

Katowice, dnia 24 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Odwołująca: **Konsorcjum firm: Lider Konsorcjum – Minutor Energia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Mysłowicach (41-400) przy ul. Mikołowskiej 26/1a, wpisana do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy Katowice-Wschód w Katowicach Wydział VIII Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem: 0000848217, NIP: 2220917807

Uczestnik konsorcjum - Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych „BPW” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze (41-800) przy ul. Hagera 41, wpisana do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Gliwicach Wydział X Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem: 0000189169, NIP: 6481024909

reprezentowane przez Prezesa Zarządu Lidera Konsorcjum Zbysława Laska, adres do doręczeń: ul. Mikołowska 26/1a, Mysłowice 41-400

adres e-mail: *z.lasek@minutor-energia.pl*

numer telefonu: 32 478 89 00

Zamawiający: **Gmina Mniszków**, ul. Powstańców Wielkopolskich 10, 26-341 Mniszków,

adres e-mail: *budownictwo@mniszkow.pl*

numer telefonu: 44 756 15 22

Zamówienie: „Montaż mikroinstalacji prosumenckich w gminie Mniszków”, nr ZP.271/9/2020/RB
Numer ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych: 773284-N-2020 z dnia 29.12.2020r.

Wartość 950.000,00 zł brutto (wartość netto poniżej kwot progowych)

zamówienia (*słownie:* dziewięćset pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100)

publ.:

Wpis: 7.500,00 zł

(*słownie:* siedem tysięcy pięćset złotych 00/100)

Odwołanie

od czynności dokonanych przez Zamawiającego

Działając w imieniu Odwołującej – Lidera Konsorcjum: **Minutor Energia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Mysłowicach oraz Uczestnika konsorcjum: **Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych „BPW”** z siedzibą w Zabrze, na podstawie pełnomocnictwa, którego odpis niniejszym przedkładam w załączeniu, w oparciu o art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019)¹ w zw. z art. 513 PZP, niniejszym **wnoszę odwołanie od** czynności poczynionych przez Zamawiającego – Gminę Mniszków w postępowaniu o udzielenie zamówienia - „Montaż mikroinstalacji prosumenckich w gminie Mniszków”, nr ZP.271/9/2020/RB², któremu Odwołujący zarzuca naruszenie

- (i) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz.U. z 2019 r. poz. 18430)³ w zw. z art. 73f poprzedniego PZP, a to poprzez udzielenie przez Zamawiającego zamówienia publicznego ofercie niezgodnej z SIWZ, która równocześnie nie przedstawiała najkorzystniejszego bilansu ceny, spośród przedstawionych ofert,
- (ii) art. 7 ust. 1 poprzedniego PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 poprzedniego PZP, a to poprzez udzielenie przez Zamawiającego zamówienia publicznego ofercie, która nie odpowiada treści SIWZ.
- (iii) art. 7 ust. 1 poprzedniego PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 poprzedniego PZP, a to poprzez udzielenie przez Zamawiającego zamówienia publicznego ofercie zawierającej rażąco niską cenę oraz koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ, a w następstwie powyższych naruszeń, przeprowadzenie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez nieobiektywne i dyskryminujące ocenienie oferty Odwołującej;

Zważywszy na treść podnoszonych zarzutów, na zasadzie art. 554 ust. 1 oraz ust. 3 PZP, **wnoszę o:**

- (i) stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, to jest poprzez uznanie odwołania, a w konsekwencji
 - a. *jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta:*
 - i. unieważnienia czynności dokonania wyboru ofert wykonawcy EcoJura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością⁴;
 - ii. ponownego badania i weryfikacji ofert pod kątem zgodności z wymogami formalnymi oraz materialnymi zawartymi w SIWZ;
 - iii. zobowiązania do wyjaśnienia wątpliwości powstałych na tle złożonej przez Odwołującą oferty;

¹ Zwana dalej: PZP.

² Zwane dalej: zamówienie publiczne.

³ Zwana dalej: poprzednie PZP.

⁴ Zwana dalej: EcoJura.

- iv. dokonania wyboru oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej i spełniającej warunki określone w SIWZ;
 - v. prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- b. *jeżeli umowa została zawarta przez Zamawiającego*: unieważnić zawartą umowę oraz przeprowadzenie wyboru ofert zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji wynikającymi z ustawy PZP;
- (ii) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej kosztów postępowania odwoławczego, a w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika wedle norm przepisanych;
- (iii) dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:
- z dokumentu – ogłoszenie o zamówieniu publicznym z dnia 29 grudnia 2020 roku ;
Celem wykazania faktu: warunków zamówienia publicznego, warunków zaproponowanych przez Wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
 - z dokumentu - Zmiana nr 2 do SIWZ z dnia 31 grudnia 2021 rok;
celem wykazania faktu: warunków zamówienia publicznego, warunków zaproponowanych przez Wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
 - z dokumentu - Zmiana nr 3 do SIWZ z dnia 8 stycznia 2021 roku;
celem wykazania faktu warunków zamówienia publicznego, warunków zaproponowanych przez Wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
 - z dokumentu - Informacja z otwarcia ofert z dnia 14 stycznia 2020 roku;
celem wykazania faktu warunków zamówienia publicznego, warunków zaproponowanych przez Wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
 - z dokumentu - Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wydane przez Zamawiająca;
celem wykazania faktu: dokładnego określenia warunków przystąpienia do zamówienia przez wykonawców, jednoznacznego sprecyzowania postanowień SIWZ, zrealizowanie obowiązków przez Odwołującego
 - z dokumentu - oferta Odwołującej;
celem wykazania faktu: przedłożenia oferty zgodnej z SIWZ; nieprawidłowego określenia przez Wykonawcę EcoJura ceny instalacji gruntowej;
 - z dokumentu - oferta Wykonawcy – EcoJura, którego oferta została wybrana;
celem wykazania faktu: przedłożenia oferty niezgodnej z SIWZ, niezrealizowanie obowiązku wynikającego z art. 89 ust. 1 pkt. 4 poprzedniego PZP przez Zamawiającego;
 - z dokumentu - oferta uczestnika – Solair Instalacje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
celem wykazania faktu: nieprawidłowego określenia przez Wykonawcę EcoJura ceny instalacji gruntowej;
 - z dokumentu - oferta uczestnika – Piotr Martuszewski, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Komtech Piotr Martuszewski
celem wykazania faktu: nieprawidłowego określenia przez Wykonawcę EcoJura ceny instalacji gruntowej;

- z dokumentu - oferta uczestnika – Klif Energy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa,
celem wykazania faktu: nieprawidłowego określenia przez Wykonawcę EcoJura ceny instalacji gruntowej;
- z dokumentu - oferta uczestnika – Elbud Bełchatów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
celem wykazania faktu: nieprawidłowego określenia przez Wykonawcę EcoJura ceny instalacji gruntowej.
- z dokumentu - Wyjaśnienie nr 3 do SIWZ z dnia 8.01.2021r.
Celem wykazania faktu: zamiaru zamawiającego do zachowania integralności Załącznika nr 1 do SIWZ „Formularz ofertowy Wykonawcy”

Stosownie do treści art. 514 ust. 2 PZP: „Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.”, Odwołująca oświadcza, iż w dniu 24 lutego 2021 roku kopia niniejszego odwołania wraz z załącznikami została przesłana na oficjalny adres e-mail Gminy Mniszków wskazany w Biuletynie Informacji Publicznej, to jest: mniszkow@mniszkow.pl oraz budownictwo@mniszkow.pl.

Uzasadnienie

I. Opis stanu faktycznego i uzasadnienie prawne

1. W dniu 29 grudnia 2020 roku Gmina Mniszków udostępniła na stronie internetowej Biuletynu Informacji Publicznej dostępną pod adresem: <https://bip.mniszkow.pl>, ogłoszenie o zamówieniu publicznym pn. „Montaż mikroinstalacji prosumenckich w gminie Mniszków”, nr ZP.271/9/2020/RB. Termin przystąpienia do przetargu pierwotnie upływał w dniu 11 stycznia 2021 roku o godz. 12:00, lecz wskutek zmiany treści SIWZ z dnia 31 grudnia 2020 roku termin ten został zmodyfikowany w ten sposób, że złożenie ofert powinno nastąpić do dnia 12 stycznia 2021 roku do godz. 12:00. Następnie Zamawiający w dniu 8 stycznia 2021 roku dokonał kolejnej zmiany SIWZ, w której określił, iż przystąpienie do przetargu powinno nastąpić do dnia 14 stycznia 2021 roku do godz. 12:00.
2. Zgodnie z informacją z otwarcia ofert opublikowaną przez Zamawiającego w dniu 14 stycznia 2021 roku, do przetargu nieograniczonego przystąpiło sześć podmiotów.

Dowód:

- Ogłoszenie o zamówieniu publicznym z dnia 29 grudnia 2020 roku;
- Zmiana nr 2 do SIWZ z dnia 31 grudnia 2021 rok;
- Zmiana nr 3 do SIWZ z dnia 8 stycznia 2021 roku;
- Informacja z otwarcia ofert z dnia 14 stycznia 2020 roku;

celem wykazania faktu: warunków zamówienia publicznego, warunków zaproponowanych przez Wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

3. W dniu 19 lutego 2021 roku w Biuletynie Informacji Publicznej udostępnione zostało zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Za najkorzystniejszą uznana została oferta EcoJura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Jak wskazano w zawiadomieniu, wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu, oferta jest zgodna ze SIWZ i nie podlega odrzuceniu. Oferta uzyskała najwyższą ilość punktów w kryteriach oceny ofert. Odwołująca uzyskała drugi wynik w zakresie punktacji określonej przez Zamawiającą.

Dowód:

- Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 19 lutego 2021 roku;

Celem wykazania faktu: przyczyn odrzucenia oferty Odwołującej, bezzasadności odrzucenia.

Z powyższym wyborem Odwołująca nie może się zgodzić, a to z następujących przyczyn.

4. W treści postanowień Rozdziału 12. SIWZ, wskazano sposób obliczenia ceny oferty, która powinna zostać określona zgodnie z formularzem oferty, który stanowi załącznik do SIWZ. Wobec tego EcoJura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wskazała w ww. załączniku cenę wykonania przedmiotu zamówienia w wysokości 633.483,86 zł netto (słownie: sześćset tysięcy trzydzieści trzy tysiące czterysta osiemdziesiąt trzy złote 86/100). Nadto w Załączniku nr 1a „Formularz cenowy” wskazano szczegółowy kosztorys ofertowy dla konkretnych instalacji. Zdaniem Odwołującej EcoJura dokonała nieprawidłowego określenia ceny instalacji ze względu na fakt, iż dla instalacji gruntowej została określona taka sama cena jak dla instalacji dachowej. Konstrukcja wsporcza dla instalacji gruntowej cechuje się wysokim stopniem skomplikowania, a ponadto składa się ze znacznie większej ilości elementów, niż konstrukcja wsporcza dla instalacji dachowej, co znacznie zwiększa jej koszt. Konstrukcja gruntowa składa się z elementów w formie tzw. „stóp” – podpór, elementów łączników oraz ramy pod moduły. Cechą wspólną dla konstrukcji gruntowych oraz dachowych są ramy pod moduły oraz łącznik. Różnica występuje w postaci nóg wsporczych profili stalowych o dużym przekroju, których nie stosuje się w instalacjach montowanych na dachach. Zdaniem Odwołującej, wskazany w formularzu ofertowym koszt konstrukcji wsporczej dla instalacji gruntowej jest rażąco niski. Koszt netto konstrukcji wsporczej dla instalacji na gruncie w formularzu cenowym EcoJura jest o ponad 47% niższy od kosztów netto zawartych w formularzach cenowych wszystkich pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co wskazuje na niezachowanie należytej staranności przy sporządzeniu kosztorysu instalacji gruntowych.

Dowód:

- z dokumentu - oferta Odwołującej;

celem wykazania faktu: przedłożenia oferty zgodnej z SIWZ; nieprawidłowego określenia przez Wykonawcę EcoJura ceny instalacji gruntowej;

- z dokumentu - oferta Wykonawcy – EcoJura, którego oferta została wybrana;

- *celem wykazania faktu:* przedłożenia oferty niezgodnej z SIWZ, niezrealizowanie obowiązku wynikającego z art. 89 ust. 1 pkt. 4 poprzedniego PZP przez Zamawiającego;
- z dokumentu - oferta uczestnika – Solair Instalacje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
celem wykazania faktu: nieprawidłowego określenia przez Wykonawcę EcoJura ceny instalacji gruntowej;
- z dokumentu - oferta uczestnika – Piotr Martuszeński, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Komtech Piotr Martuszeński
celem wykazania faktu: nieprawidłowego określenia przez Wykonawcę EcoJura ceny instalacji gruntowej;
- z dokumentu - oferta uczestnika – Klif Energy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa,
celem wykazania faktu: nieprawidłowego określenia przez Wykonawcę EcoJura ceny instalacji gruntowej;
- z dokumentu - oferta uczestnika – Elbud Bełchatów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
celem wykazania faktu: nieprawidłowego określenia przez Wykonawcę EcoJura ceny instalacji gruntowej.

5. Zdaniem Odwołującej EcoJura określiła **rażąco niską** cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, która została szczegółowo określona w Załączniku nr 1 SIWZ. Rażąco niska cena to pojęcie funkcjonujące w systemie zamówień publicznych. Wobec tego należy podkreślić, iż jest to cena zupełnie niewiarygodna, odbiegająca bardzo istotnie od warunków rynkowych. Taka, która nie pozwala na wykonanie zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego. Jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych (UZP), za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną „niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości”.

Dowód:

- Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wydana przez Zamawiającego;
Celem wykazania faktu: dokładnego określenia warunków przystąpienia do zamówienia przez wykonawców, jednoznacznego sprecyzowania postanowień SIWZ, zrealizowanie obowiązków przez Odwołującego
- Oferta Odwołującej;
Celem wykazania faktu: przedłożenia oferty zgodnej z SIWZ
- Oferta Wykonawcy - EcoJura, którego oferta została wybrana;
Celem wykazania faktu: przedłożenia oferty niezgodnej z SIWZ, niezrealizowanie obowiązku wynikającego z art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz pkt. 4 poprzedniego PZP przez Zamawiającego.

6. Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) definiuje rażąco niską cenę następująco: „Cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku, znacznie odbiegająca od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazująca na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi” (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 czerwca 2019 roku, sygn. akt: 992/19).
7. Powyższe stanowisko jest prezentowane w wielu orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej. Należy podkreślić, że powyższe stanowisko ma zastosowanie nie tylko do cen sensu stricto, ale i do kosztów pewnych działań, o których mówią oferty wykonawców. Co również ważne przedmiotem oceny zamawiającego jest tu nie tylko sama cena/koszt na poziomie ogólnym, ale także ich istotne części składowe.
8. Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt. 4 poprzedniego PZP, „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt. 4 poprzedniego PZP punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, będzie wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek VAT. Przepis art. 89 ust. 1 pkt. 4 poprzedniego PZP wyraźnie bowiem wskazuje, iż chodzi o odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia. W chwili oceny ofert, jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT.
9. W odniesieniu do okoliczności określonej w ust. 1 pkt 4 komentowanego przepisu, tj. gdy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, należy wskazać, że w motywie 103 dyrektywy 2014/24/UE określono, iż oferty, które wydają się rażąco tanie w odniesieniu do robót budowlanych, dostaw lub usług, mogą opierać się na błędnych pod względem technicznym, ekonomicznym lub prawnym założeniach lub praktykach. Oferta powinna być obowiązkowo odrzucana w przypadkach, gdy instytucja zamawiająca stwierdzi, że proponowana rażąco niska cena lub takie koszty są wynikiem niezgodności z obowiązującym prawem unijnym lub zgodnym z nim prawem krajowym w dziedzinach prawa socjalnego, prawa pracy lub prawa ochrony środowiska bądź z przepisami międzynarodowego prawa pracy.
10. Zamawiający ma obowiązek zweryfikować, czy cena lub istotne elementy składowe złożonej oferty mogą sugerować, że wykonawca zaniża cenę w sposób, który uniemożliwi zrealizowanie danego zamówienia. Jeżeli zamawiający będzie miał wątpliwość, czy cena wskazana przez wykonawcę jest rażąco niska, ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień. Jeżeli mimo wyjaśnień wykonawcy (lub ich braku) zamawiający stwierdzi, że cena jest rażąco niska, nieadekwatna do

zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zobowiązany jest do odrzucenia takiej oferty.

11. W związku z powyższym zasadne jest przyjęcie przez Odwołującą, że Zamawiający dokonał nieprawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 19 lutego 2021 roku, nie biorąc pod uwagę czynników wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt. 4 poprzedniego PZP, które obligowały do odrzucenia oferty EcoJura.
12. Odnosząc się do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 poprzedniego PZP, należy wskazać, iż EcoJura dokonała modyfikacji Załącznika nr 1 do SIWZ „Formularz ofertowy Wykonawcy” poprzez ingerencję w stopkę, nagłówek oraz format pisma. EcoJura złożyła przedmiotową ofertę na formularzu ofertowym niezgodnym z wymaganiami zawartymi w pkt 6.1 ppkt 1) SIWZ. Stosownie do treści przedmiotowego postanowienia, Wykonawcy zobligowani byli do złożenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego „wypełnionego formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ”. Co więcej, w prowadzonym postępowaniu, w „Wyjaśnieniu nr 3 do SIWZ” z dnia 8.01.2021r. w odpowiedzi na Pytanie 20 w przedmiocie udostępnienia przez zamawiającego Formularza ofertowego w formie edytowalnej, zamawiający odmówił, co jednoznacznie wskazuje zamiar zamawiającego do zachowania integralności Załącznika nr 1 do SIWZ „Formularz ofertowy Wykonawcy”, przedkładanego w ofercie. Nadto, Odwołująca pragnie zwrócić uwagę, że zgodnie z zasadami udzielanych dotacji, którymi objęte jest przedmiotowe postępowanie, beneficjent zobowiązany jest do wykorzystywania znaków: Funduszy Europejskich – właściwego dla danego programu, Unii Europejskiej – właściwego dla danego funduszu, a także barw Rzeczypospolitej Polskiej oraz – w przypadku projektów współfinansowanych z programu regionalnego – również herb województwa lub oficjalne godło promocyjne województwa. Oferta EcoJura pozbawiona jest ww. właściwych oznaczeń, a dokonując wyboru tejże Zamawiający może narazić się na uchybienie obowiązkowi informacyjnemu ciążącemu na nim zgodnie ze Strategią komunikacji polityki spójności na lata 2014-2020, Księgą identyfikacji wizualnej znaku marki Fundusze Europejskie i znaków programów polityki spójności na lata 2014-2020, Wytocznymi w zakresie informacji i promocji programów operacyjnych polityki spójności na lata 2014-2020 oraz zgodnie z właściwymi im podstawami prawnymi.

W orzecznictwie przez pojęcie treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego zamówienia. „Treść oferty” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym.

Dowód:

- Wyjaśnienie nr 3 do SIWZ z dnia 8.01.2021r.;
- *Celem wykazania faktu:* zamiaru zamawiającego do zachowania integralności Załącznika nr 1 do SIWZ „Formularz ofertowy Wykonawcy”

13. Formularz oferty winien być sporządzony zgodnie z wymaganiami wynikającymi z SIWZ. Gospodarzem postępowania jest zamawiający. Do jego obowiązków należy m.in. opracowanie SIWZ wraz z wszystkimi niezbędnymi załącznikami. Formularz oferty jest jednym z zasadniczych załączników SIWZ. Jeżeli wykonawca samodzielnie wprowadza zmiany w treści wzoru formularza ofertowego to z jednej strony doprowadza do sytuacji, w której jego oferta przestaje być porównywalna z ofertami innych wykonawców. W związku z powyższym oferta EcoJura powinna zostać odrzucona na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt. 2 poprzedniego PZP.

II. Legitymacja Odwołującej

14. Stosownie do treści art. 505 ust. 1 PZP, *„środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”*. Przede wszystkim podkreślenia wymaga fakt, iż Odwołująca była wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt. 30 PZP, przecz o należy rozumieć *„osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego”*.

15. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 czerwca 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 1183/10, KIO/UZP 1184/10, *„(..) interes w uzyskaniu zamówienia należy pojmować jako interes faktyczny gospodarczy, a więc interes w zaoferowaniu swojego produktu na danym rynku”*. Odwołująca wskazuje, że posiadany przez nią interes ekonomiczny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia polega na tym, iż dysponuje ona nowoczesnymi rozwiązaniami technicznymi, które umożliwiają zrealizowanie zamówienia zgodnie z SIWZ. Co więcej, doświadczenie Odwołującej oraz zastosowanie nowoczesnych technologii pozwala na zrealizowanie w pełni oczekiwań Zamawiającego. Co więcej, Odwołująca jako przedsiębiorstwo polskie chce także czynnie uczestniczyć w rozwoju gospodarczym kraju, a także przyczynić się do sprawnego przeprowadzenia procesu modernizacji energetycznej w polskich gminach oraz rozwoju krajowych odnawialnych źródeł energii.

16. Realizacja zadań z zakresu zamówień publicznych pozwala na zbudowanie zaufania nie tylko organów administracji publicznej oraz jednostek finansów publicznych, ale także z sektora prywatnego. Wykonanie zamówienia publicznego doprowadziłoby również do rozpowszechnienia innowacyjnych rozwiązań wykorzystywanych przez Odwołującą, dzięki czemu umocniłaby swoją pozycję na rynku odnawialnych źródeł energii w Polsce. Natomiast wynagrodzenie, które Odwołująca

otrzymałaby z tytułu wykonania zamówienia, mogłaby przeznaczyć na dalszy rozwój oraz działalność, w tym na rozwijanie nowych polskich technologii.

17. Warto także wskazać, iż w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2014 roku, sygn. akt KIO 1708/14 podniesiono, że *„odwołanie nie jest środkiem ochrony prawnej, mającym na celu uzyskanie wyłącznie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale jest środkiem ochrony prawnej podejmowanym w celu uzyskania zamówienia przez wykonawcę”*. Odwołująca, która w przeciwieństwie do Wykonawcy, który uzyskał najwyższą ocenę, jest w stanie zrealizować zamówienie w określonym w ofercie terminu, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, bez narażenia na ryzyko finansowe.
18. Kolejnym elementem, który musi zaistnieć, aby można było mówić o uprawnieniu do wniesienia środka ochrony prawnej, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP.
19. Ze względu na brak definicji legalnej szkody na gruncie prawa zamówień publicznych, należy odwołać się do pojęcia szkody w ujęciu cywilnoprawnym. Mianem szkody majątkowej oznacza się uszczerbek w dobrach majątkowych (uwarunkowanych bezpośrednio interesem ekonomicznym, których wartość jest możliwa do wyrażenia w pieniądzu) [por. J. Ciszewski [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, LEX 2019/el.]. Stosownie do art. 361 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145)⁵, granice szkody majątkowej wyznaczają: strata oraz utracone korzyści. Przez pojęcie straty (damnum emergens) rozumie się pomniejszenie aktywów lub zwiększenie pasywów. Utracone korzyści (lucrum cessans) obejmują wartość aktywów, które nie weszły do majątku wskutek zdarzenia wyrządzającego szkodę, oraz wartość pasywów, które się wskutek tego zdarzenia nie zmniejszyły. W szczególności powinno się tu brać pod uwagę tylko te korzyści, które z wysokim prawdopodobieństwem znalazłyby się w majątku poszkodowanego.
20. Natomiast zgodnie z dyspozycją wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2011 roku, sygn. akt KIO 246/11: *„do wniesienia odwołania wystarczająca jest sama możliwość poniesienia szkody jako prawdopodobne następstwo naruszenia przez zamawiającego przepisów. Wystąpienie szkody jako takiej nie jest warunkiem sine qua non zasadności środka odwoławczego. Z tego też powodu inna osoba kwestionująca wybór trybu nie musi udowadniać, iż wygrałaby postępowanie, do którego nie została zaproszona, a jedynie możliwość poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”,* a ponadto *„wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem”* [tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 stycznia 2013 roku, sygn. akt 2933/12]. Dodatkowo, Krajowa Izba Odwoławcza podnosi także, że możliwość wnoszenia środków

⁵ Zwana dalej: KC.

ochrony prawnej nie tylko w celu zachowania praw wykonawcy w postępowaniu, ale również w celu zapewnienia zgodności z prawem całego postępowania o udzielenie zamówienia, tak aby umowa zawarta w jego wyniku nie była obciążona wadą uzasadniającą jej unieważnienie [tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 października 2011 roku, sygn. akt KIO 2044/11].

21. Wobec powyższego, Odwołująca wskazuje, iż przede wszystkim niniejsze odwołanie ma na celu zapewnienie prawidłowego, zgodnego z prawem przebiegu postępowania w zakresie udzielania zamówień publicznych.

III. Termin wniesienia odwołania

22. Zgodnie z postanowieniem Rozdziału 2 pkt. 1 SIWZ *„Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej poniżej progów ustalonych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych”*. Zgodnie z art. 11 ust. 8 poprzedniej PZP *„Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, kwoty wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, mając na względzie obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa Unii Europejskiej”*.
23. Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 roku w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2019 r. poz. 2450) wydane na podstawie z art. 11 ust. 8 poprzedniej PZP, ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień udzielanych przez zamawiających innych, niż określone w §1 pkt. 1 (...), jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych wartość kwoty 214.000,00 euro – dla dostaw lub usług. Średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych wynosi 4,2693 zł [§1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 grudnia 2019 roku w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2453)]. Wobec tego równowartość powyższej kwoty w euro stanowi 913.630,00 zł.
24. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt. 2 PZP *„Odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”*.
25. W pkt.1 Obwieszczenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 1 stycznia 2021 roku w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów zaznaczono, że *„(...) ogłasza się w załączniku do obwieszczenia – aktualne progi unijne, ich równowartości w złotych oraz równowartości*

w złotych kwot wyrażonych w euro w ustawie z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych”.

26. Zgodnie treścią powyższego załącznika od 1 stycznia 2021 roku aktualny próg unijny zamówień na dostawy w przypadku zamówień klasycznych udzielanych przez zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 1 PZP, będących jednostkami sektora finansów publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także przez zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 2 PZP, będących państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej – wynosi 139.000,00 euro, co stanowi równowartość kwoty 593.433,00 zł, zamawiających publicznych.
27. Natomiast w przypadku udzielania zamówień klasycznych na dostawy i usługi lub organizowania konkursów przez zamawiających publicznych, innych niż określonych powyżej– wynosi 214 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 913 630 zł.
28. Ze względu na treść postanowieniem Rozdziału 2 pkt. 1 SIWZ, należy zaznaczyć, iż na gruncie obecnie obowiązującej ustawy – Prawo zamówień publicznych, wartość zamówienia w niniejszej sprawie jest mniejsza niż progi unijne, bowiem wynosi 950.000,00 zł (*słowne: dziewięćset pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100) brutto. W takiej sytuacji, „odwołanie wnosi się: (..) w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”.*
29. Odwołująca otrzymała zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 19 lutego 2021 roku. Termin do wniesienia odwołania upływa zatem – zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt. 2 PZP - w dniu 24 lutego 2021 roku.

IV. Uzasadnienie wysokości wpisu

30. W myśl §2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 poz. 2437), *„Wysokość wpisu od odwołania, zwanego dalej „wpisem”, wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi lub w konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, wynosi 7500 złotych. Wobec obliczeń i uwag poczynionych w treści pkt. III niniejszego pisma, stwierdzić trzeba, że w niniejszej sprawie wpis od odwołania wynosi 7.500,00 zł.*

W świetle przedstawionych okoliczności, niniejsze odwołanie należy uznać za w pełni uzasadnione, a wobec tego - wnoszę i wywodzę jak na wstępie.

Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu;
- dowód przesłania kopii niniejszego odwołania Zamawiającemu;
- ogłoszenie o zamówieniu publicznym z dnia 29 grudnia 2020 roku;
- Zmiana nr 2 do SIWZ z dnia 31 grudnia 2021 rok;
- Zmiana nr 3 do SIWZ z dnia 8 stycznia 2021 roku;
- Informacja z otwarcia ofert z dnia 14 stycznia 2020 roku;
- Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wydane przez Zamawiająca;
- oferta Odwołującej;
- oferta Wykonawcy – EcoJura,
- oferta uczestnika – Solair Instalacje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
- oferta uczestnika – Piotr Martuszeński, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Komtech Piotr Martuszeński
- oferta uczestnika – Klif Energy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa,
- oferta uczestnika – Elbud Bełchatów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
- Wyjaśnienie nr 3 do SIWZ z dnia 8.01.2021r.

W imieniu Odwołującej,
Zbislaw Lasek