Sygn. akt: KIO 1697/19

WYROK

z dnia 17 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 2 września 2019 r. przez wykonawcę P.I.W. CAMCO Sp. z o.o., ul. Światowida 47 b lok. 22, 03-144 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Komendę Główną Straży Granicznej, al. Niepodległości 100, 02-514 Warszawa

przy udziale wykonawcy EST Energy Sp. z o.o. Sp. K., ul. Żeromskiego 114, 05-400 Otwock zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 z dnia 26.08.2019 r., jak i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części 1, w ramach których nakazuje odrzucenie oferty: EST Energy Sp. z o.o. Sp. K., ul. Żeromskiego 114, 05-400 Otwock na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, z uwagi na potwierdzenie się wskazanego wyżej zarzutu.

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Komendę Główną Straży

Granicznej, al. Niepodległości 100, 02-514 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P.I.W. CAMCO Sp. z o.o., ul. Światowida 47 b lok. 22, 03-144 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Komendy Głównej Straży Granicznej, al. Niepodległości 100, 02-514 Warszawa na rzecz P.I.W. CAMCO Sp. z o.o., ul. Światowida 47 b lok. 22, 03-144 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1697/19

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zakup elementów zasilania gwarantowanego oraz zasilania awaryjnego dla oddziałów SG, cz. 1", nr sprawy nadany przez Zamawiającego 34/BF/Błil/19; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 18.06.2019 r. pod nr 2019/S 115 - 281914 przez Skarb Państwa - Komenda Główna Straży Granicznej, al. Niepodległości 100, 02-514 Warszawa zwana dalej:

„Zamawiającym".

W dniu 26.08.2019 r. (za pomocą Platformy Smart PZP) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - oferty EST Energy Sp. z o.o. Sp. K., ul. Żeromskiego 114, 05-400 Otwock zwane dalej: „EST Energy Sp. z o.o. Sp. K." albo „EST" albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego". Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła oferta P.I.W. CAMCO Sp. z o.o., ul. Światowida 47 b lok. 22, 03-144 Warszawa zwane dalej: „P.I.W. CAMCO Sp. z o.o." albo „Odwołującym".

W dniu 02.09.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. wniosło odwołanie na czynność z 26.08.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 30.08.2019 r. (za pomocą Platformy Smart PZP). Odwołanie zostało wniesione na:

1. wyborze oferty złożonej przez wykonawcę EST jako najkorzystniejszej w Cz. 1 postępowania;

2. zaniechaniu czynności należytego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę EST w Cz. 1 postępowania polegających na:

a) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy EST złożonej w Cz. 1 postępowania, mimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę i winna być odrzucona a wykonawca EST wykluczony z udziału w postępowaniu;

b) zaniechaniu czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w Cz. 1 postępowania.

Ww. czynnościom i zaniechaniem Zamawiającego, Odwołujący stawia następujące zarzuty naruszenia:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp" w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty i wykluczenia

wykonawcy EST z Cz. 1 postępowania pomimo tego, iż udzielone przez niego wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej tego wykonawcy w Cz. 1 nie uzasadniły jej realności.

Wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu :

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. Dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnianiem:

a) odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy EST z Cz. 1 postępowania na podstawie art.

89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp ze względu na rażąco niską cenę;

b) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Cz. 1 postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy EST z Cz. 1 postępowania pomimo tego, iż udzielone przez niego wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej w Cz. 1 nie uzasadniają jej realności.

Pismem z 02.08.2019 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wezwał wykonawcę EST do udzielenia dokładnych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W szczególności Zamawiający wezwał wykonawcę EST do wyjaśnień w zakresie:

- wartości zasilaczy i akcesoriów do nich;

- wartości prac instalacyjnych i montażowych w całości oferty (szacowana ilość roboczogodzin oraz stawka roboczogodziny;

- wartości transportu przedmiotu zamówienia do miejsc wskazanych przez Zamawiającego;

- wartość 24-miesięcznych usług gwarancyjnych w całości oferty.

Pismem z 05.08.2019 r. EST udzielił wyjaśnień. W ocenie Odwołującego nie można uznać przedłożonych wyjaśnień za wystarczające i uzasadniające rentowność złożonej przez siebie oferty. Przedłożone pismo jest wyjątkowo lakoniczne i pozbawione jakichkolwiek dowodów czy choćby argumentów mających uprawdopodabniać zaprezentowane w nim rozbicie cenowe składników oferty. Odwołujący podnosił, że art. 90 ust. 3 Pzp może stanowić samodzielną podstawę odrzucenia oferty wykonawcy, w sytuacji gdy w wyniku wezwania zostały co prawda złożone wyjaśnienia, ale ich treść jest na tyle lakoniczna, że w zasadzie uniemożliwia zamawiającemu ich merytoryczną ocenę. Pismo wykonawcy EST może być zakwalifikowane jako złożenie wyjaśnień, które jedynie pozornie stanowią jakiekolwiek wyjaśnienie oferowanych cen, czy też ceny oferty. Powyższe stanowisko potwierdza m.in. wyrok KIO z 20.05.2010 r., sygn. akt: KIO 730/10. W podobnym tonie wypowiedziało się Izba w wyroku z 13.10.2014 r., sygn. akt: KIO 2031/14, w którym czytamy m.in.: „Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty zobowiązany jest do złożenia

wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej

przez niego oferty nie jest rażąco niska, izba uznała, że odwołujący nie sprostał powinności nałożonej przez przepisy ustawy, zatem jego oferta podlega odrzuceniu. Zgodnie bowiem z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego,- co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.”

W ocenie Odwołującego, złożone w toku postępowania wyjaśnienia EST dotyczące ceny ofertowej, nie uzasadniają realności ceny ofertowej. Odwołujący podnosił, że to na wykonawcy, w odniesieniu do którego zaistniało podejrzenie rażąco niskiej ceny oferty, ciąży obowiązek wykazania, że cena ta nie jest rażąco niska, lecz jest realna, rynkowa oraz że zapewnia zarówno wykonanie zamówienia w sposób zgodny z wszystkimi wymaganiami zamawiającego, jak również osiągniecie zysku przez Wykonawcę.

Warto podkreślić, że wykonawca EST nie podjął nawet próby wykazania, że realizując Cz. 1 zamówienia osiągnie choćby minimalny zysk.

Stanowisko Odwołującego opiera się o orzecznictwo Izby. Tytułem przykładu Odwołujący powołuje się na wyrok z 17.01.2018 r. o sygn. akt: KIO 23/18 „W istocie bierność po stronie zmawiającego i braki w wyjaśnieniach, skutkowały ostaniem się zarzutów w tym zakresie, ponieważ nie zaoferowano nie tylko dowodów, ale nawet przekonujących twierdzeń na okoliczność przeciwną - niezależnie od konkretnej wysokości nie wziętych pod uwagę kosztów; w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, spółka niewątpliwie nie osiągnęłaby żadnego zysku z realizacji przedmiotowego zamówienia, a jest bardzo prawdopodobne, iż realizowałaby je”.

Wskazał także, że Zamawiający nie zobowiązywał wykonawców do podania marki i modelu oferowanego sprzętu. Jednakże, w ocenie Odwołującego w wyjaśnieniach składanych w toku procedury z art. 90 ust. 1 Pzp należy się odnieść do tego co się faktycznie oferuje. Brak wskazania marki i modelu zasilaczy uniemożliwia Zamawiającemu jakąkolwiek weryfikacje przedłożonych wyliczeń. Wskazane wyżej braki w wyjaśnieniach, ich lakoniczność przesądzają o tym, że wykonawca EST nie podołał ciążącemu na nim obowiązku wykazania, udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena ofertowa jest realna.

Mając na uwadze powyższe. Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy EST z Cz. 1 postępowania pomimo tego, iż udzielone przez niego wyjaśnienia złożone dotyczące ceny ofertowej w Cz. 1 nie uzasadniają realności ceny ofertowej.

Zamawiający w dniu 03.09.2019 r. wezwał (za pomocą Platformy Smart PZP) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 04.09.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) EST Energy Sp. z o.o. Sp. K. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 16.09.2019 r. (e-mailem), a 17.09.2019 r. (na posiedzeniu) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddala w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym. W związku z faktem, że całkowita cena złożonych ofert jest niższa, o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania Zamawiający pismem z dnia 02.08.2019 r. wezwał Wykonawcę na podstawie art. 90 Pzp w zakresie cz. 1 postępowania do udzielenia dokładnych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w zakresie części 1 przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- wartości zasilaczy i akcesoriów do nich;

- wartości prac instalacyjnych i montażowych w całości oferty (szacowana ilość roboczogodzin oraz stawka roboczogodziny);

- wartości transportu przedmiotu zamówienia do miejsc wskazanych przez Zamawiającego;

- wartość 24-miesięcznych usług gwarancyjnych w całości oferty.

W ocenie Odwołującego, złożone wyjaśnienia przez firmę EST: „nie można uznać za wystarczające i uzasadniające rentowność złożonej przez siebie oferty. Pismo jest wyjątkowo lakoniczne i pozbawione jakichkolwiek dowodów czy choćby argumentów mających uprawdopodobniać zaprezentowane w nim rozbicie cenowe składników ofert". Dodatkowo Odwołujący podnosi, że „ ich treść jest na tyle lakoniczna, że w zasadzie uniemożliwia zamawiającemu ich merytoryczną ocenę”.

Zamawiający mając merytoryczną wiedzę na temat rynku dostępnych i leżących w obszarze jego zainteresowań rozwiązań będących przedmiotem zamówienia a także analizując złożone w postępowaniu oferty, w tym również potencjał techniczny Wykonawców uznał, że taki poziom szczegółowości wyjaśnień, jaki określono w wezwaniu jest wystarczający i pozwoli na prawidłową ocenę złożonych ofert. Każdy z wezwanych Wykonawców jest zidentyfikowany przez Zamawiającego, jako Wykonawca o odpowiednim potencjale technologiczno - organizacyjnym pozwalającym na zrealizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego. Wskazane przez Zamawiającego

w wezwaniu elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny w sposób jasny i czytelny dla Zamawiającego pokazują realność złożonych ofert.

Jednocześnie, Zamawiający wskazuje, że ocena ceny Wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp pod kątem jej rażąco niskiego charakteru może być dokonana wyłącznie na podstawie wyjaśnień, które powinny stanowić odpowiedź adekwatną do oczekiwań zamawiającego, wyartykułowanych w treści wezwania (wyrok KIO z 24.09.2018 r., sygn. akt KIO 1806/18). Przy ocenie wyjaśnień składanych przez Wykonawcę, Zamawiający powinien uwzględnić treść samego wezwania, a zatem na ile wyjaśnienia te rozwiewają wątpliwości Zamawiającego w kontekście zadanych pytań. Zamawiający, określił w wezwaniu do złożenia wyjaśnień stopień szczegółowości, jaki jest dla niego wystarczający celem właściwej oceny ofert i Wykonawca EST Energy złożył wyjaśnienia zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, spełniając tym samym oczekiwania

Zamawiającego. Zarzut Odwołującego o lakoniczności treści wyjaśnień, uniemożliwiających Zamawiającemu merytoryczną ocenę jest chybiony z uwagi na przesłanie wyjaśnień przez EST Energy zgodnie z treścią wezwania Zamawiającego. W tym miejscu podkreślił, że na pięć złożonych ofert jedynie jedna nie mieściła się w szacunkach Zamawiającego, pierwsze trzy oferty były zbliżone wartościowo do siebie a różnica pomiędzy ofertą Odwołującego a wybraną przez Zamawiającego wynosi 15 693,57 zł. Przy tak zbliżonych wartościach ofert, błędny jest zarzut o braku realności ceny ofertowej firmy EST Energy. Zamawiający przy ocenie wyjaśnień powinien kierować się zasadami logiki, posiadaną wiedzą i znajomością rynku, w zakresie, którego udziela zamówienia. W wyniku ich negatywnej oceny, powinien wykazać przyczyny, dla których wyjaśnienia uznaje za niedostateczne, przy czym chodzi o obiektywnie powstałe zastrzeżenia. Mając na uwadze znajomość rynku oraz doświadczenia Zamawiającego, jeżeli chodzi o konstrukcję ofert przy udzielaniu tego typu zamówień (rabaty producenckie, szacowanie cen przy uwzględnieniu ryzyka, obowiązujące marże) Zamawiający ocenił oferty w postępowaniu, jako realne i gwarantujące wykonanie przedmiotu dostawy.

Kolejny zarzut Odwołującego dotyczy faktu, że:„ Zamawiający nie zobowiązał

Wykonawców do podania marki i modelu oferowanego sprzętu.... Brak wskazania marki

i modelu zasilaczy uniemożliwia Zamawiającemu jakąkolwiek weryfikację przedłożonych

wyliczeń". Zgodnie z przyjętą wykładnią rażąco niską cenę należy odnosić do ceny całej oferty, a nie poszczególnych cen jednostkowych. Potwierdzają to wyroki KIO z 15.01.2014 r., sygn. akt: KIO 3021/13 oraz z 02.11.2017 r., sygn. akt: 2155/17.

Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia ma na uwadze złożone w formularzu ofertowym oświadczenie Wykonawców o spełnianiu przez zaoferowane przez nich urządzenia wszystkich wymagań Zamawiającego. Brak wskazania marki i modelu zasilaczy

w wezwaniu do złożenia wyjaśnień wynika również z przyjętej formy formularza ofertowego, który również nie zawiera nazw i modeli urządzeń. Zobowiązywanie Wykonawców na tym etapie do wskazania konkretnych urządzeń mogłoby skutkować dezaktualizacją złożonych wyjaśnień w przypadku nieprzewidywalnych okoliczności rynkowych pomiędzy terminem wyboru Wykonawcy a realizacją przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że również Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny swojej oferty. Złożone wyjaśnienia zostały przyjęte przez Zamawiającego jako wystarczające wyczerpujące kwestię ewentualnej rażąco niskiej ceny. W wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego zachodzą okoliczności potwierdzające zasadność braku modelu i marki zasilaczy w wezwaniu do złożenia wyjaśnień.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówieniu. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego na płytce CD.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także pisma procesowe złożone w sprawie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanego na posiedzeniu i rozprawie zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

• art. 7 ust. 1 i 3 ust.1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy EST z Cz. 1 postępowania pomimo tego, iż udzielone przez niego wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej tego wykonawcy w Cz.

1 nie uzasadniły jej realności.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Istotna jest również treść wezwania z

dnia 02.08.2019 r. i udzielonych wyjaśnień (05.08.2019 r.) wskazanych w odwołaniu - bez dowodów. W ich ramach wskazał: „(...) przedstawiamy rozbicie całkowitej kwoty oferty brutto w zakresie części 1. (801 562,71zł.) zgodnie z wytycznymi:

- wartości zasilaczy i akcesoriów do nich: 642 398,25 zł.;

- wartości prac instalacyjnych i montażowych w całości oferty: 74 028,81 zł., (w tym 450 rbg. x 92,25zł. = 41 512,50 zł.);

- wartości transportu przedmiotu zamówienia do miejsc wskazanych przez

Zamawiającego: 20 886,39 zł.;

- wartość 24-miesięcznych usług gwarancyjnych w całości oferty: 64 249,26 zł.;

w zakresie części 1 zamówienia w ramach prawa opcji rozbicie całkowitej kwoty oferty brutto (125 710,92 zł.):

- wartości zasilaczy i akcesoriów do nich: 87 453,13 zł.;

- wartości prac instalacyjnych i montażowych w całości oferty: 17 473,94 zł., (w tym 90 rbg. x 92,25zł. = 8302,5 zł.);

- wartości transportu przedmiotu zamówienia do miejsc wskazanych przez

Zamawiającego: 5 696,29 zł.;

- wartość 24-miesięcznych usług gwarancyjnych w całości oferty: 15 087,56 Do

dalszych kwestii Izba odniesie się w dalszej części w ramach rozpatrywanego zarzutu.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie postawionego w odwołaniu zarzutu, Izba uznała, że w/w zarzut podlega uwzględnieniu. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie do art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia

dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Art. 90 ust. 1a Pzp stanowi, że przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości

zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Nadto, według art. 90 ust. 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość decyzji o odrzuceniu lub też nie oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie Zamawiającego (art. 180 ust. 1 Pzp). Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało niewątpliwe odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska. Zatem wykazanie prawidłowości ceny musiało nastąpić co należy wyraźnie podkreślić - na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu, natomiast niewykazanie w tych wyjaśnieniach, że cena jest realna, powoduje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty.

Podkreślenia wymaga również, że prawidłowości ceny oferty nie można wykazywać poprzez powoływanie się na specjalistyczną wiedzę Zamawiającego (co czynił Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie) prowadzącego działalność w danej branży. Istnienie po stronie Zamawiającego takiej wiedzy nie usprawiedliwia odstąpienia od złożenia wyczerpujących wyjaśnień, tylko bowiem na podstawie ich treści, nie zaś na podstawie wiedzy własnej Zamawiającego, powinna być dokonywana ocena, czy oferta podlega odrzuceniu. Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko wyrażone m.in. w wyrok KIO z 03.01.2017 r., sygn. akt: KIO 2391/16; KIO 2392/16: „(...) Zamawiający natomiast w odpowiedzi na odwołanie, z enigmatycznych wyjaśnień wykonawcy (...) wyprowadził własne uzasadnienie oferowanych cen w istocie bazując na swojej własnej wiedzy, a nie na złożonych wyjaśnieniach. (...) zamawiający, wbrew postanowieniom art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - przejął na siebie obowiązek uzasadnienia prawidłowości ceny oferty wykonawcy (...) Sam fakt uruchomienia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp potwierdza, że zamawiający powziął wątpliwości co do realności cen wezwanego wykonawcy, które w konsekwencji, bez wyjątku wymagają wyjaśnienia w myśl wskazań danej normy i oceny tychże wyjaśnień. Zgłoszone dowody odnoszą się ogólnej wiedzy zamawiającego na temat kształtowania się cen danych usług, a nie do enigmatycznych wyjaśnień wykonawcy (.). Można rzec, zamawiający "wyręcza" wykonawcę (..) w zakresie złożenia dowodów na okoliczności zaprzeczenia - rażąco niskiej ceny oferty (.)”.

Podobnie prawidłowości ceny, mimo złożenia ogólnych i gołosłownych wyjaśnień, nie można wywodzić z tego, że różnice między cenami poszczególnych oferty nie są rażąco duże oraz z tego, że wartość szacunkowa zamówienia została zawyżona. Podobnie w wyroku KIO z 11.01.2019 r., sygn. akt: KIO 2637/18.

Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień powoduje bowiem powstanie po jego stronie obowiązku wykazania realności i prawidłowości kalkulacji ceny, poprzez złożenie wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień. Nie może więc być tak, że wykonawca składa ogólne wyjaśnienia, a następnie w postępowaniu odwoławczym twierdzi, że różnice między cenami poszczególnych ofert nie są drastycznie wysokie, a Zamawiający ma wiedzę pozwalającą mu uznać, że zaoferowana cena jest realna.

W związku z tym wywody przedstawione przez Zamawiającego, jak i Przystępujących z rozprawy, a odnoszące się do braku znaczącej różnicy między zaoferowaną przez niego ceną a cenami pozostałych ofert (z jednym wyjątkiem), w tym Odwołującego, nie mogą być argumentem potwierdzającym brak obowiązku odrzucenia oferty ceny, gdyż prawidłowość ceny powinna zostać wykazana wyjaśnieniami składanymi Zamawiającemu, w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia. Nawet jeśli wysokość ceny nie wynika z nadzwyczajnych okoliczności, na Wykonawcy spoczywa obowiązek szczegółowego wyjaśnienia, w jaki sposób ją skalkulował, jakie założenia przyjął do kalkulacji i co w niej uwzględnił.

Jednocześnie Przystępujący wskazując z jednej strony na rozprawie, że 90 % zamówienia zrealizuje własnymi siłami, stwierdził także, że uzyskał lepsze ceny od producenta urządzeń. W tym kontekście podnosząc, że miał wątpliwości czy ich konkretne podanie nie naruszy tajemnicy handlowej. Wynika wiec z tego, że dysponował ofertami handlowymi, ale ich nie złożył, choć mógł zastrzec je jako tajemnice przedsiębiorstwa. Dodatkowo, Izba w tym kontekście zwraca uwagę, w zakresie konieczności załączenia dowodów do wyjaśnień za wyrokiem KIO z 29.04.2016 r., sygn. akt: KIO 596/16, że: „W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania

zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien

załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które

potwierdzą powyższe okoliczność. ”.

Izba podkreśla również, że Zamawiający nie mógł zstępować Przystępującego w wyjaśnianych i wykazywaniu, nawet jeśli aktualnie Zamawiający współpracuje lub współpracował z Wykonawcą. Podobnie w wyroku KIO z 19.01.2017 r., sygn. akt: KIO 28/17, czy też wyrokiem KIO z 05.04.2017 r., sygn. akt: KIO 539/17: „Żądanie wyjaśnień i dowodów na ich potwierdzenie, jest niezależne od tego, czy Zamawiający aktualnie współpracuje z danym wykonawcą, czy też nie. Zgodnie z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający jest zobowiązany wymagać wyjaśnień pełnych i obiektywnych, potwierdzonych dowodami dotyczącymi sposobu kalkulacji ceny oferty w równym stopniu od wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zamawiający nie może opierać się w tym zakresie wyłącznie na własnej wiedzy lub informacjach ogólnodostępnych (np. składanych przez wykonawcę w innym postępowaniu). Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa wyłącznie na wykonawcy. Zamawiający nie może zwolnić wykonawcy z tego obowiązku z tego względu, że wykonawca realizuje na jego rzecz umowę na zbliżony przedmiot zamówienia. Takie działanie stanowi naruszenie elementarnych zasad obowiązujących w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności zasady zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”. (str. 16-17 uzasadnienia).

W wezwaniu z 02.08.2019 r. Zamawiający odniósł się do sankcji w wypadku, gdy ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami będzie niekorzystna dla Wykonawcy: „(.)zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”. W wyjaśnieniach Przystępujący ograniczył się jedynie do krótkich odpowiedzi na zadane pytania, gdyż jak stwierdził na rozprawie, różnice cenowe były nieznaczne. Jednakże, jak Izba wskazywała już powyżej uruchomienie trybu z art. 90 ust.1 Pzp (w tym wypadku, jak potwierdził na rozprawie Zamawiający zaistniały w tym zakresie przesłanki obligatoryjne wynikające z przepisu) tworzy domniemanie prawne (praesumptio iuris) (m.in. za wyrokiem KIO 24.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1637/17, KIO 1673/17, czy też wyrokiem KIO z 07.05.2014 r., sygn. akt: KIO 798/14), które Wykonawcy musza obalić. Uzyskane wyjaśnienia były hasłowe i de facto gołosłowne oraz pozbawione dowodów. Podkreślenia przy tym ponownie wymaga, że Zamawiający nie jest uprawniony do domniemywania jakichkolwiek okoliczności, niestanowiących treści wyjaśnień, za pomocą których sam wykonawca nie opisuje własnej sytuacji i które pozostają nieudowodnione. Pogląd ten jest wielokrotnie powtarzany w orzecznictwie KIO (wyroki KIO o sygn. akt: KIO 267/15, KIO 2721/15, KIO 2813/15, KIO 2785/15, KIO 371/16, KIO 482/16, KIO 484/16, KIO 559/16, KIO 2406/15, KIO 818/15, KIO 925/15, KIO 1410/15, KIO 1415/15, KIO 422/17, KIO 416/17), a z ich treści wynika, iż wykonawca, jako podmiot profesjonalnie zajmujący się wykonywaniem umów zawartych w trybie Pzp, powinien dołożyć wszelkiej staranności, aby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były konkretne, rzetelne, zwięzłe i zawierające odpowiednie kalkulacje, a nie ogólne, uniwersalne, rozległe, bez przywołania niezbędnych dowodów. Podobnie w wyroku KIO o sygn. akt: KIO 1363/13 oraz wyrok KIO o sygn. akt: KIO 239/14.

Izba jedynie dla porządku podkreśla, że wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej wystosowane do Przystępującego oraz Odwołującego były takie same, lecz wyjaśnienia są zgoła odmienne i nie chodzi jedynie o ilość stron, ale ich wartość

merytoryczną.

Nadto, Izba nie może odnieść się do wyjaśnień Odwołującego, gdyż to nie one są przedmiotem odwołania oraz zarzutu. Jedynie podnosi, za orzecznictwem (za wyrokiem KIO z 18.06. 2019 r., sygn. akt: KIO 1040/19), iż Wykonawcy mają wykazać możliwość dysponowania określonymi wartościami cenowymi. Dodatkowo, kwestia wykazywania nowych elementów przez Przystępującego na rozprawie, ponad to, co było w wyjaśnieniach nie może być brane pod uwagę na tym etapie. Podobnie w wyroku KIO z 31.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1733/17.

Ewentualne dopytywanie Przystępującego w zakresie elementów nie znajdujących się w wyjaśnieniach byłoby działaniem sprzecznym ze zasadą równego traktowania (art. 7 ust. 1 Pzp) i stanowiłoby de facto, przywracanie terminu. Za wyrokiem KIO z 24.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1637, sygn. akt: KIO 1673/17 oraz wyrokiem z 27.06.2019 r., sygn. akt: KIO

1060/19: „Izba naturalnie pamięta o możliwości wieloetapowego wezwania do wyjaśnień (dopytywania), ale także w granicach pierwszych wyjaśnień, a nie ponad je. Izba wskazuje, że można wnosić o dowody dodatkowe, a nie dowody, których nie było, gdyż jest to przejaw

(brak ich załączenia do wyjaśnień, czy też brak wskazania) - braku współpracy ze strony

Wykonawcy. W przedmiotowym stanie faktycznym, Izba nie dopuszcza możliwości nakazania ponownego wezwania o wyjaśnienia - tzn. dopytywania (doprecyzowania), gdyż byłoby to ponad to, co zostało faktycznie złożone przez Odwołującego. Brak wiarygodnych wyjaśnień i dowodów - brak ich załączenia do wyjaśnień - to brak współpracy ze strony Wykonawcy. Podobnie w wyroku KIO z 14.06.2016 r., sygn. akt: KIO 962/16, czy też w wyroku KIO z 06.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1598/16.”.

Odnośnie kwestii braku wskazania marki i modelu zasilaczy w wyjaśnianiach, w ocenie Izby, jest to nie mniej kluczowe, gdyż uniemożliwia to rzetelną weryfikacje zwłaszcza wobec braku jakichkolwiek dowodów załączonych do wyjaśnień. De facto bowiem wiedza specjalistyczna Zamawiającego (nota bene nie wskazał, co z tej wiedzy wynika, czyli z jakimi modelami, czy też markami zasilaczy mamy do czynienia) jest jednie podstawą domysłów, co w tej cenie zostało zaoferowane. Ostatecznie bowiem weryfikacja miała mieć miejsce przy odbiorze. Wobec jednakże trybu z art. 90 ust. 1 Pzp jest to zbyt mało, aby uznać wyjaśnienia za rzetelne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. tj. . zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący: