Sygn. akt: KIO 958/20

WYROK

z dnia 14 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2020 r. przez wykonawcę: Tronus Polska Sp. z o.o., ul. Ordona 2A, 01-237 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Centrum Wspierania Rodzin „Rodzinna Warszawa", ul. Stara 4, 00-231 Warszawa,
przy udziale wykonawcy: B. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ALNAG B. W., ul. Księcia Józefa 54a, 30-206 Kraków zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 5 i nr 10 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w tym wezwanie wykonawcy B. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą ALNAG B. W. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp do złożenia dodatkowych szczegółowych wyjaśnień, w szczególności kalkulacji kosztów wykonania zamówienia, w tym kosztów ogólne wskazanych w wyjaśnieniach z dnia 16 maja 2020 r. w odniesieniu do ceny oferty złożonej na zadanie nr 5 i ceny oferty złożonej na zadanie nr 10; w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Centrum Wspierania Rodzin „Rodzinna Warszawa", ul. Stara 4, 00-231 Warszawa, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Tronus Polska Sp. z o.o., ul. Ordona 2A, 01-237 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 11 160 zł 99 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto sześćdziesiąt złotych dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) od zamawiającego: Centrum Wspierania Rodzin „Rodzinna Warszawa", ul. Stara 4, 00-231 Warszawa na rzecz wykonawcy: Tronus Polska Sp. z o.o., ul. Ordona 2A, 01-237 Warszawa stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

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

Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 958/20

Uzasadnienie

Zamawiający: Centrum Wspierania Rodzin „Rodzinna Warszawa" z siedzibą w warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Roboty budowlane wraz z dostawą i montażem wyposażenia pomieszczeń Ogniska „Starówka" z podziałem na części. Części: 3, 5, 7, 8, 9, 10". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 lutego 2020 r. pod numerem 517146-N-2020.

W dniu 27 kwietnia 2020 r. Zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w częściach 5 i 10 zamówienia. Zamawiający w zakresie obu tych części dokonał wyboru jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez wykonawcę B. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Alnag B. W. z siedzibą w Krakowie (dalej: Alnag).

Wykonawca TRONUS POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie w przedmiotowym postępowaniu następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp":

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Alnag w zakresie części nr 5 i nr 10 pomimo, iż wykonawca ten złożył w tych częściach ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także pomimo, iż wykonawca ten nie dowiódł, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
1) art. 91 ust 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Alnag, jako najkorzystniejszej, pomimo iż wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna być odrzucona i w konsekwencji oferta ta nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza przy ustalonych w SIWZ kryteriach oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 5 i 10,

2) dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert w zakresie części nr 5 i nr 10,

3) odrzucenia oferty wykonawcy Alnag w zakresie części nr 5 i nr 10,

4) uznania za bezzasadne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Alnag w zakresie wyjaśnień składanych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i składanych wraz z tymi wyjaśnieniami dowodów, a w konsekwencji ujawnienie ww. informacji Odwołującemu,

5) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części nr 5 i nr 10.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu oraz innych kosztów, zgodnie z rachunkami, które zostaną przedstawione na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Alnag w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. W odpowiedzi otrzymał wyłącznie pisma w sprawie wyjaśnień z 15 kwietnia 2020 r. (osobno dla części nr 5 i nr 10) wraz z oświadczeniem o zastrzeżeniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień. Następnie w dniu 29 kwietnia 2020 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie załączników do ww. pism Alnag ze względu na bezskuteczność dokonanego zastrzeżenia, jako dokonanego niezgodnie z wymaganiami art. 8 ust. 3 Pzp.

W odpowiedzi z 30 kwietnia 2020 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu część załączników do ww. wyjaśnień (załączniki 1-8 dla wyjaśnień w części nr 5, załączniki 1-17 do wyjaśnień w części nr 10). W zakresie pozostałych załączników Zamawiający uznał zastrzeżenie za dokonane skutecznie. Zamawiający nie przedstawił żadnego wyjaśnienia,

dlaczego dla tej części dokumentów uznał zastrzeżenie za skuteczne w sytuacji, gdy oświadczenie Alnag dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte w pismach z 15 kwietnia 2020 r. było jednolite i nie było w żaden sposób zróżnicowane w zakresie poszczególnych załączników. Niezgodność tego oświadczenia Alnag z art. 8 ust. 3 Pzp dotyczyła wszystkich złożonych dokumentów, było ono sformułowane w sposób ogólnikowy i pozbawione jakichkolwiek dowodów mogących potwierdzić, że zastrzeżone informacje rzeczywiście spełniają kryteria określone w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Alnag pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu oferta złożona przez wykonawcę Alnag:

- dla części 5, z ceną brutto 105.509,00 zł, stanowi jedynie 49,0% wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o VAT (wynoszącej w części nr 5 - 215.341,40 zł), a także jedynie 62,53% średniej arytmetycznej cen złożonych ofert (168.738,27 zł) i jedynie 57,17% średniej arytmetycznej cen złożonych ofert z wyłączeniem rażąco niskiej ceny z oferty Alnag (184.545.58 zł).

- dla części 10, z ceną brutto 71.819,70 zł, stanowi jedynie 54,04% wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o VAT (wynoszącej w części nr 10 - 132.908,78 zł), a także jedynie 72,84% średniej arytmetycznej cen złożonych ofert (98.599,34 zł) i jedynie 68,21% średniej arytmetycznej cen złożonych ofert z wyłączeniem rażąco niskiej ceny z oferty Alnag (105.294,25 zł).

Tak znaczne zaniżenie ceny w stosunku do wartości zamówienia świadczy o tym, że wobec oferty wykonawcy Alnag w niniejszym postępowaniu w części nr 5 i 10 powstało zgodnie z art. 90 ust. 1 i 1a Pzp domniemanie, że zawiera ona rażąco niską cenę, a więc cenę,

która nie daje możliwości prawidłowego, rzetelnego i uczciwego wykonania przedmiotu zamówienia. Ma to tym większe znaczenie, gdyż zamówienie obejmuje dostawę mebli i elementów wyposażenia o ściśle określonych wymaganiach materiałowych i technicznych, z czym wiążą się znaczne koszty związane z zapewnieniem właściwych, zgodnych z SIWZ materiałów, ale także istotne koszty związane z pracą ludzi, zużyciem sprzętu i energii, związanych z przygotowaniem mebli, transportem, montażem i ustawianiem.

Zamawiający prawidłowo wezwał wykonawcę Alnag do wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 Pzp. Następnie jednak, zdaniem Odwołującego, nieprawidłowo ocenił złożone wyjaśnienia, a w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty Alnag na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 1 i 3 Pzp.

Brak udostępnienia Odwołującemu w całości wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp przez Alnag bardzo utrudnia, ale nie uniemożliwia dokonania Odwołującemu analizy oferty tego wykonawcy prowadzącej do stwierdzenia, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie gwarantującą środków na prawidłowe i zgodne z wymaganiami Zamawiającego wykonanie zamówienia. W konsekwencji w stosunku do tej oferty Zamawiający bezprawnie zaniechał jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Odwołujący w tym zakresie oparł się na jawnych dokumentach: treści SIWZ, w tym Opisu przedmiotu zamówienia, pismach Zamawiającego do firmy Alnag, na ofercie Alnag, w szczególności na formularzu cenowym tej firmy, oraz na złożonych przez tą firmę wyjaśnieniach i tej części załączników, które zostały Odwołującemu udostępnione.

Ad. Część nr 5

Analiza złożonych dnia 15 kwietnia 2020 r. wyjaśnień prowadzi do wniosku, że złożone przez Alnag wyjaśnienia były niekompletne, fragmentaryczne i przez to nie obaliły domniemania tego, że oferta Alnag zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Według informacji przedstawionych przez Zamawiającego, wyjaśnienia tego wykonawcy pomijały w ogóle szereg zagadnień, które mają niezwykle istotny wpływ na ocenę, czy jest w ogóle możliwa prawidłowa i rzetelna realizacja przedmiotu zamówienia za cenę oferty Alnag. Wyjaśnienia Alnag składają się wyłącznie z ogólnych oświadczeń wykonawcy odnoszących się do okoliczności, takich jak:

1) posiadanie zakładu stolarskiego wyposażonego w maszyny i narzędzia,

2) długoletnie doświadczenie w branży, mające pozwalać na optymalizację produkcji,

3) wypracowane relacje z dostawcami,

4) posiadanie własnych samochodów dostawczych.

Okoliczności te nie zostały przez Alnag w żaden sposób udowodnione. Nawet gdyby

dostępne są wyłącznie firmie Alnag i pozwalają osiągnąć przewagę konkurencyjną tak

znaczną, aby umożliwiała ona wykonanie zamówienia za około połowę jego rynkowych

kosztów. Odwołujący przywołał orzecznictwo (por. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 8 listopada 2007 r., X Ga 294/06), (por. wyrok KIO z dnia 18 września 2018 r., KIO 1751/18, por. także wyrok KIO z 6 czerwca 2016 r., KIO 800/16) na poparcie swoich twierdzeń.

Zdaniem Odwołującego, nieprawdziwe jest oświadczenie Alnag o samodzielnym wykonaniu całego zamówienia, co ma, wg pisma z 15.04.2020 r., prowadzić do obniżenia kosztów wykonania zamówienia w stosunku do sytuacji, gdyby Alnag korzystać miał z dostaw zewnętrznych. Po pierwsze, Alnag w swojej ofercie dla części nr 5 oferuje towary innych producentów (poz. 7 formularza cenowego - krzesło Nowy Styl Polyfold). Przedstawione na te okoliczności dowody (załączniki 1-8) są zupełnie pozbawione jakiejkolwiek mocy dowodowej. Można się jedynie domyślać, że stanowią zbiór wydruków zawierających rzekome oferty za towary odpowiadające poszczególnym pozycjom asortymentowym w części nr 5. Wydruki te zawierają jedynie szczątkowe informacje, brak jest możliwości określenia szczegółów nt. towarów, których dotyczą, brak podania źródeł (nazwa strony internetowej producenta lub dystrybutora, link w stopce itp.), brak też informacji o dacie wygenerowania tych wydruków. To powoduje, że pozbawione są one jakiejkolwiek możliwości weryfikacji co do związku z ceną wykonania przedmiotowego zamówienia. Takiego związku nie wykazuje w żadnym stopniu sam Alnag.

Wykonawca Alnag oświadczył także, że koszt dostawy tapicerek, pianek, nici i pozostałych akcesoriów dla potrzeb produkcji ma wynieść 59.770,24 zł netto (73.517,40 zł brutto, co stanowi ponad 61% ceny oferty brutto). Zasadność takiej wyceny wg Alnag potwierdzać mają faktury (załączniki 9-13). Alnag nie przedstawił jednak żadnego dowodu ani choćby argumentacji, z której wynikałby związek przedstawionych faktur z przedmiotowym zamówieniem, zwłaszcza, że Alnag nawet nie przedstawił informacji, czy towary zakupione w ramach tych faktur odpowiadają towarom, które mogą być zgodnie z SIWZ wykorzystane przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia, i w jaki sposób ich ceny nabycia w przeszłości przełożą się koszty realizacji przedmiotowego zamówienia (w szczególności na podany w pismach z 15.04.2020 r. łączny koszt dostawy tych elementów). Zwłaszcza, że w dalszej części wyjaśnień całkowite koszty zewnętrzne Alnag podaje jako kwotę 61.970,24 zł netto (76.223,40 zł brutto).

Ponadto, podana w wyjaśnieniach kwota 1.200 zł netto, jako oszacowany koszt dojazdów do Zamawiającego związanych z pomiarami i dostawami towaru, pozbawiona jest jakichkolwiek podstaw wyliczenia. W żadnym stopniu Alnag nie wykazał tego, aby koszty te odpowiadały faktycznym kosztom co najmniej dwóch wyjazdów na trasie Czernichów-Warszawa (uwzględniając koszty paliwa, eksploatacji, opłat drogowych na system Via Toll, koszty pracy pracowników uczestniczących w przejeździe, diety itp.).

Założone przez Alnag 1.000 zł netto na „koszty nieprzewidziane", opłaty za energię, wywóz odpadów, gwarancję, jest również kwotą zupełnie oderwaną od jakichkolwiek realiów realizacji zamówienia. Zwłaszcza przy uwzględnieniu, że Alnag zaoferował okres gwarancji na przedmiot zamówienia wydłużony do 60 miesięcy (5 lat). Biorąc pod uwagę, że same koszty przejazdów Alnag szacował na kwotę 1.200 zł, to założona w przedmiotowym fragmencie kwota 1.000 zł netto, która ma odpowiadać kosztom opłat za energię, wywóz odpadów, koszty nieprzewidziane i gwarancję, prawdopodobnie nie pokryje kosztu choćby jednego wyjazdu do siedziby Zamawiającego w ramach serwisu gwarancyjnego.

Także podana przez Alnag kwota 6.185,00 zł brutto jako koszty pracownicze, pozostaje bez żadnego dowodu czy szczegółowej kalkulacji, która mogłaby dowodzić, że założone koszty pracy są kosztami adekwatnymi, wystarczającymi dla potrzeb rzetelnej realizacji przedmiotu zamówienia, zarówno w fazie wykonania (od podpisania umowy do odbioru), jak i w fazie rękojmi i gwarancji (60 miesięcy od dnia odbioru). Przedstawione argumenty o rzekomym wpływie na przedmiotowe zagadnienie położenia zakładu produkcyjnego Alnag na terenie Gminy Czernichów pozostają również zupełnie gołosłowne. Alnag argumentuje, że położenie zakładu powoduje obniżenie kosztów „utrzymania, energii, usług firmy ochroniarskiej", gdyż te mają być „niższe niż w mieście". Także dla tego twierdzenia Alnag nie przedstawia dowodów ani choćby spójnej i rzetelnej argumentacji czy kalkulacji kosztów. Twierdzenie to przeczy też faktom powszechnie znanym, jak choćby to, że koszt sprzedaży i dystrybucji energii elektrycznej nie jest zależny od miejsca położenia punktu poboru energii. Doświadczenie wynikające m.in. z zamówień publicznych na usługi ochrony osób i mienia

wskazuje także, że wynagrodzenia w tej branży oscylują z reguły w okolicy minimalnej stawki godzinowej, która wynika z przepisów prawa. Z tego powodu jest mało prawdopodobne, aby usługi te mogły być przez Alnag nabyte taniej, niż w miastach jak np. Kraków. Gmina Czernichów, wchodząca w skład Powiatu Krakowskiego (tworzonego przez gminy położone wokół Krakowa, z wyłączeniem Miasta Kraków) należy do obszaru, o najwyższych kosztach pracy w skali Województwa Małopolskiego, zaraz po Krakowie. To plasuje ją także w czołówce kosztów w tym zakresie w całym kraju, z wyłączeniem największych ośrodków miejskich. Potwierdzeniem tego są dane statystyczne GUS (np. w 2017 roku przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto w gminie Czernichów wynosiło 4 858,15 PLN, co odpowiada 107.30% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto w Polsce), co przeczy zasadności argumentu Alnag w tym zakresie. Podważa to także oświadczenie Alnag o kosztach pracowniczych.

Suma wydatków związanych z przedmiotowym zamówieniem została przedstawiona przez Alnag na kwotę 82.408,40 zł brutto (wyjaśnienia, str. 2). Wg wyjaśnień Alnag pozostała część ceny, tj. kwota 23.101,00 zł brutto, ma pozwalać w zupełności na pokrycie należnych podatków do Urzędu Skarbowego oraz składek do ZUS oraz pozwolić uzyskać zadowalający zysk dla firmy. Tymczasem z uwzględnieniem podanej w ofercie ceny, kwota 19.729,33 zł stanowi już kwotę podatku VAT, jaką Alnag będzie zobowiązany do zapłaty z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia (cz. 5). W pozostałej kwocie, tj. 3.371,67 zł zmieścić się muszą także koszty takie, jak inne podatki, w szczególności koszt podatku dochodowego od osób fizycznych (PIT), składki na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, które w przypadku wykonawcy takiego, jak Alnag, miesięcznie wynoszą co najmniej 1431,48zł.

Z uwzględnieniem ww. informacji, biorąc także pod uwagę bardzo nieprecyzyjne i wewnętrznie sprzeczne wyjaśnienia Alnag, w ocenie Odwołującego, podane w wyjaśnieniach informacje finansowe potwierdzają, że kalkulacja ceny nie pozwala Alnag na uzyskanie zysku z zamówienia, co powoduje, że ofertę tą tym bardziej należy uznać za podlegającą odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp.

Wszystkie podawane w wyjaśnieniach wartości sprawiają wrażenie dobranych przypadkowo, sformułowanych ad hoc, wyłącznie na potrzeby sformułowania wyjaśnień. Dokonane w drugiej części wyjaśnień podsumowania kosztów pozostają bez związku z podanymi wcześniej wartościami cząstkowymi, które nie sumują się do wartości podanych, jako całkowite. Wyjaśnienia pozostają zbiorem ogólnych oświadczeń Alnag odnoszących się do okoliczności pozbawionych dowodów, których wpływ na szacowanie ceny ofertowej pozostaje niewyjaśniony i niewykazany. Wyjaśnień tych nie sposób nazwać kompletnymi czy rzetelnymi.

Dołączone do wyjaśnień dowody pozostają jedynie zbiorem mniej lub bardziej przypadkowych dokumentów, które albo są zupełnie nieprzydatne dla dowiedzenia prawidłowości kalkulacji cenowej Alnag (załączniki 1-8) albo też ich przełożenie na kalkulację ceny Alnag nie jest w żaden sposób wykazane.

Ad. Część nr 10

W zakresie tej części przedmiotu zamówienia wyjaśnienia były sformułowane w sposób zbliżony, jak dla części nr 5. Tym samym zarzuty Odwołującego dotyczące treści tych wyjaśnień w zasadniczej części pokrywają się z tym, co opisano w odniesieniu do części nr 5 (z zastrzeżeniem różnic w wartościach i niektórych innych elementach).

Dla części nr 10 wyjaśnienie Alnag o samodzielnym wykonaniu całego przedmiotu zamówienia, co ma prowadzić do obniżenia kosztów i czynić cenę oferty realną, brzmi szczególnie absurdalnie w stosunku do pozycji: takich, jak dywan, roślina doniczkowa, a szczególnie - pianino. Zgodnie z wyjaśnieniami, wykonawca prowadzi zakład stolarski wyspecjalizowany w produkcji meblarskiej. Wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że posiada zdolności produkcyjne i kadrowe w zakresie wykonywania tkanin takich, jak dywany, a już szczególnie - skomplikowanych elektronicznych instrumentów muzycznych, jak pianino elektryczne (poz. 22). Trudno uznać za rzetelne wyjaśnienia, które bez żadnych dowodów przedstawiają argumentację tego rodzaju.

Podając koszty zakupu materiałów zewnętrznych, podobnie jak w części nr 5, Alnag przedstawił ich rzekomy całkowity koszt (31.477,05 zł netto, co dawałoby brutto 38.716,77 zł) oraz zbiór dokumentów (załączniki 18-25), bez wykazania, jakie przełożenie mają informacje zawarte w tych dokumentach na przyjętą wycenę. Z wyjaśnień nie wynika w żadnym stopniu, czy dokumenty te mają związek z przygotowaniem wyceny przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji nie mają żadnego waloru dowodowego na okoliczność poziomu kosztów zakupu tych elementów.

Za zupełnie bezprzedmiotowe należy uznać także argumenty Alnag odnoszące się do cen z zamówienia realizowane dla innej jednostki (Krakowski Szpital Specjalistyczny im. Jana

Pawła II). Wykonawca w tym zakresie nie wykazał ani nawet nie przedstawił argumentacji za istnieniem związku między danymi odnoszącymi się do tamtej realizacji i przedmiotowego zamówienia (np. co do przedmiotu, rodzaju towarów, zgodności z SIWZ czy innych warunków realizacji). Tak samo nie ma znaczenia dla oceny tych wyjaśnień odwołanie do wcześniejszego wyroku KIO odnoszącego się do innego postępowania, rozpisanego na innych warunkach, dotyczącego innego przedmiotu zamówienia, gdzie wyjaśnienia Alnag są dla Zamawiającego znane wyłącznie fragmentarycznie w zakresie, w jakim zostały przytoczone w uzasadnieniu wyroku KIO.

Wszystkie przedstawione przez Alnag argumenty pokrywają się z tymi przedstawionymi dla części nr 5. Także w tym zakresie należy uznać je za przedstawione w sposób przypadkowy, pozbawiony szczegółowego wyliczenia i uzasadnienia i nie wykazujące w żadnym stopniu rzetelności kalkulacji ceny ofertowej, jej realności w kontekście postawionych w SIWZ wymagań. Nie wyjaśniły one żadnych wątpliwości dotyczących rzetelności i prawidłowości skalkulowania ceny ofertowej ani nie wykazały istnienia po stronie Alnag takich okoliczności, które pozwalałyby tej firmie na realizację zamówienia za oferowane ceny, a także odbiegających tak znacznie od cen oferowanych przez pozostałych wykonawców, które w niniejszym postępowaniu obrazują realny i aktualny poziom kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia oceniany przez uczestniczących w tym rynku profesjonalistów.

Wyjaśnienia w obu częściach ograniczają się w zasadzie do podania kilku ogólnych haseł i zbiorczych kwot, bez wskazania jakiejkolwiek metodologii, która posłużyła ich wyliczeniu, czy która potwierdzałaby to, że firma Alnag rzeczywiście na takim poziomie może przyjąć poszczególne koszty realizacji przedmiotu zamówienia. Tymczasem zgodnie z orzecznictwem informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności (por. wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2016 r., KIO 800/16). Nie spełnia tego kryterium ani podanie ogólnikowych informacji w wyjaśnieniach, ani też dołożenie do wyjaśnień kilku czy kilkunastu dokumentów, bez wykazania związku pomiędzy tymi dokumentami i ujętymi w nich treściami, a kalkulacją kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia.

Wykonawca, B. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Alnag B. W., zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, że instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 Pzp, została przewidziana, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych cen, kalkulacji, cech i uwarunkowań etc., dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wiadomości na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnych, dostępnych wykonawcy okoliczności, które taką kalkulację umożliwiają, zamawiający zazwyczaj nie może uzyskać na podstawie innego źródła niż sam wykonawca i przede wszystkim informacje te powinien uzyskać w stosownym czasie - co pozwoli mu na dokonanie prawidłowej czynności przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Tym samym, co do zasady, wykonawca już w ramach wyjaśnień składanych zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie, powinien podać dostępne mu indywidualnie okoliczności i dowody, które umożliwiły skalkulowanie tak niskiej ceny. (KIO 2115/16; KIO 2116/16). Przepis art. 90 ust.

1 Pzp stanowi, że zamawiający zwraca się do konkretnego wykonawcy, w określonych w tym przepisie warunkach, o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Powyższą regulację należy interpretować łącznie z dyspozycją art. 90 ust. 2 Pzp, który to przepis wprost wskazuje na obowiązek wykazania przez wykonawcę, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W świetle wskazanych regulacji prawnych, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska. Przywołane przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Każdy więc dowód adekwatny do konkretnej sytuacji może być przedstawiony przez wykonawcę, co wykonawca uczynił w sposób dokładny, czytelny i wiarygodny.

Zdaniem Przystępującego, złożone przez wykonawcę Alnag wyjaśnienia dotyczące braku rażąco niskiej ceny oferty w zakresie części nr 5 i 10 zamówienia, sformułowane zostały z należytą starannością, a dowody załączone do wyjaśnień, również te objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, w pełni przedstawiają i odzwierciedlają możliwość rzetelnego

i profesjonalnego wykonania przedmiotu zamówienia, co czyni zarzuty Odwołującego chybionymi.

Odwołujący zarzuca między innymi, że samodzielne wykonanie całego przedmiotu zamówienia brzmi absurdalnie w stosunku do pozycji takich jak dywan, roślina doniczkowa, pianino, nie mając żadnych podstaw aby twierdzić, że wykonawca nie może być producentem tych towarów. W swojej ofercie w Wykazie asortymentowo-cenowym Odwołujący również podał siebie jako producenta wymienionych pozycji.

Wykonawca dołożył wszelkich starań, aby udowodnić, że cena jaką zaoferował nie jest rażąco niska, a także jego sytuacja ekonomiczna, finansowa i kadrowa przyczynia się do rzetelnego i w pełni profesjonalnego wykonania przedmiotu zamówienia.

Przystępujący podniósł także, że termin na wniesienie odwołania upłynął dnia 4 maja 2020 r. natomiast Odwołujący kopię odwołania przesłał Zamawiającemu w dniu 5 maja 2020 r., co stanowi podstawę do odrzucenia odwołania.

Pismem z dnia 18 maja 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o odrzucenie odwołania, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku - o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Alnag w zakresie części nr 5 i nr 10 zamówienia oraz oddalenie w pozostałym zakresie, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wyjaśnił, że w toku badania ofert stwierdził, że oferta Alnag w:

1. Części nr 5 „Dostawa i montaż mebli wypoczynkowych (siedziska)" jest niższa o 51% od wartości Części nr 5 zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania;

2. Części nr 10 „Dostawa i montaż innego wyposażenia" jest niższa o 45,96% od wartości

Części nr 10 zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, w dniu 8 kwietnia 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Alnag do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny ofert złożonych na ww. części zamówienia.

W dniu 10 kwietnia 2020 r. wykonawca Alnag zwrócił się o przedłużenie terminu na przedłożenie wspomnianych dokumentów. W dniu 16 kwietnia 2020 r. do siedziby Zamawiającego doręczono dwa pisma wykonawcy Alnag dot. informacji o braku rażąco niskiej

ceny, oddzielnie dla części nr 5 oraz części nr 10 zamówienia.

Zamawiający w dniu 30 kwietnia 2020 r. zawiadomił wykonawcę Alnag o odtajnieniu

informacji, które nie stanowią w jego ocenie tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Zamawiający dokonał odtajnienia części załączników — „przykładowych cen" stanowiących wydruki ze stron internetowych oraz serwisów aukcyjnych typu Allegro). Zamawiający udostępnił Odwołującemu, zgodnie z jego żądaniem, odtajnioną część dokumentów.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie spełnił obowiązku wynikającego z art. 180 ust. 5 Pzp. W przedmiotowej sprawie odwołanie winno było zostać wniesione w terminie 5 dni od dnia przestania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej jego podstawę, jak i w tym terminie Odwołujący zobowiązany był przesłać jego kopię Zamawiającemu — tj. nie później niż do końca dnia 4 maja 2020 r. Tymczasem z dokumentacji wynika, że kopia odwołania wpłynęła do Zamawiającego dzień później, tj. w dniu 5 maja 2020 r.

Ad zarzut nr 1

Zamawiający sprostował procentowe dane przywołane w odwołaniu. Wskazał, że w zakresie części nr 5 i nr 10 zamówienia korzystał z dyspozycji art. 87 ust. 2 Pzp i dokonał sprostowania oczywistych omyłek rachunkowych znajdujących się w ofertach wykonawców, o czym zawiadamiał ich zgodnie z ustawą Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że w części 5 cena oferty stanowi 49 % szacunkowej wartości zamówienia, powiększonej o VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz 69,63 % średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, tj. 151 526,41 zł brutto.

W zakresie części nr 10 Zamawiający potwierdził, że dane podane przez Odwołującego pokrywają się z obliczeniami Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego, w zakresie części nr 5 i nr 10 oferta Alnag spełniała co

najmniej jedną z przesłanek wspomnianych powyżej, tj. była niższa o ponad 30% od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia brutto. Jednocześnie w przypadku części nr 5 stanowiła 69,93% średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu, a w przypadku części 10 — 72,84%.

Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku:

1. części nr 5 złożono 5 ofert, o zakresie cenowym od 86 050,80 zł brutto do 215 349,63 zł. Analizując złożone oferty, Zamawiający nie mógł nie zauważyć, że przedmiot zamówienia objęty tą częścią został najprawdopodobniej, w dużej mierze (w zakresie wielu elementów) przeszacowany, bowiem tylko jedna ze złożonych ofert — oferta Odwołującego, była zbliżona do wartości ustalonej przez Zamawiającego. Kolejne oferty stanowiły już tylko 83%, 80%, 49%, a nawet 40% tej kwoty (przy czym najniższa oferta nie była ofertą Przystępującego).

2. części nr 10 złożono 5 ofert, w zakresie cenowym od 71 819,70 zł brutto do 136 062,60

zł brutto. W tej części złożono trzy oferty na zbliżonym poziomie cenowym — 71 819,70 (oferta Przystępującego), 82 828,20 zł (oferta innego wykonawcy) oraz 89 808,45 zł (oferta innego wykonawcy). Na czwartym miejscu (od najniższej ceny) uplasowała się oferta Odwołującego o cenie 112 468,74 zł brutto, zaś na ostatnim — oferta innego wykonawcy o cenie aż 136 062,60 zł. Zamawiający zauważył, że ustalając wartość zamówienia w tej części zamówienia na kwotę 132 908,78 zł brutto, najprawdopodobniej ją przeszacował. Oferty złożone w tej części stanowiły kolejno od najwyżej 102%, 85%, 68%, 62%, 54,04% wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, powiększonej o VAT.

Zamawiający wezwał Przystępującego do przedstawienia wyjaśnień na podstawie procentowej proporcji ceny jego oferty względem ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Zdaniem Zamawiającego fakt, że oferta Przystępującego w części nr 5 jest niższa o 30,07% od średniej arytmetycznej wszystkich cen wynika z okoliczności oczywistych, niewymagających wyjaśnienia (np. wyrok KIO z 14 grudnia 2018 r., sygn. akt. KIO 2499/18). Tym samym odstąpił od wzywania Przystępującego do wyjaśnień na tej podstawie.

Zamawiający zauważył, że przedstawiony przez Odwołującego sposób obliczania domniemanej rażąco niskiej ceny, obarczony jest błędem logicznym w postaci nieuwzględnienia jednej z ofert w wyliczeniach średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu, a tym samym nie stanowi dowodu na poparcie twierdzeń Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego, do obliczeń przedstawionych przed Odwołującego nie powinny być brane pod uwagę również ceny niższe niż cena zaoferowana przez Przystępującego lub zbliżone do tej ceny, jak i skrajnie wysokie ceny, odbiegające swoją wartością od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu (co miało miejsce w przypadku obu części zamówienia).

Zamawiający wskazał, że Przystępujący złożył wyjaśnienia w zakresie części nr 5, załączając trzystronicowe pismo wraz z dwudziestoma stronami załączników zaś w zakresie Części 1nr 0 - trzystronicowe pismo i 48 stron załączników, powiązanych z jego treścią. Przy czym przedmiot zamówienia zarówno części nr 5, jak i części nr 10 nie jest ani obszerny, ani skomplikowany. Zamawiający wskazał, że w jego opinii wyjaśnienia złożone przez Alnag są przygotowane w sposób staranny, nie można im przypisać cechy „fragmentaryczności". Zamawiający nie mógł uznać, że są one niekompletne.

Zamawiający nie podzielił odczucia Odwołującego dot. przypadkowości i nierealności ceny oferty Alnag, jak i tego, że szacowanie ceny przez Przystępującego nastąpiło dopiero w momencie przygotowywania wyjaśnień. Zamawiający podkreślił, że wykonawcy zobligowani byli nie tylko wpisać ogólną cenę netto i brutto w Formularzu ofertowym, lecz musieli również załączyć Wykaz cenowo-asortymentowy, przypisując każdemu wskazanemu tam elementowi wyposażenia cenę jednostkową. Dopiero na podstawie tych cen jednostkowych, po wykonaniu opisanych w SIWZ działań matematycznych, otrzymywano cenę oferty. Nie było więc możliwe podanie zupełnie nieskalkulowanych cen całkowitych oferty.

Zdaniem Zamawiającego, nie znajduje uzasadnienia zarzut niewykazania przez Przystępującego w wyjaśnieniach (w zakresie części nr 5) związku pomiędzy załączonymi fakturami, a towarami potrzebnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca Alnag bowiem w treści swojego pisma wymienił materiały potrzebne do realizacji zamówienia, wskazując ich

łączny koszt, i w tym samym akapicie odniósł się do załączników — faktur z cenami za takie materiały. Wyjaśnienie skonstruowane w taki sposób nie budzi wątpliwości Zamawiającego, że ww. faktury dotyczą niezbędnych towarów.

Konstruując wezwanie do wyjaśnień w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny, Zamawiający opierał się na treści art. 90 ust. 1 Pzp i nie wskazał pozycji Wykazu asortymentowo-cenowego Przystępującego, która budziłaby jego uzasadnione wątpliwości,

jak i nie żądał przedstawienia szczegółowej kalkulacji. Zamawiający dokonywał oceny cen zawartych w ofercie Przystępującego nie tylko w oparciu o jego wyjaśnienia i ceny całkowite zawarte w ofertach, ale o całokształt posiadanych informacji, w tym w oparciu o pozostałe oferty złożone w postępowaniu i ich ceny jednostkowe. Analiza Zamawiającego wykazała, że wśród pozycji Wykazu asortymentowo-cenowego dla części nr 5, znajdują się:

1. ceny jednostkowe netto zaoferowane przez Przystępującego, które są na podobnym poziomie co ceny jednostkowe netto zaoferowane przez Odwołującego;

2. ceny jednostkowe netto zaoferowane przez Odwołującego w sposób wyraźny odbiegające od cen jednostkowych zaoferowanych przez pozostałych wykonawców.

2. ceny jednostkowe netto zaoferowane przez Przystępującego, które są wyższe niż ceny jednostkowe netto zaoferowane przez Odwołującego.

Zamawiający wskazał, że w zakresie części nr 10 występują zarówno skrajnie przeszacowane pozycje (takie, wobec których żadna ze złożonych ofert nie jest porównywalna lub tylko jedna (zawyżona) spośród pięciu złożonych ofert jest na podobnym poziomie), w tym między innymi pozycje z Wykazu asortymentowo-cenowego nr 2, 7, 8, 10, 11, 18, jak i pozycje, które można przyrównać do cen jednostkowych zaoferowanych przez Przystępującego i pozostałych wykonawców - w tym między innymi pozycje z Wykazu asortymentowo-cenowego nr 13, 18, 19, 20, 21, 22, 23. W ten sam sposób Zamawiający dokonał analizy pozycji objętych zakresem części nr 5 i tak — spośród 11 pozycji z Wykazu asortymentowo-cenowego, aż 6 z nich zostało najwyraźniej przeszacowanych (czyli są to takie pozycje, wobec których żadna ze złożonych ofert nie jest porównywalna lub tylko jedna zawyżona spośród pięciu złożonych ofert jest na podobnym poziomie), tj. pozycja 1, 2, 3, 8, 9 i 10, natomiast pozostałe 5 pozycji z powodzeniem można przyrównać do cen jednostkowych zaoferowanych przez Przystępującego lub innych wykonawców, tj. pozycje nr 4, 5, 6, 7, 11.

Odnosząc się do analizy elementów kosztów dokonanej w odwołaniu, Zamawiający wskazał, że sprawia ona wrażenie domniemań opartych w większości na własnych opiniach Odwołującego. Przywołana przez Odwołującego dana dot. średniego miesięcznego wynagrodzenia brutto w gminie Czernichów jest wartością uśrednioną, w skład której wchodzą wartości skrajne, tym samym, nie można na jej podstawie zakładać, że wszyscy pracownicy osiągają zarobek w takiej wysokości. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w zakresie kosztów pracowniczych, kosztów transportu i pozostałych elementów kosztowych

podniesionych przez Przystępującego w wyjaśnieniach w żaden sposób nie udowodnił, że kwoty przedstawione przez Przystępującego, są nierealne. Nie przedstawia on również żadnej kalkulacji, która mogłaby udowodnić, że przedstawione wartości są choćby dyskusyjne. Sam

Zamawiający nie podniósł w ww. zakresie żadnych wątpliwości.

Odwołujący w swoim piśmie uznał za absurdalne stwierdzenie Przystępującego dot. samodzielnego wykonania przedmiotów takich rn.in. rośliny doniczkowe oraz pianino. Zamawiający wskazał, że powyższe stwierdzenie, jakkolwiek niefortunnie skonstruowane przez Alnag w wyjaśnieniach składanych w zakresie części nr 10, należy analizować w kontekście całych przedstawionych przez tego wykonawcę objaśnień. W dalszej części Przystępujący wyjaśnił koszty zakupu m.in. doniczki i oddzielnie rośliny.

Zamawiający, wskazując w IDW, że wykonawcy, składający ofertę w postępowaniu (w zakresie m.in. części nr 5 i nr 10) zobowiązani są uzupełnić Wykazy asortymentowo-cenowe, wskazując w nich m.in. producenta i model/typ oferowanego asortymentu, nie określił w jaki sposób muszą tego dokonać. Tym samym, wskazanie, zarówno przez Odwołującego, jak i przez Przystępującego w treści tych załączników samych siebie jako producentów wszystkich elementów wchodzących w zakres zamówienia (z wyłączeniem tylko jednej pozycji asortymentu części nr 5 w ofercie Alnag, której producentem miał być inny podmiot) wraz z ich numerem (katalogowym), spełnia wymagania SIWZ i nie podlega dodatkowym wyjaśnieniom. Inne działanie Zamawiającego w powyższym zakresie byłoby sprzeczne z postanowieniami SIWZ.

Zamawiający wskazał, że obie części zamówienia są podobne przedmiotowo. Tym samym, logicznym dla Zamawiającego jest, że uzasadnienie dla zaoferowanej ceny w obu przypadkach będzie podobne, a nawet bazujące na tożsamej argumentacji. Powyższe nie wzbudza podejrzeń Zamawiającego.

W zakresie żądania Odwołującego dot. odtajnienia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przygotowanych przez Przystępującego, Zamawiający podtrzymał swoją decyzję. Wobec załączników - cenniki indywidualne oraz faktury Zamawiający uznał, że można je zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa i nie udostępnił ich Odwołującemu.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp i podtrzymał decyzję dot. uznania złożonych przez wykonawcę Alnag wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w części nr 5 i nr 10, a w konsekwencji nieodrzucenia oferty Przystępującego z ww. części została dokonana zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał dodatkowo, że przepis art. 180 ust. 2 Pzp zawiera katalog sytuacji, w których Odwołującemu przysługuje prawo wniesienia odwołania w zamówieniach tzw. podprogowych. Jest to katalog zamknięty, nie obejmujący zaniechania czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu (por. postanowienie

KIO z 16 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2084/16 wraz z oddalającym skargę na ww. postanowienie wyrokiem Sądu Okręgowego w Płocku 2 lutego 2017 r. sygn. akt: IV Ca 1051/16). Zdaniem Zamawiającego, odwołanie w części dotyczącej zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Alnag w części 5 i 10 zamówienia podlega odrzuceniu, ze względu na brak właściwości Izby do jego rozpoznania.

Ad. zarzut nr 2

Konsekwentnie, zgodnie z brzmieniem art. 91 ust. 1 Pzp, a także biorąc pod uwagę stan faktyczny oraz uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego powyżej, Zamawiający po przyznaniu punktacji wszystkim oferentom, którzy złożyli ważne oferty w postępowaniu (w niniejszym postępowaniu zastosowanie ma bowiem procedura odwrócona art. 24aa Pzp), zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, w dniu 27 kwietnia 2020 r. w części nr 5 „Dostawa i montaż mebli wypoczynkowych (siedziska)" oraz części nr 10 „Dostawa i montaż innego wyposażenia" postępowania, dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez ALNAG B. W. .

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty

zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania. Na posiedzeniu Zamawiający potwierdził, że otrzymał w formie elektronicznej kopię odwołania w dniu 4 maja 2020 r. Zamawiający nie podtrzymał też zarzutu dotyczącego braku możliwości wniesienia odwołania w zamówieniach tzw. podprogowych na zaniechanie czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu. W ocenie Izby, przepis art. 180 ust. 2 Pzp, wskazując czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, wobec której przysługuje prawo wniesienia odwołania, obejmuje wszystkie czynności i zaniechania prowadzące do wyboru najkorzystniejszej, w tym także zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, która została wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca, B. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ALNAG B. W., skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp, poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Alnag w zakresie części nr 5 i nr 10 wobec złożenia w tych częściach ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także pomimo iż wykonawca ten nie dowiódł, że jego oferta w przedmiotowym postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny, w ocenie Izby, potwierdził się wyłącznie w części dotyczącej nieprawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Alnag. Zarzut nie potwierdził się w zakresie wystąpienia przesłanek do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

Przedmiotem zamówienia pn. „Roboty budowlane wraz z dostawą i montażem wyposażenia pomieszczeń Ogniska „Starówka" z podziałem na części. Części: 3, 5, 7, 8, 9, 10", jest dostawa mebli i innych elementów wyposażenia wnętrz, w tym:

- Części 5: Dostawa i montaż mebli wypoczynkowych (siedziska),

- Część 10: Dostawa i montaż innego wyposażenia.

W zakresie części nr 5 i nr 10 w prowadzonym postępowaniu zostało złożonych 5 ofert, w tym oferta Przystępującego i Odwołującego oraz oferty 3 innych wykonawców, które to oferty zostały ostatecznie odrzucone.

Zgodnie z art. 90 ust 1 Pzp, zamawiający wzywa wykonawców do złożenia wyjaśnień w tym trybie 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. Dodatkowo zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, jeżeli cena całkowita jest mniejsza o 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT lub od średniej arytmetycznej wszystkich ofert, wezwanie wykonawcy do wyjaśnień jest obowiązkowe.

Trybunał Sprawiedliwości UE w orzeczeniu z dnia 29.03.2012 r (C-599/10, Sag Slovensko) wskazał iż - „z powyższych przepisów sformułowanych w sposób imperatywny, wynika w sposób jasny, że zamiarem prawodawcy unijnego było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały weryfikacji składowych elementów r n.c., poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne (podobnie wyrok z dn. 27 listopada 2001 r w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 Lombardini i Mantovani, Rec, s. 1-9233, pkt. 46-49), (...) instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądania skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty”.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że kwestia zasadności wezwania wykonawcy Alnag do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp nie była kwestią sporną pomiędzy stronami. Nie kwestionował tej okoliczności także sam Przystępujący w postępowaniu odwoławczym.

Jak wynika z wyjaśnień Odwołującego i Zamawiającego, w przedmiotowym postępowaniu oferta złożona przez wykonawcę Alnag w części nr 5 i części nr 10 zamówienia wypełnia przesłanki określone w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, gdyż cena tej oferty jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT oraz w przypadku oferty w części nr 5 zamówienia - także od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Zgodnie z art. 90 ust.1 i 1a pkt 1 Pzp, wypełnienie się przesłanek określonych w tych przepisach stwarza domniemanie, że dana oferta zawiera rażąco niską cenę, tj. cenę, która nie daje możliwości prawidłowego, rzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w treści SIWZ oraz wynikającymi z obowiązujących przepisów odrębnych. Wezwanie do złożenia wyjaśnień nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania, że cena złożonej oferty jest realna, pod rygorem odrzucenia oferty.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający prawidłowo wezwał w dniu 8 kwietnia 2020 r. wykonawcę Alnag do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1a pkt 1 Pzp dotyczących cen zaoferowanych w części nr 5 i nr 10 zamówienia. Wykonawca Alnag złożył wyjaśnienia w terminie określonym przez Zamawiającego, załączając do wyjaśnień dowody, które w części zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący co prawda w tym zakresie nie podzielił stanowiska Zamawiającego, jednak nie sformułował stosownego zarzutu w odwołaniu, co jednoznacznie potwierdził w swoim oświadczeniu złożonym na rozprawie.

W ocenie Izby, złożone przez wykonawcę Alnag wyjaśnienia nie zostały prawidłowo ocenione przez Zamawiającego. Wyjaśnienia te nie są kompletne, budzą wątpliwości co do tego, czy rzeczywiście uwzględniają wszystkie koszty konieczne do realizacji zamówienia zgodnie z warunkami SIWZ. Wykonawca nie wyjaśnił przedstawionych w sposób zagregowany poszczególnych rodzajów kosztów oraz nie powiązał w sposób wymierny wskazanych w wyjaśnieniach swoich atutów z wysokością ceny oferty.

W tej sytuacji, biorąc także pod uwagę fakt, że wezwanie do wyjaśnień zostało sformułowane przez Zamawiającego w sposób bardzo ogólny, w ocenie Izby, Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę Alnag do złożenia dodatkowych, bardziej szczegółowych wyjaśnień w zakresie przestawionym przez ww. wykonawcę w pismach z dnia 15 maja 2020

r., w tym przedstawienia szczegółowych kalkulacji kosztów wskazanych przez wykonawcę jedynie ogólnie w złożonych wyjaśnieniach. Możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp, została potwierdzona w orzecznictwie Izby, w którym zwraca się uwagę na fakt, że ww. przepisy nie limitują ilości wezwań zamawiającego do udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tym samym zamawiający, skoro ma dalsze wątpliwości co do złożonych wyjaśnień uprawniony jest do zwrócenia się do wykonawcy o złożenie dodatkowych wyjaśnień. Możliwość kilkukrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp została jednoznacznie potwierdzona w orzecznictwie Izby, jednakże należy zauważyć, że prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Podkreślić również należy, że o rzetelności i przekonywalności wyjaśnień nie świadczy sama ilość zapisanych stron i załączników, lecz ich wartość merytoryczna. W odniesieniu do kwestii składania wyjaśnień w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny istotne jest, aby złożone wyjaśnienia wskazywały obiektywne czynniki dostępne danemu wykonawcy, które mogą być realnie przeliczone na kwoty ponoszonych przez wykonawcę kosztów, które umożliwiają zarazem obniżenie ceny oferty w stosunku do kosztów przeciętnie kształtujących się na rynku przy realizacji danego rodzaju zamówień. Przestawiając kwoty określonych kosztów, wykonawca ma obowiązek wykazać, o ile te koszty są niższe w dostępnych jemu warunkach oraz w jaki wymierny sposób (w jakim stopniu) przewagi danego wykonawcy wpływają na wysokość ceny oferty. Podając poszczególne rodzaje kosztów (osobowe, transport, produkcja itp.) na obniżonym poziomie, wykonawca powinien przestawić kalkulację, z której będzie wynikać jednoznacznie, że wskazane kwoty są realistyczne i mają oparcie w obiektywnych warunkach dostępnych danemu wykonawcy przy realizacji zamówienia.

Uwzględniając powyższe należało stwierdzić, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Alnag w zakresie oświadczeń odnoszących się do takich okoliczności, jak:

- posiadanie zakładu stolarskiego wyposażonego w maszyny i narzędzia,
- długoletnie doświadczenie w branży, mające pozwalać na optymalizację produkcji,
- wypracowane relacje z dostawcami,
- posiadanie własnych samochodów dostawczych,

które z reguły są dostępne także innym wykonawcom na rynku, wymagają uszczegółowienia i wykazania przez wykonawcę Alnag, na ile powyższe czynniki pozwalają Przystępującemu obniżyć cenę oferty w porównaniu do sytuacji, gdyby wskazanych warunków nie posiadał.

Skoro powyższe okoliczności nie zostały wykazane w ramach złożonych wyjaśnień, to uzasadnione, w ocenie Izby, były dalsze wątpliwości po stronie Zamawiającego, który powinien użyć procedury dodatkowych wyjaśnień, aby umożliwić wykonawcy wyjaśnienie, czy są to rzeczywiście okoliczności, które wyróżniają w wymierny sposób tego wykonawcę spośród innych wykonawców działających na rynku i pozwalają mu osiągnąć przewagę konkurencyjną, która umożliwiała wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę zarówno w części nr 5 jak i nr 10 zamówienia.

Dodatkowego wyjaśnienia wymagają oświadczenia wykonawcy Alnag o samodzielnym wykonaniu całego zamówienia oraz kosztów z tym związanych, biorąc pod uwagę fakt, że wykonanie jednostkowego egzemplarza wyposażenia generuje raczej wyższe koszty niż produkcja seryjna. Ponadto, dodatkowego wyjaśnienia wymaga szacowany koszt dojazdów do Zamawiającego związanych z pomiarami i dostawami towaru, koszty rezerwowe „nieprzewidziane”, koszty energii, wywozu odpadów, koszty gwarancji, koszty pracownicze, zysk, itp. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być konkretne, umożliwiające ich weryfikację pod kątem wymiernych wartości ekonomicznych, a także wiarygodności. Dopiero tak złożone wyjaśnienia powinny podlegać ocenie w kontekście podejrzenia rażąco niskiej ceny. Rzeczowa ocena wyjaśnień umożliwi Zamawiającemu ocenę oferty w zakresie przesłanek wynikających z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust 3 Pzp.

Przedwcześnie zakończona ocena oferty wykonawcy Alnag przez Zamawiającego i w konsekwencji dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w części nr 5 i nr 10 zamówienia doprowadziły do naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp. Izba wzięła pod uwagę, że stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp może mieć wpływ na wynik postępowania, co stanowiło podstawę do uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 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).

Przewodniczący: .....