

WYROK
z dnia 6 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2023 r. przez Odwołującego **Edmunda Janik prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą E.J. Hurtownia Materiałów Elektro-Instalacyjnych „CANDELA-1”** ul. Dworcowa 8, 48-250 Głogówek w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Leśnica**, ul. 1 Maja 9, 47-150 Leśnica

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 18.09.2023 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez ELTECH Sp. z o.o., nakazuje odrzucenie oferty ELTECH Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy oraz nakazuje ponowną ocenę ofert.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego – Gminę Leśnica i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć 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) tytułem kosztów pełnomocnika strony;
- 2.2 Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13.600 zł 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem i wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605) 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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Leśnica, w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na „Budowa instalacji fotowoltaicznej na działkach nr 157/2 i 153/5 w Porębie”(sygn. postępowania: ZP.271.10.2023), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21.08.2023 r., 2023/BZP 00360461, wobec czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej (ELTECH Sp. z o.o.), wniesione zostało w dniu 25.09.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy E.J. Hurtownia Materiałów Elektro-Instalacyjnych w Leśnicy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 6 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ELTECH Sp. z o.o., pomimo, iż Wykonawca w ogóle nie przedstawił wyjaśnień, a pismo Wykonawcy z dnia 12.09.2023 roku nie może być uznane za wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny, gdyż nie zawiera żadnych informacji oraz żadnych dowodów;
2. art. 252 ustawy Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty ELTECH Sp. z o.o., mimo, że oferta ta winna być odrzucona, a nie wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie

Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty – ELTECH Sp. z o.o.,

odrzucenia oferty ELTECH Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy

Pzp w związku z przepisem art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający przekazał informację o czynności stanowiącej podstawę odwołania w dniu 18 września 2023 roku.

Odwolujący kwestionuje zasadność przyjęcia wyjaśnień z 12.09.2023 r. w zakresie zaoferowanej ceny, które w jego ocenie nie zawierają żadnego wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny, jak i dowodów. Na tej podstawie oferta Wykonawcy powinna być odrzucona, jako zawierająca rażąco niską cenę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie (pismo z 4.10.2023 r.). W ocenie Zamawiającego uzasadnione było uwzględnienie wyjaśnień, w tym wskazanej w nich okoliczności obniżenia cen materiałów (falownika i paneli fotowoltaicznych), co przy tak nieskomplikowanym technicznie i technologicznie przedmiocie zamówienia nie wymagało skomplikowanych robót instalacyjnych i wysoce specjalistycznych procedur. Zamawiający zweryfikował prawdziwość podniesionego argumentu, iż „sporządzony kosztorys cenowy uwzględnia obecne ceny paneli fotowoltaicznych oraz innych akcesoriów, które uległy obniżeniu w stosunku do cen z okresu przełomu roku 2022-2023”. Dokonana przez Zamawiającego weryfikacja polegała na sprawdzeniu cen oferowanych przez Wykonawcę w ocenie Zamawiającego za nierynkową można uznać ofertę, która nie występuje „na rynku fotowoltaiki”, zarówno co do paneli fotowoltaicznych jak i falownika. Komisja w ramach swoich prac sprawdziła ceny jakie oferuje firma Eltech Sp. z o.o. na swojej stronie internetowej. *Ceny dla klienta indywidualnego to ok. 560 zł brutto za panel o mocy 500 Wp (jednostka określająca maksymalną wydajność, z jaką pracują moduły fotowoltaiczne), co dawało kwotę o około 50 % niższą od kwoty przyjętej w kosztorysie inwestorskim z dnia 20.07.2023 roku.* Zamawiający przedstawił porównanie cen przyjętych w kosztorysie inwestorskim dla paneli 400 w (590,00 zł, tj. 1.475,00 zł/Wp) z cenami oferowanymi na stronie internetowej Eltech Sp. z o.o. (455,00 zł – panel 400 W, tj. 910,00 zł/1000 Wp.). Podobne porównanie Zamawiający przedstawił w odniesieniu do ceny falownika 50 kW, który na stronie oferowany jest po cenie 12.930 zł, a w kosztorysie przyjęto kwotę 39.360 zł. Dalej Zamawiający wskazał, iż ocena złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień nie może sprowadzać się wyłącznie do aspektu stricte formalnego, albowiem takie podejście prowadzić musiałoby do eliminacji ofert, które w istocie nie zawierają ceny rażąco niskiej, a wręcz przeciwnie, są ofertami rynkowymi i realnymi zarazem. Takie podejście prowadziłoby w prostej konsekwencji do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia gospodarki finansowej przez podmioty publiczne, opisane w ustawie o finansach publicznych (to jest wydawania środków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów).

Zamawiający zawiadomiony o terminie posiedzenia nie stawiał się, a jego stanowisko w sprawie wyczerpywała odpowiedź na odwołanie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym ogłoszenie, swz, wyjaśnienia złożone przez ELTECH Sp. z o.o. w zakresie ceny oraz stanowiska i wyjaśnienia stron składane na rozprawie i w pismach procesowych.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem zamówienia jest budowa instalacji fotowoltaicznej na działkach nr 157/2 i 153/5 w Porębie. Wartość zamówienia oszacowana została przez Zamawiającego na kwotę netto 189.670,00 zł. Na sfinansowanie zamówienia Zamawiający przeznaczył kwotę 245.000,00 zł.

Zakres zadania opisany w swz pkt III obejmuje:

- 1)montaż systemów mocujących wraz z wykonaniem fundamentów,
- 2)doprowadzenie linii zasilającej do falownika,
- 3)montaż modułów fotowoltaicznych,
- 4)ułożenie przewodów łączących moduły fotowoltaiczne i falownik,
- 5)montaż falownika i zabezpieczeń strony DC i AC,
- 6)podłączenie instalacji do licznika energii elektrycznej,
- 7)sprawdzenie pracy układu.

Wykonanie zadania obejmuje dodatkowo:

- 1)wykonanie w imieniu inwestora wszystkich formalności związanych z przyłączeniem instalacji fotowoltaicznej do sieci energetycznej oraz przeprowadzenie procedury związanej z zamontowaniem licznika dwukierunkowego,
- 2)wykonanie prób, pomiarów i odbiorów wykonanej instalacji przez osoby posiadające odpowiednie uprawnienia,
- 3)uporządkowanie terenu budowy po zakończeniu robót.

Wykonawca zapewni gwarancję na falownik – minimum 5 lat.

Zgodnie z § 10 wzoru umowy, na potrzeby prowadzonej budowy po stronie wykonawcy spoczywać będą obowiązki w zakresie doprowadzenia wody i energii elektrycznej wraz z montażem liczników. Koszty utrzymania i zabezpieczenie placu budowy ponosić będzie również wykonawca. W § 6 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł konieczność zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób do wykonania robót rozbiórkowych i budowlanych. Wynagrodzenie przewidziane dla wykonania przedmiotu zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Zgodnie z § 7 ust. 3 wzoru umowy kwota określona w ust. 2 zawiera wszelkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost z dokumentacji technicznej, jak również nie ujęte w dokumentacji technicznej, a niezbędne do wykonania zadania, wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, zagospodarowanie, koszty utrzymania zaplecza budowy, obsługa geodezyjna powykonawcza.

W postępowaniu złożonych zostało 12 ofert. Najniższą cenę zaoferował ELTECH Sp. z o.o. (109.151,33 zł netto/134.256,14 zł brutto). Odwołujący zaoferował cenę brutto 159.450.00 zł. Jedna oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Ustawy. Średnia arytmetyczna z pozostałych ofert wyniosła 209 356,38 zł brutto, od której cena oferty ELTECH Sp. z o.o. odbiegała o ponad 30%.

ELTECH Sp. z o.o. zaoferował okres gwarancji i rękojmi wynoszący 72 miesiące.

W dniu 11.09.2023 r. Zamawiający wezwał ELTECH Sp. z o.o. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oczekując wyjaśnienia, *czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w projekcie technicznym, w wykazie prac, w warunkach umowy, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu.* Wyjaśnienia należało złożyć do 15.09.2023 r. do godziny 09:00.

Wykonawca ELTECH Sp. z o.o. złożył w piśmie z 12.09.2023 r. wyjaśnienia zawierające się w dwóch zdaniach: „W odpowiedzi na wezwanie ZP.271.10.2023 z dnia 11 wrzesień 2023, że informujemy, że nasza oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w projekcie technicznym, wykazie prac, warunkach umowy, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia wraz z kosztami towarzyszącymi jej wykonaniu. Sporządzony kosztorys cenowy uwzględnia obecne ceny paneli fotowoltaicznych oraz innych akcesoriów, które uległy obniżeniu w stosunku do cen z okresu przełomu roku 2022/2023.” Treść wyjaśnień została udostępniona Odwołującemu na jego wniosek i okazana na rozprawie składowi orzekającemu. W dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego nie udało się w trakcie rozprawy odnaleźć pliku z wyjaśnieniami, a w związku z brakiem obecności przedstawicieli Zamawiającego, ustalenie tej okoliczności dokonane zostało z udziałem samego Odwołującego na podstawie dokumentu przesłanego przez Zamawiającego w korespondencji z 19.09.2023 r.

Zamawiający w dniu 18.09.2023 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – ELTECH Sp. z o.o. (oferta z najniższą zaoferowaną w postępowaniu ceną).

W odpowiedzi na wezwanie z 19.09.2023 r. skierowane do Wykonawcy przed zawarciem umowy ELTECH Sp. z o.o. przekazał Zamawiającemu przedmiar robót i kosztorys (korespondencja z 21.09.2023 r.).

Mając na uwadze powyższe Izba uwzględniła odwołanie w całości.

Zarzuty podniesione w odwołaniu ogniskują się wokół oceny wyjaśnień z 12.09.2023 r. złożonych przez ELTECH Sp. z o.o. w zakresie ceny i możliwości przyjęcia ich jako wyczerpujących i uzasadniających cenę, co pozwalałoby na obalenie podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny. Ponieważ do postępowania odwoławczego nie przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca ELTECH Sp. z o.o., którego cena rodziła podejrzenie rażąco niskiej, to na Zamawiającym zgodnie z art. 537 pkt 2 Ustawy spoczywał ciężar wykazania, iż oferta wybrana nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uzasadniał ocenę złożonych wyjaśnień wynikiem podjętych przez komisję przetargową, w celu weryfikacji wyjaśnień, analiz w zakresie wysokości cen kształtujących się obecnie na rynku urządzeń fotowoltaicznych, w tym falownika i paneli fotowoltaicznych. Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, komisja przetargowa w ramach swoich prac sprawdziła ceny, jakie oferuje firma ELTECH Sp. z o.o. na swojej stronie internetowej. *Ceny dla klienta indywidualnego to ok. 560 zł brutto za panel o mocy 500 Wp (jednostka określająca maksymalną wydajność, z jaką pracują moduły fotowoltaiczne), co dawało kwotę o około 50 % niższą od kwoty przyjętej w kosztorysie inwestorskim z dnia 20.07.2023 roku.* Zamawiający przedstawił porównanie cen przyjętych w kosztorysie inwestorskim dla paneli 400 w (590,00 zł, tj. 1.475,00 zł/1000Wp) z cenami oferowanymi na stronie internetowej ELTECH Sp. z o.o. (455,00 zł – panel 400 W, tj. 910,00 zł/1000 Wp.). Podobne porównanie Zamawiający przedstawił w odniesieniu do ceny falownika 50 kW, który na stronie oferowany jest po cenie 12.930 zł, a w kosztorysie przyjęto kwotę 39.360 zł.

Punktem odniesienia dla oceny czynności podjętych przez Zamawiającego są wyjaśnienia ELTECH Sp. z o.o. zawarte w piśmie z 12.09.2023 r., w tym ich zasadnicza treść zawierająca się w zdaniu: „Sporządzony kosztorys cenowy

uwzględnia obecne ceny paneli fotowoltaicznych oraz innych akcesoriów, które uległy obniżeniu w stosunku do cen z okresu przełomu roku 2022-2023”.

W ocenie składu orzekającego wyjaśnienia ELTECH Sp. z o.o. nie pozwalały w sposób obiektywny ocenić zaoferowanej ceny pod kątem rzetelności kalkulacji kosztów, co wynikało z braku jakichkolwiek danych, które można było odnieść do wyceny prac stanowiących przedmiot zamówienia. Próba Zamawiającego wyjaśnienia ceny podjęta w odpowiedzi na odwołanie również budziła istotne zastrzeżenia co do spójności merytorycznej, jak i możliwości odniesienia ustaleń co do ceny urządzeń oferowanych na rynku do całkowitej ceny oferty, która wyznaczona była zakresem zamówienia, a ten nie obejmował samej dostawy urządzeń.

Należy przychylić się do stanowiska Odwołującego rozwinętego na rozprawie, iż zakres zamówienia nie uzasadniał ograniczenia wyjaśnień do samych kosztów zakupu urządzeń. Zakres prac obejmuje również prace budowlane i montażowe, jak również inne towarzyszące przygotowaniu i zabezpieczeniu placu budowy. Zamawiający porównując jedynie ceny dostępne na stronie internetowej Wykonawcy z szacowanym kosztem urządzeń, nie mógł tych ustaleń odnosić do pozostałego zakresu robót budowlanych. Wartość szacunkowa zamówienia wynosiła netto 189.670,00 zł, co po zwiększeniu o stawkę podatku VAT stanowi kwotę 233.294,10 zł brutto. W ofercie wybranej zakres prac wyceniony został w kwocie brutto 134.256,14 zł. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazuje, że to wycena paneli miałaby uzasadniać niższą o prawie 50% od szacowanej wartości zamówienia cenę. Jednocześnie stanowisko to opiera na porównaniu ceny paneli o mocy 500 Wp, gdy tymczasem w kosztorysie inwestorskim miał przyjąć wycenę paneli o mocy 1000 Wp. Kolejne porównanie cen odnosi się do paneli o mocy 1000 wp, ale już nie uzasadnia wniosku o przeszacowaniu wartości kosztorysowej o ok. 50%. Należy również wskazać, że sam koszt paneli nie miał odniesienia do całości wycenianych prac.

Ponadto, doświadczenie życiowe uczy, iż w przypadku tej branży koszt samych urządzeń nie jest tożsamy z wynagrodzeniem płaconym instalatorom, które potrafi znacząco podnieść cenę końcową należną wykonawcy tych prac. Jakkolwiek zależność ta występowała przede wszystkim na rynku detalicznym w stosunku do odbiorców prywatnych, to nie oznacza, że dla odbiorcy publicznego, wykonawca rezygnuje z profitów, z jakimi może liczyć się na rynku detalicznym, chociaż ich wysokość może być niższa. Niezależnie od perspektywy, to Wykonawca w swoich wyjaśnieniach powinien był te okoliczności chociażby przedstawić, tak aby możliwe było odniesienie ceny oferty do całego zakresu prac. Treść wyjaśnień w zasadzie sprowadziła się do jednego lakonicznego stwierdzenia o niższej cenie urządzeń bez możliwości identyfikacji źródeł jak i samych urządzeń. Zamawiający na etapie wyboru oferty Wykonawcy nie miał faktycznie żadnej informacji, która pozwalałaby na ustalenie istnienia obiektywnych okoliczności uzasadniających wyliczoną cenę.

Skład orzekający podziela prezentowane w odpowiedzi na odwołanie tezy wynikające z orzecznictwa o nadrzędnym wobec samej procedury celu, jakiemu służy przewidziany w Ustawie tryb wyjaśnienia ceny, jak również konieczności każdorazowej, indywidualnej oceny okoliczności, które mogą uzasadniać niższą cenę oferty. Nie zmienia to jednak oceny wyjaśnień z 12.09.2023 r. W okolicznościach niniejszej sprawy nie można mówić o tym, iż żądanie odrzucenia oferty było oparte wyłącznie na zaprzeczeniu dostatecznej treści wyjaśnień, czy jak wynikać mogłoby z odpowiedzi na odwołaniu, na założeniu nadrzędności wytycznych co do procedury wyjaśnienia nad samą treścią wyjaśnień. Przeciwnie należy uznać, iż odwołanie miało swoje odniesienie do wyjaśnień, a Wykonawca w sposób logiczny i spójny odnosił te wyjaśnienia do treści oferty i wymagań Zamawiającego odnoszących się do zakresu świadczenia. Skład orzekający podzielił ocenę Odwołującego o braku podstaw dla wniosku Zamawiającego, iż uzasadniającym niższą cenę miało być zawyżenie szacowanych w kosztorysie inwestorskim kosztów urządzeń. Odpowiedź na odwołanie pozostawia niejasnym, jakie urządzenia należało przyjąć do kalkulacji kosztów z uwagi na posługiwanie się różnymi wielkościami mocy (500 Wp i 1000 Wp). Z uwagi na to, iż Zamawiającego obciążał ciężar dowodu, iż cena oferty wybranej nie jest rażąco niska, konsekwencje niejasnego stanowiska prowadziły do uwzględnienia odwołania. Należy ponownie wskazać, iż nie tylko ze względu na cenę urządzeń, ale również brak jakichkolwiek informacji o kosztach składających się na całość świadczenia stanowiącego przedmiot zamówienia, skład orzekający nie miał podstaw do przyjęcia, iż wyjaśnienia Wykonawcy uzasadniałyby przyjęcie ceny jako rynkowej.

W świetle powyższego wybór oferty najkorzystniejszej dokonany został z naruszeniem przepisów wskazanych w odwołaniu, a uwzględnienie odwołania prowadziło do nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także nakazania odrzucenia oferty ELTECH Sp. z o.o., jako zawierającej rażąco niską cenę.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 i § 7 ust. 1 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty pełnomocnika Odwołującego wykazane rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi

Zamawiającego.

Przewodniczący: