

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) Art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) – dalej: „ustawa 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;
- 2) Art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp 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) ustawy Pzp 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 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do jego uzupełnienia.

Odwołujący wnosi 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).

## **Uzasadnienie**

### **I.**

Odwołujący, jako podmiot, który złożył sklasyfikowaną na drugiej pozycji ofertę, posiada status wykonawcy w postępowaniu oraz ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego jego przedmiotem. Z kolei będące przedmiotem odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a związane z zaniechaniem odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Budotechnika sp. z o.o. skutkują powstaniem szkody po stronie Odwołującego polegającej na pozbawieniu go możliwości uzyskania zamówienia.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający przekazał Odwołującemu w dniu 24.05.2023 r., co oznacza, że odwołanie wnoszone jest z zachowaniem terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp.

### **II.**

Działając na podstawie art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 26.04.2023 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Budotechnika sp. z o.o. 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

- wyjaśnień dotyczących zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Budotechnika sp. z o.o. złożyła pismo z dnia 28.04.2023 r. wraz z załącznikami.

Pismem z dnia 09.05.2023 r. Zamawiający wezwał Budotechnika sp. z o.o. 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 wymienionych poniżej:

- doprecyzowanie informacji w zakresie konstrukcji wiaty;
- doprecyzowanie dowodów w zakresie podświetlanej tablicy z rozkładem jazdy;
- doprecyzowanie w zakresie elementów składających się na instalację solarną wiat;
- doprecyzowanie informacji dotyczących systemu informacji o odjazdach;

W piśmie z dnia 09.05.2023 r. Budotechnika sp. z o.o. udzieliła dodatkowych wyjaśnień.

### III.

#### Zarzut nr 1 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp

Uwzględniając treść złożonych przez Budotechnika sp. z o.o. w trybie art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wyjaśnień ceny oferty Odwołujący uznaje, 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.

1.

a)

Wykazując wadliwość wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Budotechnika sp. z o.o. w pierwszej kolejności należy zauważyć, 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”.*

Odwołujący podnosi, że 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 zresztą w treści złożonych wyjaśnień ww. wykonawca nie wskazuje na uwzględnienie w cenie oferty kosztu magazynu energii, a nawet nie używa takiego określenia.

Wymaga podkreślenia, że **moc akumulatora żelowego stosowanego w każdej z wiat przystankowych Budotechnika sp. z o.o. (120Ah) w żaden sposób 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 wskazuje, 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.

Powyższe potwierdza, że 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 samo z siebie rodzi konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

b)

Wymaga ponadto podkreślenia, że 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 sposób lakoniczny 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.

Ponadto załączył on do wyjaśnień dokument „karta katalogowa wiaty”, gdzie **uwidoczniła 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.

2.

Odwołujący stwierdza, że niezależnie od powyższego, również pozostała treść wyjaśnień Budotechnika sp. z o.o. nie powinna była doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że uzasadnia ona zaoferowaną cenę.

Należy przypomnieć, że ww. 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.

a)

Budotechnika sp. z o.o., **poza ogólnym rozbiem ceny na części składowe, nie przedstawiła 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, nie wspominając o marży.** Już sama ta wadliwość wyjaśnień nie pozwala na przyjęcie, że uzasadniały one realność zaoferowanej ceny.

b)

Odwołujący podkreśla, że **w zestawieniu kosztów nie została przewidziana pozycja na pokrycie kosztów ogólnych przedsiębiorstwa,** co jest ewidentnym brakiem wykonawcy i świadczy o zaniżeniu kosztów wykonania zamówienia.

c)

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.*

d)

**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.

3.

Odwołujący podkreśla ponadto, że **Zamawiający w ogóle 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 on 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 zwraca uwagę na brak konsekwencji w działaniach Zamawiającego. Otóż 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 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.*

Analizując treść odpowiedzi Budotechnika sp. z o.o. nie sposób zrozumieć, które jej elementy usunęły wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący stwierdza, że 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.

IV.

#### **Zarzut nr 2 – naruszenie Art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp**

Uwzględniając uzasadnienie zarzutu zawarte w pkt III.1 niniejszego odwołania Odwołujący stwierdza, że wykazana okoliczność niezaoferowania przez Budotechnika sp. z o.o. magazynu energii spełniającego wymagania SWZ oznacza, że złożona 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.

**V.**

**Zarzut nr 3 i 4**

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. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452) 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.