Sygn. akt: KIO 320/20

WYROK

z dnia 3 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2020 r. przez wykonawcę ASD Sp. z o.o., ul. Podgórna 46, 70-205 Szczecin w postępowaniu prowadzonym przez

Zamawiającego - 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim, ul. Główna 1, 78-513 Oleszno

przy udziale wykonawcy Telmax E.R. G. Sp. J., ul. Batorego 2, 77-300 Człuchów,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności oceny ofert w tym odrzucenie oferty wykonawcy Telmax E.R. G. Sp. j., ul. Batorego 2, 77-300 Człuchów, na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp;

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim, ul. Główna 1, 78-513 Oleszno i:

   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   3.2 zasądza kwotę 19 247 zł 90 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy dwieście czterdzieści siedem złotych dziewięćdziesiąt groszy) od Zamawiającego - 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim, ul. Główna 1, 78-513 Oleszno, na rzecz Odwołującego - ASD Sp. z o.o., ul. Podgórna 46, 70-205 Szczecin, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia

   pełnomocnika, / i ich dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 320/20

Zamawiający - 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim, ul. Główna 1, 78-513 Oleszno, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa konserwacji, naprawy oraz wymiany urządzeń po zakończeniu resursu eksploatacyjnego systemu alarmowego, systemu kontroli dostępu oraz telewizyjnego systemu nadzoru". Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31.10.2019 r. pod numerem 2019/S 211-517084.

Zamawiający w dniu 7.12.2019 r. przekazał wykonawcy ASD Sp. z o.o., ul. Podgórna 46, 70-205 Szczecin (dalej również jako Odwołujący) informację

o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Telmax E.R. G. Sp. J., ul. Batorego 2, 77-300 Człuchów (dalej jako Przystępujący lub Telmax).

W dniu 17.02.2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od następujących czynności Zamawiającego:

1. wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej na podstawie art. 91 ust.1 ustawy Pzp;

2. zaniechania dokonania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp tj.:

1) odrzucenia oferty Telmax na podstawie:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp wobec uwzględnienia w całości odwołania w sprawie rozpoznanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu prowadzonym pod sygn. akt KIO 48/20) i niezadośćuczynieniu żądaniu odwołania w zakresie odrzucenia oferty Telmax, pomimo iż zawierała rażąco niską cenę lub koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jako że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jako że ocena złożonych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2) wezwania Odwołującego pismem z dnia 22 stycznia 2020 r. na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia,

3) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

3. wezwaniu Telmax pismem z dnia 22 stycznia 2020 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału oraz braku podstaw wykluczenia tj. wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług oraz informacji z Krajowego Rejestru Karnego w sytuacji w której oferta Telmax podlegała odrzuceniu z przyczyn wskazanych powyżej.

4. czynności Zamawiającego naruszającej art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp polegającej na ponownym wezwaniu Telmax do złożenia wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny, a więc podjęcia zakazanych ustawą Pzp czynności mających na celu doprowadzić do fzw. „ratowania oferty" Telmax, w sytuacji w której ze złożonych na pierwsze wezwanie w tym zakresie wyjaśnień wynikało, że oferta Telmax powinna zostać odrzucona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp - poprzez niewykonanie czynności

koniecznych do zadośćuczynienia żądaniu odwołania Odwołującego uwzględnionego w całości w sprawie toczącej się przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt KIO 48/20 (sprawa rozpoznana wcześniej w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia), tj.:

1) nieodrzucenia oferty Telmax (w zakresie wszystkich części zamówienia) wobec faktu, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2) niewezwania Odwołującego - na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - jako wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona (w zakresie wszystkich części zamówienia), do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp;

3) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp (w ramach każdej z części zamówienia).

2. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - poprzez:

1) uznanie, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (w zakresie każdej z części zamówienia) dokonane przez Telmax spełniają wymagania zawarte w ustawie, podczas gdy wyjaśnienia są lakoniczne, ogólnikowe, wewnętrznie sprzeczne, a ponadto zawierają jedynie twierdzenia niepoparte żadnymi obiektywnymi dowodami, a więc nie pozwalają Zamawiającemu na faktyczną i obiektywną ocenę ujęcia przez ww. wykonawcę wszelkich kosztów związanych z realizacją usługi;

2) ponowne wezwanie Telmax do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w tym samym zakresie którego dotyczyło wcześniejsze wezwanie, co stanowi przejaw tzw. „ratowania oferty" Telmax, co na gruncie ustawy Pzp jest zakazane i potwierdzone orzecznictwem KIO.

3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez wybór wykonawcy Telmax jako najkorzystniejszego i dokonanie wyboru niezgodnie z przepisami ustawy Pzp (w zakresie każdej części zamówienia);

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Telmax (w zakresie wszystkich części zamówienia), jako że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ww. Wykonawca nie złożył w ogóle wyjaśnień co do rażącej ceny, gdyż złożone przez niego pismo wraz z próbą wykazania braku rażąco niskiej ceny nie spełnia wymogów wypływających z ustawy Pzp, potwierdzonych przez orzecznictwo KIO, a więc powinno być tak potraktowane, jakby Wykonawca w ogóle nie złożył wyjaśnień rażąco niskiej ceny na wezwanie Zamawiającego;

5. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Telmax (w zakresie wszystkich części zamówienia), jako że ocena złożonych przez niego wyjaśnień prowadzi do stwierdzenia, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż wynika z niej m.in. że koszt zatrudnienia jednego pracownika przy realizacji konserwacji będzie wyższy niż wskazana stawka za jedną (1) roboczogodzinę wykonania prac konserwacyjnych;

6. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez wezwanie Telmax do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia w sytuacji w której oferta Telmax zasługiwała na odrzucenie (w zakresie wszystkich części zamówienia).

7. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej (w zakresie każdej części zamówienia).

W oparciu o powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru Wykonawcy Telmax E.R. G. Spółka jawna

z siedzibą w Człuchowie jako oferty najkorzystniejszej wybranej niezgodnie z przepisami ustawy w ramach wszystkich części zamówienia);

2) odrzucenie oferty wykonawcy Telmax E.R. G. Spółka jawna z siedzibą w Człuchowie (w ramach wszystkich części zamówienia), wobec:

(a) konieczności zadośćuczynienia przez Zamawiającego żądaniu odwołania uwzględnionego w całości przez Zamawiającego w postępowaniu wcześniej toczącym się i zakończonym

w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed Krajową Izba Odwoławczą pod sygn. akt KIO 48/20,

(b) faktu, że zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto treść złożonych wyjaśnień i dokonana na ich podstawie ocena potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3) wezwanie Odwołującego - na podstawie art, 26 ust. 1 ustawy Pzp - jako wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona (w ramach wszystkich części zamówienia), do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp;

(4) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp (w ramach wszystkich części zamówienia).

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

I. Naruszenie art. 184 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp poprzez niewykonanie w postępowaniu czynności zgodnych z żądaniem odwołania uwzględnionego w całości w sprawie toczącej się przed krajową izbą odwoławczą pod sygn. akt KIO 48/20, tj.:

1) nieodrzucenie oferty Telmax wobec faktu, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2) niewezwanie odwołującego - na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp - jako wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp;

3) niedokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że poprawność czynności podejmowanych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia była przedmiotem postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. akt KIO 48/20). Ww. postępowanie zostało zainicjowane również przez Odwołującego i dotyczyło przede wszystkim wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Telmax w okolicznościach, w których oferta ta powinna zostać odrzucona, bowiem zawierała rażąco niską cenę. Ponadto, wcześniejsze postępowanie dotyczyło również niewykazania przez Telmax, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, oraz że nie podlega wykluczeniu.

W konsekwencji ww. wcześniejszego postępowania przed KIO, Zamawiający pismem z dnia 14.01.2020 r. uwzględnił odwołanie w tamtej sprawie w całości. Doprowadziło to ostatecznie do umorzenia postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą postanowieniem z dnia 16.01.2020 r.

Odwołujący podnosi, że postępowanie Zamawiającego po uwzględnieniu odwołania w całości zostało ściśle uregulowane w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem w sytuacji w której Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, a KIO umorzyła postępowanie odwoławcze, Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Powołuje się na orzeczenie KIO 1631/12.

Odwołujący podkreśla, że w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu, wnosił

o:

1) unieważnienie czynności wyboru wykonawcy Telmax jako oferty najkorzystniejszej wybranej niezgodnie z przepisami ustawy;

2) nakazanie wykluczenia wykonawcy Telmax postępowania, jako że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, względnie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz aktualnych dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 oraz 21 ustawy Pzp;

3) odrzucenie oferty wykonawcy Telmax, jako że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto treść złożonych wyjaśnień i dokonana na ich postawie ocena potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4) wezwanie Odwołującego - na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - jako wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1;

5) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

6) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący informuje, że z powyższych czynności, Zamawiający de facto przeprowadził jedynie czynność określoną w ww. pkt 1 i 2. Wywodzi, że takie postępowanie byłoby słuszne jedynie w przypadku, w którym czynności z pkt 1 i 2 byłby jedynymi koniecznymi do zadośćuczynienia żądaniu odwołania w przedmiotowych okolicznościach, a tak jednak nie jest. Odwołujący wskazuje, że przedmiotowe okoliczności faktyczne nakazywały Zamawiającemu przeprowadzić czynności z ww. pkt 1, 3, 4. Czynność z ww. pkt 1 warunkowała możliwość podjęcia pozostałych czynności, z tego względu była konieczna. Podjęcie czynności z pkt 3 było konieczne wobec wyczerpania procedury z art. 90 ust. 1a pkt 1 i ust. 3 ustawy Pzp oraz bezwzględnej treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Z kolei podjęcie czynności z pkt 4 było konsekwencją przeprowadzenia czynności z pkt 3. Idąc dalej, podjęcie czynności z pkt 5 byłoby uzależnione od oceny wywiązania się przez Odwołującego z pkt 4. Z kolei, przeprowadzenie czynności z pkt 2 byłoby zbędne wobec odrzucenia oferty Telmax zgodnie z pkt 3. Natomiast pkt 6 nie znajduje zastosowania z uwagi na uwzględnienie odwołania co najmniej na 1 dzień przed wyznaczoną rozprawą. Odwołujący podnosi, że art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp nie nakazuje Zamawiającym „na ślepo" wykonywać wszystkie czynności objęte żądaniem odwołania, które zostało przez nich uwzględnione. Nakazuje im podjęcie tych czynności, które w danych okolicznościach faktycznych są wystarczające (konieczne) do zadośćuczynienia żądaniu odwołania. Taki sposób interpretacji art. 186 ust. 2 zdanie 2 ustawy potwierdza orzecznictwo KIO - powołuje się na wyroki KIO 2804/12, 1624/19, 1124/16. Odwołujący podnosi, że Zamawiający na kanwie przedmiotowego postępowania nie wykonał wszystkich koniecznych czynności niezbędnych wobec treści art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp, co doprowadziło w konsekwencji do nieodrzucenia oferty Telmax pomimo, iż zawierała rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, niewezwania Odwołującego - na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - jako wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp; niedokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podkreśla, że jeżeli Zamawiający postąpiłby zgodnie z nakazem wynikającym z art. 182 ust. 2 zdanie ustawy Pzp to nie mógłby, w żadnym przypadku, ponownie wybrać jako najkorzystniejszej w dniu 07.02.2020 r. oferty złożonej przez Telmax - jak uczynił.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Telmax na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wezwanie Odwołującego do przedłożenia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

II. Naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp - poprzez:

1) uznanie, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dokonane przez Telmax spełniają wymagania zawarte w ustawie, podczas gdy wyjaśnienia są lakoniczne, ogólnikowe, wewnętrznie sprzeczne, a ponadto zawierają jedynie twierdzenia niepoparte żadnymi obiektywnymi dowodami, a więc nie pozwalają Zamawiającemu na faktyczną i obiektywną ocenę ujęcia przez ww. Wykonawcę wszelkich kosztów związanych z realizacją usługi;

2) ponowne wezwanie Telmax do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w tym samym zakresie którego dotyczyło wcześniejsze wezwanie, co stanowi przejaw tzw. „ratowania oferty" Telmax, co na gruncie ustawy Pzp jest zakazane i potwierdzone orzecznictwem KIO.

3) brak odrzucenia oferty Telmax na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zastrzega, że na kanwie okoliczności faktycznych sprawy Zamawiający nie miał

podstaw do ponownego wezwania Telmax w zakresie wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny (rażąco niskiej ceny) i przedłożenia dowodów w tym zakresie. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w dniu 09.12.2019 r. wezwał (po raz pierwszy) wykonawcę Telmax w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że oferta złożona na zadanie 3 i 4 wydaje się niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, a w zadaniach 1, 2, 5 i 6 jest niższa od średniej arytmetycznej ofert o co najmniej 30%. Zdaniem Odwołującego wykonawca Telmax na ww. wezwanie Zamawiającego przedstawił lakoniczne wyjaśnienia oparte na ogólnych twierdzeniach, zawierające niektóre wyliczenia (wskazujące na rażąco niską cenę) bez przedkładania jakichkolwiek dowodów na poparcie złożonych oświadczeń i twierdzeń. Zdaniem Odwołującego pismo ww. wykonawcy powinno być potraktowane przez Zamawiającego tak jakby w ogóle nie doszło do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdyż nie spełniało ono wymogów ustawowych potwierdzonych zarówno przez orzecznictwo KIO i przedstawicieli piśmiennictwa. Odwołujący wywodzi, że Zamawiający po otrzymanych, nierzetelnych wyjaśnieniach z dnia 11.12.2019 r. nie powinien dać im wiary, w konsekwencji czego powinien odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący podnosi, że nawet przyjmując, że wyjaśnienia zostały złożone, to po rzetelnej i dokładnej uch analizie, pomimo ich lakonicznej treści, należy dojść także do stwierdzenia, że ich prawidłowa ocena prowadzi do uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący podnosi, że w przepisach brak jest definicji rażąco niskiej ceny, ale jak trafnie wskazuje E. Wiktorowska „Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, że za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień i innych ofert. Wynika z tego, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat I dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.” (E. Wiktorowska, Art. 90. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany. System Informacji Prawnej LEX, 2019).

Odwołujący wywodzi, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w celu ustalenia, że cena przez niego zaoferowana nie jest rażąco niska muszą wynikać z konkretnej, jasnej i wystarczającej analizy kosztów realizacji zamówienia. Powołuje się na orzecznictwo KIO, zgodnie z którym treść wyjaśnień musi zawierać analizę przyjętych założeń kosztorysowania, wiarygodne uzasadnienie różnicy ceny oraz nie może opierać się wyłącznie na oświadczeniach wykonawcy, które nie mogą być w jakikolwiek sposób zweryfikowane odpowiednimi dokumentami (por. np. wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1664/15). Z przywołanego orzeczenia Odwołujący wywodzi także, że w celu wykazania zastosowanych metod, aby udowodnić Zamawiającemu swoje racje, wykonawca nie może powoływać się wyłącznie na swojego doświadczenie, gdyż Zamawiający pozbawiony byłby wtedy możliwości weryfikacji realności zaoferowanej ceny. Powołuje się na wyrok KIO 2325/18.

„Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać okoliczności uzasadniające zaoferowaną cenę niższą w stosunku do przedmiotu zamówienia, do których odnosi się wezwanie zamawiającego. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dowodów stanowi podstawę do uznania bądź nie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z chwilą otrzymania żądania wyjaśnień na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ciężar dowodu braku w ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia spoczywa na wykonawcy, który jest obowiązany wskazać obiektywne czynniki mające istotny wpływ na wysokość ceny oferty (np. rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, posiadanie własnego wyposażenia, szczególnie korzystne warunki w realizowanych umowach z kontrahentami). W przypadku kosztów pracy ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być jednak niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Wyjaśnienia powinny być szczegółowe i zawierać wszystkie wyliczenia dotyczące ceny, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy lub zdarzeniach przyszłych i niepewnych. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie ograniczają wykonawców co do środków dowodowych, które mają oni składać w celu wykazania prawidłowości i rzetelności kalkulacji ceny oferty czy też kosztu. Obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że cena lub koszt są realne i nie zawierają znamion rażąco niskiej ceny lub kosztu

w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca może zadośćuczynić temu obowiązkowi za pomocą wszelkich dostępnych środków dowodowych." (patrz Józef Edmund Nowicki. Art. 90. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV. Wolters Kluwer Polska, 2019., a także wyroki KIO 2197/19, KIO 2057/19 - w zakresie konkretności i kompletności składanych wyjaśnień rażąco niskiej ceny).

Odwołujący podnosi również, że z orzecznictwa KIO wypływa, że przesłanka braku wyjaśnień zostaje spełniona także w przypadku udzielenia przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień, w szczególności niekompletnych i zbyt ogólnych, nie pozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny (wyrok KIO z dnia 13 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2197/19 oraz wyrok KIO z dnia 29 października 2019 r., sygn. akt KIO 2057/19).

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że Zamawiający powinien złożone przez wykonawcę Telmax wyjaśnienia rażąco niskiej ceny potraktować tak, jakby nie zostały one w ogóle przez niego złożone. Zdaniem Odwołującego treść wyjaśnień Telmax, złożonych w piśmie z dnia

11.12.2019 r. jest na tyle lakoniczna, niekompletna i ogólnikowa, iż należałoby uznać, że Telmax nie złożył w ogóle wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący informuje, że zgodnie z treścią protokołu postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia szacunkowa wartość zamówienia wynosi 1.342.000,00 zł brutto za wszystkie 6 części zamówienia. W podziale na części wartość usługi konserwacji została wyceniona przez Zamawiającego w następujący sposób:

a) Zadanie 1 - 8.838,40 zł brutto;

b) Zadanie 2 - 14.653,16 zł brutto;

c) Zadanie 3 - 13.803,10 zł brutto;

d) Zadanie 4- 11.245,00 zł brutto;

e) Zadanie 5 - 5.584,20 zł brutto;

f) Zadanie 6- 2.138,00 zł brutto.

Wykonawca Telmax w zakresie konserwacji wykonania dwóch konserwacji wskazała następujące wartości:

a) Zadanie 1 - 16.000,00 zł brutto;

b) Zadanie 2- 14.000,00 zł brutto;

c) Zadanie 3 - 2.500,00 zł brutto;

d) Zadanie 4 - 4.500,00 zł brutto;

e) Zadanie 5- 15.000,00 zł brutto;

f) Zadanie 6 - 4.000,00 zł brutto.

Odwołujący złożył ofertę dla poszczególnych zadań na konserwację systemów wysokości: a) Zadanie 1 - 69.500,00 zł brutto; b) Zadanie 2 - 84.950,00 zł brutto; c) Zadanie 3 - 168.500,00 zł brutto; d) Zadanie 4-81.900,00 zł brutto; e) Zadanie 5 - 60.950,00 zł brutto, Zadanie 6: 23 500,00 zł brutto.

Odwołujący wskazuje, że wobec tak zaprezentowanych kwot Zamawiający powziął wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia w części 3 i 4 przez Telmax za tę cenę i na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp wezwał tego Wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a dla zadania 1, 2, 5 i 6 wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 91 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na to, iż oferty złożone przez Wykonawcę Telmax są niższe o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Odwołujący zwraca także uwagę na poszczególne średnie arytmetyczne dotyczące cen złożonych ofert:

Zadanie 1: 42.750,00 zł brutto, Zadanie 2 49.475,00 zł brutto, Zadanie 3: 85.500,00 zł brutto, Zadanie 4: 43.200,00 zł brutto, Zadanie 5: 37.975,00 zł brutto, Zadanie 6: 12.175,00 zł brutto,

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że ceny zaoferowane przez spółkę Telmax są dużo niższe od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych.

Dalej Odwołujący zobrazował stosunek ceny Telmax do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert: Dla zadania 1 cena Telmax stanowi 37,43% średniej arytmetycznej cen, dla zadania 2 - 28,30%, dla zadania 3 - 2,92%, dla zadania 4 -10,42%, dla zadania 5 - 39,5%, dla zadania 6 - 32,85%.

Zdaniem Odwołującego powyższe wyliczenie obrazuje, że ceny zaproponowane przez Telmax za konserwację dalece odbiegają od średniej arytmetycznej cen zaproponowanych w niniejszym postępowaniu. Odwołujący podnosi, że wykonawca w treści swoich ww. wyjaśnień nie wykazał w żaden sposób dlaczego jego ceny tak dalece odbiegają od ww. wartości poprzez np. wskazanie metod oszczędności, posiadanie własnych narzędzi, efektywnych warunków pracy itp.

Dalej Odwołujący wskazuje, że wykonawca Telmax w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 11.12.2019 r. chcąc udowodnić, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny kosztów konserwacji przedstawił bardzo lakoniczne wyliczenia ceny, które jednak pomimo swej oszczędności potwierdzają wprost, że zaoferowana przez niego cena jest nawet za niska w stosunku do wskazanej przez niego stawki.

Zadanie 1:

Cena zaoferowana przez Telmax: 16.000,00 zł brutto Stawka roboczogodziny - 20,03 zł Ilość godzin: 680 h

20,3 zł x 680 h = 13.620,40 zł

Do tej kwoty należy dodać podatek VAT płacony przez Telmax, co daję kwotę 16.753,00 zł brutto. Kwota wyższa niż w ofercie.

Zadanie 2:

Cena zaoferowana przez Telmax: 14.000,00 zł brutto Stawka roboczogodziny - 20,03 zł Ilość godzin: 590 h

20,3 zł x 590 h= 11.817,70 zł

Do tej kwoty należy dodać podatek VAT płacony przez Telmax, co daję kwotę 14.535,71 zł brutto. Kwota wyższa niż w ofercie.

Zadanie 3:

Cena zaoferowana przez Telmax: 2.500,00 zł brutto Stawka roboczogodziny - 20,03 zł Ilość godzin: 110 h

20.3 zł x 110 h = 2.203,30 zł

Do tej kwoty należy dodać podatek VAT płacony przez Telmax, co daję kwotę 2.710,06 zł brutto. Kwota wyższa niż w ofercie.

Zadanie 4:

Cena zaoferowana przez Telmax: 4.500,00 zł brutto Stawka roboczogodziny - 20,03 zł Ilość godzin: 200 h

20.3 zł x 200 h = 4.006,00 zł

Do tej kwoty należy dodać podatek VAT płacony przez Telmax, co daję kwotę 4.927,38 zł brutto. Kwota wyższa niż w ofercie.

Zadanie 5:

Cena zaoferowana przez Telmax: 15.000,00 zł brutto Stawka roboczogodziny - 20,03 zł Ilość godzin: 620h

20.3 zł x 620 h = 12.418,60 zł

Do tej kwoty należy dodać podatek VAT płacony przez Telmax, co daję kwotę 15.274,88 zł brutto. Kwota wyższa niż w ofercie.

Zadanie 6:

Cena zaoferowana przez Telmax: 4.000,00 zł brutto

Stawka roboczogodziny - 20,03 zł Ilość godzin: 160h

20.3 zł x 160 h = 3204,80 zł

Do tej kwoty należy dodać podatek VAT płacony przez Telmax, co daję kwotę 3.941,90 zł brutto. Kwota porównywalna z ofertą.

5) Wartość stawki a dodatkowe koszty:

Odwołujący podkreśla, że na stawkę, która jest ustaloną jednostką, według której oblicza się wysokość zarobków, opłat, świadczeń, wpływa wiele czynników. Między innymi takim czynnikiem jest wynagrodzenie pracownika za świadczone usługi wraz ze wszystkimi dodatkami przysługującymi z tytułu umowy o pracę, koszty dojazdu do miejsca świadczenia usług, koszty materiałów i sprzętu ich amortyzacja.

Odwołujący odnosi się do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, skoro Telmax w treści swoich wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 11.12.2019 r. podkreśla, że posiada wykwalifikowanych pracowników będących zatrudnionych na umowę o pracę. Zgodnie z treścią § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz. U. poz. 1778) wysokość minimalnego wynagrodzenia za prace od dnia 1 stycznia 2020 r. ustalono na poziomie 2.600,00 zł brutto. Stawka określona na tym poziomie zawiera jedynie kwotę określoną wypłacaną pracownikowi, jednakże nie obejmuje rzeczywistego kosztu pracodawcy. Koszt pracodawcy w związku z minimalnym wynagrodzeniem będzie stanowił łącznie kwotę 21.99 zł. Wynika więc z tego jednoznacznie, że koszt jednego pracownika przy realizacji usługi konserwacji jest wyższy niż podana stawka za realizację konserwacji. Odwołujący podkreśla również wymagania SIWZ, z których wynika, że „Realizacja usługi konserwacji będzie wykonywana składem min. 2 osobowym" (patrz: str. 7 SIWZ), co wpływa na zwiększenie kosztów realizacji zamówienia i ogólny koszt roboczogodziny świadczenia usługi konserwacji. Koszt pracy jednego pracownika przekracza więc sławkę roboczogodziny wskazaną przez najkorzystniejszego Wykonawcę w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący dodaje, że osoby wykonujące prace związane z konserwacją systemów dotyczących niniejszego zamówienia muszą posiadać specjalistyczne kursy i wykształcenie, co powoduje, że wykształcenie pracowników tej branży przekracza w sposób wyraźny wynagrodzenie minimalne wynikające z przepisów rozporządzenia.

Dalej Odwołujący zauważa, że spółka posiada siedzibę w Człuchowie, a prace będą wykonywane poza miejscem wykonywania pracy. Nakład godzin zawarty w treści wyjaśnień wskazuje, że prace te będą wykonywane w okresach ciągłych, które nie będą trwały jednorazowo wyłącznie jednego dnia. Prace te wymagają zaangażowania czasowego. Z tego też względu pracodawca będzie zobowiązany na podstawie przepisów prawa pracy do wypłacenia pracownikowi kosztów podróży służbowej, tj. w szczególności diety na pokrycie kosztów delegacji związanych m.in. z wyżywieniem, kosztów noclegów, dojazdem do miejsca świadczenia usług. Odwołujący zauważa, że Telmax całkowicie przemilczał te kwestie w swoich wyjaśnieniach z dnia 11.12.2019 r.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że realizacja konserwacji wiążę się nie tylko z pracą ludzi, ale użyciem różnego rodzaju sprzętu, co wpływa na koszt realizacji prac. Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia Wykonawca przeprowadza konserwacje co 6 miesięcy (jeden raz w danym półroczu). Przy wykonywaniu drugiej konserwacji półrocznej wykonawca musi wykonać dodatkowe czynności związane z przeglądem rocznym, w terminach ustalonych przez strony. W ramach konserwacji wykonawca zobowiązany jest wykonać także wszelkie regulacje i konserwacje niezbędne dla sprawnego działania systemu zgodnie z odpowiednimi przepisami i Normą Obronną NO-04-A004-8 2016, Obiekty wojskowe, Systemy alarmowe, Część 8, Czynności wymienione w Normie Obronnej zapewniają: utrzymanie urządzeń w pełnej gotowości do pracy (w pełnej sprawności) oraz warunki ich użytkowania określone w przepisach technicznych - poprzez Ich: sprawdzenie, usprawnienie (usunięcie niesprawności), w razie potrzeby wykonanie konfiguracji systemu, oczyszczenie, nasmarowanie, wyregulowanie. Zdaniem Odwołującego czynności te więc wymagają zaangażowania dodatkowych środków wykonawcy na realizację tych prac, gdyż konieczne do

ich wykonania jest użycie różnego rodzaju środków technicznych oraz sprzętu, zaś wykonawca Telmax, w żaden sposób nie wykazał, że nie będzie musiał tych kosztów ponieść w okresie realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia.

Odwołujący podnosi, że wykonawca Telmax nie wskazał w swoich wyjaśnieniach z dnia

11.12.2019 r. również żadnych okoliczności, które pozwalałyby mu na oszczędność kosztów w tym zakresie poprzez np. posiadanie sprzętu na stanie firmy bez konieczności jego wypożyczania, brak konieczności zakupu materiałów lub preferencyjne stawki materiałów z uwagi na długotrwałą współpracę z dystrybutorami - wyjaśnienia w żaden sposób nie wykazują, aby w spółce istniały mechanizmy, które pozwalają jej na tak duże oszczędności w stosunku do innych podmiotów.

Odwołujący wskazuje, że zgadza się, iż doświadczenie przy realizacji inwestycji systemów alarmowych, kontroli dostępu i telewizyjnego systemu nadzoru może mieć wpływ na kształtowanie ceny, jednakże w tym kontekście nie wystarczą jedynie twierdzenia podmiotu wyjaśniającego rażąco niską cenę. Wywodzi, że wykonawca Telmax, aby prawidłowo udowodnić i wykazać, że ma to wpływ na koszt wskazać powinien, że doświadczenie powoduje skrócenie czasu realizacji zamówienia i w jakim wymiarze w stosunku do innych wykonawców, tj. np. konserwacja będzie trwała krócej 10 h w przypadku podmiotu doświadczonego i świadczącego usługi na tym obiekcie. Z treści tych wyjaśnień powinno wynikać ile kosztów faktycznie pozwala to zaoszczędzić wykonawcy. Po wezwaniu do złożenia wyjaśnień obowiązek udowodnienia wszelkich kosztów realizacji zamówienia obciąża zawsze wezwany podmiot. Treść wyjaśnień powinna więc być tak skonstruowana, aby przekonać Zamawiającego, co do ich prawdziwości, a wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień powinien także dołączyć dowody, które je potwierdzą. Zdaniem Odwołującego również w tym zakresie wyjaśnienia Telmax z dnia 11.12.2019 r. nie dostarczają dowodów.

Z uwagi na uzasadnienie zawarte powyżej, zdaniem Odwołującego oferta wykonawcy Telmax powinna zostać po przedłożeniu przez Telmax wyjaśnień z dnia 11.12.2019 r. odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jako, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jako że prawidłowa i adekwatna ocena wyjaśnień tego wykonawcy potwierdza, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska. Dodaje, że z tych wyjaśnień wynikało, że wykonawca oferował koszty zatrudnienia pracownika poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę co samo przez się winno stanowić dowód na wystąpienie rażąco niskiej ceny. Z tego wywodzi, że Zamawiający nie odrzucając oferty Telmax po przedłożeniu wyjaśnień z dnia 11.12.2019 r. naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosi, że Zamiast odrzucić ofertę Telmax Zamawiający wezwał ponownie Telmax do złożenia kolejnych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny wskazując w piśmie z dnia 22.01.2020 r. - „Złożone wyjaśnienia zostały przyjęte przez komisję przetargową, jednak po wnikliwej analizie i zapoznaniu się z zarzutami wymienionymi w odwołaniu, zamawiający uznał, aby być w 100% pewnym, że zaoferowane ceny w poszczególnych zadaniach nie posiadają znamion rażąco niskiej ceny wzywa Wykonawcę do złożenia szczegółowej analizy kosztów i zysku, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty w rozbiciu na poszczególne zadania". Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że Zamawiający zdając sobie sprawę z wadliwości (pierwszych) wyjaśnień z dnia 11.12.2019 r. wezwał Telmax do ponownego wyjaśnienia tych samych kwestii, a tym postępowaniem Zamawiający dopuścił się „ratowania oferty" Telmax, co na gruncie Pzp jest zakazane. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający wskazał również Telmax, poprzez użycie wyrażenia „i zapoznaniu się z zarzutami wymienionymi w odwołaniu" czego oczekuje od treści ponownych wyjaśnień. Takim postępowaniem Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 i 1a oraz ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący powołuje się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 czerwca 2016 o sygnaturze XXIII Ga 451/16 i wyrok KIO 431/19, KIO 190/19 i KIO 266/18

Odwołujący z ostrożności wskazuje, że również i treść ponownych wyjaśnień Telmax w zakresie zaoferowanej ceny z dnia 31.01.2020 r. nie dowodzi, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wręcz przeciwnie. Drugie wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena była rażąco niska. Odwołujący podkreśla, że kluczowa wydaje się być w tym zakresie wysokość wskazanego kosztu roboczogodziny (21,47 zł), gdy w pierwszych wyjaśnieniach Telmax wskazywał kwotę 20,02 zł. Zdaniem Odwołującego już ta okoliczność sprawia, że sam Telmax przyznał, iż zaoferowana w ofercie i wyjaśniona w pierwszych wyjaśnieniach cena była ceną rażąco niską i opartą o stawkę roboczogodziny niezgodną z rozporządzeniem tj. niższą niż wynagrodzenie minimalne i chociażby z tego powodu oferta Telmax winna być odrzucona. Odwołujący podstawia tę wartość do ilości roboczogodzin wskazanych w wyjaśnieniach z dnia

11.12.2019 r. i otrzymuje następujące wyniki:

Zadanie 1:

Cena zaoferowana przez Telmax: 16.000,00 zł brutto Stawka roboczogodziny - 21,47 zł Ilość godzin: 680 h

21.47 zł x 680 h= 14.599,60 zł

Do tej kwoty należy dodać podatek VAT płacony przez Telmax, co daję kwotę 17.957,508 zł brutto. Kwota wyższa niż w ofercie.

Zadanie 2:

Cena Telmax: 14.000,00 zł brutto Stawka roboczogodziny - 21,47 zł Ilość godzin: 590 h, 21.47 zł x 590 h= 12.667,30 zł. Z VAT - 15.580,78 zł brutto. Kwota wyższa niż w ofercie.

Zadanie 3:

Cena Telmax: 2.500,00 zł brutto Stawka roboczogodziny -21,47 zł Ilość godzin: 110h, 21,47zł x 110h = 2.361,70 zł. Z VAT 2 904,89 zł brutto. Kwota wyższa niż w ofercie.

Zadanie 4:

Cena Telmax: 4.500,00 zł brutto Stawka roboczogodziny - 21,47 zł Ilość godzin: 200h
21.47 zł x 200 h - 4.294,00 zł. Z VAT 5 281,62 zł. Kwota wyższa niż w ofercie.

Zadanie 5:

Cena Telmax: 15.000,00 zł brutto Stawka roboczogodziny - 21,47 zł Ilość godzin: 620h, 21.47 zł x 620 h= 13.311,40 zł. Z VAT 16.373,02 zł brutto. Kwota wyższa niż w ofercie.

Zadanie 6:

Cena zaoferowana przez Telmax: 4.000,00 zł brutto Stawka roboczogodziny - 21,47 zł Ilość godzin: 160 h, 21.47 zł x 160 h = 3.435,20 zł. Z VAT 4.225,29 zł brutto. Kwota wyższa niż w ofercie.

Odwołujący podnosi, że odwołując się do nowej stawki roboczogodziny z drugi wyjaśnień Telmax nie ma żadnych wątpliwości, że we wszystkich częściach wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażącą niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreśla, że najistotniejsze jest, że te wyliczenia zaoferował sam Telmax. To sam Telmax wskazał na wysokość roboczogodziny i przyjętą (jako doświadczony w tym zakresie wykonawca, co wielokrotnie powtarza) ilość roboczogodzin. Wywodzi, że wykonawca Telmax najwyraźniej miał świadomość tych deficytów złożonej oferty i pierwszych wyjaśnień bo po bezpodstawnym drugim wezwaniu dokonał w wyjaśnieniach z dnia 31.01.2020 r. nie tylko modyfikacji przyjętej stawki roboczogodziny lecz co najistotniejsze zmniejszył, w stosunku do pierwszych wyjaśnień, zakładaną liczbę roboczogodzin. I tak:

Zadanie 1: Wyjaśnienia z dnia 11.12.2019r. Ilość godzin: 680 h, Wyjaśnienia z dnia 31.01.2020 r., Ilość godzin: 510 h 10.949,70: 21,47 = 510h. Różnica: 170 h mniej.

Zadanie 2: Wyjaśnienia z dnia 11.12.2019r. Ilość godzin: 590 h, Wyjaśnienia z dnia 31.01.2020 r., Ilość godzin: 510 h 9.575,62: 21,47 = 446 h. Różnica: 80 h mniej.

Zadanie 3: Wyjaśnienia z dnia 11.12.2019r., Ilość godzin: 110 h, Wyjaśnienia z dnia 31.01.2020 r., Ilość godzin: 79 h 1.696,13: 21,47 = 79 h, Różnica: 31 h mniej.

Zadanie 4: Wyjaśnienia z dnia 11.12.2019r. Ilość godzin: 200 h, Wyjaśnienia z dnia 31.01.2020 r., Ilość godzin: 144 h 3.091,68:21,47= 144 h, Różnica: 56 h mniej.

Zadanie 5: Wyjaśnienia z dnia 11.12.2019 r., Ilość godzin: 620 h Wyjaśnienia z dnia 31.01.2020 r., Ilość godzin: 482 h 10.348,54 : 21,47 = 482 h, Różnica: 138 h mniej.

Zadanie 6: Wyjaśnienia z dnia 11.12.2019 r., Ilość godzin: 160 h, Wyjaśnienia z dnia 31.01.2020 r. Ilość godzin: 128 h 2.748,10 : 21,47= 128 h, Różnica: 32 h mniej.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że w każdej części Wykonawca Telmax aby „ratować" swoją ofertę wskazał odmienne wartości od tych wskazanych w pierwszych wyjaśnieniach - innymi słowy kiedy okazało się, że złożone swobodnie, przez doświadczonego

i profesjonalnego wykonawcę, wyjaśnienia potwierdziły iż oferta zawiera rażąco niską cenę wykonawca ten zmienił swoje wyjaśnienia poprzez istotne zmniejszenie liczby godzin, jakie będą potrzebne do wykonania zamówienia i poprzez podwyższenie stawki roboczogodziny ponad tę, którą zaoferował jako niezgodną z prawem tj. niezgodną z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177). Ponadto w ponownych wyjaśnianiach Telmax w dalszym ciągu przedstawia poszczególne składowe ceny w oparciu o własne twierdzenia, np. w kwestii posiadania niezbędnego do realizacji zamówienia sprzętu (narzędzi) - Telmax mógł wykazać tą kwestię przedkładając chociażby stosowne ewidencje majątku spółki. Odwołujący podnosi, że analogicznie w odniesieniu do kosztów administracji, ubezpieczenia - brak jest stosownych dokumentów księgowych - koszty te maja znaczenie, bowiem Telmax zalicza je do tzw. kosztów dodatkowych (zgodnie z nazewnictwem przyjętym przez Telmax w kalkulacji kosztów, załącznik do wyjaśnień z 31.01.2020 r,). Nie ujęto również m.in. kosztów diet na pokrycie kosztów delegacji związanych m.in, z wyżywieniem, kosztów noclegów, kosztów dojazdu. Odwołujący podnosi, że powyższego, nawet biorąc pod uwagę powtórne wyjaśnienia Telmax w zakresie zaoferowanej ceny w poszczególnych częściach zamówienia, Zamawiający powinien odrzucić ofertę Telmax, czego jednak nawet na tym etapie nie uczynił - Zamawiający nie odrzucając oferty Telmax z ww. przyczyn naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

III. Naruszenie art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez wybór wykonawcy Telmax jako najkorzystniejszego i dokonanie wyboru niezgodnie z przepisami ustawy.

Z uwagi na argumentację zawartą w części II uzasadnienia, zdaniem Odwołującego oferta Telmax powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jako, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w związku z tym nie stanowi oferty najkorzystniejszej.

IV. Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez wezwanie Telmax do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia w sytuacji w której oferta Telmax zasługiwała na odrzucenie.

Odwołujący podnosi, że z uwagi na argumentację zawartą w części I i II uzasadnienia, Zamawiający nie powinien był wzywać Telmax do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. Wskazuje, że niniejsze naruszenie jest najprawdopodobniej konsekwencją omówionych wcześniej naruszeń ustawy Pzp.

V. Naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania odwołującego - jako wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Odwołujący wskazuje, że z rankingu ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu oraz z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika, że Odwołujący uplasował się na drugim miejscu zdobywając odpowiednio 54 pkt w Zadaniu 1, 50 pkt w Zadaniu 2, 41 pkt w Zadaniu 3, 43 pkt w Zadaniu 4, 55 pkt w Zadaniu 5 oraz 52 pkt w Zadaniu 6. Zdaniem Odwołującego wobec zaistniałego stanu faktycznego i prawnego Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy Telmax, a następnie winien wezwać Odwołującego do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - jako wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

VI. Naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zaznacza, że wobec zaistniałego stanu faktycznego i prawnego wykazanego we wszystkich powyższych punktach Zamawiający winien wybrać ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą i wobec tego wnosi o wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosił przystąpienie wykonawca Telmax E.R. G. Sp. J., ul. Batorego 2, 77-300 Człuchów.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W toku rozprawy przed Izbą strony postępowania podtrzymały dotychczasowe stanowiska, Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencją Zamawiającego z wykonawcami, jak

również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie oraz pismem uczestnika, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, jak również złożonymi w toku rozprawy dowodami, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba nie rozpatrywała również kwestii braku interesu we wniesieniu odwołania, do którego Odwołujący odnosił się w toku rozprawy. Poczynione w tym zakresie uwagi po stronie Zamawiającego stanowiły jedynie uzupełnienie argumentacji repliki w merytorycznym zakresie, Zamawiający w rzeczywistości nie kwestionował interesu Odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje.

Okoliczności faktyczne oraz postanowienia SIWZ powołane w treści odwołania, przytoczone powyżej, odpowiadają rzeczywistości i nie były sporne, wobec czego nie będą przez Izbę powtarzane.

Celem uzupełnienia obrazu sprawy, przytoczyć wskazać, że zgodnie z rozdziałem XII pkt 4 SIWZ przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami, które złożą się na końcową ocenę:

1) cena oferty - 60%

2) cena za roboczogodzinę - 40%.

W rozdziale XI - Opis sposobu obliczenia ceny oferty Zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia:

1. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę cenową do danego zadania.

2. Wykonawca uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w niniejszej SIWZ, powinien w cenie ofertowej ująć wszelkie koszty i składniki związane z wykonaniem przed-miotu zamówienia, niezbędne do prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia.

3. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę na podstawie opisu przedmiotu zamówienia i przedstawiona w Formularzu Ofertowym stanowiącym Załącznik do SIWZ.

Formularz ofertowy Zamawiający zawarł w załączniku nr 9 do SIWZ. Dla każdego zadania formularz zawierał tabelkę odpowiadającą poniższej, różnice dotyczyły nazw kompleksów i jednostek objętych konserwacjami:

KONSERWACJA SYSTEMÓW ALARMOWYCH	ILOŚĆ	CENA JEDNOSTKOWA BRUTTO ZA 1 KONSERWACJE	WARTOŚĆ ZA 2 KONSERWACJE (BRUTTO)
JW + WT Z.	2 konserwacje		
RAZEM			
NAZWA USŁUGI	JM	CENA JEDNOSTKOWA BRUTTO	
Naprawa awarii dla zadania nr 1	1 rg		

Wskazane w treści odwołania ceny za roboczogodzinę dotyczyły „Naprawy awarii dla zadania...” zaś powołane na str. 11 niniejszego uzasadnienia ceny za dwie konserwacje dotyczyły kolumny „Wartość za 2 konserwacje (brutto)”. Były to też jedyne ceny wskazane w ofertach.

Izba zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołanie było zasadne i podlegało uwzględnieniu.

Izba stwierdziła, że znalazły potwierdzenie zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, art. 90 ust. 1 - 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp było uwzględnienie w całości odwołania w sprawie KIO 48/20, w którym podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny i zażądano odrzucenia oferty Przystępującego Telmax, a następnie ponowne wezwanie tego wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i złożenia dowodów - w zakresie, który był wskazany w odwołaniu i następnie wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jeżeli po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca Izba może umorzyć postępowanie i w takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Skoro Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie w sprawie KIO 48/20 to zobowiązany był wypełnić podstawowe żądanie odwołania i odrzucić ofertę Przystępującego Telmax. Natomiast, skoro Zamawiający postanowił jedynie unieważnić wybór oferty Telmax jako najkorzystniejszej i wezwać tego wykonawcę po raz kolejny do wyjaśnień, to powinien był uwzględnić odwołanie jedynie w części. Przystępujący Telmax zaś, jeżeli dalej chciał brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, winien był zgłosić udział w postepowaniu KIO 48/20, co umożliwiłoby mu wniesienie sprzeciwu od uwzględnienia odwołania. Postępowanie Zamawiającego po umorzeniu postępowania KIO 48/20 niesie za sobą liczne, niedopuszczalne skutki. Po pierwsze - następuje zbędne wydłużenie postępowania, czego negatywne skutki ponoszą pozostali wykonawcy, zainteresowani dalszym udziałem w postępowaniu - ponoszą bowiem chociażby koszty utrzymania zabezpieczenia oferty. Po drugie - następuje uprzywilejowanie pozycji Przystępującego Telmax, który uzyskał dodatkowy czas na zgromadzenie dowodów i przygotowanie wyjaśnień rażąco niskiej ceny - gdyby nie pozorne uwzględnienie odwołania, musiałby dokonać tego na rozprawie przed Izbą w postępowaniu KIO 48/20. W konsekwencji, mając na uwadze specyfikę ciężaru dowodu, który w postępowaniu dotyczącym rażąco niskiej spoczywa na „oskarżanym” wykonawcy, w zasadzie brak jest możliwości rozpoznania sprawy z zachowaniem zasady równości stron. Mając to na uwadze, należy stwierdzić, że w tak ukształtowanym stanie faktycznym samo naruszenie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp mogło stanowić podstawę uwzględnienia odwołania - niewątpliwie bowiem miało wpływ na wynik postępowania, skoro w jego konsekwencji oferta wykonawcy Telmax pozostała w postępowaniu, sam zaś wykonawca uzyskał nieprzewidziane prawnie możliwości obrony swojej oferty.

Jednakże, niezależnie od powyższego uwzględnieniu podlegał również zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 - 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 3 ustawy 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. Powołany przepis odnosi się do wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - który stanowi, że 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 ustępie 2 przedmiotowego artykułu, ustawa określa, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

W tym miejscu należy zauważyć, że art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zawiera przesłankę odrzucenia oferty skonstruowaną odmiennie niż w art. 89 ust. 1 pkt 4 tej ustawy, który stanowi o odrzuceniu oferty zawierająco rażąco niską cenę. Przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie wymaga stwierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska. Przepis ten natomiast zawiera sankcję, którą objęty zostaje wykonawca, który albo nie uniesie ciężaru dowodu wyjaśnień o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp albo który nie dołoży należytych starań w składaniu tych wyjaśnień - bądź też całkowicie zaniecha podjęcia działań w tym kierunku. Przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja jest logiczną konsekwencją ustalonego rozkładu ciężaru dowodu, który w zakresie braku rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. W sytuacji bowiem, gdy Zamawiający powziąłby wątpliwości w zakresie realności ceny i wezwał do wyjaśnień (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), a wykonawca nie udzieliłby wyjaśnień, Zamawiający nie mógłby jednoznacznie stwierdzić, że oferta zawiera rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) - stałoby to w sprzeczności z wcześniej wyrażonymi „wątpliwościami" wskazanymi w ww. wezwaniu. Zamawiający pozostałby bez narzędzia pozwalającego na dyscyplinowanie nierzetelnego wykonawcy, co paraliżowałoby postępowanie. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że zgodnie z przyjętym orzecznictwem KIO jako brak udzielenia wyjaśnień należy rozumieć nie tylko całkowitą bierność po stronie wykonawcy (tj. brak odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego), ale również złożenie wyjaśnień o charakterze ogólnym, nierzeczowym, niepopartym faktami, zawierające braki i nieodnoszące się do kwestii poruszonych w wezwaniu (por. np. wyrok KIO z 17.01.2018 r., KIO 23/18, z 19.04.2018 r., KIO 503/18). Odmienne podejście do wykonawcy, który wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie dokłada należytej staranności w złożeniu wyjaśnień, stanowiłoby jego uprzywilejowanie, co z kolei naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy 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 lub 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 art. 90 ust. 1. Jak wynika ze stanu faktycznego sprawy, określona w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp przesłanka wezwania do wyjaśnień zaistniała, co było okolicznością bezsporną - w szczególności co do zadania 3 i 4. W przypadku tych zadań cena oferty była dużo niższa niż o 30% wartości zamówienia. W przypadku pozostałych zadań Zamawiający zażądał wyjaśnień wobec różnicy ich ceny do średniej arytmetycznej. W ocenie Izby bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie pozostawała okoliczność, jaką eksponował Przystępujący, że średnia arytmetyczna nie była miarodajna, gdyż oprócz jego oferty złożono tylko jedną, której ceny wielokrotnie przekraczały wartość oszacowaną przez Zamawiającego. Przesłanka wezwania od wyjaśnień określona w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy

Pzp, jako okoliczność, która zwalnia od obowiązku wezwania do wyjaśnień przewiduje - „okoliczności oczywiste, które nie wymagają wyjaśnienia". Nie sposób przyjąć, że za taką okoliczność można uznać arbitralne uznanie cen innych ofert za zawyżone - pozwalałoby to na obchodzenie rzeczonej regulacji. Należy też zważyć, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wystarczającym jest, by cena części składowej oferty wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia by zamawiający zobligowany był do wezwania rażąco niskiej ceny. Nie budzi zatem wątpliwości, że po stronie Przystępującego zrodził się określony w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wobec wezwania Zamawiającego, podyktowanego zaistnieniem okoliczności o których mowa w art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp.

W ocenie Izby analiza wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Telmax prowadzi do wniosku, iż w niniejszej sprawie zachodzi powyżej opisana sytuacja braku należytej staranności.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień

z dnia 9.12.2019 r. zaznaczył, że wzywa do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej wraz z dowodami, jak również podkreślił, że „wyjaśnienia dotyczące ceny oferty w których podane są ogólne stwierdzenia niepoparte konkretnymi kwotami i wyliczeniami żądanymi przez zamawiającego, mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie".

W odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący Telmax w dniu 12.12.2019 r. złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny niepoparte żadnymi dowodami. Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał na wyliczenia - przemnożenie założonego czasu realizacji przez stawkę roboczogodziny dla poszczególnych zadań, jak również na okoliczność, że w ramach zadania 3 i 4 na zaoferowanie niskiej stawki pozwoliło mu doświadczenie w realizacji tożsamych zadań w 2019 r., dzięki czemu zna system. Przystępujący przyznał również, że główne źródło zysku stanowić będzie wynagrodzenie za roboczogodziny za naprawy, przyjęte na poziomie od 70 do 80 zł.

W ocenie składu orzekającego analiza ww. wyjaśnień pozwala na stwierdzenie, że oferta Telmax podlegała odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a zaniechanie jej odrzucenia stanowiło naruszenie powołanych przepisów przez Zamawiającego. Z taką oceną zresztą zgodził Zamawiający, uwzględniając w całości odwołanie w sprawie KIO 48/20. Treść rzeczonych wyjaśnień Przystępującego pozwala na trzy kluczowe dla oceny sprawy spostrzeżenia.

Po pierwsze, już sam brak poparcia wyjaśnień dowodami wskazuje na brak należytej staranności po stronie Przystępującego. Obowiązek złożenia dowodów wynika zarówno wprost z ustawy (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), jak i nałożony został przez Zamawiającego w treści wezwania do wyjaśnień. Nadto Zamawiający wymagał „konkretnych i szczegółowych" analiz i wyliczeń. Przystępujący natomiast poprzestał na przemnożeniu stawki za roboczogodzinę przez ilość godzin oraz wskazaniu na swoje doświadczenie. Takie wyjaśnienia nie mogą być określone jako konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia. Przytoczone okoliczności nakazują stwierdzenie, że ziściła się przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - jak bowiem wskazano powyżej, również złożenie ogólnych, nierzeczowych, niepopartych dowodami wyjaśnień powinno być potraktowane jako niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu powołanego przepisu.

Po drugie, treść złożonych wyjaśnień sugeruje, że cena za konserwacje rzeczywiście nie jest ceną realną, gdyż zysk z realizacji zamówienia ma zapewnić realizacja napraw, dla których stawka za roboczogodzinę jest kilkukrotnie wyższa. W tym miejscu należy przypomnieć, że ceną rażąco niską jest cena, która m.in. nie gwarantuje realizacji zamówienia zgodnie z postanowieniami specyfikacji, cena nierealna. Oświadczenie Przystępującego dotyczące głównego źródła zysku, w zestawieniu z okolicznością, że cena dla zadania 3 jest niższa o 81,89% od wartości zamówienia, zaś dla zadania 4 - o 59,98% od wartości zamówienia, przy braku przeciwnego dowodu ze strony Przystępującego pozwala na uznanie, że zaoferowana cena rzeczywiście jest rażąco niska - zatem i w tym zakresie ziszcza się przesłanka odrzucenia oferty z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jak i z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Dodać należy, że zyski z napraw nie są w żadnym stopniu zagwarantowane - jak zasadnie bowiem podnosił Odwołujący, Zamawiający nie określił minimalnej liczby roboczogodzin, których zlecenie gwarantuje. Co więcej, Przystępujący w wyjaśnieniach nie podał nawet szacunkowej wartości napraw którą zakłada, że zostanie mu zlecona. Jedyne podane w tym zakresie wartości to wprost wyrażone w ofercie ceny za jedną roboczogodzinę, bez żadnego przemnożenia. W tej sytuacji jedyną wartością którą można było dodać jako źródło zysku (i ewentualnie finansowanie wykonania konserwacji) jest jedna roboczogodzina dla każdego zadania - czyli kwoty rzędu od 70 do 80 zł na zadanie. Potwierdza to lakoniczność wyjaśnień jak również nierealność wyceny Przystępującego. Przystępujący w swych wyjaśnieniach, jak i na rozprawie, możliwość wykonania zadania 3 i 4 za tak niską cenę wywodził z okoliczności posiadania doświadczenia w tożsamych zamówieniach. W ocenie Izby ogólnikowe stwierdzenia o znajomości systemu i jednostek nie uzasadniają możliwości zaoferowania wykonania zadania za zaledwie 20% czy 40% wartości zadania oszacowanej przez Zamawiającego. Nadmienić w tym miejscu należy, że również w drugich wyjaśnieniach jak i w czasie rozprawy Przystępujący nie uwiarygodnił zaoferowanej ceny.

Po trzecie, porównanie treści wezwań z dnia 9.12.2019 r. i 22.01.2020 r. i wyjaśnień z dni 12.12.2019 r. i 31.01.2020 r. pozwala na stwierdzenie, że ponowne wezwanie Przystępującego do wyjaśnień było nieuprawnione - Zamawiający w piśmie z dnia 22.01.2020 r. wskazał, że wzywa do złożenia „szczegółowej analizy kosztów i zysku w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia za poszczególne zadania". Stanowi to w zasadzie powtórzenie pierwszego wezwania, w którym wymagał „szczegółowych i konkretnych analiz i wyliczeń". Co więcej, już w odpowiedzi na pierwsze wyjaśnienia Przystępujący złożył wyliczenia dotyczące poszczególnych zadań. To nieuprawnione ponowienie wezwania w sposób jednoznaczny potwierdza również, że składając pierwotne wyjaśniania Przystępujący nie dochował należytej staranności - Zamawiający w dalszym ciągu miał wątpliwości w tym samym zakresie i żądał dowodów na potwierdzenie de facto pierwszych

wyjaśnień.

W ocenie Izby ponowne wezwanie Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny było nieuprawnione i stanowiło naruszenie art. 90 ust. 1, 1a i 2 ustawy Pzp - wobec wskazanej powyżej okoliczności, że drugie wezwanie stanowiło ponowienie pierwszego, a prawidłowym byłoby odrzucenie oferty Telmax po otrzymaniu wyjaśnień z dnia 12.12.2019 r. Nie mniej jednak, ponieważ wyjaśnienia z 31.01.2019 r. odnoszą się do tych samych okoliczności, co wyjaśnienia z 12.12.2019 r., warto zauważyć, że potwierdzają one zarzut rażąco niskiej ceny i naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jak zasadnie podnosił Odwołujący, ponowne wyjaśnienia są sprzeczne z pierwotnymi w zakresie ilości godzin potrzebnych na realizację poszczególnych zadań - którego to twierdzenia Przystępujący nie kwestionował.
W wyjaśnieniach z 12.12.2019 r. Przystępujący wskazał ilość roboczogodzin potrzebnych dla wykonania poszczególnych zadań oraz stawkę godzinową. Z kolei wyjaśnienia z dnia 31.12.2019 r. nie odnosiły się do ilości roboczogodzin, ale wskazywały „przewidywane koszty z zatrudnieniem pracowników" i podniesioną stawkę za roboczogodzinę. Odwołujący, podzieliwszy ww. koszty z wyjaśnień z 31.12.2019 r. przez stawkę godzinową wykazał, że Przystępujący w znaczącym stopniu zmniejszył liczbę godzin potrzebnych na wykonanie poszczególnych zadań. Należy przy tym zauważyć, że nie zmieniła się cena oferty, w tym za poszczególne zadania (np. na skutek aukcji elektronicznej). Powyższe nakazuje uznanie, że Przystępujący po podniesieniu stawki za roboczogodzinę (co wynikało z przyjęcia stawki minimalnej dla 2020 r.), jak również uwzględnieniu innych kosztów, dla zachowania ceny oferty musiał zmniejszyć liczbę roboczogodzin wskazanych w pierwotnych wyjaśnianiach rażąco niskiej ceny. Opisane działania Przystępującego jednoznacznie świadczą o braku należytej staranności w złożeniu pierwszych wyjaśnień, jak również o braku realności pierwotnie przyjętego szacunku cenowego. Przystępujący Telmax skonstruował ofertę błędnie, przyjmując zbyt niską cenę, czego skutkiem były ww. zmiany szacowanej ilości roboczogodzin - zatem zaoferował cenę nie dającą gwarancji realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Tym samym, zaniechanie odrzucenia oferty przez Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i jako takie, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp skutkowało uwzględnieniem odwołania.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez wybór wykonawcy Telmax jako najkorzystniejszego i dokonanie wyboru niezgodnie z przepisami ustawy. W ocenie Izby rzeczony zarzut nie znalazł potwierdzenia w realiach niniejszej sprawy. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie podejmował próby dowodzenia, że dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Przystępującego była niezgodna z określonymi w siwz kryteriami oceny ofert. Wobec powyższego brak było podstaw do uwzględnienia rzeczone zarzutu.

Zarzut naruszenia art 26 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, mające polegać na zaniechaniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń lud dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
W ocenie Izby przywołane zarzuty należało wspólnie uznać za zgłoszone przedwcześnie. Jak wskazano powyżej, Odwołujący zasadnie zarzucił zaniechanie Zamawiającego w odrzuceniu oferty Telmax na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże, nie przesądza to jeszcze o prawidłowości oferty złożonej przez Odwołującego. Ta okoliczność zostanie zbadana w ramach powtórnej oceny oferty i dopiero w razie negatywnego jej wyniku Odwołujący będzie uprawniony do wniesienia odwołania od takiej czynności Zamawiającego. Wobec powyższego Izba uznała rzeczone zarzuty za bezzasadne i postanowiła o ich oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 i § 3 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). Do uzasadnionych kosztów poniesionych przez Odwołującego Izba zaliczyła wynagrodzenie pełnomocnika, koszty noclegu oraz opłaty poniesione za przejazd autostradami. Izba nie zaliczyła w rzeczone koszty wydatków na paliwo, gdyż w tym zakresie Odwołujący nie przedłożył odpowiednich

rachunków potwierdzających ich poniesienie potwierdzających ich poniesienie zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia.

Przewodniczący: .....