo braku wymogu przedstawił aktualne zaświadczenie z ZUS.

Na posiedzeniu Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów oznaczonych w odwołaniu oznaczonych nr 3 i 4. W związku z tym nie podlegały one rozpatrzeniu przez Izbę.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci: wydruku internetowego przedstawiającego katalog akumulatora żelowego o mocy 120 Ah na które wskazuje wykonawca Budotechnika sp. z o.o. w złożonych wyjaśnieniach ceny oferty; OPZ w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Komunikacji Miejskiej w Gdyni oraz OPZ w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Warszawa na dostawę i montaż wiat przystankowych z systemem fotowoltaicznym; notatki Zamawiającego z szacowania wartości zamówienia oraz dwóch wydruków ze stron internetowych dotyczących magazynów energii, o których mowa w notatce oraz przez Przystępującego w postaci: poświadczenia Gminy Końskie z 16 czerwca 2023 r. dotyczącego dostawy i montażu wiat przystankowych przez Przystępującego wraz ze zdjęciami (sztuk 2) dotyczącymi wiat objętych tym poświadczeniem. Izba nie dopuściła pozostałych dowodów przekazanych przez Przystępującego jedynie Izbie, w szczególności nie przekazanych Odwołującemu, tj. pozostałych zdjęć wiat oraz opisu systemu fotowoltaicznego zastosowanego w wiatach, o których mowa w poświadczeniu oraz które zamierza zamontować u Zamawiającego zgodnie z przedstawioną ofertą.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Następnie Izba ustaliła:

Pismem z 26.04.2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wystąpił do Przystępującego wskazując: (...) w związku z tym, że zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych, w związku z tym, że cena całkowita Państwa oferty jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu Zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny (kosztu) istotnych części składowych zaoferowanej ceny lub kosztu, w szczególności dotyczących:

- wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych,
- wyjaśnień dotyczących zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy.

Stan faktyczny:

Zgodnie z treścią dokumentów zamówienia, w szczególności Załącznika Nr 3 — Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający wskazał warunki techniczne wykonania zamówienia: wykonanie, dostawę i montaż 13 sztuk wiat przystankowych o określonych parametrach technicznych i materiałowych wraz z określonym wyposażeniem dodatkowym: panele PV do zasilania wiat wraz z magazynem energii, oświetleniem wiat LED, podświetlaną tablicą z rozkładem jazdy, podświetlaną kasetą z nazwą przystanku, znakiem przystanku, koszem na śmieci i stojakiem rowerowym. W ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca jest również zobowiązany do wykonania utwardzenia terenu pod wiaty oraz dopełnienia wymaganych przepisami prawa formalności związanych z zajęciem pasa drogowego. Dostarczone i zamontowane wiaty wyposażone w panele fotowoltaiczne wraz z magazynem energii muszą

pozwalać na uzyskanie energii elektrycznej do zasilania urządzeń w wiacie przystankowej, bez konieczności instalacji zewnętrznego źródła zasilania.

Mając na uwadze powyższe, cena oferty zaoferowana przez wykonawcę, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Przedłożone wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) 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 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym jest realizowane zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami dotyczącymi ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wyjaśnienia w formie elektronicznej należy złożyć w terminie do dnia 04.05.2023 r. do godziny 09:00, za pośrednictwem Platformy zakupowej, platformazakupowa.pl/pn/lidzbarkw, ID postępowania 745446

Pouczenie:

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny/kosztu, spoczywa na Wykonawcy.

Zamawiający informuje, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną/ 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 a podstawę do odrzucenia stanowi art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W odpowiedzi za pismem z 28.04.2023 r. Przystępujący podał: Jako jeden z czołowych producentów wiat przystankowych w Polsce, posiadamy 30 letnie doświadczenie w produkcji konstrukcji stalowych oraz wypracowane przez lata działalności, szczególnie korzystne warunki współpracy z dostawcami oraz podwykonawcami. Współpracujemy z większością polskich gmin i miast, realizując zadania inwestycyjne polegające w głównej mierze na wykonaniu i montażu wiat przystankowych. Zdobyte przez lata doświadczenie, umożliwiło nam przygotowanie rzetelnej i korzystnej oferty.

Cena oferty, uwzględnia wszystkie wymogi dokumentacji przetargowej, bez obniżania jakości oferowanych robót, które będą wykonane zgodnie z prawem i sztuką budowlaną, a zastosowane materiały będą posiadały odpowiednie certyfikaty oraz deklaracje zgodności.

Zaoferowana cena, uwzględnia standardowy model wiaty przystankowej typu SATURN produkowanej przez firmę Budotechnika Sp. z o.o. znajdujący się w ogólnej ofercie sprzedaży.

Oferowana wiatka wykonana będzie ze stali ocynkowanej ogniowo, lakierowana na dowolny kolor zgodnie z paletą RAL. Wypełnienie ścian wykonane ze szkła hartowanego gr. 8mm, wypełnienie dachu z poliwęglanu komorowego dymionego. Ławka oraz oparcie wykonana z listew drewnianych lakierowanych i odpowiednio zabezpieczonych przed wpływem warunków zewnętrznych. Wyposażenie dodatkowe wiat zgodnie z OPZ obejmuje również:

- Panele zasilania fotowoltaicznego wraz pełnym wyposażeniem tj. Akumulator żelowy, regulator ładowania słonecznego oraz pełne okablowanie prowadzone w konstrukcji wiaty
- Oświetlenie wiaty wykonane w formie modułu LED mocowanego do wewnętrznej strony wieńca wiaty
- Podświetlana LED 2-str. gabłota na rozkład jazdy mocowana w bocznej ścianie wiaty
- Podświetlany kaseton z nazwą przystanku
- Znak przystanku wykonany z odbłaskowej folii o wym. 600x750mm mocowany na wysięgniku do konstrukcji wiaty

- Kosz na śmieci mocowany do słupka wiaty
- Stojak rowerowy 2 stanowiskowy mocowany obok wiaty

W skład oferty wchodzi również roboty ziemne konieczne do posadowienia wiat jak również wykonanie i uzupełnienie podbudowy pod częścią wiat, demontaż wiat i barierok zgodnie z OPZ.

Szczegółowe zestawienie poszczególnych pozycji ilościowych oraz kosztowych jak również karta katalogowa wiaty SATURN wraz z projektem oferowanej wiaty stanowi załącznik do niniejszego pisma.

Koszty pracy związane z realizacją zamówienia oszacowane zostały na poziomie wyższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Posiadane przez spółkę zaplecze produkcyjne i znikomy udział kooperacji zewnętrznej powodują, że zaoferowana cena umożliwia rentowną realizację przedmiotowego zadania.

Mając na uwadze powyższe, deklarujemy, iż zaoferowana cena jest ustalona na poziomie gwarantującym realizację zadania z zachowaniem najwyższej jakości i gwarancją zatrudnienia pracowników na pełnoetatowych umowach o pracę o godziwym wynagrodzeniu.

Załączniki:

- 1.Specyfikacja wiat – kalkulacja cenowa
- 2.Karta katalogowa standardowej wiaty SATURN
- 3.Projekt oferowanej wiaty 2 modułowej.

Pismem z 09.05.2023 r. Zamawiający wystosował do Przystępującego: Wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty, w którym wskazał: działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 poz. 1710 ze zm.), Zamawiający wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień w zakresie innych składanych dokumentów.

Stan faktyczny:

Pierwsze złożone na wezwanie wyjaśnienia są rzetelne i merytoryczne jednakże rodzą u Zamawiającego nowe wątpliwości, tj. Zamawiający oczekuje doprecyzowania zagadnień wymienionych poniżej:

- 1)Doprecyzowanie informacji w zakresie konstrukcji wiaty
- 2)Doprecyzowanie dowodów w zakresie podświetlanej tablicy z rozkładem jazdy
- 3)Doprecyzowanie w zakresie elementów składających się na instalację solarną wiat
- 4)Doprecyzowanie informacji dotyczących systemu informacji o odjazdach

Wyjaśnienia w formie elektronicznej należy złożyć w terminie do dnia 12.05.2023 r. do godziny 09:00, za pośrednictwem Platformy zakupowej, platformazakupowa.pl/pn/lidzbarkw, ID postępowania 745446

Pouczenie:

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny/kosztu, spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający informuje, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną/ 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 a podstawę do odrzucenia stanowi art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W odpowiedzi z 09.05.2023 Przystępujący podał: Odpowiadając na otrzymane wezwanie, poniżej zamieszcza doprecyzowany opis do złożonych wyjaśnień:

- 1.Konstrukcja wiat wykonana jest z profili o przekroju 50x50mm oraz 50x100mm ocynkowanych ogniowo lakierowanych na dowolny kolor z palety RAL (do uzgodnienia na etapie realizacji).
- 2.Tablica na rozkład jazdy wykonana w formie aluminiowej zamykanej gabloty (jeden klucz do wszystkich gablot) , wyposażonej w płyty PMMA wraz z uchwytami do zawieszania ogłoszeń/rozkładów jazdy, podświetlana za pomocą modułów LED. Oświetlenie gabloty jak również cała instalacja oświetleniowa sprzężona z czujnikiem zmierzchu oraz czujnikiem ruchu.
- 3.W skład instalacji solarnej wiaty wchodzi:
 - Regulator ładowania solarnego składający się z elementów tj.: radiator, obudowa z tworzywa sztucznego, wyświetlacz LCD, dwa interfejsy USB, port czujnika temperatury
 - Moduł fotowoltaiczny

•Akumulator żelowy

Instalacja wyposażona w czujnik zmiernych, sprzężona z czujnikiem ruchu.

4. System informacji o odjazdach wykonany w formie kodu QR naniesionego w sposób trwały na gablocie informacyjnej.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie pierwszego z zarzutów, natomiast podlega oddaleniu w zakresie drugiego zarzutu.

Ad zarzut nr 1 dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Budotechnika sp. z o.o. pomimo, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia ceny oferty nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

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.

Z ww. przepisu wynika, że ocena czy oferta zawiera rażąco niską cenę winna się odnosić do przedmiotu zamówienia, który jest opisywany w dokumentach zamówienia. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem za cenę rażąco niską uznaje się cenę, która jest nierealistyczna, nierynkowa, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, cenę wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów jego realizacji. Wystosowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciąża wykonawcę, co wynika z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.* W związku z tym, wyjaśnienia składane na takie wezwanie powinny uwzględniać oczekiwania zamawiającego w nim wskazane. Wyjaśnienia powinny być konkretne, wyczerpujące i w pełni uzasadniać podaną w ofercie cenę, wykazywać, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę bez ponoszenia straty na tym zamówieniu. Ze złożonych wyjaśnień powinno w szczególności wynikać, jakie koszty wykonawca uwzględnił w kalkulacji ceny oferty oraz jakie okoliczności, właściwe dla danego wykonawcy, umożliwiły obniżenie ceny jego oferty, jakie oszczędności mógł dzięki nim osiągnąć. Stosownie do art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 6. *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.*

Rozstrzygając spór co do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie. Izba bierze pod uwagę w szczególności treść wezwania do wyjaśnień ceny oferty i treść udzielonej przez wykonawcę odpowiedzi.

Przechodząc od tych rozważań na grunt analizowanej sprawy, za uwaga wymaga, że naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp Odwołujący wywodzi przede wszystkim z wyraźnej różnicy cen elementów zamówienia w ofercie Przystępującego w relacji do wielkości przyjętych w szacunku zamówienia dokonanego przez Zamawiającego, gdzie podane odpowiednio wielkości są zdecydowanie wyższe, a także z braku uwzględnienia w cenie oferty tego wykonawcy wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, koniecznych dla stwierdzenia, że cena jego oferty została prawidłowo skalkulowana.

W ocenie Izby należy podzielić stanowisko Odwołującego dotyczące wadliwości oceny przez Zamawiającego wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego. Analiza wezwań wystosowanych przez Zamawiającego dotyczących kalkulacji ceny oferty oraz złożonych przez Przystępującego wyjaśnień prowadzi bowiem do wniosku, że nie odpowiadają one wezwaniom i nie obalają domniemania istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny. Ocena dokonana przez Zamawiającego z której wynika, że jego zdaniem są one „rzetelne i merytoryczne”, nie znajduje potwierdzenia w ich treści.

Jak powyżej ustalono, w pierwszym wezwaniu do wyjaśnień ceny Zamawiający wymagał wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty lub jej istotnych części składowych oraz w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy, wskazując jednocześnie na postawione w SWZ warunki wykonania zamówienia oraz czego mogą dotyczyć wyjaśnienia. Przystępujący w odpowiedzi złożył ogólnikowe wyjaśnienia ceny oraz dla przedstawienia sposobu jej obliczenia załączył kalkulację cenową, w której cena oferty została przedstawiona w rozbiciu na wskazane elementy. Następnie, na dodatkowe wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień kalkulacji ceny oferty ze wskazaniem na oczekiwanie doprecyzowania w podanym w piśmie zakresie, Przystępujący ograniczył się do doprecyzowania opisu co się składa na dany zakres prac, nie przedstawiając informacji odnośnie ich kalkulacji.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że podnoszona przez Przystępującego okoliczność, iż jest on od 30 lat producentem konstrukcji stalowych, jakkolwiek jest okolicznością, która może być brana pod uwagę przy ocenie ceny oferty, to jednak nie zwalnia ona wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z obowiązku wykazania, że zaoferowana przez niego w tym postępowaniu cena za wykonanie zamówienia jest realistyczna, że uwzględni wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, że bez konieczności pokrycia kosztów jego realizacji z innych źródeł jest on w stanie należycie wykonać dane zamówienie. Obowiązujące na gruncie zamówień publicznych zasady, w tym zasada uczciwej konkurencji, wymagają od wykonawców rzetelnego kalkulowania składanych w tych postępowaniach ofert.

W okolicznościach analizowanej sprawy zwraca uwagę, że Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach, że posiada korzystne warunki współpracy z dostawcami i podwykonawcami, jednak w żaden sposób tego nie wykazał. Nie zostało przez niego podane w szczególności jakiego rzędu oszczędności może ponieść z tego tytułu, nie zostały dołączone przykładowe umowy czy faktury potwierdzające, iż jest on w stanie nabyć materiały na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia w zdecydowanie niższej cenie niż ogólnodostępna. Jak stwierdził Przystępujący na rozprawie, wytworzenie wiat następuje w jego zakładzie, natomiast zakupuje panele, oprzyrządowanie, szkło, stal. Oznacza to, że na potrzeby zamówienia musi on dokonać zakupu ww. materiałów.

Nadto Przystępujący musi zaangażować określoną liczbę osób do wykonania przedmiotu zamówienia i ponieść koszty z tego tytułu, przyporządkowane do tego zamówienia, które również nie zostały przez niego wykazane. Wyjaśnienia w tym zakresie są ogólnikowe, a załączona do wyjaśnień kalkulacja cenowa nie obejmuje pozycji dotyczącej kosztów pracy. Z wyjaśnień wynika, że pracownicy zatrudnieni są w pełnym wymiarze na umowę o pracę, jednak nie ma wskazania wysokości pobieranego przez nich wynagrodzenia poza określeniem, że jest ono „godziwe”, a zatem bez wyjaśnienia, co Przystępujący rozumie pod tym terminem, a w konsekwencji nie wyjaśniają tej pozycji kosztów w sposób pozwalający na ocenę, czy przyjęte do kalkulacji ceny oferty koszty pracy pozostają m.in. w zgodzie z przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę i przepisami z zakresu ubezpieczenia społecznego.

Z wyjaśnień oraz ze stanowiska Przystępującego na rozprawie wynika, że cena uwzględnia standardowy model wiaty przez niego produkowanej „znajdujący się w ogólnej ofercie sprzedażowej”, jednak do wyjaśnień Przystępujący nie załączył cennika, a jak Odwołujący stwierdził na rozprawie, czemu Przystępujący nie zaprzeczył, nie jest on ogólnodostępny w Internecie. Na rozprawie Przystępujący stwierdził, że ceny przedstawione w wyjaśnieniach w rozbiciu, są to ogólne ceny obowiązujące w jego przedsiębiorstwie, za które sprzedaje wiaty, co znajduje potwierdzenie w poświadczeniu Gminy Końskie złożonym przez niego na rozprawie. Takie samo rozumienie tego poświadczenia przedstawił Zamawiający. Tymczasem, jak słusznie zauważył Odwołujący, z tego poświadczenia wynika, że za mniejszą liczbę dostarczonych i zamontowanych w 2021 r. wiat przystankowych zasilanych systemem fotowoltaicznym (10 a nie 13 jak w analizowanym postępowaniu) Przystępujący otrzymał wynagrodzenie wyższe, niż zaoferowane obecnie. Wprawdzie następnie Przystępujący oświadczył, że dowód ten nie został przez niego złożony na okoliczność kalkulacji ceny w tym postępowaniu, ponieważ w tamtym postępowaniu chodziło o inne wiaty, jednak nie zostało to wykazane.

Jak wynika z odwołania tylko z jednej pozycji kalkulacji cenowej przedłożonej przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami, tj. *System fotowoltaiczny wraz z czujnikiem zmierzchu i czujnikiem ruchu porównanej* z odpowiadającą jej, co Zamawiający przyznał na rozprawie, pozycją nr 2 notatki z szacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego, wynika, że poziom niedoszacowania ceny oferty wynikający z samego faktu nieuwzględnienia w ofercie kosztu zakupu magazynów energii wynosi minimum 208.000 zł netto (21.000 zł x 13 sztuk - 5.000 zł x 13 sztuk), co oznacza, że uwzględniając cenę złożonej przez tego wykonawcę (451.957,35 zł brutto) wartość tego niedoszacowania (255.840 zł brutto) stanowi ponad 50% ceny oferty. Okoliczność tak znaczącej różnicy nie została wyjaśniona przez Przystępującego ani w pierwszych wyjaśnieniach ceny, ani w dodatkowych wyjaśnieniach ceny złożonych na ponowne wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty tego wykonawcy, w którym wymagał m.in. doprecyzowania informacji w zakresie elementów składających się na instalację solarną wiat.

Podobnie w sprawie nie zostało wykazane z czego wynikają wyraźne różnice w wycenie także innych elementów składowych ceny oferty Przystępującego w stosunku do szacunku sporządzonego przez Zamawiającego, np. w zakresie wskazanego w odwołaniu podświetlanego kasetonu z nazwą przystanku którego cenę jednostkową Zamawiający oszacował na kwotę 2.250 zł netto a wartość zamówienia w tym zakresie na 29 250 zł netto, natomiast Przystępujący określił cenę jednostkową w tym zakresie na kwotę 900 zł a wartość zamówienia na 11 700 zł netto. Z kolei np. w przypadku pozycji dotyczącej oświetlenia wiaty LED według szacunku Zamawiającego cena jednostkowa wynosi 6 500 zł netto, a wartość zamówienia 84 500 zł netto, zaś Przystępujący określił tę cenę jednostkową na 600 zł netto a wartość zamówienia w tym zakresie na 7 800 zł netto.

Nadto, jak słusznie podniósł Odwołujący, w kalkulacji przedstawionej przez Przystępującego nie została przewidziana pozycja na pokrycie kosztów ogólnych przedsiębiorstwa, przyporządkowana do tego zamówienia, jak też brak jest pozycji dotyczącej kosztu wykonania dokumentacji technicznej wymaganej m.in. w pkt 17 OPZ. Nie został także przedstawiony koszt zaoferowanej przez tego wykonawcę 5 letniej gwarancji, której koszt (wraz z ubezpieczeniem i rękojmią w razie wydłużonego okresu) Zamawiający oszacował na kwotę 35 500 zł netto. W opisowej części wyjaśnień brak jest informacji z czego wynika brak uwzględnienia w kalkulacji takich pozycji, jak też brak przewidzenia w cenie oferty rezerwy czy zysku. Na rozprawie Przystępujący wskazał m.in., że gwarancja jest udzielana na każdy sprzedawany przez niego produkt, więc jest w kalkulacji w cenę sprzedażową produkowanych przez niego wiat, jednak tego nie wykazał, jak też nie wykazał, że zawsze udziela 5 letniej gwarancji.

W związku z tym trudno uznać za zasadne stanowisko Zamawiającego, z którego wynika, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia są przekonujące i pozwalają na stwierdzenie, że cena oferty tego wykonawcy, pomimo iż jest kilkakrotnie niższa niż szacowana przez niego wartość zamówienia, została rzetelnie skalkulowana i nie jest rażąco zaniżona.

Ad zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp przez warunki zamówienia należy rozumieć m.in. warunki wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, co oznacza, że do wymogów postawionych przez zamawiającego należy porównywać treść złożonych przez wykonawców ofert. Chodzi przy tym w tym zakresie o merytoryczne wymagania m.in. co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, które są istotne dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym opisane przez zamawiającego oczekiwania oraz o merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia.

Dla odrzucenia oferty na podstawie ww. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp niezbędne jest zatem stwierdzenie i wykazanie niezgodności treści oferty z określonymi w SWZ wymaganiami, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Niejasne, pozwalające na różną interpretację postanowienia dotyczące warunków zamówienia, nie mogą skutkować negatywnie dla wykonawcy, bowiem to Zamawiający jest ich autorem i to on powinien zadbać o precyzyjny i jednoznaczny opis warunków zamówienia. Specyfikacja warunków zamówienia nie może być zmieniana po terminie składania ofert.

Zarzut ten Odwołujący oparł na stwierdzeniu, że Przystępujący nie spełnił wymogu dotyczącego magazynu energii, bowiem jak wynika z wyjaśnień ceny złożonych przez tego wykonawcę zaoferowane przez niego wiaty nie są wyposażone w magazyn energii, za który według Odwołującego nie można uznać, wskazanych przez tego wykonawcę akumulatorów żelowych o mocy 120Ah. Jak wskazał Odwołujący, ww. wykonawca nie wskazuje na uwzględnienie w cenie oferty kosztu magazynu energii, a nawet nie używa takiego określenia, a moc akumulatora żelowego przewidzianego do zastosowanego w każdej z wiat przystankowych nie pozwala na spełnienie poniższego wymogu SWZ (odpowiedź na pytanie do SWZ nr 5): „*Oprawy powinny zapewnić utrzymanie strumienia świetlnego na poziomie minimum 70% po 50.000 godz.*”

Tymczasem według Zamawiającego i Przystępującego użyty w SWZ termin „magazyn energii” obejmuje m.in. akumulatory żelowe, a moc 120Ah przy uwzględnieniu odpowiedzi na pytanie nr 5 do SWZ jest odpowiednia.

W sprawie nie jest sporne, że Zamawiający wymagał, aby dostarczone i zamontowane przez wykonawcę wiaty były wyposażone w panele fotowoltaiczne wraz z magazynem energii pozwalające na uzyskanie energii elektrycznej do zasilania urządzeń w wiacie przystankowej, bez konieczności instalacji zewnętrznego źródła zasilania. Nie jest też sporne, że SWZ nie zawiera definicji terminu magazyn energii.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że dowody złożone przez Odwołującego w postaci opisu przedmiotu zamówienia w innych postępowaniach nie mają zastosowania w przedmiotowym postępowaniu, bowiem każde postępowanie jest oddzielnym zamówieniem, a zamawiający nie muszą posługiwać się takimi samymi określeniami.

Jak natomiast wynika z dowodów złożonych na rozprawie przez Odwołującego w postaci wydruków ze strony internetowej hurtowni fotowoltaicznej *swatt*, wskazanej w notatce Zamawiającego z szacowania zamówienia: *Czym są magazyny energii (akumulatory, baterie do fotowoltaiki)? Magazyny energii potocznie znane jako akumulatory do fotowoltaiki, to innowacyjne urządzenia, które powinien mieć każdy użytkownik fotowoltaiki. Odpowiadają za magazynowanie i przetwarzanie energii elektrycznej uzyskanej przez panele fotowoltaiczne na bieżące potrzeby, wtedy, gdy instalacja fotowoltaiczna nie wytwarza energii słonecznej lub wytwarza jej niewielką, niewystarczającą ilość, np. w nocy.*

Oznacza to, że wbrew stanowisku Odwołującego, który zresztą nie przedstawił, z czego wywodzi, że akumulator

żelowy nie jest magazynem energii, przez magazyn energii rozumie się akumulatory.

W ocenie Izby nie można podzielić stanowiska Odwołującego zaprezentowanego na rozprawie, że na użytek przedmiotowego postępowania, termin magazyn energii należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w ustawie Prawo energetyczne.

W słowniczku zawartym, w art. 3 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (tj.), do którego nie ma odesłania w SWZ, w pkt 10k) wskazano następujące rozumienie tego terminu na gruncie ww. ustawy: *magazyn energii elektrycznej - instalację umożliwiającą magazynowanie energii elektrycznej i wprowadzenie jej do sieci elektroenergetycznej; zaś w pkt 10ka) magazyn energii - instalację umożliwiającą magazynowanie energii, w tym magazyn energii elektrycznej;*

Jak natomiast słusznie zauważył Zamawiający na rozprawie przedmiot zamówienia nie obejmuje wprowadzania energii do sieci elektroenergetycznej. Zgodnie z OPZ instalacja jest autonomiczna, co oznacza, że zasilenie odbiorników odbywa się w systemie wiaty i brak jest połączenia z systemem zewnętrznym. Nadto zawsze, dla działania akumulatora konieczne jest oprzyrządowanie, które pozwala wykorzystać ten akumulator, co oznacza, że sam akumulator jest magazynem energii, a aby wykorzystać jego moc konieczny jest pozostały element instalacji elektrycznej wiaty, na którą składa się między innymi instalacja fotowoltaiczna.

W związku z tym, mając również na uwadze, iż SWZ nie może być zmieniana po terminie składania ofert, a ewentualne braki precyzji jej postanowień, skutkujące tym, że Odwołujący inaczej rozumiał termin „magazyn energii” (choć nie wykazał z czego to miałyby wynikać) nie mogą skutkować negatywnie dla wykonawcy, w tym aspekcie zarzut należy uznać za nieuzasadniony.

Przechodząc do drugiego aspektu zarzutu, tj. niewystarczającej zdaniem Odwołującego mocy akumulatora przewidzianego przez Przystępującego, stwierdzenia wymaga, że nie został on wykazany przez Odwołującego.

Jak wynika z pytania nr 5 do SWZ: *Czy Zamawiający przewiduje jakiś minimalny i maksymalny czas świecenia elementów zasilanych z paneli PCV, na które Zamawiający w piśmie z 6 kwietnia 2023 r. udzielił odpowiedzi: Zamawiający wymaga, aby zastosowany system fotowoltaiczny zapewniał w sposób ciągły stałe zasilanie dla wyposażenia wiaty, z uwzględnieniem adaptacyjnego systemu oświetlenia nocnego sprzężonego z czujnikami zmierzchu i czujnikami ruchu. Oprawy powinny zapewniać utrzymanie strumienia świetlnego na poziomie minimum 70% po 50.000 godz.*

W odwołaniu Odwołujący pomija pierwszą część odpowiedzi na ww. pytanie, dotyczącą *adaptacyjnego systemu oświetlenia nocnego sprzężonego z czujnikami zmierzchu i czujnikami ruchu*, nadto ani w odwołaniu, ani na rozprawie Odwołujący nie wykazał, aby akumulator wskazany przez Przystępującego był niewystarczającej mocy, w tym w kontekście pełnej treści odpowiedzi na ww. pytanie do SWZ. Tymczasem, jak wynika ze stanowiska Przystępującego przedstawionego na rozprawie tak postawiony wymóg oznacza, że oświetlenie nie musi działać w sposób nieprzerwany, a zaoferowany przez niego akumulator zapewnia spełnienie postawionych przez Zamawiającego wymagań przy uwzględnieniu pełnej odpowiedzi na ww. pytanie.

W związku z tym w tym również w tym aspekcie zarzut należy uznać za niewykazany przez Odwołującego, na którym spoczywał ciężar dowodu.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie w zakresie zarzutu nr 1 stwierdzono naruszenie przepisów ustawy Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem tego zarzutu.

W zakresie zarzutu nr 2 nie stwierdzono naruszenia przepisów ustawy Pzp które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W związku z tym w zakresie zarzutu nr 2 odwołanie zostało oddalone.

Wobec wycofania na posiedzeniu przez Odwołującego zarzutów nr 3 i 4 postępowanie w tym zakresie podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołanie w 1/2 i uwzględniła odwołanie w 1/2. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponoszą Odwołujący i Zamawiający w 1/2 każdy.

Na koszty postępowania wynoszące 22 200 zł 00 gr składa się wpis uiszczony przez Odwołującego od odwołania w wysokości 15 000 zł 00 gr oraz koszty wynagrodzenia pełnomocników stron w wysokości po 3 600 zł 00 gr. Każda ze stron odpowiada za koszty postępowania w kwocie 11 100 zł 00 gr. Odwołujący poniósł koszty w wysokości 18 600 zł 00 gr, zaś Zamawiający w wysokości 3 600 zł 00 gr. W związku z tym Zamawiający winien dokonać zapłaty na rzecz Odwołującego kwoty 7 500 zł 00 gr ($11\,100\text{ zł }00\text{ gr} - 3\,600\text{ zł }00\text{ gr} = 7\,500\text{ zł }00\text{ gr}$).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 3 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: