

WYROK
z dnia 26 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2021 r. przez wykonawcę W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy KLIMARO W. R. z siedzibą w Baczkowie pod numerem 226 (32-708 Dziewin) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Akademię Górniczo-Hutniczą im. Stanisława Staszica z siedzibą w Krakowie przy Al. Mickiewicza 30 (30-059 Kraków)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elsap Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie przy ul. Glinik 136 (31-990 Kraków), B. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. C. ELSAP z siedzibą w Krakowie przy ul. Glinik 136 (31-990 Kraków) oraz D. C. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą D. C. Clima-Vente z siedzibą w Krakowie przy ul. Glinik 136 (31-990 Kraków), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elsap Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie, B. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. C. ELSAP z siedzibą w Krakowie oraz D. C. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą D. C. Clima-Vente z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.).
2. Kosztami postępowania obciążyć wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elsap Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie, B. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. C. ELSAP z siedzibą w Krakowie oraz D. C. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą D. C. Clima-Vente z siedzibą w Krakowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy KLIMARO W. R. z siedzibą w Baczkowie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elsap Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie, B. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. C. ELSAP z siedzibą w Krakowie oraz D. C. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą D. C. Clima-Vente z siedzibą w Krakowie rzecz wykonawcy W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy KLIMARO W. R. z siedzibą w Baczkowie, kwotę w wysokości 11 400 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica z siedzibą w Krakowie, zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego na *Wykonanie konserwacji i napraw bieżących instalacji i urządzeń wentylacji mechanicznej oraz klimatyzacji na terenie Uczelni AGH w Krakowie* (nr KC-zp.272-694/20), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 grudnia 2020 r., pod numerem 766848-N-2020.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 20 stycznia 2021 r. wykonawca W. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy KLIMARO W. R. z siedzibą w Baczkowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec:

- nieodrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elsap Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie, B. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. C. ELSAP z siedzibą w Krakowie oraz D. C. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą D. C. Clima-Vente z siedzibą w Krakowie (zwanych dalej: „Elsap”);
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Elsap, pomimo niewyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp polegające na nieodrzuceniu oferty wykonawcy Elsap, z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż wykonawca ten nie wyjaśnił w sposób wyczerpujący w tym przez przedstawienie stosownych dowodów zaproponowanej ceny, która w ocenie zamawiającego wydała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- odrzucenia oferty wykonawcy Elsap.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w tym zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu dla postawionego zarzutu odwołujący wskazał, że nieprawidłowe działanie zamawiającego doprowadziło do naruszenia podstawowej zasady postępowania o udzielenie zamówienia wyrażonej w art. 7 Pzp. Zgodnie z treścią powyższego przepisu – nadrzędną zasadą rządzącą postępowaniem o udzielenie zamówienia jest zasada równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą, a wykluczenia z postępowania podmiotów niespełniających warunków udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty w sytuacjach opisanych w art. 89 ust. 1 Pzp. Zdaniem odwołującego, zamawiający wbrew powyższym regułom dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę i co do której wykonawca nie złożył szczegółowych i konkretnych wyjaśnień pozwalających na przyjęcie, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Jak wyjaśnił odwołujący, przedmiotowe zamówienie składało się z dwóch części tj. konserwacji instalacji i urządzeń wentylacji mechanicznej oraz klimatyzacji oraz jako druga część zamówienia wykonywanie bieżących napraw instalacji i urządzeń. Na dwie części podzielona była również kalkulacja ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Kalkulacja ceny dotyczącej konserwacji instalacji i urządzeń opierała się na wyszczególnionym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) zakresie prac koniecznych do wykonania przy czym wszelkie materiały do wykonania prac konserwacyjnych miał zapewnić wykonawca. Jeżeli chodzi o część zamówienia dotyczącą bieżących napraw to zgodnie z pkt VI SIWZ wykonawca zobowiązany został do podania cen jednostkowych oraz zbiorczych materiałów i urządzeń zawartych w kosztorysie cenowym – załączniku nr 1B. W oparciu o podane ceny zamawiający na podstawie odrębnych zamówień będzie zlecał wykonanie określonych napraw. Wykonawca przedstawił do zatwierdzenia dokładny kosztorys sporządzony w czasie do 3 dni od daty zgłoszenia przez zamawiającego (telefonicznego, mailowego lub faksowego do siedziby wykonawcy) w oparciu o podane ceny zaoferowane w załączniku nr 1B. Wartość jednostkowa materiałów i urządzeń zawartych w kosztorysie cenowym – załączniku nr 1B, jak również zbiorcza wartość tego kosztorysu stanowiła istotną część ceny proponowanej przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Oferta złożona przez odwołującego zawierała łączną cenę 1 448 128,20 zł, przy czym cena łączna kosztorysu ofertowego – załącznika nr 1B wynosiła 840 926,40 zł. Wykonawca Elsap w ramach złożonej oferty zaproponowało łączną cenę za realizację przedmiotu zamówienia w wysokości 616 143,90 zł, przy czym cena kosztorysu – załącznika nr 1B wynosiła 288 988,50 zł. Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający pismem z dnia 8 stycznia 2021 r. wezwał wykonawcę Elsap do złożenia wyjaśnień dotyczących zaproponowanej ceny w szczególności w części dotyczącej kosztorysu cenowego za materiały i robociznę (załącznik nr 1B) – gdyż zaproponowana cena była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej ceny wszystkich złożonych ofert i wydała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. W wezwaniu wskazano również, jakie konkretnie okoliczności ma wyjaśnić wykonawca, a także zobowiązano do przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wykonawca Elsap, pismem z dnia 10 stycznia 2020 r. odpowiedział na wezwanie zamawiającego wskazując, że:

- serwisie urządzeń klimatyzacyjnych i wentylacyjnych na terenie Uczelni AGH od 2018 r. oraz zna obiekty objęte zamówieniem co pozwala na znaczne zmniejszenie czasochłonności serwisu i napraw i obniżenie ceny;
- zaoferowane ceny za konserwację i naprawę w roku 2021 wzrosły w stosunku do cen z 2020 r. i 2018 r.;
- mniejszy wzrost cen za naprawę w roku 2021 spowodowany jest pandemią Covid-19, gdyż serwisuje urządzenia klimatyzacyjno-wentylacyjne w Międzynarodowym Porcie Lotniczym Kraków - Balice, który ze względu na pandemię jest praktycznie zamknięty a urządzenia tam się znajdujące wyłączone. W związku z tym posiada bardzo duże zapasy filtrów i części zamiennych do urządzeń klimatyzacyjnych, które chce wykorzystać do konserwacji i napraw urządzeń na terenie AGH i sprzedać je po niższej cenie.

W dalszej części wyjaśnień wykonawca Elsap, odniósł się, na zasadzie porównania, do cen zaoferowanych przez odwołującego podnosząc, że nie mają one uzasadnienia merytorycznego i ekonomicznego i trudno porównywać tak dwie różne oferty. Konsorcjum zagwarantowało również, że za zaoferowane kwoty wykona konserwację i naprawy w budynkach AGH w należyty sposób. Jak podkreślił odwołujący, wykonawca Elsap do pisma stanowiącego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie przedłożył żadnych dowodów. Zamawiający, w oparciu o powyższe wyjaśnienia, dokonał w dniu 15 stycznia 2020 r. wyboru najkorzystniejszej oferty - wybierając ofertę wykonawcy Elsap.

Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy Elsap powinna zostać odrzucona na podstawie o art. 90 ust. 3 Pzp, gdyż złożone pismem z dnia 10 stycznia 2020 r. wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, były lakoniczne, ogólnikowe a ponadto nie zostały poparte żadnymi dowodami. Ponadto, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. W ramach przedmiotowego postępowania wykonawca Elsap udzielił wprawdzie pismem z dnia 10 stycznia 2020 r. wyjaśnień w zakresie wątpliwości zamawiającego co do zaoferowanej ceny, jednakże trudno te wyjaśnienia uznać za konkretne i przekonujące a co więcej nie zostały one poparte żadnymi dowodami.

W ocenie odwołującego treść złożonych wyjaśnień w żadnym wypadku nie obaliła istniejącego domniemania co do zaoferowanej przez wykonawcę Elsap rażąco niskiej ceny. W udzielonych wyjaśnieniach nie zawarto bowiem żadnych konkretnych kalkulacji, z których miałyby wynikać oszczędności w zakresie czasochłonności serwisu i napraw. Ponadto nie zawarto żadnego zestawienia rzekomo posiadanych urządzeń i filtrów, które miałyby być wykorzystane do realizacji przedmiotu zamówienia, jak również jakiegokolwiek kalkulacji cenowej dotyczącej kosztów ich nabycia oraz sprzedaży po obniżonej cenie, przy zachowaniu zyskowności takich działań. Zupełnym nieporozumieniem jest porównywanie przez konsorcjum zaoferowanej ceny z ceną wynikającą z oferty odwołującego, gdyż nie jest to w ogóle przedmiotem wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Jak wskazał odwołujący, to nie on został zobowiązany do wyjaśnienia ceny ale wykonawca Elsap, które w sposób jasny i czytelny powinien wyjaśnić w jaki sposób skalkulowana została cena w szczególności wynikająca z kosztorysu ofertowego - załącznika nr 1B. Z analizy złożonego przez wykonawcę Elsap kosztorysu cenowego - załącznika nr 1B wynikało, że część z podanych w nim cen jednostkowych za materiały i urządzenia była całkowicie nierynkowa i rażąco niska. Dla przykładu odwołujący wskazał na pozycje od 1 do 4 kosztorysu zawierające cenę filtrów powietrza wynoszącą 200 zł za 200 sztuk, co daje 1 zł za sztukę, gdzie cena

rynkowa jednego filtra wynosi około 30 zł. Podobnie zwrócił uwagę, że jeżeli porównamy ceny z pozycji od 51 do 56 dotyczące montażu rur chłodniczych to ceny w rubrykach 55 i 56 z niezrozumiałych powodów wynoszą po 25 zł za 25 metrów bieżących rury i znaczenie odbiegają od cen rur wskazanych w pozycjach od 51 do 54 kosztorysu. Zdaniem odwołującego całkowicie nierynkowe i zaniżone były również ceny takich urządzeń jak sprężarki i nagrzewnice wraz z montażem zawarte w kosztorysie ofertowym. Pomimo istotnych zastrzeżeń i wątpliwości co do zaoferowanej ceny za bieżące naprawy, wykonawca Elsap nie przedstawił żadnych wiarygodnych wyjaśnień i dowodów uzasadniających przyjęte ceny. Ogółem stwierdzenia o posiadaniu urządzeń niewykorzystanych w ramach innych zleceń, bez wskazania ich konkretnych nazw i specyfikacji a także kalkulacji obniżonej ceny sprzedaży, w żadnym wypadku nie może być uznane za wiarygodne wyjaśnienie, że zaproponowana cena została oszacowana na realnym poziomie.

Następnie odwołujący wskazał, że wykonawca Elsap składając wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny ograniczył się jedynie do ogólnych i lakonicznych twierdzeń, niepopartych żadnymi dowodami, z których wynikałoby że oszacowana cena jest realna i że wykonanie zamówienia za taką cenę jest opłacalne i nie przyniesie straty. Wyjaśnień tych w żadnym wypadku nie można uznać za sprostanie obowiązкови wynikającemu z art. 90 ust. 2 Pzp. To na wykonawcy ciąży bowiem obowiązek wykazania, jakie elementy mają wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest rażąco niską. Jeżeli wykonawca nie sprostą obowiązkowi nałożonemu na niego przepisem art. 90 ust. 2 Pzp zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę. Odwołujący wyjaśnił także, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej utrwalony jest również pogląd, znajdujący swoje potwierdzenie w wyrokach sądów powszechnych, że hipotezą normy prawnej zawartej w przepisie art. 90 ust. 3 Pzp nie jest objęta jedynie sytuacja, w której wykonawca nie złoży jakichkolwiek wyjaśnień, a więc nie odpowiedział na wezwanie, ale również, gdy wyjaśnienia są niepełne, albo niedostateczne (wyrok z dnia 29 stycznia 2014 r. sygn. KIO 61/14, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 4 czerwca 2008 r. sygn. akt X Ga 127/08).

Tym samym, gdy wykonawca przez złożone wyjaśnienia, nie obali domniemania istnienia rażąco niskiej ceny, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. W opinii odwołującego w przedmiotowej sprawie nie ulegało wątpliwości, że złożone przez wykonawcę Elsap wyjaśnienia, były niekonkretnie, ogólnikowe i niewiarygodne a tym samym przyjęcie przez zamawiającego tych wyjaśnień w sposób istotny naruszało zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę konkurencyjności wynikającą z art. 7 Pzp. W związku z tym, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Elsap, pomimo, że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu, a następnie wybrać ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą, naruszone zostały przepisy postępowania, przez podjęcie przez zamawiającego czynności sprzecznych z 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Mając powyższe na względzie, zdaniem odwołującego, wniesione odwołanie było w pełni uzasadnione i wnioś o jego uwzględnienie oraz rozstrzygnięcie zgodnie z wnioskami zawartymi na wstępie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Elsap Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie, B. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B. C. ELRAP z siedzibą w Krakowie oraz D. C. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą D. C. Clima-Vente z siedzibą w Krakowie.

Zamawiający pismem z dnia 8 lutego 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Zarządzeniem z dnia 11 lutego 2021 r., wykonawca Elsap został wezwany w trybie art. 523 ust. 1 Pzp do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania, pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego

W dniu 15 lutego 2021 r., wykonawca Elsap złożył pismo z dnia 12 lutego 2021 r., w którym zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. W przedmiotowym piśmie ww. wykonawca wniósł o rozpoznanie odwołania, oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wykonawca Elsap wyjaśnił, że cenę oferty stanowiła wyliczona cena ryczałtowa brutto za konserwację (12 miesięcy) obliczona na podstawie tabeli (załącznik nr 1A) oraz wyliczona cena ryczałtowa brutto za materiały i robociznę, za ewentualne naprawy, obliczona na podstawie tabeli kosztorys cenowy (załącznik 1B) – pkt XIII ppkt 1 SIWZ. Podkreślił, że kwota za konserwację (załącznik nr 1A) stanowiła 50% wagi przetargu, a kwota za naprawy (załącznik nr 1B) stanowiła jedynie 10% wagi przetargu. W postępowaniu wpłynęły dwie oferty – odwołującego oraz Elsap. Z uwagi na zaistnienie przesłanek opisanych w art. 90 ust. 1a Pzp tj. zaoferowana przez wykonawcę Elsap cena była o ponad 30% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (oferta odwołującego była ponad dwukrotnie wyższa niż oferta wykonawcy Elsap), niezbędnym stało się wezwanie wykonawcy Elsap do złożenia wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanych cen. Jednocześnie wykonawca Elsap wskazał, że ww. przesłanka była jedyną obiektywną okolicznością, która spowodowała zwrócenie się zamawiającego do niego, bowiem zamawiający gotowy był do przeznaczenia na potrzeby realizacji ww. zamówienia maksymalnie kwotę 652 146,00 zł według sporządzonej we własnym zakresie wyceny. Jak zwrócił uwagę wykonawca Elsap kwota zaoferowana przez niego – 616 143,90 zł była zaledwie o 5,52% niższa od przewidzianej przez zamawiającego kwoty. Następnie wykonawca Elsap zwrócił uwagę, że w podpisanych i zrealizowanych umowach między nim a zamawiającym za rok 2020 różnica między kwotą przeznaczoną przez zamawiającego, a kwotą umowy wynosiła 12,01%, a za rok 2019 wynosiła 15,00%. Nie stanowiło to jednak podstaw do ustalenia, iż zaoferowana kwota jest rażąco niska. Zdaniem wykonawcy należało pamiętać, że w myśl obowiązujących przepisów (art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp), ustalenie przez zamawiającego, że najkorzystniejsza z ofert przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia stanowi obligatoryjną przesłanką do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Ww. wykonawca wspominał przy tym, że zamawiający jest uczelnią publiczną, a co za tym idzie, jednostką wydającą pieniądze publiczne na cele związane z utrzymaniem uczelni. Z tego względu niewątpliwie przywiązuje szczególną wagę do szacowania wartości zamówień oraz sposobu wydatkowania posiadanych środków.

Wykonawca Elsap wyjaśnił, że wykonawcy w toku postępowania przetargowego obowiązaniu byli do przedstawienia ryczałtowej ceny oferty. Wobec tego zamawiający przy ocenie i wyborze najkorzystniejszej z ofert nie był zobowiązany do badania jednostkowych cen wskazywanych w kosztorysie, a jedynie kwoty całkowite. W tym kontekście przytoczył w uzasadnieniu fragment uzasadnienia do wyroku Izby z dnia 7 stycznia 2019 r., sygn. akt: KIO 2640/18. Ponadto ww. wykonawca zwrócił uwagę, że w związku z wieloletnią współpracą zamawiającego z podmiotami reprezentującymi konsorcjum, w którym złożył ofertę, nie mogły istnieć również po stronie zamawiającego wątpliwości co do możliwości

wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami stawianymi przez zamawiającego.

Następnie wykonawca Elsap wyjaśnił, że odnosząc się do samej treści wyjaśnień z dnia 10 stycznia 2021 r. podkreślenia wymaga fakt, że zamawiający otrzymał wyczerpujące wyjaśnienia w oparciu również o dane, którymi z oczywistych względów sam dysponuje (podmioty wchodzące w skład konsorcjum od wielu lat świadczą usługi objęte przedmiotem przetargu na rzecz zamawiającego, stąd zamawiający ma świadomość kwot jakie przeznaczał w latach poprzednich na wykonanie usługi i wartości zawartych umów). Uczelnia nie mogła mieć wątpliwości, że kwota zaproponowana w niniejszym postępowaniu przetargowym, była ceną rynkową – od 2017 r. wartość usługi świadczonej przez ww. podmioty wzrosła niemal dwukrotnie.

W dalszej kolejności wykonawca Elsap zwrócił uwagę na fragment wyjaśnień dotyczący argumentacji o bardzo dużych zapasach filtrów i części zamiennych do urządzeń klimatyzacyjnych, które chce wykorzystać do konserwacji i napraw urządzeń na terenie zamawiającego oraz sprzedaż po niższej cenie wyjaśniając, że faktem jest, iż zakupił zapas filtrów w związku z obsługą NPL im. Jana Pawła II Kraków-Balice. W związku z zamknięciem lotniska przez znaczną część roku, w magazynach zalega 5740 sztuk filtrów i wiele innych części zamiennych. Z uwagi na koszty magazynowania ww. elementów, jak również upływające daty przydatności (co w konsekwencji wiąże się z obowiązkiem i kosztem utylizacji), z ekonomicznego punktu widzenia prowadzonej działalności, opłacalnym jest dla niego zbycie filtrów po obniżonej cenie (co w połączeniu ze świadczonym serwisem sumarycznie będzie dochodowe) niż ponoszenie dalszych kosztów magazynowania i utylizacji.

Zgłaszający sprzeciw wyjaśnił, że podmioty wchodzące w skład jego konsorcjum od 25 lat prowadzą na znaczną skalę działalność gospodarczą, stąd hurtownie sprzedając im w dużych ilościach swoje towary oferują znaczące rabaty. Oczywiście w celu zakupu materiałów po korzystnych cenach niezbędny jest zakup tychże elementów w hurtowych, czyli znacznych ilościach, co niejednokrotnie powoduje zaleganie niektórych części zamiennych i materiałów eksploatacyjnych w magazynach wykonawcy. Wyjaśnił, że sporządzając ofertę do niniejszego przetargu miał na uwadze zalegające w firmie zasoby. Pozwoliło to na udzielenie przez znaczących rabatów zamawiającemu, co było oczywistą korzyścią dla niego.

Wobec powyższych faktów, nie można było – zdaniem wykonawcy Elsap – mówić o naruszeniu przez zamawiającego obowiązujących przepisów, w szczególności art. 7 Pzp. W jego ocenie zamawiający traktował wszystkich wykonawców w identyczny sposób. Z powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 stycznia 2021 r. jednoznacznie wynikało, że liczba punktów w każdym z kryteriów zamówienia została przyznana wykonawcom w sposób obiektywny. Różnica uzyskanych punktów również oddaje dużą dysproporcję, jaka zaistniała pomiędzy złożonymi ofertami.

W złożonych wyjaśnieniach wykonawca Elsap powołał się na następujące dowody:

- SIWZ w postępowaniu, na okoliczność treści, w tym ryczałtowego charakteru ceny oferty oraz sposobu oceny ofert;
- formularza jego oferty oraz oferty odwołującego, na okoliczność treści, w szczególności ceny oferty, dysproporcji zaoferowanych cen;
- kalkulacji kosztów zamówienia wykonanych przez zamawiającego (załącznik 1A i 1B), na okoliczność treści, w szczególności ceny, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- wyników przetargu za lata 2017-2020, na okoliczność treści, w szczególności rocznego wzrostu ceny oferty, rentowności oferty na rok 2021;
- powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej z ofert z dnia 15 stycznia 2021 r., na okoliczność równego traktowania wykonawców, obiektywnych kryteriów przyjętych dla oceny ofert, dysproporcji jaka wystąpiła pomiędzy ofertami.

Ponadto wykonawca Elsap wniósł o dopuszczenie zeznań z zeznań świadka tj. pani R. R.-K. i pana K.G. (pracowników zamawiającego) oraz pana B. C. (właściciela jednego konsorcjantów). Pracownicy zamawiającego zostali przywołani na okoliczność:

- ustalenia braku wystąpienia w ofercie Elsap rażąco niskiej ceny, rentowności ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę, przyczyn skierowania wniosku z dnia 8 stycznia 2021 r. o złożenie wyjaśnień;
- posiadania przez zamawiającego wiedzy na temat liczby i rodzaju filtrów zalegających w magazynach wykonawcy (tylko pan K.G.).

Natomiast pan B. C. na okoliczność:

- rynkowości złożonej oferty, wysokości spodziewanego dochodu;
- posiadania przez zamawiającego wiedzy na temat liczby i rodzaju filtrów zalegających w magazynach wykonawcy;
- rabatów uzyskiwanych od hurtowni.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Mając na uwadze powyższe, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej nadal: „nPzp”, ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 20 stycznia 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutu odwołania i wyeliminowania z postępowania oferty wybranego wykonawcy, posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 nPzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie podniesionego zarzutu.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 nPzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elsap Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie, B. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. C. ELSAP z siedzibą w Krakowie oraz D. C. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą D. C. Clima-Vente z siedzibą w Krakowie (zwanych dalej: „przystępującym” lub nadal: „Elsap”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W związku z wniesieniem przez przystępującego w trybie art. 523 ust. 1 i 2 nPzp sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, Izba rozpoznała odwołanie, mając na uwadze treść art. 523 ust. 3 nPzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w formie papierowej, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 11 lutego 2021 r., w tym w szczególności:
 - SIWZ wraz z załącznikami;
 - oferty złożonej przez przystępującego w tym także wypełnionego załącznika nr 1B;
 - wezwanie z dnia 8 stycznia 2021 r. skierowane do przystępującego w sprawie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
 - wyjaśnienia z dnia 10 stycznia 2021 r. udzielone przez przystępującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
 - informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 15 stycznia 2021 r.;
- 2) załączone do pisma przystępującego z dnia 12 lutego 2021 r. zestawienie dotyczące wyników przetargu za lata 2017-2020;
- 3) złożony przez odwołującego na posiedzeniu plik dokumentów zawierający oferty oraz korespondencję z poczty elektronicznej, dotyczące ustalenia cen w zakresie filtrów, trzech typów sprężarek oraz miedzi;
- 4) złożone przez przystępującego na posiedzeniu i rozprawie:
 - zdjęcia przedstawiające kartony, które miały zawierać oferowane w postępowaniu filtry;
 - faktur przedmiotem, których był czynnik chłodniczy;
 - faktury wystawionej przez Alfa Elektro;
 - faktur odnoszących się do utylizacji materiałów;
 - zestawienia kosztów za realizację zamówienia w latach od 2017-2020 r. ze wskazaniem cen brutto za konserwację oraz cen brutto kosztorysu z załącznika 1B oferowanych przez niego jak i przez odwołującego.

Ponadto mając na uwadze treść art. 538 ust. 3 w zw. z art. 541 nPzp, Izba postanowiła nie dopuścić dowodów z zeznań świadków wskazanych przez przystępującego w piśmie procesowym z dnia 12 lutego 2021 r.

Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 534 ust. 1 nPzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W postępowaniu odwoławczym przed Izbą dowód z zeznań świadków może mieć oczywiście swoją wartość, niemniej mając na uwadze zasadę pisemności prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, ekonomikę postępowania odwoławczego oraz okoliczność, że dowodzone fakty w zdecydowanej większości przypadków znajdują swoje odzwierciedlenie lub potwierdzenie w dokumentach to należy wskazać, że strona lub uczestnik powinny koncentrować się przy zbieraniu materiału dowodowego na tym, aby wykazywać swoje twierdzenia za pomocą dowodów mających formę pisemną lub elektroniczną. Dopuszczenie dowodów z zeznań świadków dotyczy raczej okoliczności, które powstają z niedających się wyjaśnić rozbieżności wynikających z przedłożonych dokumentów lub których nie da się wywnioskować lub ustalić w inny sposób. W ocenie Izby takie okoliczności nie miały miejsca w przypadku wniosków przystępującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków.

Ponadto co prawda Izba formalnie nie dopuściła wniosku dowodowego z przesłuchania świadka pana B. C. (właściciela jednego z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum przystępującego), to należy wskazać, że ww. osoba była obecna na posiedzeniu i rozprawie jako pełnomocnik przystępującego, przez co mogła wypowiedzieć się w zakresie okoliczności podniesionych przez przystępującego jak i zająć stanowisko wobec twierdzeń odwołującego. Warto także dodać, że pan B. C. z tego uprawnienia skorzystał. W związku z tym Izba nie znalazła potrzeby jak i uzasadnienia do tego, aby wypowiedzi i stanowiska ww. osoby ubierać formalnie w dowód w postaci przesłuchania w charakterze świadka, a dokonywane przez tą osobę wypowiedzi, w ocenie Izby, w zupełności wyszły naprzeciw uprawnieniu przystępującego do przedstawienia stanowiska jak i dążeniu Izby do rozpoznania sprawy.

W związku z tym Izba mając na uwadze treść art. 541 *in fine* nPzp uznała, że dopuszczenie i przeprowadzenie ww. wniosków dowodowych doprowadzi jedynie do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła co następuje

Skład orzekający doszedł do przekonania, że stan faktyczny opisany przez odwołującego i przystępującego, który został zaprezentowany powyżej, przy wskazaniu treści pisemnych stanowisk stron, został przedstawiony prawidłowo, zatem Izba nie znalazła powodów do jego powielenia. W celu ujęcia najistotniejszych okoliczności oraz dla uporządkowania dokonanych ustaleń, skład orzekający skupił się na przekazaniu treści dwóch kluczowych dokumentów dla rozpoznania sprawy tj. wezwania z dnia 8 stycznia 2021 r. skierowanego do przystępującego oraz wyjaśnień przystępującego na powyższe wezwanie, opatrzonych datą 10 stycznia 2021 r.

W wezwaniu z dnia 8 stycznia 2021 r. zamawiający wskazał, że:

W niniejszym postępowaniu wpłynęły dwie oferty, średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi: 1 032 136,05 zł, w tym: w części dotyczącej bieżącej konserwacji - 467 178,60 zł; w części dotyczącej kosztorysu cenowego za materiały i robociznę (załącznik nr 1B) 564 957,45 zł.

Zaoferowana przez Państwa cena brutto w wysokości 616 143,90 za całość przedmiotu zamówienia, w szczególności w części dotyczącej kosztorysu cenowego za materiały i robociznę (załącznik nr 1B) - w wysokości 288 988,50 zł jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), Zamawiający w celu ustalenia czy złożona przez Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę, zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska.

W związku z powyższym prosimy o uzasadnienie i wyjaśnienie wysokości zaoferowanej ceny w części dotyczącej kosztorysu cenowego za materiały i robociznę (załącznik nr 1B) wraz z załączeniem dowodów potwierdzających prawdziwość podanych elementów cenotwórczych. Celem wyjaśnień jest umożliwienie dokonania przez na jej poparcie zamawiającego oceny zaoferowanej ceny ofertowej.

Zamawiający przypomina, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Wykonawca winien wskazać, co spowodowało możliwość zaoferowania danego poziomu ceny, jej obniżenia oraz stopień, jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom.

Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, odrzuci ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W wyjaśnieniach z dnia 10 stycznia 2021 r. przystępujący wskazał, że:

1. Firma ELSAP sp. z o.o. sp. kom. od 2018 roku serwisuje urządzenia klimatyzacyjne i wentylacyjne we wszystkich budynkach AGH objętych niniejszym postępowaniem, co powoduje, że zna obiekty i urządzenia, a to pozwala na znacznie zmniejszenie czasochłonności serwisu i napraw, a tym samym obniżyć cenę.

2. Oferta na rok 2021 za konserwację, wzrosła w stosunku do 2020 roku o 64 427,40zł czyli o 24,5%.

3. Oferta na rok 2021 za naprawy, wzrosła w stosunku do 2018 roku o 104 488,5024 czyli o 56,6%, a w stosunku do 2020 o 30 073,50zł czyli o 11,6%.

Mniejszy wzrost cen za naprawy w roku 2021, spowodowany jest sytuacją związaną z pandemią Covid-19.

ELSAP sp. z o.o. sp. kom. serwisuje urządzenia klimatyzacyjno-wentylacyjne w Międzynarodowym Porcie Lotniczym Kraków-Balice. Ze względu na pandemię, Lotnisko jest praktycznie zamknięte, a większość urządzeń jest wyłączona.

W związku z powyższym, ELSAP sp. z o.o. sp. kom. posiada bardzo duże zapasy filtrów i części zamiennych do urządzeń klimatyzacyjnych, które chce wykorzystać do konserwacji i napraw urządzeń na terenie AGH i sprzedać po niższej cenie

4. Ze względu na fakt, iż nasza oferta jest porównywana jedynie do oferty firmy Klimaro, muszę się do niej odnieść.

Oferta firmy Klimaro za konserwację jest mniejsza od oferty za 2020 roku o 254 025,75zł czyli o 41,8%, co nie ma uzasadnienia ekonomicznego, gdyż wzrosły koszty pracy, a w zakresie umowy jest dodatkowo konserwacja Centrum Energetyki C-5/C-6.

Oferta za naprawy, jest większa od oferty za 2020 roku o 402 019,35zł czyli o 91,6%, też nie ma uzasadnienia merytorycznego i ekonomicznego. Trudno takie dwie różne oferty porównywać

Gwarantuję, że za zaoferowane kwoty firma ELSAP sp. z o.o. sp. kom. (konsorcjum firm) w należyty sposób, wykona konserwację i naprawy urządzeń klimatyzacyjno-wentylacyjnych we wszystkich obiektach AGH.

Przystępujący nie załączył do wyjaśnień żadnych dowodów.

W dniu 15 stycznia 2021 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia

- art. 90 ust. 3 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności. Po pierwsze skład orzekający zwrócił uwagę na treść wezwania z dnia 8 stycznia 2021 r. skierowanego do przystępującego. Przy wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny treść wezwania ma istotne znaczenie dla wymaganych przez zamawiającego wyjaśnień. Ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzućcie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacji) wykonawca nie może się domyslać podstaw skierowanego do niego wezwania. Przeciwnie – jego treść powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i – ewentualnie dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę (zob. wyrok z 7 kwietnia 2014 r. sygn. akt: KIO 572/14; z 28 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1399/14; z 24 lipca 2017 r. sygn. akt: KIO 1395/17; z 23 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 289/17 czy z 16 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1487/18).

W przedmiotowej sprawie Izba doszła do przekonania, że powyżej wskazane wezwanie nie miało charakteru ogólnikowego. Z treści wezwania wynikało, że zostało ono skonkretyzowane przez zamawiającego i jednoznacznie odnosiło się do załącznika nr 1B, tj. dotyczącego zestawienia cen za materiały i robociznę w zakresie napraw, którego złożenie było wymagane wraz z ofertą. Zamawiający w treści wezwania wyraźnie wskazał także na obowiązek złożenia przez przystępującego dowodów, potwierdzających prawdziwość podanych elementów cenotwórczych.

W żaden sposób nie można było również uznać, że przedmiotowe wezwanie nie wiązało się z powstaniem u zamawiającego wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny. Przystępujący powołując się na treść wezwania próbował wywieść, że jego podstawą był wyłącznie art. 90 ust. 1a Pzp, przez co powodem wezwania była okoliczność odbiegania zaproponowanej przez niego ceny o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Izba nie zgodziła się z zaproponowaną argumentacją przystępującego. W tym zakresie należy wskazać, że zamawiający wyraźnie w treści wezwania przywołał treść art. 90 ust. 1 Pzp (fragment odnoszący się do złożenia dowodów odnoszących się do elementów ceny został dodatkowo podkreślony). Ponadto w dalszej części wezwania zostało zawarte:

- jego uszczegółowienie (co określono powyżej);

- przypomnienie o spoczywającym na wykonawcy obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

- oraz wskazanie odnośnie konsekwencji wynikających z treści art. 90 ust. 3 Pzp.

Dodatkowo, w ocenie Izby, treści art. 90 ust. 1a Pzp nie można traktować jako formalnego obowiązku, oderwanego od

procesu badania oferty w zakresie rażąco niskiej ceny. Przepis ten wpisuje się w treść dyspozycji zawartej w art. 90 Pzp, który dotyczy materii rażąco niskiej ceny. Jego zastosowanie wobec wykonawcy wywołuje określone konsekwencje tj. obowiązek złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. Ponadto o tym, że art. 90 ust. 1a Pzp nie ma charakteru wyłącznie formalnego świadczy końcowa treść pkt 1 tego przepisu, która stanowi, że zamawiający może odstąpić od wezwania jeśli rozbieżność opisana w treści tego przepisu wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Po drugie Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia przystępującego z dnia 10 stycznia 2021 r. Jak słusznie zwrócił uwagę odwołujący wyjaśnienia przystępującego skoncentrowały się na następujących aspektach:

- serwisowania urządzeń klimatyzacyjnych i wentylacyjnych u zamawiającego od 2018 r. oraz znajomości obiektów objętych zamówieniem co pozwalało na znaczne zmniejszenie czasochłonności serwisu i napraw oraz obniżenie ceny;
- informacji, że zaoferowane ceny za konserwację i naprawę w roku 2021 wzrosły w stosunku do cen z 2020 r. i 2018 r.;
- wyjaśnienia, że mniejszy wzrost cen za naprawę w roku 2021 spowodowany jest pandemią Covid-19, gdyż przystępujący serwisuje urządzenia klimatyzacyjno-wentylacyjne w Międzynarodowym Porcie Lotniczym Kraków - Balice, który ze względu na pandemię jest praktycznie zamknięty a urządzenia tam się znajdujące wyłączone. W związku z tym posiada bardzo duże zapasy filtrów i części zamiennych do urządzeń klimatyzacyjnych, które chce wykorzystać do konserwacji i napraw urządzeń na terenie zamawiającego i sprzedać je po niższej cenie.

Dwa pierwsze, wskazane powyżej aspekty powinny być zamawiającemu znane, ponieważ dotyczyły wcześniej realizowanych u niego zamówień, na analogiczny przedmiot zamówienia. W związku z tym wyjaśnienia w tym zakresie nie mogły być argumentem dla zamawiającego, ponieważ zamawiający powinien je znać, zatem jego wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny nie mogły dotyczyć okoliczności wynikających z relacji odnoszącej się do ceny złożonej w przedmiotowym postępowaniu w stosunku do cen wynikających z wcześniejszych zamówień. Trzeci aspekt wyjaśnień, na moment ich złożenia, pozostał gołosłowny.

Ostania powyżej określona okoliczność odnosiła się do największej „wady” udzielonych przez przystępującego wyjaśnień, tj. braku złożenia dowodów na ich poparcie. Jak wskazano powyżej zamawiający zwracał uwagę na konieczność załączenia dowodów potwierdzających prawdziwość podanych elementów cenotwórczych. Przystępujący dopiero wraz z pismem z dnia 12 lutego 2021 r. oraz na posiedzeniu i rozprawie złożył dowody na potwierdzenie niezaoferowania rażąco niskiej ceny w zakresie określonym w wezwaniu. Takie działanie przystępującego nie mogło doprowadzić do uznania, że wykazał on brak zaistnienia znamion rażąco niskiej ceny w odniesieniu do swojej oferty. Działanie to było błędne, gdyż dokumenty przesłane po upływie terminu wskazanego w wezwaniu nie mogą mieć żadnego znaczenia dowodowego. Izba ocenia prawidłowość czynności zamawiającego w zakresie oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, w sytuacji wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tej materii, mając na uwadze treść postawionego w tym aspekcie zarzutu oraz co do zasady ograniczając materiał dowodowy wyłącznie do złożonych w odpowiedzi na to wezwanie wyjaśnień i załączonych do nich dowodów. W przeciwnym razie postępowanie odwoławcze przez Izbę można byłoby traktować jako możliwość wykorzystania „drugiej szansy” do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny, co należy uznać za niedopuszczalne. W związku z tym skład orzekający pominął wszystkie dowody złożone przez przystępującego w ramach toczącego się postępowania odwoławczego, tj. już po wyjaśnieniach z dnia 10 stycznia 2021 r. Dokumenty te mogły potwierdzić co najwyżej, że przystępujący, na dzień złożenia wyjaśnień, mógł złożyć adekwatne dokumenty w celu „obrony” swojej oferty, co *de facto* przemawiało na jego niekorzyść, ponieważ w kluczowym momencie dla objętego odwołaniem zagadnienia, nie dochował wynikającej z przepisów powinności, która na nim spoczywała.

Po trzecie Izba zauważyła, że przystępujący w swojej argumentacji powoływał się na to, że zamawiający posiadał wiedzę na temat okoliczności związanych z przyczynami zaoferowania przez przystępującego cen za materiały, w tym wiedzę na temat liczby i rodzajów filtrów zalegających w magazynach. Okoliczność ta nie miała, w ocenie składu orzekającego, znaczenia wobec oświadczenia zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania. Przez uwzględnienie zarzutów odwołania zamawiający *de facto* przyznał, że nieprawidłowo zbadał ofertę przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny w związku z wystosowanym do przystępującego wezwaniem, przez co należało uznać, iż powyższe okoliczności wskazane przez przystępującego nie miały dla zamawiającego znaczenia.

Bez wpływu na meritum rozstrzygnięcia pozostała również argumentacja przystępującego, odnosząca się do wysokości ceny oferty odwołującego w stosunku do kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a tym samym do treści art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. W pierwszej kolejności należy wskazać, że wbrew argumentacji przystępującego ww. przepis nie stanowi obligatoryjnej przesłanki do unieważnienia postępowania przetargowego, ponieważ zamawiający może zwiększyć kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, co wprost wynika z treści tego przepisu. Ponadto to czy zamawiający, ewentualnie zwiększy ww. kwotę lub jakie ma ostatecznie możliwości do sfinansowania zamówienia, pozostawało poza zakresem odwołania.

Tym samym Izba uwzględniła postawiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze nPzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 Pzp, Izba uwzględniła odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu wskazanego w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) zasądając od przystępującego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu:

- wpisu od odwołania;
- wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych;
- dojazdu na rozprawę;

na podstawie złożonego na rozprawie spisu kosztów oraz rachunków.

Przewodniczący:.....