

Nowakowski Tarsalewski

Adwokaci sp. p.

**KANCELARIA
ADWOKACKA**

ul. Narutowicza 44 lok. 19, III p.

PL 90-135 Łódź

tel. (042) 636 04 30

tel/fax (042) 633 10 88

sekretariat@nowakowski-tarsalewski.pl

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Ul. Postępu 17a

02 - 676 Warszawa

Odwołująca się:

FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k.

z siedzibą w Kudrowicach

Kudrowice 12

95 – 200 Pabianice

NIP: 7312045200

Tel.: 42 226 04 53

Adres e-mail: przetargi@flexipowergroup.pl

reprezentowana przez

adw. Rafała Tarsalewskiego

korrespondencję dotyczącą sprawy, terminów, przystąpień i pism procesowych proszę kierować

na adres: r.tarsalewski@nowakowski-tarsalewski.pl

Zamawiający:

Gmina Miejska Rumia

ul. Sobieskiego 7

84 – 230 Rumia

Tel. 58 679 65 00

Adres e-mail: zamowieniapubliczne@um.rumia.pl

Dotyczy: *Zaprojektowanie, dostawa i montaż systemów fotowoltaicznych wraz z systemem monitorowania dla budynków użyteczności publicznej w Gminie Miejskiej Rumia i w Gminie Szemud*

Nr postępowania: ZP.271.32.2020

Nr ogłoszenia w Dz. U. UE: Dz.U./S S180 16/09/2020 433978-2020-PL

Wpis: 15.000 (piętnaście tysięcy) złotych

Odwołanie

wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty

Na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych zwanej dalej p.z.p. **wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty DOMOTERMIKA Krzysztof Majewski oraz odrzuceniu oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k.** w postępowaniu o zaprojektowanie, dostawę i montaż systemów fotowoltaicznych wraz z systemem monitorowania dla budynków użyteczności publicznej w Gminie Miejskiej Rumia i w Gminie Szemud.

Zamawiającemu **zarzucam:**

- I.** naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej d.p.z.p.) w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej p.w.u.p.z.p.) poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty DOMOTERMIKA Krzysztof Majewski w sytuacji, w której oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu,
- II.** naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 d.p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 1 p.w.u.p.z.p. poprzez odrzucenie oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z uwagi na rzekome niewykazanie, że cena w ofercie FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. nie jest ceną rażąco niską,
- III.** naruszenie art. 90 ust. 1 i 3 d.p.z.p. w zw. z art. 26 ust. 3 d.p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 1 p.w.u.p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, 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 dnia 10 października

- 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, podczas gdy takie wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. Zamawiający skierował do EKO-SOLAR Sp. z o.o.,
- IV.** naruszenie art. 90 ust. 3 d.p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 1 d.p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 d.p.z.p. w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 1 p.w.u.p.z.p. poprzez odrzucenie oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z powodu rzekomego niewykazania, że cena w ofercie Wykonawcy nie jest rażąco niska i
- a) nieuzasadnioną okolicznościami postępowania zmianę oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. pomiędzy pierwszym badaniem i oceną ofert a drugim badaniem i oceną ofert, wywołanym uwzględnieniem przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania w sprawie o sygn. KIO 208/21,
 - b) nieuzasadnioną i niespójną ocenę wyjaśnień złożonych przez FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. oraz EKO-SOLAR Sp. z o.o. i w konsekwencji nierówne potraktowanie wykonawców, którzy przedstawili wyjaśnienia o podobnej treści.

Wskazując na powyższe zarzuty, **wnoszę o:**

- I.** uwzględnienie odwołania,
- II.** nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- III.** nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. i nakazanie powtórzenia przeprowadzenia badania i oceny ofert,
- IV.** względnie nakazanie Zamawiającemu ponownego wezwania FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny lub kosztu przedmiotu zamówienia i nakazanie powtórzenia przeprowadzenia badania i oceny ofert,

nadto, **wnoszę o:**

- V.** orzeczenie na rzecz Odwołującej się uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych, określonych na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy,
- VI.** dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,

VII. zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania oraz dokumentacji postępowania w postaci elektronicznej o udzielenie zamówienia na zaprojektowanie, dostawę i montaż systemów fotowoltaicznych wraz z systemem monitorowania dla budynków użyteczności publicznej w Gminie Miejskiej Rumia i w Gminie Szemud,

VIII. załączenie przez Izbę akt postępowania KIO 208/21 i przeprowadzenie dowodów ze znajdujących się w tych aktach dokumentów na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przesłane Odwołującej się w dniu 10 marca 2021 r. W związku z powyższym dziesięciodniowy termin o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1 p.z.p., uwzględniając fakt, że 20 marca 2021 r. był sobotą, zostanie dochowany w przypadku złożenia go najpóźniej w dniu 22 marca 2021 r.

Uzasadnienie

I. Interes we wniesieniu odwołania

Zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie przysługują podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p. Nie ulega wątpliwości, że w niniejszej sprawie Odwołująca się ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem analizowanego postępowania. Wynika to z faktu, że uczestniczyła ona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako wykonawca, lecz jej oferta została odrzucona.

Oferta FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. nie będąc odrzuconą otrzymałaby więcej punktów w ramach cenowego i pozacenowych kryteriów oceny ofert, co powoduje, że wybrana oferta DOMOTERMIKA nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Gdyby oferta FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. nie została odrzucona, jej oferta mogłaby zostać poddana ocenie pod kątem przesłanek spełniania warunków postępowania oraz oceniona pod względem tego, czy jest ofertą najkorzystniejszą w każdej z części. Niezgodne z przepisami odrzucenie oferty naraża zatem wykonawcę na szkodę w granicach *lucrum cessans*, tj. korzyści jakie mógłby odnieść, gdyby doszło do realizacji przezeń zamówienia.

II. Stan faktyczny

W dniu 16 września 2020 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w przedmiocie dostaw na Zaprojektowanie, dostawę i montaż systemów fotowoltaicznych wraz z systemem monitorowania dla budynków użyteczności publicznej w Gminie Miejskiej Rumia i w Gminie Szemud.

Dowód:

- ogłoszenie o zamówieniu (w aktach postępowania)

W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyła m.in. FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k.

Dowód:

- oferta FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. (w aktach postępowania)

W dniu 8 stycznia 2021 r. Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W treści informacji Zamawiający wskazał, w jej punkcie 5, że treść oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. nie odpowiada treści SIWZ ze względu na fakt, iż załącznik „AUTORYZACJA MONTAŻOWO – SERWISOWA” jest niezgodny z pkt 1 ppkt 7 oraz z pkt 21 ppkt 7 załącznika nr 1 do SIWZ, uzasadniając, że z przedmiotowego załącznika nie wynika, aby autoryzacja obejmowała montaż zaproponowanych w ofercie paneli fotowoltaicznych.

Dowód:

- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8 stycznia 2021 r. (w aktach postępowania)

FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. złożyła w przepisany termin odwołanie od powyższej czynności, które w zakresie odrzucenia FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. zostało uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Należy nadmienić, że w czynności z dnia 8 stycznia 2021 r. rzekoma niezgodność oferty z treścią SIWZ, będąca przedmiotem zarzutu uwzględnionego odwołania, była jedyną okolicznością, na podstawie której Zamawiający dokonał odrzucenia oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k.

Dowód:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2021 r. sygn. KIO 208/21 (w aktach postępowania)

Po wykonaniu czynności zgodnie z wyrokiem Izby, Zamawiający ponownie odrzucił ofertę FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k., tym razem wskazując jako podstawę niewykazanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Co istotne, postępowanie w przedmiocie wyjaśnień rażąco niskiej ceny prowadzone było przez Zamawiającego w listopadzie 2020 r. Zamawiający wezwał wówczas – 2 listopada 2020 r. –

czterech wykonawców do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Z punktu widzenia odwołania zasadnym jest skupienie się na wezwaniach skierowanych do Odwołującej się FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. oraz EKO-SOLAR Sp. z o.o. (wykonawcy, który został odrzucony z powodu braku aktualnej autoryzacji producenta paneli fotowoltaicznych na montaż i serwis zaoferowanych paneli).

W stosunku do obu wykonawców Zamawiający skierował niesprecyzowane wezwania, które opierały się w głównej mierze na przepisaniu przepisu ustawy. Obaj wykonawcy złożyli podobne co do merytorycznej treści wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Zamawiający po złożeniu wyjaśnień przez EKO-SOLAR Sp. z o.o. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia przedłożonych wyjaśnień poprzez załączenie kalkulacji ceny ofertowej, dopuszczając możliwość uzupełnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Powyższa procedura nie została wdrożona w stosunku do FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k.

Czynnością z dnia 10 marca 2021 r. Zamawiający odrzucił ofertę FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k., jako przyczynę wskazując rażąco niską cenę.

Okoliczność ta nie była przedmiotem wcześniejszych zarzutów Zamawiającego pod adresem oferty Odwołującej się, a nadto - pomimo znaczącego podobieństwa treściowego wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. do wyjaśnień EKO-SOLAR Sp. z o.o. - Odwołująca się nie została wezwana ponownie do złożenia wyjaśnień i dowodów w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Nadto, w ocenie Odwołującej się, wykazano, że cena nie jest rażąco niska, co nie dało w ogóle uprawnienia Zamawiającemu do odrzucenia oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k.

III. Cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską (zarzut I i II)

W ocenie Odwołującej się przyjęte uzasadnienie i decyzja o odrzuceniu oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. jest całkowicie nieprawidłowa z uwagi na fakt, że cena zaoferowana przez wykonawcę nie jest ceną rażąco niską.

Podnieść w tym miejscu należy, że Zamawiający słusznie ustalił, że cena ofertowa w ofercie FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. to 2.350.488,18 złotych. Przytoczyć należy także, że w treści wezwania do wyjaśnienia i wykazania, że cena nie jest ceną rażąco niską Zamawiający zastosował trywialne podejście, wskazując *de facto* na treść przepisu ustawy.

Jako główne założenie uzasadnienia zarzutu wskazać należy, że Zamawiający nie powinien, co do zasady, obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami w postaci

odrzućenia oferty, jeśli nie sprecyzował stopnia szczegółowości wyjaśnień, jakich oczekuje. Twierdzenia te znajdują aprobatę również w orzecznictwie KIO (np. wyrok KIO z dnia 24 lipca 2017 r., sygn. akt: KIO 1395/17, wyrok KIO z dnia 23 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 289/17), w których wskazano, że nie podziela się zapatrywania, jakoby wezwanie do złożenia wyjaśnień ograniczające się wyłącznie do przytoczenia przepisu art. 90 ust. 1 Pzp rodziło po stronie wykonawcy obowiązek wyjaśnienia bliżej nieokreślonych aspektów, które wywarły wpływ na skalkulowanie ceny jego oferty).

Zamawiający wymagał przedstawienia wyjaśnień w zakresie

- oszczędności metody wykonania zamówienia,
- wybranych rozwiązań technicznych,
- wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy,
- kosztów pracy.

W odpowiedzi na wezwanie z 2 listopada 2020 r. Wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. w dniu 9 listopada 2020 r. przedstawił dokument w formie wyjaśnień, w którym podniósł, że przede wszystkim Wykonawca wstępnie przedstawił argumentację dotyczącą wartości jaką Zamawiający wskazał jako wartość zamówienia.

Wykonawca odwołał się do faktu, że połowa Wykonawców przedstawiła oferty znacznie niższe niż kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na wykonanie zamówienia, wskazując, że **Zamawiający mógł przeszacować zamówienie i, odwołując się do wiedzy notoryjnej oraz własnego doświadczenia, wskazał, że kalkulacja sporządzona przez Zamawiającego mogła się opierać na cenach sprzed kilku lat.**

W odniesieniu do oszczędności metody wykonania zamówienia Wykonawca wskazał przede wszystkim, że ceny, które uzyskuje spółka na materiały są atrakcyjne i mają charakter zindywidualizowany, jednocześnie odnosząc się do tego, że ceny uzyskane na moduły fotowoltaiczne zostały obniżone w związku ze współpracą spółki z producentem MP Solar, której oświadczenie o oferowaniu Wykonawcy konkurencyjnych cen z uwagi na długotrwałą współpracę, duże wolumeny zamówieniowe oraz optymalizację kosztów transportu i logistyki mogą być niższe od 5 – 10 % od cen wyjściowych. Wykonawca wskazał także, że ograniczenia ceny w procesie technologiczno – logistycznym wynikają z braku konieczności najmowania sprzętu do wykonania określonej pracy.

FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. wskazała także jakiego rodzaju rozwiązania techniczne zostały uwzględnione w kalkulacji ceny ofertowej.

Odnosząc się natomiast do kosztów pracy, spółka jednoznacznie wskazała jaka stawka godzinowa pracownika została w kalkulowana w cenę z uwzględnieniem zwrotu kosztów zakwaterowania oraz zwrotu kosztów transportu w odniesieniu **na dzień sporządzania wyjaśnień.**

Wreszcie, do wyjaśnień została załączona kalkulacja cenowa w formie uproszczonej, przedstawiająca korelacyjną zależność pomiędzy poszczególnymi elementami ceny dla każdej mocy instalacji a zastosowanymi rozwiązaniami technicznymi.

W ocenie Odwołującej się, biorąc pod uwagę wyjaśnienia, że cena nie jest rażąco niska, wraz z załączonym kosztorysem i oświadczeniem MP Solar Group, Wykonawca przełamał domniemanie tego, że cena jest rażąco niska, zwłaszcza, że do wyjaśnień zostało wezwanych czterech wykonawców, co mogło wskazywać na wyraźne przeszacowanie wartości zamówienia.

Uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu oferty, Zamawiający jednak pomimo całkowicie nieskonkretyzowanego wezwania, obrał wysoce formalistyczny i rygorystyczny sposób oceny przedstawionych wyjaśnień i dowodów, z którym nie można się zgodzić.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach w przedmiocie wyliczeń kosztorysu, **pomimo, że wezwanie nie obejmowało przedstawienia cen poszczególnych elementów zamówienia – dlatego też Wykonawca uznał, że wystarczającym jest kosztorys uproszczony.**

W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie wykazał jak indywidualne podejście do robót i negocjacji cenowych miałyby przełożyć się na optymalizację cenową oferty, **pomimo załączenia oświadczenia MP Solar w zakresie konkurencyjności cen oferowanych FlexiPower Group i niezadania w wezwaniu pytania o to jak indywidualne podejście ma się przekładać na optymalizację cenową oferty.**

W ocenie Zamawiającego argument dotyczący najmu sprzętu mógłby się ostać jedynie w przypadku gdyby Wykonawca wykazał, że inni Wykonawcy koszt takiego najmu ponoszą, **pomimo że rolą Wykonawcy w postępowaniu nie jest szpiegostwo handlowe, a wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie służą - jak twierdzi Zamawiający - „wykazaniu przewagi konkurencyjnej”, a wyjaśnieniu, że oferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej ceny. W postępowaniu o udzielenie zamówienia Wykonawcy konkurują między sobą ofertami, a nie potencjałem ich sporządzania. Na marginesie, pomimo braku jakiegokolwiek**

skonkretyzowanego pytania w tym przedmiocie w wezwaniu, Zamawiający wprowadza nieznaną ustawie d.p.z.p. rygor dowodzenia władania rzeczami tożsamy z tym, jaki przewiduje się w postępowaniu cywilnym dla powództwa windykacyjnego, co jest całkowicie dla Wykonawcy niezrozumiałe.

W ocenie Zamawiającego argument dotyczący swojej skali działalności powinien zostać dowiedziony w odniesieniu do innych Wykonawców. Sfera podmiotowa – skala działalności, zdolność zawodowa i techniczna są przedmiotem zupełnie innego badania przez Zamawiającego i jeżeli Zamawiający chciałby takie badania przeprowadzić na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być określić je w odpowiedniej części specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powołanie się na skalę własnej działalności w wyjaśnieniach z 9 listopada 2020 r. miało na celu podkreślenie, że FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. jest w stanie zamówienie wykonać w danej cenie, co nie wymaga porównywania się z innymi mniejszymi lub większymi przedsiębiorcami startującymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odniesienie się do optymalizacji kosztów zatrudnienia jest w ocenie Odwołującej się pierwszym punktem uzasadnienia, w którym Zamawiający dotyka materii, o której wyjaśnienie wzywał w wezwaniu. Nadmienić należy, że wyjaśnienia składane były w dniu 9 listopada 2020 r. Owszem, treść rozporządzenia jest znana od połowy września 2020 r., ale uwzględniając odpowiedzialność Wykonawcy za składane w postępowaniu oświadczenia, Wykonawca musiał wskazać na stawkę 17 złotych z uwagi na fakt, że taka stawka w chwili składania oświadczenia była stawką obowiązującą. Nowe rozporządzenie Rady Ministrów weszło w życie w dniu 1 stycznia 2021 r., więc w chwili złożenia oświadczenia Wykonawca musiał odwołać się do stawek i kalkulacji w odniesieniu do obowiązującego prawa. Faktem notoryjnym jest, że przepis prawa, który jeszcze nie obowiązuje i tak może zostać treściowo zmieniony, więc odnośnienie się przez Zamawiającego do tego co powinien zrobić Wykonawca wyceniając ofertę we wrześniu 2020 r. jest absolutnie sprzeczne z logiką. Nadto wniosek Zamawiającego, że świadczy to o zaniżaniu kosztów przy wyliczaniu ceny oferty jest wysoce nierozsądny – Zamawiający poza wyjaśnieniami, że cena nie jest rażąco niska posiada także instrumenty, które pozwalają sprawdzić, czy osoby, które biorą udział w realizacji zamówienia są zatrudniane na umowę o pracę, a poza tym w samym projekcie umowy przewidział możliwość jej zmiany m.in. z powodu zmiany powszechnie obowiązujących przepisów – również

zabezpieczając się na wypadek konieczności zmiany związanej ze zwiększeniem się wynagrodzenia minimalnego (§ 13 ust. 5 lit. f) projektu umowy).

W ocenie Zamawiającego nie zostały wykazane deklarowane poziomy oszczędności w odniesieniu do wynegocjowanych cen materiałów, **pomimo przedstawienia dowodu na tę właśnie okoliczność.**

W zakresie przedstawionego zaplecza serwisowego, Zamawiający nie przedstawił w jaki sposób zapewnienie kosztów zakwaterowania i dojazdu miałyby stać w sprzeczności i być „gołosłownym” w stosunku do posiadania zaplecza serwisowego dostępnego na terenie województwa pomorskiego. **Po raz kolejny Zamawiający w uzasadnieniu odniósł się do kwestii stanowiących podmiotowe warunki udziału w postępowaniu.**

Reasumując, argumentacja Zamawiającego, nader formalistyczna i nieuwzględniająca absolutnie tego, jak w postępowaniu ukształtowały się ceny ofertowe złożone przez Wykonawców, nie może się ostać, gdyż nie uwzględnia przede wszystkim tego, jak Zamawiający z przedstawionego przez siebie i opracowanego minimalnym nakładem pracy wezwania wywiódł tak szerokie wątpliwości co do możliwych kosztów realizacji zamówienia przez FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. Argumentacja ta nie może się ostać jako ostateczna decyzja Zamawiającego, a zaniechanie uwzględnienia wyjaśnień i dowodów jako wykazujących brak rażąco niskiej ceny w ofercie FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. stoi w sprzeczności z ustawą, co czyni czynność odrzucenia niezasadną. Wykonawca wykazał, że cena nie jest rażąco niska.

IV. Zaniechanie ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień i dowodów

Zamawiający w sposób kategoriyczny i jednoznaczny naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jak wskazano już wcześniej, Zamawiający wprowadził *quasi*-sanacyjną procedurę w stosunku do wykonawcy Eko Solar sp. z o.o. w przedmiocie badania czy cena nie jest rażąco niska.

Przypomnieć należy, że Zamawiający uznał, że wyjaśnienia FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. miały charakter „szlampowy” i dlatego odrzucił ofertę wobec rzekomego niewykazania, że cena ofertowa nie jest rażąco niska.

Podobnie jak FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k., Eko Solar sp. z o.o. przedstawiła Zamawiającemu wyjaśnienia w formie pisemnej, wyjaśniając pewne okoliczności w odpowiedzi na przepisane z przepisu ustawy wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Odpowiedź ta miała charakter o wiele bardziej lakoniczny niż odpowiedź FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.

Wykonawca nie odpowiedział w zasadzie nawet na wszystkie pytania Zamawiającego, nie przedstawiając żadnych dowodów swoich twierdzeń.

Dowody:

- wezwanie do uzupełnienia przedłożonych oświadczeń lub dokumentów z dnia 9 listopada 2020 r. wobec Eko-Solar sp. z o.o. (w aktach postępowania)

- uzupełnienie wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny z dnia 9 listopada 2020 r. (w aktach postępowania)

Abstrahując od niewątpliwie podejrzanej, niezwykle szybkiej wymiany korespondencji i przygotowania odpowiedzi w ciągu kilku godzin od dostarczenia pierwszych wyjaśnień i ponownego wezwania, Zamawiający umożliwił innemu wykonawcy uzupełnienie swoich wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej, następnie je akceptując. Ani informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8 stycznia 2021 r. ani z dnia 10 marca 2021 r. nie zawiera w uzasadnieniu przytoczenia jakichkolwiek okoliczności wskazujących na to, że cenaa nie była rażąco niska.

Jakkolwiek w ocenie FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. wezwanie takie mogło mieć miejsce jedynie na podstawie art. 90 ust. 1 d.p.z.p., to dając taką możliwość wykonawcy, który w ocenie Zamawiającego znalazł się w podobnej sytuacji w zakresie dowodzenia rażąco niskiej ceny, powinien taką samą szansę dać FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. Skoro czynność została wykonana w dniu 9 listopada 2020 r., a Eko Solar sp. z o.o. wykonał żądanie zgodnie z jego treścią, to powinna zostać umożliwione także procedura sanacyjna wobec FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. Nie jest możliwe unieważnienie czynności wezwania z dnia 9 listopada 2020 r. w stosunku do Eko Solar sp. z o.o., bo czynność ta wywarła już trwały i nieodwracalny skutek na postępowanie o udzielenie zamówienia.

W celu zapewnienia równego traktowania uczestników postępowania, FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. powinna zostać wezwana do uzupełnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jeżeli jej wyjaśnienia przenosiły taki sam zakres treści co pierwotne wyjaśnienia Eko Solar sp. z o.o., a to miało niewątpliwie miejsce w tym postępowaniu.

Należy także wskazać, że za niezgodne z art. 7 ust. 1 p.z.p. trzeba uznać takie zachowanie Zamawiającego, który zezwala na sanację określonej czynności jednemu z Wykonawców, a nie pozwala na przeprowadzenie takiej czynności innemu, który znajduje się w takim samym położeniu.

V. Nieuzasadniona zmiana oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny pomiędzy 8 stycznia 2021 r. a 10 marca 2021 r.

FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. została w niniejszym postępowaniu odrzucona po raz drugi. Za pierwszym razem Zamawiający sformułował obszerne uzasadnienie odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. bez jakiegokolwiek wzmianki o rażąco niskiej cenie. Co istotne, Zamawiający posiadał już wówczas wyjaśnienia FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. i badał czy oferta jest zgodna z SIWZ między innymi w zakresie ceny i pozacenowych kryteriów ofert.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu popełnił błąd, sanowany orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2021 r. sygn. KIO 208/21. W związku z koniecznością uznania, że oferta jest zgodna z SIWZ, Zamawiający musiał dokonać ponownej oceny ofert.

Nie sposób nie poddać się wrażeniu, że ta ponowna ocena była obliczona na znalezienie podstawy do odrzucenia FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. na innej podstawie, choć nie to było przedmiotem analizy ze strony Krajowej Izby Odwoławczej.

W ocenie Odwołującej się, w sprawie pomiędzy 8 stycznia 2021 r., 16 lutego 2021 r., a 10 marca 2021 r. nie ujawniła się żadna nowa okoliczność, która pozwalałaby na odmienną ocenę oferty, której dopuścił się Zamawiający.

Podkreślić należy, że ustawodawca nałożył na Zamawiającego, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 p.z.p., obowiązek uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonania wykluczenia z postępowania. Uzasadnienie to nie jest jedynie kwestią o charakterze proceduralnym, konieczną dla uczynienia zadość zgodności postępowania z ustawą. Charakter informacji udzielonych przez Zamawiającego w uzasadnieniu pozwala bowiem Wykonawcy odnieść się w sposób merytoryczny do decyzji Zamawiającego, w szczególności podjąć decyzję o zastosowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2017 r., KIO 144/17, KIO 147/17: *„Przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 p.z.p., stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wykonawca po pierwsze*

podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. To przez pryzmat tego uzasadnienia i powołanych w nim okoliczności faktycznych oraz przedstawionej argumentacji KIO dokonuje oceny prawidłowości czynności odrzucenia oferty, a ocenie KIO mogą podlegać tylko okoliczności zakomunikowane wykonawcy. Nie mogą natomiast wpłynąć na rozstrzygnięcie sprawy okoliczności, które zamawiający podnosi dopiero w postępowaniu odwoławczym.”).

Uzasadnienie czynności z dnia 8 stycznia 2021 r. nie zawierało żadnej wzmianki o rażąco niskiej cenie, pomimo że Zamawiający badał te okoliczności, o czym świadczy chociażby uzasadnienie odrzucenia oferty Pro – Eco sp. z o.o. (zarówno z dnia 8 stycznia 2021 r., jak i z dnia 10 marca 2021 r.) Tym samym nie sposób przyznać słuszność takiemu zachowaniu Zamawiającego, gdzie Zamawiający bez żadnych nowych okoliczności odrzuca ofertę FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. **Jeśli bowiem takie okoliczności zaszły, to mając na uwadze dyspozytywny charakter postępowania o udzielenie zamówienia, FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. powinna mieć możliwość ponownego wypowiedzenia się w tej kwestii. Inaczej bowiem akceptowalibyśmy fakt, iż w sytuacji gdyby Zamawiający upierał się na niewybranie konkretnego wykonawcy, odrzucałby go kilkakrotnie na różnych podstawach, narażając Wykonawcę na koszty wnoszenia środków ochrony prawnej.**

Takie zachowanie Zamawiającego, w którym zmienia on ocenę oferty bez wyraźnych okoliczności, które mogłyby na tę ocenę wpłynąć, jest błędne.

Jednocześnie Odwołująca podkreśla, że w kontekście podniesionych zarzutów za czynność niezgodną z ustawą (wobec której jednak FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. nie będzie mieć interesu w celu wniesienia odwołania) będzie taka sytuacja, w której Zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołania uzupełni uzasadnienie informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, np. poprzez wskazanie, że cena Eko-Solar sp. z o.o. jest rażąco niska. Antycypując nielojalne procesowo zachowanie Zamawiającego, Odwołująca wskazuje na możliwość takiego działania.

VI. Wpływ na wynik postępowania

Zgodnie z art. 554 ust. 1 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. miałyby taki wpływ na wynik postępowania, że będzie ona mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Jak wskazuje Izba m.in. w wyroku z dnia 5 października 2016 r. (KIO 1760/16) „*Za wynik postępowania należy uznać wybór konkretnej oferty jako najkorzystniejszej.*” Uwzględnienie odwołania będzie skutkowało tym, że w postępowaniu będzie mogła być wybrana oferta Odwołującej.

W związku z powyższym, wnoszę jak w *petitum* odwołania.

Michał Post

***Prezes Zarządu FlexiPower Group sp. z o.o. – komplementariusza,
uprawnionego do reprezentowania FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.***

Wykaz załączników:

- dowód nadania odwołania dla Zamawiającego w formie elektronicznej,*
- dowód wniesienia wpisu w wysokości 15. 000 (piętnastu tysięcy) złotych,*
- dokumenty wymienione w uzasadnieniu odwołania,*
- pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,*
- wydruk z KRS FlexipowerGroup sp.z o.o.,*
- wydruk z KRS FlexipowerGroup sp. z o.o. sp.k.*