

WYROK

z dnia 27 lipca 2020 r. Krajowa Izba

Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2020 r. przez wykonawcę MARVEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi przy ul. Żelaznej 7 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Łodzi z siedzibą w Łodzi przy ul. Nowy Józefów 52,

przy udziale wykonawcy AMX P. K., R. S. Sp. J. z siedzibą w Rzgowie przy ul. Łódzka 69a, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert połączoną z odrzuceniem oferty wykonawcy AMX P. K. R. S. Sp. J. z siedzibą w Rzgowie przy ul. Łódzkiej 69A na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego: Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Łodzi z siedzibą w Łodzi przy ul. Nowy Józefów 52 i:

3.1 zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę MARVEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi przy ul. Żelaznej 7 tytułem wpisu od odwołania.

3.2 zasądzić od zamawiającego: Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Łodzi z siedzibą w Łodzi przy ul. Nowy Józefów 52 na rzecz wykonawcy MARVEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi przy ul. Żelaznej 7 kwotę 11 117 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto siedemnaście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej uiszczonej od udzielonego pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 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 Łodzi.

Przewodniczący:
UZASADNIENIE

Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Łodzi z siedzibą w Łodzi przy ul. Nowy Józefów 52 (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) - zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Najem, bez limitu kilometrów, 42 sztuk fabrycznie nowych samochodów osobowych, z pakietem ubezpieczeń OC/AC/NNW/Assistance przeznaczonych do egzaminowania na kategorię B prawa jazdy, a także z bieżącym serwisowaniem”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 kwietnia 2020 r. pod numerem 536689-N-2020.

W dniu 18 czerwca 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawcę MARVEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi przy ul. Żelaznej 7 (dalej: „Odwołujący” lub „MARVEL”), iż w ramach prowadzonego postępowania za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy AMX P. K., R. S. Sp. J. z siedzibą w Rzgowie przy ul. Łódzkiej 69a (dalej: „AMX” lub „Przystępujący”).

W dniu 23 czerwca 2020 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- czynności dokonania wyboru przez Zamawiającego oferty wykonawcy AMX jako oferty najkorzystniejszej oraz bezpodstawnym wielokrotnym wzywaniu w/w oferenta do składania wyjaśnień i w konsekwencji uznania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy została złożona z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- zaniechania przez Zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę AMX jako oferty złożonej z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1.art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania i faworyzowanie (nierównego traktowania) wykonawcy AMX przez wielokrotne zadawanie jemu pytań, dotyczących kwestii udzielenia wyjaśnień w procedurze wykluczenia stosowania przez kilkukrotne wzywanie tego wykonawcy do przedstawienia dowodów na rażąco niskiej ceny, naruszając m.in. zasadę zachowania uczciwej konkurencji, zasady proporcjonalności i przejrzystości;
- 2.art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AMX jako oferty, której złożenie i treść stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z wielokrotnym zwracaniem się do ww. wykonawcy z prośbą o uzasadnienie i przedstawienie dowodów na niestosowanie rażąco niskiej ceny w jego ofercie oraz przez daniu wiary w wyjaśnienia wykonawcy AMX podczas, gdy mając na uwadze doświadczenie życiowe i zawodowe Zamawiającego oraz realia rynku nowych pojazdów samochodowych, cen wynajmu nowych pojazdów oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę i była znacznie odmienna (zaniżona) niż oferty pozostałych wykonawców i w konsekwencji wybór tej oferty jako najkorzystniejszej;
- 3.art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AMX jako oferty złożonej z rażąco niską ceną, w szczególności wobec braku wyjaśnień ww. wykonawcy i przedstawienia dowodów na pierwotne wezwania Zamawiającego i w konsekwencji wybór tej oferty jako najkorzystniejszej;
- 4.art. 90 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę AMX pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i w konsekwencji wybór oferty w/w jako najkorzystniejszej;
- 5.naruszenie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp przez nadużycie obowiązku zwrócenia się do wykonawcy AMX o udzielenie wyjaśnień przez nadmierną ilość wniosków kierowanych do tego wykonawcy w tym zakresie, prowadzenia polemiki z w/w wykonawcą w tym przedmiocie, udzielania wskazówek, sugerowania odpowiedzi, wskazywanie błędów popełnionych przez wykonawcę w udzielanych przez niego wyjaśnieniach;
- 6.art. 91 ust. 1 i 2. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy AMX jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy jako oferta złożona z rażąco niską ceną winna ulec odrzuceniu przez Zamawiającego;
- 7.art. 90 ust. 2 Pzp przez uznanie, że wykonawca AMX wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny podczas, gdy ten nie wskazał dowodów na potwierdzenie, że nie stosował rażąco niskiej ceny na pierwsze wezwania Zamawiającego.

Wskazując na powyższe zarzuty wykonawca MARVEL wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- odrzucenia oferty wykonawcy AMX jako złożonej z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- odrzućenie oferty wykonawcy AMX jako złożonej z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji,
- ponownego badania i oceny złożonych ofert przez pozostałych wykonawców.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego i obciążenie nimi Zamawiającego, tj. kosztów opłaty od odwołania oraz kosztów zastępstwa procesowego przez pełnomocnika w wysokości 3.600 zł i opłatą skarbową od pełnomocnictwa 17 zł.

W treści uzasadnienia Odwołujący wyjaśniał m. in., że:

I. naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazywał, że po uzyskaniu ofert od oferentów i stwierdzeniu, że oferta AMX jest niższa o 46% od wartości zamówienia brutto oraz o 67% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wykonując obowiązek wynikający z art. 90 ust. 1a Pzp Zamawiający pismem z dnia 21 maja 2020 r. wezwał wykonawcę AMX do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów, dotyczących oferowanej ceny w związku z istotnymi rozbieżnościami. W treści wezwania Zamawiający precyzyjnie wskazał czego oczekuje w ramach odpowiedzi od oferenta, tj.: pisemnego udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty lub kosztu oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty lub kosztu.

W odpowiedzi wezwany wykonawca AMX pismem z dnia 25 maja 2020 r. wskazał na wartość jednostkową oferowanych pojazdów na kwotę 285 zł brutto miesięcznie/pojazd. Uzasadniając zaoferowaną stawkę zdawkowo i ogólnikowo powołał się na znaczący rabat od importera Toyota Motor Poland nie przedstawiając na to żadnych dowodów zasłaniając się tajemnicą przedsiębiorstwa. Dodatkowo wykonawca w uzasadnieniu wyliczenia zaoferowanej miesięcznej stawki najmu wskazał, że przygotowując kalkulację ofertową przyjął, że dokona wymiany wynajmowanych zamawiającemu pojazdów po 24 miesiącach ich użytkowania na nowe pojazdy, podczas gdy w ogłoszeniu o przedmiotowym zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „Specyfikacja” lub „SIWZ”) nie było mowy o takim rozwiązaniu. Zdaniem wykonawcy jego obszernie wyjaśnienia jednoznacznie miały wskazywać na brak

podstaw do uznania przez Zamawiającego oferowanej przez niego ceny za rażąco niską, co winno być wystarczającym dla Zamawiającego do określenia, czy wykonawca dostatecznie czy też nie wykazał, że oferta spełniała wymogi prawne i czy zdołał udowodnić, czy stosuje rażąco niskie ceny czy też ich nie stosuje. Tymczasem, zdaniem Odwołującego, Zamawiający dostrzegając w odpowiedzi udzielonej przez wezwanego wykonawcy błąd co do kwestii wymiany pojazdów na nowe po 24 miesiącach, wychodząc ponad obowiązki jakie wymagają od niego przepisy Pzp, w kolejnym piśmie z dnia 28 maja 2020 r. poprosił, żeby wykonawca AMX wskazał, że „złożona kalkulacja ceny oferty, nie uwzględniająca wymiany samochodów na nowe po 24 miesiącach użytkowania, nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia” bezpodstawnie podpowiadając temuż oferentowi czy aby na pewno nie oparł swoich kalkulacji na błędnych założeniach (nie wynikających z treści ogłoszenia o przetargu i jego SIWZ), naruszając tym samym zasadę zachowania uczciwej konkurencji, zasady proporcjonalności i przejrzystości w ramach postępowania przetargowego. W kolejnej odpowiedzi wykonawca AMX odniósł się jedynie do wyjaśnienia błędnych założeń sporządzonych przez niego kalkulacji do przedmiotowej oferty ponownie nie dołączając żadnych dowodów na potwierdzenie wiarygodności dokonanej przez niego kalkulacji przy ustalaniu ceny w złożonej ofercie. Brak dołączenia przez wykonawcę jakichkolwiek dowodów na poparcie rynkowości proponowanej ceny nastąpił pomimo uprzedzenia i pouczenia przez Zamawiającego zawartego w jego pismach z dn. 21 maja 2020 r. i 28 maja 2020 r., że brak możliwości oceny wyjaśnień oferenta lub nieprzedstawienie przez niego dowodów pozwalających na stwierdzenie nie stosowania rażąco niskiej ceny spowoduje odrzucenie jego oferty.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, „zamawiający nie może wzywać jednego wykonawcy/oferenta kilkakrotnie od uszczerbowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej” (zob. wyrok KIO z 13.10.2014 r. sygn. akt KIO 2025/14), podczas gdy w przedmiotowej sprawie wykonawca/ofertant AMX był wzywany przez Zamawiającego aż trzykrotnie. Odwołujący stał na stanowisku, że powyższe postępowanie Zamawiającego doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć i jakie dokumenty winien przedłożyć oraz trzykrotne wzywanie do przedstawienia dowodów i kalkulacji. Dodatkowo tym działaniem Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 a pkt 1 Pzp nadużywając jego treść. Odwołujący stwierdził, że w orzecznictwie wskazuje się, że ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który uchylił się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawia wyjaśnienie w sposób zdawkowy i ogólnikowy, a już na pewno nie do takiego, który w pierwszej odpowiedzi uzasadniając

6

dokonana przez siebie kalkulację posługuje się okolicznością, która nie stanowiła elementu SIWZ przetargu. Celem art. 90 ust. 3 Pzp jest zmobilizowanie wykonawców do składania wyjaśnień, w tym przedstawiania dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, przez nałożenie sankcji za ich nieudzielenie lub nieprzedstawienie. Nie jest wskazane, aby Zamawiający wytykał takiemu wykonawcy błędy jakie popełnił udzielając odpowiedzi, tak jak to miało miejsce w przypadku wezwań Zamawiającego w rozpoznawanej sprawie. Ma to tym większe znaczenie w przypadku gdy Zamawiający w piśmie z dnia 21.05.2020 r. kierowanym do AMX wyczerpująco wskazał które elementy oferty mają zostać przez ww. wykonawcę wyjaśnione oraz wezwał do przedstawienia dowodów pod rygorem odrzucenia oferty a wykonawca ten nie okoliczności tych nie wykazał ani nie udowodnił.

Wykonawca MARVEL podkreślał, że to wykonawca decyduje jakiej odpowiedzi udziela na zapytanie i wezwanie Zamawiającego, szczególnie mając świadomość możliwości załączenia do odpowiedzi dokumentów, co do których może skorzystać z prawa do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa (podobnie jak uczynił to składając ofertę w tym postępowaniu co do wykazu wykonanych dostaw, czy też referencji udzielonych przez WORD w Skiemiewicach, SKRĘ Belchatów). Odwołujący zaznaczał także, że to nie Zamawiający powinien wskazywać przepisy Pzp jakich ma dopełnić wykonawca a winny one być wykonawcy znane. Zamawiający nie powinien również kilkakrotnie wskazywać wykonawcy w jaki sposób ma udowodnić stosowane przez siebie ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, czemu wykonawca AMX w tym postępowaniu nie sprostął - a na dwukrotne wezwania Zamawiającego żadnych dowodów na to nie przedstawił.

Odwołujący stwierdził, że rozpoznawanej sprawie Zamawiający mając odpowiedź wykonawcy w dalszym ciągu z naruszeniem przepisów dawał szansę oferentowi na przedstawienie jemu satysfakcjonującej go odpowiedzi wskazując wykonawcy AMX na błędy i braki w udzielanych odpowiedziach oraz wielokrotnie wzywając do przedłożenia dowodów.

II. naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp.

Zdaniem Odwołującego oferta złożona przez wykonawcę AMX powinna być odrzucona również z powodu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Szczególnie dokonując porównania tej oferty z ofertami złożonymi przez pozostałych wykonawców oraz kwotą jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie danego zamówienia.

Porównując bowiem ofertę złożoną przez AMX na kwotę 574.560 zł brutto, oraz oferty złożone przez pozostałych wykonawców, tj. odpowiednio:

- | | | |
|----|---|---------------------------|
| 1. | <u>Toyota Leasing Polska Sp. z o.o.</u> | <u>- 2.634.831,86 zł.</u> |
| 2. | <u>Marvel Sp. z o.o.</u> | <u>- 1.599.393,60 zł</u> |
| 3. | <u>Hyundai M.R. P. sp. j.</u> | <u>- 1.997.997,12 zł</u> |
| 4. | <u>MK Centrum K.D., M.M. sp. j. -</u> | <u>1.941.589,44 zł</u> |

oraz kwotę jako zamawiający zamierzał przeznaczyć na zamówienie w wysokości 1.100.000 zł mając świadomość realiów rynku wynajmu pojazdów i kosztów z tym związanych Zamawiający powinien zauważyć, że proponowana przez wykonawcę AMX cena jest niewspółmiernie niska w porównaniu z pozostałymi wskazanymi powyżej kwotami i wskazuje na jej nierynkowość, celowe zaniżenie, rażące odbieganie od średnich i realnych cen w tym zakresie a nawet od przewidzianego budżetu Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego dodatkowo należało wskazać, że podobny przetarg dotyczący m.in. wynajmu pojazdów organizował Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Bydgoszczy - organizowany był w lutym 2020 r. (a więc w stosunkowo porównywalnym okresie do przetargu kwestionowanego w tym odwołaniu), dotyczył wynajmu 20 pojazdów na okres 4 lat (tj. ok. połowy liczby pojazdów co w przypadku kwestionowanego w tym odwołaniu przetargu i na taki sam okres), w którym to przetargu zamawiający przeznaczył 850.000,00 zł na jego sfinansowanie a wygrała oferta wynajmu 20 pojazdów za łączną kwotę 895.680,00 zł - co mając na uwadze różnicę w ilości wynajmowanych pojazdów (20 sztuk do 42 sztuk), również rodzi wątpliwość co do wiarygodności ceny zaproponowanej przez wykonawcę AMX dla zamawiającego (WORD w Łodzi) i pozwala stwierdzić, że cena rażąco odbiega od stosowanych na rynku i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - wypełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy - narusza interesy innych przedsiębiorców - tu startujących w przetargu i stosujących rynkowe ceny. Przetarg ten z racji podobieństwa i podmiotu jaki go organizował winien być Zamawiającemu, jako podmiotowi działającemu na wspólnym rynku znany.

Wykonawca MARVEL dodatkowo wskazywał, że jednym z oferentów przetargu organizowanym przez Zamawiającego była spółka Toyota Leasing Polska Sp. z o.o. - tj. spółka powiązana osobowo i kapitałowo ze spółką Toyota Motor Poland Company Limited Sp. z o.o., na której udzielony rabat ogólnikowo powoływał się wykonawca AMX. W opinii Odwołującego wydaje się, że spółka bezpośrednio powiązana z ww. spółką Toyota Leasing Polska Sp. z o.o. składającą ofertę w przetargu organizowanym przez Zamawiającego jako spółka ściśle powiązana również może liczyć na rabaty od importera. Tymczasem złożyła ofertę z kwotą niemalże czterokrotnie wyższą aniżeli oferta wykonawcy AMX. Zdaniem Odwołującego powyższe również w niewątpliwym sposób stanowi o oczywistym naruszeniu przez wykonawcę AMX zasad uczciwej konkurencji porównując proponowaną przez tą spółkę cenę oferty na tle cen ofert innych oferentów.

III. naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W opinii Odwołującego z oceny oferty złożonej przez oferenta AMX oraz po analizie złożonych przez tą spółkę wyjaśnień należy dojść do przekonania, że zaproponowana przez nią cena jest rażąco niska, szczególnie w porównaniu do cen innych wykonawców jak i cen zaprezentowanych w rozpoznawanym odwołaniu. Wykonawca MARVEL stwierdził, że jego zdaniem wykonawca AMX liczy się ze stratami finansowymi, wynikającymi ze złożonej Zamawiającemu ofercie, ale przewiduje ich rekompensatę na innych transakcjach z podmiotami trzecimi, co jest wbrew zapisom Pzp, sprzeczne z orzecznictwem KIO oraz dobrymi obyczajami kupieckimi i uczciwą konkurencją. Udzielenie takich wyjaśnień przez oferenta już na tym etapie powinno skutkować odrzuceniem jego oferty przez Zamawiającego, czego ten jednak zaniechał naruszając przepisy Pzp.

W tym miejscu Odwołujący wyjaśnił, że z uwagi na brak przejrzystych i konkretnych wyjaśnień wykonawcy AMX oraz ewentualne utajnienie złożonych przez niego wyjaśnień i kalkulacji przez Zamawiającego, powoduje że to na innej niż Odwołujący stronie ciąży obowiązek wykazania, że zaproponowana przez oferenta cena nie była rażąco niska, co i tak wydaje się w przedmiotowej sprawie na etapie odwołania mocno spóźnione, w szczególności przy naruszaniu prawa przez Zamawiającego przy zwracaniu się do ww. wykonawcy z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień i przedstawienie dowodów na ich poparcie. W tym szczególnym i wyjątkowym wypadku, gdy jedna ze stron swoim postępowaniem powoduje uniemożliwienie wykazania okoliczności przeciwnikowi, na którym spoczywa ciężar ich udowodnienia (tu: Odwołujący), wówczas na tę stronę (tu: na Zamawiającego) przechodzi ciężar dowodu co do tego, że okoliczności takie (tu: skutkujące odrzuceniem oferty AMX) nie zachodziły. Jak wynika bowiem z aktu postępowania Zamawiający utajnił odpowiedź wykonawcy AMX na pismo Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2020 r. Dlatego też w sytuacji zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa to od Zamawiającego należy oczekiwać wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty.

IV. naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

Odwołujący ponownie wskazywał, że w jego ocenie wykonawca AMX nie wykazał Zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W udzielanych odpowiedziach
9
(w pismach z dn. 25 maja 2020 r. i 2 czerwca 2020 r.) wskazywał na ogólnikowe i zdawkowe powody zastosowania proponowanej ceny, poprawiał błędne założenia jakimi się rzekomo kierował przy kalkulowaniu oferty, nie popierając tego żadnymi dowodami, pomimo że sukcesywnie był o to przez Zamawiającego wzywany.

Powołując się na orzecznictwo Izby Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia niedostateczne są równoznaczne w skutkach - jak nie złożone - nie obalają domniemania spowodowanego wezwaniem, iż oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust 3 Pzp materializuje się nie tylko w sytuacji, gdy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę ale i wówczas, gdy wykonawca nie potrafił wykazać, że zaoferowana cena nie pozostaje rażąco niska. W tym przetargu wykonawca AMX nie wykazał i nie przedstawił w wymaganym przepisami czasie okoliczności wskazujących na cenę nie stanowiącą rażąco niskiej, tym samym Zamawiający powinien odrzucić jego ofertę jako ofertę z rażąco niską ceną.

Dodatkowo wykonawca AMX przyjął, że straty jakie poniesie w związku z wykonaniem umowy na zaoferowanej Zamawiającemu cenie (utracie wartości oferowanych do wynajmu w ramach przetargu pojazdów) pokryje sobie marżą w sprzedaży nowych pojazdów do szkół jazdy w województwie łódzkim, czyli zdarzeniem przyszłym i niepewnym. Tym samym przyznał niejako, że proponowane przez niego ceny powodują u niego stratę, która mógłby sobie zrekompensować sprzedażą ok. 200 pojazdów. To z kolei oznacza zdaniem Odwołującego, że cena przez niego oferowana jest „rażąco niska”. Pomimo to nie wykazał stosowanych wyliczeń udowodniających forsowaną tezę w tej kwestii. Ponadto AMX stwierdził że cena rażąco niska to taka która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi przez wykonawcę, co przy wskazanej przez samego oferenta wartości jednego pojazdu na 47 tys. i powszechnej wiedzy o największej stracie wartości pojazdu przez pierwsze 4 lata jego użytkowania (a na tyle jest zawierana umowa najmu pojazdów z zamawiającym) prowadzi do wniosku iż cena zaoferowana przez AMX jest właśnie rażąco niska. W opinii Odwołującego finalna odpowiedź udzielona przez wykonawcę AMX nie powinna być brana pod uwagę przez Zamawiającego albowiem została złożona wbrew przepisom Pzp.

V. naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp.

W tym miejscu Odwołujący podał, że uzasadnienie tegoż zarzutu i jego argumentację (oraz tezy wynikające z orzecznictwa KIO w tym zakresie) wskazano już we wcześniejszej treści odwołania. Jedynie dla przypomnienia nadmienił, że Zamawiający zamiast

poprzestać na ocenie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę AMX w odpowiedzi na zgodne z przepisami Pzp wezwanie Zamawiającego z dnia 21 maja 2020 r. i zawierające wszelkie wskazówki czego oczekuje się od wykonawcy w udzielonej odpowiedzi oraz zawierające wezwanie do przedstawienia dowodów po otrzymaniu wyjaśnień od ww. wykonawcy w dalszym ciągu w sposób nieuprawniony wskazywał jemu na popełnione błędy i instruował, sugerował odpowiedzi i wymieniał czego by jeszcze od niego oczekiwał w tej kwestii. Dodawał, że Zamawiający jednocześnie w każdym z pism kierowanych do wykonawcy pouczał go o skutkach oceny wyjaśnień i analizy przedstawianych dowodów - czyli o możliwości odrzucenia oferty i wykonawca miał tego świadomość.

VI. naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 i 2. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4

Pzp.

Wykonawca MARVEL stwierdził, że argumentacje dotycząca naruszenia w/w przepisów również została zawarta w poprzedniej części niniejszego odwołania wraz ze wskazaniem dowodów w tym zakresie oraz tez wynikających z ugruntowanego orzecznictwa KIO.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach procesowych i złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

Izba nie dopatrzyła się podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp co skutkowało merytorycznym rozpoznaniem zarzutów odwołania.

Izba po wszechstronnym zbadaniu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie doszła do przekonania, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp jak również przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. Nie potwierdził się natomiast zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy dnia z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (j.t. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010) - dalej : „u.z.n.k.” Naturalną konsekwencją naruszenia powyższych przepisów było stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców oraz art. 91 ust. 1 Pzp, polegające na wyborze oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta wykonawcy AMX

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) wobec czego Izba stwierdziła, że jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, iż zgodnie z 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);

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.

Zaś zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 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.

Według art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Przepis art. 90 ust. 3 Pzp stanowi, że 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.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Według art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Z ustaleń przedstawionych powyżej wprost wynika, że Zamawiający pismem z dnia 21 maja 2020 r. zwrócił się do Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp o udzielenie pisemnych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty lub kosztu w aspekcie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej. W treści pisma oprócz przywołania treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający podał, że zgodnie z art. 90 ust. 1a Pzp w 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. W rozpoznawanej sprawie istotnym jest, że w treści pisma Zamawiający wskazał, że cena oferty złożonej przez Przystępującego jest niższa o 46% od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, jak i o 67% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W związku z powyższym Zamawiający postanowił wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w aspekcie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej. Ponadto Zamawiający poinformował, że w trakcie oceny przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących składników cenotwórczych elementów oferty weźmie pod uwagę przedstawione przez wykonawcę - na poparcie złożonych wyjaśnień - dowody. Kolejno Zamawiający w piśmie skierowanym do wykonawcy AMX wyjaśnił, że dowody należy złożyć w formie pisemnej, w oryginale lub w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Jednocześnie w piśmie Zamawiający pouczył wykonawcę AMX że zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp odrzuci ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami będzie potwierdzać, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba uznała za zasadne, aby w tym miejscu przytoczyć treść wyjaśnień, które złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca AMX w piśmie z dnia 25 maja 2020 r.: „W pierwszej kolejności wskazujemy, iż cena katalogowa oferowanego auta wynosi 48 700 PLN netto. Z uwagi na fakt, iż samochód oferowany jest dla WORD, importer Toyota Motor Poland, udzielił dealerowi dodatkowego rabatu handlowego, którego wysokość stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednakże udzielony rabat ma znaczący wpływ na oferowaną przez oferenta cenę pojazdu. Kalkulacji dokonywano przy przyjęciu ilości 42 samochodów osobowych do WORD, oraz dwóch aut zastępczych, znajdujących. Przy dokonywaniu kalkulacji przyjęto, że wymiana samochodów na nowe nastąpi po 24 miesiącach ich użytkowania. Oferent po wzięciu pod uwagę wszelkich okoliczności będących następstwem wygrania przetargu określił w ofercie

miesięczną wartość najmu na kwotę 231.71 PLN netto miesięcznie. Wartość ta uwzględnia rzeczywistą wartość finansowania pojazdu, ubezpieczenie pojazdu, doposażenie adaptujące samochód do wymogów koniecznych dla samochodów nauki jazdy wraz z kosztem ich montażu i demontażu przez pracowników dealera oraz wartość serwisów w czasie użytkowania pojazdów. Wyliczając stawkę najmu miesięcznego, oferent uwzględnił także różnicę jaka wystąpi pomiędzy wartością, za którą oferent dokona zakupu samochodów a wartością rezydualną przy uwzględnieniu wartości rynkowych samochodów po 24 miesiącach umowy. Przygotowując ofertę oferent dokonał optymalizacji wszystkich kosztów tak, aby zaproponowana w przetargu cena była jak najkorzystniejsza. Jako przykład wskazać można tu uwzględnienie w ofercie wymiany całych kół zamiast wymiany opon, dla osiągnięcia szybkości i efektywności wymiany oraz ograniczenia kosztów logistyki i roboczogodzin pracowników faktycznie dokonujących wymiany. Co warto podkreślić, określając wartość roboczogodziny przy przyjętej kalkulacji oferent uwzględnił przepisy prawa pracy i przepisy o ubezpieczeniu społecznym. Należy wyraźnie podkreślić, iż poza wyliczonymi szacunkowo wartościami takimi jak: preferencyjna wartość finansowania pojazdów, koszt specjalnie wynegocjowanego dla celów tegoż przetargu ubezpieczenia, koszty serwisów oraz koszty montażu i demontażu doposażenia dodatkowego wynikającego z przeznaczenia pojazdów, oferent wziął pod uwagę także potencjał jaki oferent uzyska przygotowując program sprzedażowy samochodów dla całego województwa łódzkiego. Istotnym elementem wspomnianego programu, mającego wpływ na cenę najmu jest dokonana przez oferenta kalkulacja dotycząca wszystkich szkół nauki jazdy w całym województwie, które przyjęte zostały w kalkulacji na 471 szkół. Uzasadnieniem uwzględnienia tej okoliczności w kalkulacji najmu, jest fakt, że znaczna ilość szkół posiadająca aktualnie inne niż nowej generacji Toyota Yaris pojazdy wykorzystywane do nauki jazdy, zdecyduje się na zakup nowych modeli z rocznika 2020/2021 zaoferowanych na cele przetargowe. Potrzeba rynku w postaci wymiany aut na nowe modele spowodowana będzie koniecznością użytkowania do celów szkoleniowych, pojazdów tożsamyh do pojazdów używanych przez WORD w czasie egzaminów. Dokonując kalkulacji oferent przyjął wyłącznie racjonalny procent wszystkich szkół nauki jazdy w województwie łódzkim, które zdecydują się na wymianę aut na nowy model, szacując ich ilość na około 200 pojazdów. Przyjęto bowiem, iż pomijając te największe, każda ze szkół zakupi średnio 2 pojazdy. Dodatkowo, z uwagi na specjalnie do tego celu przygotowany Program sprzedażowy oferent będzie miał możliwość zaproponowania najniższych cen sprzedaży pojazdów Toyota Yaris wśród dealerów z województwa łódzkiego, co będzie skutkowało, iż większość szkół jazdy zdecyduje się na zakup pojazdu u oferenta. Dla dokonania realnych szacunków, w kalkulacji oferent przyjął jednakże, iż część szkół decydująca się na wymianę pojazdów dokona zakupu u konkurencyjnych dealerów. Przyjmując powyższe założenia, w przygotowanej przez oferenta analizie ekonomicznej określono, iż marża całkowita ze sprzedaży pojazdów do szkół jazdy w województwie łódzkim w całości pokryje koszty finansowania utraty wartości pojazdów, dotankowania samochodów przed oddaniem czy sezonowej wymiany opon. W dokonanej kalkulacji oferent nie uwzględnił dodatkowych marż uzyskiwanych na obsłudze serwisowej pojazdów (specjalny program rabatowanej obsługi serwisowo mechanicznej) oraz marż uzyskanych z napraw blacharsko-lakierniczych jak i samochodów zastępczych na skutek wymiany pojazdów przez szkoły nauki jazdy w województwie łódzkim. W tym aspekcie warto podkreślić, iż zgodnie z wymogami gwarancji, przyjmując średni przebieg pojazdu w szkołach nauki jazdy na poziomie do 15.000 km rocznie, każdy z pojazdów będzie serwisowany więcej niż raz w roku. Natomiast odnosząc się do napraw blacharsko lakierniczych ze statystyk ubezpieczycieli (PZU) wynika iż na 10 pojazdów co najmniej 3, mają rocznie tego rodzaju naprawy. Uwzględnienie w szacunkach, powyższych danych, wskazuje dodatkowo iż oferent uzyskuje w przetargu marżę na poziomie satysfakcjonującym, przekraczającą znacznie koszty poniesione przez oferenta w związku z wykonaniem umowy. Z utworzeniem Programu sprzedażowego samochodów oraz przedstawienia jego potencjalnych korzyści dostawcom towarów i usług na potrzeby samochodów do wynikają także specjalne warunki sprzedaży od dostawców do oferenta, wyrażające się w uzyskanym rabacie handlowym, co głównej mierze przekłada się na wartość wynajmu. Jednocześnie wskazujemy, że złożona przez oferenta oferta przewiduje wymianę pojazdów oferowanych dla WORD na nowe po upływie 24 miesięcy. Zatem oferent po 24 miesiącach użytkowania pojazdu przez WORD będzie mógł go sprzedać na rynku wtórnym. Nowe pojazdy dostarczane WORD objęte są natomiast z takim samym upustem ze strony importera jak pojazdy pierwotne. Dodatkowy osprzęt wymagany przez WORD jest demontowany z dotychczasowych pojazdów i montowany (przekładany do nowych pojazdów przeznaczonych dla WORD), co także powoduje optymalizację kosztów doposażenia pojazdów i ma wpływ na cenę wynajmu. Podsumowując powyższe przygotowując złożoną ofertę przetargową, oferent przyjął ekonomicznie zoptymalizowane i nowoczesne podejście do kalkulacji ceny wynajmu uwzględniając nie tylko koszty oferenta w chwili składania oferty, ale przede wszystkim potencjalne korzyści w ujęciu horyzontalnym i długofalowym w postaci wytworzenia potrzeby rynku szkół nauki jazdy na zakup pojazdów Toyota model Yaris z rocznika modelowego 2020. Kalkulacja ta została poprzedzona analizą ekonomiczną oraz kalkulacją budżetu na cały czas trwania umowy. Podkreślenia wymaga także, iż dokonanie kalkulacji zostało również poparte doświadczeniem oferenta w zakresie analizy rynku, po wygranej przetargu w WORD Skierniewice. Doświadczenie to pokazuje, iż zakładane przez oferenta przy dokonywanej kalkulacji założenia

dotyczące wytworzenia potrzeby zakupu tożsamych aut przez szkoły nauki jazdy oraz wszelkie wynikające z tego korzyści, znajdują odzwierciedlenie w realiach rynku. Ponadto, co warto podkreślić przedstawiona tam oferta dokonana była w oparciu o tożsame wskaźniki kalkulacji, przy niewielkiej korekcie optymalizacyjnej. Analizując powyższe, należy dojść do wniosku, iż powyższe wyjaśnienia w sposób jednoznaczny uzasadniają wskazaną w ofercie przetargowej cenę, a w okolicznościach niniejszej sprawy oferowana cena nie może zostać uznana za cenę „rażąco niską”.

Następnie pismem z dnia 28 maja 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do wykonawcy AMX z prośbą o kolejne wyjaśnienia, których przedmiotem była zagadnienie związane wymianą wszystkich pojazdów po 24 miesiącach na nowe, w sytuacji, gdy Zamawiający nie przewidział tego rodzaju wymiany w SIWZ. Pismem z dnia 2 czerwca 2020 r. wykonawca AMX złożył kolejne wyjaśnienia w tym zakresie. Kolejno pismem z dnia 5 czerwca 2020 r. Zamawiający po raz trzeci wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca AMX w piśmie z dnia 10 czerwca 2020 r. przedstawił kolejne wyjaśnienia, tym razem już wraz z kalkulacją oraz złożył dowody na poparcie własnych twierdzeń. Wszystkie ww. dokumenty złożone w dniu 10 czerwca 2020 r. zostały objęte przez Przystępującego klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Izba wskazuje, że wystosowanie przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 jak również art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp oznaczało dla wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. W kontekście powyższego obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień w omawianym zakresie. W takim przypadku wykonawca powinien odnieść się kompleksowo do zaoferowanej ceny. Zgodnie bowiem z treścią powołanego przepisu, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać Zamawiającemu, że jego cena (lub koszt) nie jest rażąco niska, pomimo ziszczenia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie.

Doniosłość wyjaśnień składanych przez wykonawcę opiera się przede wszystkim na tym, że na podstawie ich treści, nie zaś na podstawie wiedzy własnej Zamawiający, powinien dokonać oceny, czy oferta podlega odrzuceniu. Wobec tego niezwykle istotnym jest, aby składane przez wykonawcę wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego bowiem ich celem jest przekonanie Zamawiającego że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty wykonawcy było nieuzasadnione. Wobec tego nie budzi żadnych wątpliwości, że w odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien przedstawić Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące zaoferowanej ceny, w tym informacje na temat kalkulacji ceny, uwarunkowania w jakich kalkulacja ta została dokonana, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji a także inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W związku z tym to wykonawca powinien zadbać o to, aby składane wyjaśnienia były rzetelne, pełne i wyczerpujące, a także aby nie były to wyjaśnienia głoślowe, a co za tym idzie, wykonawca powinien załączyć do wyjaśnień stosowne dowody.

Podkreślenia wymaga, że to właśnie na wykonawcy spoczywa obowiązek nie tylko przedstawienia szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień ale również w miarę możliwości również przedstawienia dowodów na ich poparcie, co w oczywisty sposób wiąże się z tym, że to właśnie na ich podstawie Zamawiający dokonuje weryfikacji złożonych wyjaśnień. Izba prezentuje pogląd, że w niektórych przypadkach dowody mogą okazać się wręcz niezbędne np. w zakresie wykazania uzyskanego wysokiego rabatu do którego referuje wykonawca w składanych wyjaśnieniach uznając je za składnik niezwykle istotny z perspektywy zaoferowanej ceny. Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że to obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Kluczowym jest, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała za chybione stanowisko Zamawiającego jakoby ww. wezwanie należało traktować jako blankietowe, bowiem w jego treści oprócz zacytowania odpowiednich przepisów pojawiło się znacznie więcej treści, z których wynikało jakie są oczekiwania Zamawiającego względem składanych wyjaśnień. Izba uznałaby argumentację Zamawiającego za trafną, gdyby w treści wezwania pojawił się jedynie odwołanie do przepisu i wskazanie terminu w jakim wyjaśnienia należy złożyć. Jednak w rozpoznawanej sprawie Zamawiający poza tymi elementami wskazał jeszcze na konkretną dysproporcję pomiędzy ceną ofertową wykonawcy AMX a wartością przedmiotu zamówienia powiększoną o należyty podatek od towarów i usług oraz znaczną różnicę ceny

oferty w stosunku od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Kluczową kwestią jest to, że w treści wezwania, w zakresie procedury badania składanych wyjaśnień, Zamawiający odwołał się elementów cenotwórczych w kontekście oczekiwanych dowodów. Tym samym trudno uznać, że wykonawca składający wyjaśnienia nie był świadomy tego, że w złożonych wyjaśnieniach ma uwzględnić powyższe oczekiwania Zamawiającego. Stanowisku Zamawiającego przeczy chociażby, stwierdzenie wykonawcy AMX zawarte w wyjaśnieniach z dnia 25 maja 2020 r., w który w zakresie posiadanego rabatu handlowego wskazuje, że jego wysokość stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i nie podaje Zamawiającemu jego wielkości a następnie w trzech wyjaśnieniach z dnia 10 czerwca 2020 r. wysokość tego rabatu została wskazana Zamawiającemu i wykonawca AMX przedstawił w tym zakresie stosowne dowody. W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że nie powinno stanowić przeszkody w podaniu Zamawiającemu, przez wykonawcę AMX, wysokości uzyskanego rabatu handlowego, i jego przełożeniu na zaoferowaną cenę sam charakter tych informacji, bowiem w takiej sytuacji wystarczający było objęcie ich klauzulą przedsiębiorstwa z czego wydaje się, że Przystępujący zdawał sobie sprawę bowiem, pewien katalog informacji już wcześniej został przez niego w ten sposób zastrzeżony w złożonej ofercie.

W rozpoznawanym stanie faktycznym sprawy, po dokonaniu analizy wyjaśnień z dnia 25 maja 2020 r. złożonych przez Przystępującego Izba stanęła na stanowisku, że wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Izba uznała, że złożone przez wykonawcę AMX wyjaśnienia nie są wyczerpujące, szczegółowe i nie rozwiewają wątpliwości, które zrodziły się po stronie Zamawiającego. Ponadto nie zostały poparte żadnymi dowodami, chociaż zauważyć należy, że Przystępujący w ich treści odwołuje się do korzystnych warunków w postaci rabatów. Izba stanęła na stanowisku, że wykonawca

AMX nie zastosował się do wezwania, podczas gdy z tak ukształtowanej jego treści jednoznacznie wynika, że Zamawiający w złożonych wyjaśnieniach oczekiwał od wykonawcy podania składników cenotwórczych, składających się na zaoferowaną cenę, jak również poparcia ich wielkości złożonymi dowodami. Z powyższego płynie wniosek, że w odpowiedzi na ww. wezwanie ze strony Zamawiającego wykonawca AMX był zobowiązany szczegółowo i w sposób wyczerpujący podać wszystkie składniki cenotwórcze składające się na zaoferowaną cenę i w miarę możliwości poprzeć je dowodami. Natomiast analiza wyjaśnień złożonych przez Przystępującego doprowadziła Izbę do wniosku, że wykonawca AMX w złożonych wyjaśnieniach pomimo, że obszernych, nie mniej jednak bardzo ogólnych, nie podał prawie żadnych konkretnych informacji, dotyczących składników cenotwórczych, składających się na cenę jego oferty. Trudno oprzeć się wrażeniu, że złożone wyjaśnienia pozostają „puste” w kontekście konkretnych informacji w postaci składników cenotwórczych, mających wpływ na ukształtowanie ceny na tak niskim poziomie. W tym miejscu jedynie przypomnieć o ogromnej dysproporcji pomiędzy ceną zawartą w ofercie wykonawcy AMX a pozostałymi ofertami oraz wartością zamówienia powiększoną o należny podatek. Cena oferty złożonej przez Przystępującego jest niższa prawie o połowę, tj. o 46% od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług i aż o 67% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Stąd też opisana rozbieżność rodzi poważne wątpliwości co wielkości ceny zaoferowanej przez wykonawcę AMX

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stanęła na stanowisku, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie rozwiewają wątpliwości związanych z występowaniem w jego ofercie ceny rażąco niskiej. Tym samym konsekwencją powyższego powinno być uznanie przez Zamawiającego, że wykonawca nie sprostął ciężarowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, który zgodnie z treścią art. 90 ust. 2 Pzp spoczywa na wykonawcy, który został wezwany do złożenia wyjaśnień.

Odnosząc się zaś do argumentacji Przystępującego, opierającej się o inne, wcześniejsze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w których brał udział i oferował wykonanie zamówienia na zbliżonym poziomie cenowym, jak ten, w rozpoznawanym obecnie postępowaniu to wskazać należy, że powyższe nie może mieć tak prostego przełożenia - jakiego wydaje się, że oczekuje Przystępujący - na zasadność zarzutów zgłoszonych w rozpoznawanym postępowaniu odwoławczym, bowiem dotyczą one innych postępowań, a nie tego konkretnego stanu faktycznego ustalonego przez Izbę na potrzeby rozpoznania zarzutów zgłoszony przez Odwołującego w odwołaniu.

W kontekście powyższego Izba stanęła na stanowisku, że uzasadniony jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp, ponieważ na kanwie rozpoznawanego stanu faktycznego Zamawiający powinien było ofertę wykonawcy AMX odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp uznając, że wykonawca ten, przy uwzględnieniu przepisu art. 90 ust. 2 Pzp nie wykazał, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Tym samym zgodzić się należy z Odwołującym, że w tym przypadku Zamawiający dopuścił się nadużycia w postaci kierowania do wykonawcy AMX kolejnych wezwań do udzielania wyjaśnień w aspekcie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej.

Izba podziela argumentację zasadzającą się na tym, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie zawierają ograniczenia co do jednokrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej, tym nie mniej jednak zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Izby powtórne wezwanie jest możliwe, jeśli złożone wyjaśnienia rodzą u Zamawiającego kolejne wątpliwości, czy też konieczność doprecyzowania niektórych zagadnień w odniesieniu do wykonawcy, który wykazał się starannością przy składaniu pierwotnych wyjaśnień. Od tego rodzaju sytuacji należy odróżnić tą, z którą mamy do czynienia w tej sprawie, gdzie wobec niestarannej postawy wykonawcy AMX Zamawiający kierował do wykonawcy wezwania, aż do osiągnięcia zamierzonego „skutku”.

Jeśli zaś chodzi o wyjaśnienia czy też dowody złożone przez Przystępującego w odpowiedzi na dalsze wezwania Zamawiającego to Izba uznaje je za spóźnione bowiem wykonawca powinien złożyć wyczerpujące i szczegółowe wyjaśnienia, zawierające m. in. odpowiednie kalkulacje oraz przedstawić odpowiednie dowody na etapie składania pierwotnych wyjaśnień (tj. 25 maja 2020 r.) a nie dopiero na trzecie wezwanie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 5 czerwca 2020 r.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba potwierdziła nietrafność decyzji Zamawiającego i uznała, że wykonawca nie zastosował się do wezwania Zamawiającego i nie przedstawił wyjaśnień w pełnym, wymaganym przez Zamawiającego zakresie. Konsekwencją powyższego jest nieuzasadnione przekonanie Zamawiającego, że wykonawca AXC wykazał w sposób prawidłowy, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.

Izba stanęła na stanowisku, że w rozpoznawanej sprawie Zamawiający powinien był ofertę Przystępującego odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, czego nie uczynił, a tym samym naruszył ww. przepisy Pzp. W związku z tym Izba stwierdziła, że wskazane naruszenie miało wpływ na wynik postępowania co skutkowało tym, że Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert połączoną z odrzuceniem oferty wykonawcy AXC na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Izba nie dopatrzyła się natomiast naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 a) i b), § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).