

WYROK

z dnia 19 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2021 r. przez wykonawcę BT Electronics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (30-722) przy ul. Rybitwy 22 w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie (01-748) przy ul. Szamockiej 3,4, Oddział w Rzeszowie, al. Piłsudskiego 12, 35-075 Rzeszów

przy udziale wykonawcy J. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Protector Polska J. B., ul. Jagiellońska 67 wejście D, 70-382 Szczecin, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu uznania, że dane w dokumentach dołączonych do wyjaśnień wykonawcy J. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Protector Polska J. B., ul. Jagiellońska 67 wejście D, 70-382 Szczecin dotyczących rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy podczas gdy wykonawca ten nie uzasadnił zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wykazał przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności wartości gospodarczej informacji

oraz faktu podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji,

2. uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenia oferty wykonawcy J. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Protector Polska J. B., ul. Jagiellońska 67 wejście D, 70-382 Szczecin,

3. kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie (01-748) przy ul. Szamockiej 3,4, Oddział w Rzeszowie, al. Piłsudskiego 12, 35-075 Rzeszów i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BT Electronics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (30-722) przy ul. Rybitwy 22 tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie (01-748) przy ul. Szamockiej 3,4, Oddział w Rzeszowie, al. Piłsudskiego 12, 35-075 Rzeszów na rzecz wykonawcy BT Electronics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (30-722) przy ul. Rybitwy 22 kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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:

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na „Dostawę i montaż elektronicznego systemu wydawania kluczy w budynku Oddziału ZUS Rzeszów przy al. Piłsudskiego 12” prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, ul. Szamocka 3, 4, 01-748 Warszawa, Oddział w Rzeszowie, al. Piłsudskiego 12, 35-075 Rzeszów (dalej „zamawiający”) wykonawca BT Electronics Sp. z o. o., ul. Rybitwy 22, 30-722 Kraków (dalej „Odwołujący”) złożył odwołanie od:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę J. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Protector Polska J. B., ul. Jagiellońska 67 wejście D, 70-382 Szczecin (dalej „przystępujący”),
2. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego w warunkach, w których oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożenie przez wykonawcę takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. zaniechania udostępnienia i ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zawartych w wyjaśnieniach przystępującego dotyczących rażąco niskiej ceny mimo, iż informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane nieprawidłowo.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]: ustawy w zakresie następujących przepisów:

1. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8, Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego mimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez tego wykonawcę na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia nie zawierają kalkulacji istotnych składników oferty wymaganych w Specyfikacji Warunków Zamówienia i nie potwierdzają, iż cena oferty nie jest ceną rażąco niską,
2. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, iż oferta ta podlegała odrzuceniu ze względu na fakt, iż wykonawca, na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, złożył

wyjaśnienia zbyt lakoniczne, ogólnikowe i nieuzasadniające podanej w ofercie ceny,

3. art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

poprzez uznanie, że dane w dokumentach dołączonych do wyjaśnień wykonawcy dotyczących rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego, podczas gdy wykonawca ten nie uzasadnił zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wykazał przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności wartości gospodarczej informacji oraz faktu podjęcia przy zachowaniu należytej staranności działań w celu zachowania poufności tych zastrzeżonych informacji.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny oraz wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu,
2. nakazanie odtajnienia poniższych dokumentów i informacji w nich zawartych oraz przesłania ich do odwołującego:
 - Faktura 0012/3/21 - montaż depozytorów 16 kluczowych,
 - Faktura 0003/9/21 - montaż depozytorów 32 kluczowych,
 - Faktura 0005/9/21 - montaż depozytorów 90 kluczowych + skrytki,
 - Faktura 0001/10/21 - montaż depozytorów 64 kluczowych,
3. ponownego badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert,
4. odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na fakt, iż złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, iż cena oferty nie jest ceną rażąco niską oraz z uwagi na fakt, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwolujący wskazał, że wyjaśnienia wykonawcy dotyczące rażąco niskiej ceny mają pozwolić zamawiającemu na ustalenie, czy w cenie skalkulowane zostały wszystkie elementy zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego - czy treść oferty odpowiada treści SWZ

Podał, że Szczegółowy Opis Przedmiotu Umowy stanowiący załącznik nr 1 do Wzoru umowy, który stanowi załącznik nr 2 do SWZ jasno precyzuje elementy kluczowe dla prawidłowej realizacji zamówienia, a co za tym idzie - wedle odwołującego - wskazuje elementy, które powinny zostać ujęte w kalkulacji cenowej, mającej stanowić istotny element wyjaśnień dotyczący zarzutu rażąco niskiej ceny.

Podniósł, że przepis art. 224 ust. 5 Pzp, stanowiąc odpowiednik art. 90 ust. 2 starej ustawy Pzp, wskazuje na wykonawcę, jako podmiot, który jest zobowiązany do udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz, że wystąpienie do wykonawcy

o wyjaśnienia ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stwierdził, że wyjaśnienia wykonawcy powinny być kompleksowe i doprowadzić do obalenia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej, a ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, obciąża wykonawcę.

Podkreślił, że przystępujący w odpowiedzi na wezwanie złożył oświadczenie, w którym ogólnie odwołuje się w szczególności do faktu, że jest producentem oferowanych urządzeń, co pozwoliło na wypracowanie odpowiednich metod oszczędności, których jednak nie wykazał oraz, że wybrane rozwiązania są rozwiązaniami niegenerującymi dodatkowych kosztów produkcji.

Zwrócił uwagę, że wyjaśnienia przystępującego są ogólne, lakoniczne i nie są poparte dowodami, które potwierdzałyby należyte wyliczenie zaoferowanej ceny.

Wskazał, że przystępujący dołączył jako dowody do złożonych przez siebie wyjaśnień, faktury, wystawione przez siebie przy okazji realizacji zleceń dla innych kontrahentów.

W ocenie odwołującego faktury te nie mogą samodzielnie stanowić satysfakcjonującego dowodu należytego skalkulowania ceny w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ:

1. faktury (jak również same wyjaśnienia) nie przedstawiają sposobu wyliczenia ceny, nie zawierają elementów kalkulacji ceny, nie świadczą również o wypracowanych oszczędnościach pozwalających na obniżenie kosztów, co łącznie mogłoby stanowić uzasadnienie dla ostatecznej ceny oferty,
2. zamawiający w wezwaniu z dnia 5 października 2021 roku wyraził konieczność złożenia dowodów, które przedstawiałyby sposób wyliczenia zaoferowanej ceny oferty, a więc ceny w tym konkretnym postępowaniu, gdy tymczasem faktury przedstawione przez przystępującego nie mogą świadczyć o należyтым skalkulowaniu ceny w przedmiotowym postępowaniu nie tylko dlatego, że brakuje w nich, jak również w samym piśmie jakiegokolwiek elementu kalkulacji, ale również z uwagi na fakt, że ani zamawiający, ani inni oferenci nie mają możliwości kontroli zasadności zaoferowanej ceny dla zamówień, których owe faktury dotyczą.

Uzupełnił, że nie sposób przecież uznać, że sama cena za realizację zlecenia, uwidoczniona na fakturze może być wystarczającym dowodem potwierdzającym prawidłowe skalkulowanie elementów mających wpływ na ostateczną wysokość tej ceny. Podkreślił, że sam przystępujący w piśmie skierowanym do zamawiającego stwierdza, iż faktury zostają dołączone celem „udowodnienia poziomu stosowanych kalkulacji cen” - wykonawca nie zdecydował się więc dołączyć do wyjaśnień samych kalkulacji cen, a jedynie ich rzekomy efekt końcowy.

Wskazał, że wyjaśnienia nie zawierają żadnej kalkulacji cenowej wskazującej na elementy zaoferowanej ceny.

Podniósł, że interpretacja przepisów dokonywana w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej podnosi konieczność odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej.

Wskazał także, iż do wyjaśnień przystępującego nie zostały dołączone nie tylko jakiegokolwiek dowody dotyczące wyliczenia ceny, ale co za tym idzie również dotyczące oszczędności wypracowanych przez wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu, co było przedmiotem wezwania zamawiającego i co również miało stanowić potwierdzenie, iż oferta przedstawiona przez wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Zdaniem odwołującego złożenie wyjaśnień niedostatecznych, zbyt ogólnych, nieadekwatnych do wezwania zamawiającego, a ponadto niezawierających żadnych dowodów potwierdzających należyte skalkulowanie ceny, jest równoważne do sytuacji, w której wykonawca nie złożył wyjaśnień.

Postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez uznanie, że dane w dokumentach dołączonych do wyjaśnień wykonawcy dotyczących rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego, podczas gdy wykonawca ten nie uzasadnił zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wykazał przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności wartości gospodarczej informacji oraz faktu podjęcia przy zachowaniu należytej staranności działań w celu zachowania poufności tych zastrzeżonych informacji zostało umorzone z tego względu, iż zamawiający, pismem z dnia 2 listopada 2021 r., uwzględnił ten zarzut, zaś przystępujący, wezwany do wniesienia sprzeciwu w przedmiocie uwzględnienia odwołania w tej części (pismem z dnia 3 listopada 2021 r.) oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu (pismo z dnia 4 listopada 2021 r.)

Wobec powyższego skład orzekający Izby umorzył postępowanie odwoławcze w ww. części na podstawie przepisu art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. ”

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z 2 listopada 2021 r. (wpływ do Izby 3 listopada 2021 r.) - dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „Odpowiedzi na odwołanie” - pismo zamawiającego z 15 listopada 2021 r., „Stanowiska Przystępującego” - pismo z 16 listopada 2021 r., a także oświadczeń i stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim (bezpośrednio za ofertą przystępującego) toteż potwierdzenie się zarzutów odwołania oznaczałoby odrzucenie oferty przystępującego i szansę dla odwołującego na uzyskanie zamówienia (i uzyskanie z tego tytułu przysporzenia) skoro jego oferta jest druga w rankingu.

Odnosząc się do wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp („odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony”) z tego względu, iż „W sytuacji uznania, przez Zamawiającego, że cena wybranego w postępowaniu Oferenta - firmy (...) wyższa o kwotę 12.349,20 zł od ceny Odwołującej jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (...) to również cena BT Electronics sp. z o.o. jest ceną rażąco niską i oferta ta powinna podlegać odrzuceniu. Odwołujący się zatem nie mógłby uzyskać zamówienia i w związku z tym nie może ponieść szkody.” (str. 5 drugi akapit Odpowiedzi na odwołanie), skład orzekający Izby wskazuje, że ocena, czy wykonawca jest uprawniony do skorzystania ze środka ochrony prawnej badana jest na moment jego wniesienia (na moment wniesienia odwołania). W okolicznościach sprawy bezspornie w dniu 25 października 2021 r., tj. w dniu wniesienia odwołania oferta odwołującego nie była odrzuconą, toteż ocena zamawiającego, że odrzucenia oferty przystępującego z powodu zaofiarowania ceny rażąco niskiej automatycznie oznacza, że również cena ofertowa odwołującego jest rażąco niska pozostaje bez znaczenia (abstrahując w ogóle od oceny prawidłowości stanowiska zamawiającego).

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że interes w uzyskaniu zamówienia stanowi materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania, której brak skutkuje oddaleniem odwołania, nie zaś jego odrzuceniem.

Zarzuty dotyczące naruszenia:

- art. 16 pkt 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8, Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego mimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez tego wykonawcę na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia nie zawierają kalkulacji istotnych składników oferty wymaganych w SWZ i nie potwierdzają, iż cena oferty nie jest ceną rażąco niską,
- art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, iż oferta ta podlegała odrzuceniu ze względu na fakt, iż wykonawca, na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, złożył wyjaśnienia zbyt lakoniczne, ogólnikowe i nieuzasadniające podanej w ofercie ceny

potwierdziły się.

Zamawiający wskazał w SWZ (2.1. PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA), że przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż elektronicznego systemu wydawania kluczy w budynku Oddziału ZUS w Rzeszowie Al. Piłsudskiego 12 oraz, że wymagane cechy dostaw zostały opisane w Projektowanych postanowieniach umowy (Załącznik nr 2 do SWZ). Dodatkowo zamawiający zastrzegł, że wymaga, aby wykonawca w realizowanym przedmiocie zamówienia uwzględnił parametry dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, zgodnie ze Szczegółowym opisem przedmiotu umowy, w którym jest mowa o dostępności dla osób niepełnosprawnych (np. w zakresie miejsca i sposobu zamontowania depozytorów); szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 3 do SWZ.

Swoje oczekiwania w zakresie sposobu obliczenia ceny ofertowej zamawiający podał w pkt. 5 SWZ, zgodnie z którym: „5.1. Wykonawca podaje cenę oferty w sposób określony w pkt 1 Formularza oferty (Załącznik nr 1 do SWZ). 5.2. Stawka podatku VAT musi być określana zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. 5.3. Jeżeli została złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, dla celów zastosowania kryterium ceny lub kosztu Zamawiający dolicza do przedstawionej w tej ofercie ceny kwotę podatku od towarów i usług, którą miałby obowiązek rozliczyć. 5.4. (...) 5.5. Wszystkie wartości powinny być podane w złotych polskich. Cena oferty powinna być wyrażona cyfrowo i słownie oraz podana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. 5.6. Wartości zaokrągla się do pełnego grosza w taki sposób, że końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza. 5.7. Cena podana w ofercie powinna zawierać wszystkie koszty Wykonawcy oraz

uwzględniać inne opłaty i podatki wynikające z realizacji umowy a także ewentualne upusty i rabaty, oraz nie może ulec zwiększeniu w czasie obowiązywania umowy z zastrzeżeniem Projektowanych postanowień umowy.”

W Formularzu ofertowym, zgodnie z opracowanym przez zamawiającego wzorem, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, wykonawcy mieli podać w pkt. 1.4. wynagrodzenie netto, wartość podatku VAT oraz wynagrodzenie brutto (netto + wartość podatku VAT).

Załącznikiem do Formularza ofertowego był Formularz cenowy (Załącznik nr 1A do SWZ), który przewidywał podania przez wykonawcę: ilości kompletów, cen jednostkowych brutto i wartości brutto pozycji, tj. dla:

L.p.	Dostawa i montaż elektronicznych depozytorów kluczy	Ilość kompletów urządzeń	Cena jednostkowa brutto w zł	Wartość brutto w zł (kol.B x kol.C)
	A	B	C	D
Rzeszów - część A				
1	Depozytor o pojemności 90 gniazd +12 skrytek (parter)	1	0,00 zł	0,00 zł
2	Depozytor o pojemności 20 gniazd+ 1 skrytka (I piętro)	1	0,00 zł	0,00 zł
3	Depozytor o pojemności 30 gniazd (II piętro)	1	0,00 zł	0,00 zł
4	Depozytor o pojemności 30 gniazd (III piętro)	1	0,00 zł	0,00 zł
5	Depozytor o pojemności 20 gniazd (IV piętro)	1	0,00 zł	0,00 zł
Rzeszów - część B				
6	Depozytor o pojemności 60 gniazd (I piętro)	1	0,00 zł	0,00 zł
7	Pozostałe koszty wynikające z realizacji umowy w tym koszty montażu ,instalacji urządzeń, uruchomienia całości sytemu, dokumentacji	1 kpl.	0,00 zł	0,00 zł
WART	RÓŚĆ BRUTTO (suma pozycji 1-6):			0,00 zł
Stawka VAT:				%
Wartość stawki VAT:				0,00 zł
WARTOŚĆ NETTO (suma pozycji 1-6):				0,00 zł

Zamawiający ustalił dwa kryteria oceny ofert: cenę - znaczenie 80% oraz okres gwarancji - znaczenie 20%.

Przystępujący zaoferował cenę ofertową - wynagrodzenie w wysokości 170 970 zł (brutto) oraz 60-cio miesięczny okres gwarancji (licząc od daty podpisania protokołu odbioru końcowego).

Pozostali dwaj wykonawcy zaoferowali ceny w wysokości: 202 016,43 zł i 158 620,80 zł (odwołujący) oraz okres gwarancji wynoszący 48 miesięcy.

Zgodnie z pkt. 3 Protokołu postępowania w trybie podstawowym (druk ZP-TP) zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na 202 800 (wartość netto), co - po

dotaniu wartości podatku VAT wg stawki 23% - daje 249 444 zł. Taką też kwotą zamawiający wskazał w pkt. 12 Protokołu (kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia).

Pismem z dnia 5 października 2021 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień: „Zaoferowana przez wykonawcę PROTECTOR POLSKA J. B., ul. Jagiellońska 670, 70-382 Szczecin jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Wartość szacunkowa zamówienia z Vat wynosi; 249 444.00 zł, a wartość Państwa oferty wynosi 170 970,00zł.

Na podstawie art. 224 ust. 2 pkt. 1) ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, 1598 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”), wzywamy do złożenia wyjaśnień i wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów, dotyczących sposobu wyliczenia zaoferowanej ceny, poprzez:

1. Wyjaśnienia, które mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie
- 7) zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy

2. W związku z powyższym Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć jednoznaczne wyjaśnienia w zakresie wskazanym, w tym załączyć dowody, które wskazują na to, że:

- 1) zaoferowana przez niego cena jest skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich wymogów dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia i zapewnia wykonanie całego zakresu zamówienia z należytą starannością i z uwzględnieniem aktualnych regulacji prawnych,
- 2) zaproponowana cena nie jest ceną zaniżoną i niewiarygodną.”

Przystępujący odpowiedział na wezwanie zamawiającego, składając pismo z dnia 8 października 2021 r. o treści: „W odpowiedzi na pismo z dn. 05.10.2021, w sprawie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, informuję, że przy kalkulacji oferowanej ceny uwzględniono wszystkie elementy cenotwórcze. Dokonano kalkulacji kosztów procesu produkcji zamawianych depozytorów, kosztu ich montażu i koszty serwisu oraz gwarancji, a także wypełnienie wszystkich zapisów zawartych w umowie i opisie przedmiotu zamówienia, a w szczególności:

1. Ze względu na 15 letni okres produkcji depozytorów firma wypracowała odpowiednie metody oszczędności i zapewniła sobie odpowiednie zapasy produkcyjne dla tego i następnych zadań. Zarządzanie produkcją odbywa się zgodnie z ISO-9001-2015
2. Wybrane rozwiązania techniczne są rozwiązaniami typowymi nie generującymi dodatkowych kosztów produkcji i są naszego autorstwa.

3. Zamówienie jest realizowane w niedużej odległości od siedziby naszego serwisu w Warszawie. Dodatkowo posiadamy w serwisie depozytory już zamontowane na innych obiektach w Rzeszowie np.: CBŚP, ARiMR itd., co również sprzyja wykonaniu zamówienia i jego późniejszego serwisowania, gdyż już nasz sprzęt występuje na tym terenie i w okolicy.
4. Projekty depozytorów są naszym autorskim i oryginalnym rozwiązaniem.
5. Przyjęte koszty pracy są zgodne z przepisami ustawy z dnia 10.10.2002 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz.2207)
6. Firma nie korzystała z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
7. Firma stosuje przepisy prawa pracy i przepisy o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie
8. Firma stosuje przepisy prawa ochrony środowiska-numer BDO 000376458
9. Firma nie będzie korzystała przy wykonywaniu zadania z podwykonawców.

W związku z powyższym, oświadczam, że zaoferowana przez nas cena jest skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich wymogów dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia i zapewnia wykonanie całego zakresu zamówienia z należytą starannością i z uwzględnieniem aktualnych regulacji prawnych oraz że zaproponowana cena nie jest ceną zaniżoną i niewiarygodną.

Dodatkowe wyjaśnienia:

Oferowana cena w żadnym wypadku nie jest rażąco niska i skalkulowana została prawidłowo, w oparciu o ceny występujące na rynku oraz nasze doświadczenia z udziału w innych, podobnych postępowaniach przetargowych i zakłada odpowiedni poziom zysku. Jednocześnie pragnę zauważyć, że jesteśmy jednym z niewielu producentów polskich na naszym rynku a ilość produkowanych przez nas depozytorów, pozwala nam na optymalizację naszych kosztów, co również wpływa na cenę, tym bardziej że proces produkcji, dystrybucji, i serwisu objęty jest certyfikatem ISO 9001-2015, co również przyczyniło się do optymalizacji kosztów produkcji.

Celem udowodnienia poziomu stosowanych przez nas kalkulacji cen dołączamy do pisma załączniki faktur wystawionych dla innych kontrahentów z podobnymi cenami sprzedaży dla podobnej wielkości depozytorów z okresu 2021 roku.

Przy porównaniu przesłanych faktur stanowiących załączniki, do cen jednostkowych brutto depozytorów w naszej ofercie, należy dodać cenę 3449 zł brutto wynikającą z podziału koniecznych prac wydzielonych w pkt 7 formularza cenowego, obejmującego montaż konfigurację szkolenie i dokumentację a także wydłużenie okresu gwarancyjnego na każdy z 6-ciu depozytorów.

Jednocześnie informuję, że dołączone załączniki stanowią tajemnicę handlową naszej firmy i nie powinny być udostępniane innym oferentom."

Do pisma załączono cztery faktury z 2021 roku dotyczące odpowiednio montażu depozytorów 16, 21, 90 i 64 kluczowych.

O wyborze oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej, zamawiający zawiadomił wykonawców pismem z dnia 20 października 2021 r. Oferta przystępującego otrzymała 20 pkt w pozacenowym kryterium oceny ofert - gwarancja. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, uzyskując najwyższą punktację w kryterium ceny.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 16 pkt 1) ustawy Pzp brzmi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;”

Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy” oraz „Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie

uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.”

Zgodnie zaś z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;”

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”

W pierwszej kolejności wskazać należy, że żaden z wykonawców nie kwestionował w drodze środków ochrony prawnej prawidłowości ustalenia przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia.

Odwolujący nie zakwestionował zasadności wezwania go do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Sam zamawiający nie znalazł także żadnych okoliczności oczywistych, czy okoliczności, które wystąpiły po wszczęciu postępowania (art. 224 ust. 2 pkt 1) i pkt 2) ustawy Pzp), pozwalających na odstąpienie od wezwania wykonawców (nie tylko przystępującego) do złożenia wyjaśnień.

Wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiego charakteru ceny ofertowej powoduje powstanie domniemania, że zaoferowana przez takiego wykonawcę cena jest rażąco niska. Obowiązkiem wezwanego wykonawcy jest domniemanie to obalić - to wykonawca, po myśli przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, ma wykazać, że jego cena, pomimo takiego podejrzenia, nie jest rażąco niską.

Ustalając znaczenia słowa „wykazać” na gruncie języka polskiego, stwierdzić należy, że oznacza ono „udowodnić, przedstawić coś w sposób przekonujący, pokazać, unaocznic”.

Przystępujący wezwany przez zamawiającego do wykazania, że zaoferowana przez niego cena w wysokości 170 970 zł nie jest rażąco niska winien zatem co najmniej przekonująco przedstawić z czego cena ta wynika, tj. jaki był przyjęty przez przystępującego sposób jej wyliczenia (tego właśnie - wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny oczekiwał zamawiający, wskazując w wezwaniu z 5 października 2021 r., że wzywa do złożenia wyjaśnień „dotyczących sposobu wyliczenia zaoferowanej ceny”, podpowiadając przy tym wykonawcy elementy pomocne przy opracowaniu treści wyjaśnień (punkty 1 - 8 w pkt. 1 wezwania). Nie można nadto pominąć, że zamawiający oczekiwał także złożenia dowodów w tymże zakresie, tj. dotyczących sposobu wyliczenia ceny.

W piśmie z dnia 8 października 2021 r. mającym obalić domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej przystępujący nie przedstawił żadnych konkretnych informacji, żadnych wyliczeń dotyczących swojej ceny w wysokości 170 970 zł. Jak trafnie podnosił odwołujący w toku rozprawy, powołując się na wypracowane przez siebie „odpowiednie metody oszczędności” i „odpowiednie zapasy”, czy „rozwiązania typowe nie generujące dodatkowych kosztów” przystępujący nie podał nawet jakie to metody, jakiego rodzaju zapasy i rozwiązania ma na myśli, o zaprezentowaniu argumentacji dlaczego uważa je za odpowiednie i typowe nie wspominając. Brak także jakichkolwiek konkretnych informacji i wyliczeń w odniesieniu do pozostałych elementów w szczególności serwisu, projektów depozytorów, przyjętych kosztów pracy, a tym samym jakichkolwiek weryfikowalnych argumentów przemawiających za uznaniem, że ta konkretna cena ofertowa w warunkach w jakich działa przystępujący nie jest ceną rażąco niską.

Rolą wezwanego do złożenia wyjaśnień wykonawcy nie jest prezentowanie jedynie własnych ocen, ale przedstawienie informacji, wyliczeń, a w przypadkach tego wymagających także dowodów, które pozwolą zamawiającemu dojść do wniosków (ocen) do jakich doszedł wykonawca. Nie można uznać za wystarczające dla uznania, że zaoferowana cena jest realna jedynie złożenie przez wykonawcę dodatkowego oświadczenia - zapewnienia (już po złożeniu oferty), że zaoferowana cena została skalkulowana prawidłowo z uwzględnieniem wszystkich wymogów dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia i obowiązujących przepisów skoro ustawodawca (nie bacząc, że procedura badania ceny pod kątem jej rażąco niskiego jej charakteru wydłuża postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i możliwość osiągnięcia jego celu) nałożył na wykonawcę ciężar wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (art. 224 ust. 5 ustawy Pzp), a nie podtrzymania ujętej w ofercie ceny.

Odnosząc się do złożonych przez przystępującego wraz z pismem z 8 października 2021 r. faktur, skład orzekający Izby odwołuje się do wskazanego przez samego przystępującego celu ich złożenia - „udowodnienia poziomu stosowanych przez nas kalkulacji” „z podobnymi cenami sprzedaży dla podobnej wielkości depozytorów”.

Obowiązkiem przystępującemu było wyjaśnienia konkretnej ceny, tj. zaoferowanej ceny w wysokości 170 970 zł, a nie zapoznanie zamawiającego z poziomem stosowanych przez przystępującego cen.

Co więcej, możliwości uznania, że zaoferowana w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez przystępującego cena jest realna na przeszkodzie stoi fakt, jak sam wskazał przystępujący, że nie są to ceny takich samych depozytorów jak w przedmiotowym postępowaniu (zgodnych w pełni ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ), ale ceny (faktury) dla depozytorów „podobnej wielkości”, co do których nie wiadomym jest czym pod względem owych szczegółowych wymagań się różnią (jak wpływa to na cenę), czy choćby jak wykonawca kalkulował koszty dotyczące okresu gwarancji (czy w każdym przypadku był to - jak zaoferował przystępujący w tym postępowaniu 60-cio miesięczny okres gwarancji).

Biorąc pod uwagę treść pisma przystępującego z 8 października 2021 r. oraz załączone do tego pisma faktury, których nie można zakwalifikować jako przydatne dla wykazania realnego charakteru ceny ofertowej przystępującego, skład orzekający Izby podzielił stanowisko odwołującego, że nie pozwalają one na uznanie, że przystępujący sprostą ciążącemu na nim obowiązkowi obalenia domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej, że złożone wyjaśnienia uzasadniają cenę przystępującego w wysokości 170 970 zł.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że fakt, że inni zamawiający w innych postępowaniach akceptowali tego rodzaju składane przez przystępującego wyjaśnienia w żadnym razie nie świadczy o tym, że były to wyjaśnienia wystarczające (dodatkowo - wyjaśnienia te, jak wynika z oświadczeń przystępującego z rozprawy, nie były do tej pory poddane weryfikacji w ramach procedury odwoławczej przed Krajową Izbą Odwoławczą).

Skład orzekający Izby nie podziela także przekonania zamawiającego, że uznanie ceny ofertowej przystępującego oznacza automatycznie, że także cena ofertowa odwołująca jest ceną rażąco niską (ponieważ jest niższa od ceny przystępującego), ponieważ ocena, czy zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, czy rażąco niska dokonywana musi być w każdym przypadku na podstawie składanych przez danego wykonawcę wyjaśnień. Nie sposób także pominąć fakt, że przystępujący zaoferował znacznie dłuższy (60 miesięcy) niż odwołujący (48 miesięcy) okres gwarancji, co nie może pozostawać bez wpływu na wysokość zaoferowanej ceny.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający niezasadnie zaniechał odrzucenia oferty przystępującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 oraz § 5 pkt 1 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:

KIO 3164/21