

WYROK

z dnia 30 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2021 r. przez wykonawcę INGOT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie w postępowaniu prowadzonym przez Dolnośląski Park Innowacji i Nauki Spółka Akcyjna z siedzibą

we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy Air Sport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Międzyzdrojach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego

po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru

oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Air Sport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyzdrojach na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Dolnośląski Park Innowacji i Nauki Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę INGOT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie, tytułem wpisu

od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Dolnośląskiego Parku Innowacji i Nauki Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu na rzecz wykonawcy INGOT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 579 i art. 580 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:

Sygn. akt KIO 3639/21

Dolnośląski Park Innowacji i Nauki Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa i montaż urządzeń i instalacji dla zapewnienia warunków z regulowaną zawartością tlenu w powietrzu dostarczanym mechanicznie do pomieszczeń inkubatora ICT w budynku Dolnośląskiego Centrum Sportu na Polanie Jakuszyckiej w Szklarskiej Porębie (hipoksyjny i hiperoksyjny system normobaryczny), w ramach projektu pn. Wsparcie przedsiębiorców sektora MŚP dzięki utworzeniu Inkubatora ICT w dziedzinie sportu i profilaktyki zdrowotnej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2014-2020, Oś priorytetowa 1 Przedsiębiorstwa i innowacje, Działanie: 1.3 Rozwój przedsiębiorczości, poddziałanie: 1.3.2 Rozwój przedsiębiorczości - ZIT WrOF, Schemat 1.3.B wsparcie infrastruktury przeznaczonej dla przedsiębiorców. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/S 105-275844.

W dniu 15 grudnia 2021 r. wykonawca INGOT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224, 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż złożona przez AIR SPORT Sp. z o.o. oferta i wyjaśnienia co do ceny nie budzą wątpliwości, a oferta nie podlega odrzuceniu, co następnie doprowadziło do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy:

- Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonej oferty oraz nie uwzględnił, iż wskazana oferta zawiera rażąco niską cenę, a także dokonywał dwukrotnie wezwań do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, które nie zostały udzielone w sposób prawidłowy i wyczerpujący;

- Zamawiający kierował kolejne wezwanie do AIR SPORT sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, tworząc bezpodstawnie kolejną szansę dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty;

- AIR SPORT sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach nie wskazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, mimo obowiązku w tym zakresie;

- złożone wyjaśnienia przez AIR SPORT sp. z o.o. (bez jakichkolwiek dowodów) nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;

2. art. 239 ust. 1 i 2 w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy złożona przez AIR SPORT sp. z o.o. oferta zawiera cenę rażąco niską, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę raz ze spełnieniem

wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów, jest niewykonalne w świetle aktualnych warunków rynkowych, co zaś doprowadziło do uznania, iż oferta złożona przez INGOT sp. z o.o. w toku postępowania o udzielenia zamówienia publicznego uznana została za niekonkurencyjną w stosunku do oferty wybranej przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania kwalifikacji podmiotowej Odwołującego pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, a następnie nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę AIR SPORT sp. z o.o.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Air Sport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyzdrojach, dalej „Przystępujący” lub „Air Sport”.

Zamawiający pismem z dnia 28 grudnia 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W tym samym dniu pismo procesowe złożył Przystępujący.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Przystępującego, składanych przez Przystępującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 29 grudnia 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż urządzeń i instalacji dla zapewnienia warunków z regulowaną zawartością tlenu w powietrzu dostarczanym mechanicznie do pomieszczeń Inkubatora ICT w budynku Dolnośląskiego Centrum Sportu na Polanie Jakuszyckiej w Szklarskiej Porębie (hipoksyjny i hiperoksyjny system normobaryczny). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w Części II specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ” - Wzór Umowy oraz Części III SWZ - Opis przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z rozdziałem XI pkt 6 SWZ Cena podana w ofercie jest ceną ryczałtową i będzie obejmowała wszystkie koszty związane z terminowym i prawidłowym wykonaniem przedmiotu Zamówienia, obliczone w oparciu o informacje zawarte w szczegółowym opisie przedmiotu Zamówienia, stanowiącym Część III SWZ, z uwzględnieniem postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowiącego Część II SWZ. Podana w ofercie cena brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w niniejszej SWZ, obejmować wszystkie koszty jakie Wykonawca poniesie z tytułu należytego, zgodnego z umową wykonania przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności: a) koszty osobowe, b) koszty zakupu urządzeń, transport urządzeń, w tym ubezpieczenie urządzeń podczas transportu, c) koszty nabycia materiałów niezbędnych do montażu urządzeń, wykonania instalacji oraz robót, które dotyczą przedmiotu zamówienia, d) koszty gwarancji, e) koszty sporządzenia dokumentacji, f) koszty oprogramowania i licencji, g) koszty ubezpieczenia, h) koszty serwisu gwarancyjnego przez cały okres gwarancji, i) zysk wykonawcy, j) cenę materiałów eksploatacyjnych niezbędnych do wykonania przeglądów.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 5 648 000 zł netto. Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 5 412 000 zł brutto. W wyznaczonym terminie złożono dwie oferty: Odwołującego z ceną 6 012 240 zł brutto oraz Przystępującego z ceną 4 499 999 zł brutto.

W dniu 13 lipca 2021 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie na podstawie art. 224 ustawy Pzp w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, przytaczając ww. przepis. Wykonawca Air Sport złożył wyjaśnienia w wyznaczonym terminie, nie załączając żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Pismem z dnia 18 sierpnia 2021 r.

Przystępujący przedstawił dodatkowe wyjaśnienia w odpowiedzi na ponowne wezwanie Zamawiającego.

W dniu 6 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Air Sport.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Rozpoznając niniejsze odwołanie Izba, w pierwszej kolejności, wzięła pod uwagę treść art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym obowiązkiem zamawiającego jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W takim przypadku zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Wyjaśnienia 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) 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 z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wymaga podkreślenia, że przepisy ustawy Pzp nie określają ani treści samego wezwania, które należy skierować do wykonawcy, stopnia jego szczegółowości, nie precyzują również jaki powinien być zakres czy też treść udzielonych wyjaśnień. Zatem, przy ocenie samych wyjaśnień uwzględniać należy treść wezwania skierowanego do wykonawcy. To rolą zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy elementy i okoliczności wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca przyjmuje realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności.

Zgodnie zaś z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Z racji tego, że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające stanowisko, że za

wskazaną w ofercie cenę możliwe jest zrealizowanie zamówienia.

Izba zwraca także uwagę, że w ramach postępowania odwoławczego skład orzekający ocenia jedynie prawidłowość czynności zamawiającego w postępowaniu, a nie samą cenę oferty. Weryfikacji podlega zatem czynność wezwania do złożenia wyjaśnień, ocena przez zamawiającego tych wyjaśnień, a następnie prawidłowość decyzji co do odrzucenia lub nie, złożonej przez wykonawcę oferty.

Przekładając powyższe rozważania na niniejszy stan faktyczny należy w pierwszej kolejności zauważyć, że profesjonalista jakim niewątpliwie jest Przystępujący, ubiegający się i uzyskujący zamówienia publiczne, zgodnie z procedurami określonymi w ustawie Pzp, powinien mieć świadomość, iż kierowane do niego wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp oznacza konieczność wyjaśnienia w jak najszerzy sposób podstaw wyceny i kalkulacji całej ceny ofertowej i wykazania, że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. To na wykonawcy, do którego jest kierowane takie wezwanie spoczywa ciężar wykazania powyższego Zamawiającemu. To także na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i to wykonawca ma najlepszą wiedzę, w jaki sposób kalkulował ofertę.

Izba ustaliła, że Zamawiający w wezwaniu z 13 lipca 2021 r. żądał od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, przytaczając treść art. 224 ustawy Pzp. Wykonawca będąc więc świadomym charakteru wynagrodzenia, zakresu i rodzaju przedmiotu zamówienia, zastosowanej przez siebie metody kalkulacji ceny, a przede wszystkim znając obowiązujące przepisy ustawy Pzp, a także jako profesjonalista na tym rynku - dysponując wiedzą co do orzecznictwa kształtującego interpretacje wskazanych przepisów ustawy Pzp, powinien dochować należytej staranności przy formułowaniu swoich wyjaśnień, uwzględniając także okoliczność, iż wskazanie kosztów nieopartych dowodami może istotnie wpłynąć na uznanie jego ceny ofertowej za nierynkową.

Równocześnie biorąc pod uwagę, że wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec które stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego), Przystępujący winien zdawać sobie sprawę, że na potwierdzenie realności ceny zobowiązany jest dołączyć dowody. Niewątpliwie działaniem błędnym jest kompletowanie dowodów na etapie postępowania odwoławczego, a nie przesłanie ich w terminie wskazanym w wezwaniu do wyjaśnień. Wszelkie informacje przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania, celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego odrzucenia oferty. Rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą nie może stanowić kolejnego etapu procedury określonej w art. 224 ustawy Pzp.

Izba oceniając wyjaśnienia z 16 lipca 2021 r. w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez Przystępującego stwierdza, że składały się one wyłącznie z twierdzeń znajdujących się na jednej stronie. Przystępujący odpowiadając na wezwanie Zamawiającego wskazał, że po pierwsze według jego aktualnej wiedzy, jest jedynym polskim producentem układu urządzeń oraz właścicielem oprogramowania, służących realizacji przedmiotu zamówienia. Podnosił, że komponenty do budowy układu dostarczane są od renomowanych firm, z którymi realizował bądź realizuje dotychczasowe projekty w Centralnym Ośrodku Sportu w Zakopanem, Centralnym Ośrodku Sportu w Spale, Centralnym Ośrodku Sportu w Wałczu, Centralnym Ośrodku Sportu we Władysławowie czy Instytucie Sportu w Warszawie. Po drugie wskazywał, że kalkulacja oferty została przygotowana na podstawie obowiązującego cennika urządzeń i komponentów oraz powiększona o koszty serwisu w okresie objętym gwarancją oraz marżę. Po trzecie przedstawił wykaz czterech publicznych inwestycji wraz z ich zakresem oraz ceną brutto, co miało stanowić potwierdzenie prawidłowego wyliczenia ceny.

Wyjaśnienia te, w ocenie Izby, nie są wystarczające do uznania, że wykonawca sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi, stosownie do art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, że na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska. Nie załączono żadnej kalkulacji, nie przedłożono dowodów mających potwierdzać prezentowane stanowisko. Brak załączenia dowodów obciąża wykonawcę, skutkiem czego jest zazwyczaj odrzucenie jego oferty.

Zamawiający w SWZ opisał szczegółowo jakie czynności i zadania składają się na realizację przedmiotowego zamówienia, sprecyzował ponadto jakie elementy wykonawca winien wziąć pod uwagę kalkulując w ofercie cenę. Ta, zgodnie z rozdziałem XI pkt 6 SWZ winna obejmować w szczególności następujące koszty: a) koszty osobowe, b) koszty zakupu urządzeń, transport urządzeń, w tym ubezpieczenie urządzeń podczas transportu, c) koszty

nabycia materiałów niezbędnych do montażu urządzeń, wykonania instalacji oraz robót, które dotyczą przedmiotu zamówienia, d) koszty gwarancji, e) koszty sporządzenia dokumentacji, f) koszty oprogramowania i licencji, g) koszty ubezpieczenia, h) koszty serwisu gwarancyjnego przez cały okres gwarancji, i) zysk wykonawcy, j) cenę materiałów eksploatacyjnych niezbędnych do wykonania przeglądów.

Tym samym wykonawca, wyjaśniając w jaki sposób sporządził kalkulację swojej oferty, zobowiązany był wskazać w szczególności wszystkie wymienione powyżej elementy składające się na czynności wykonywane przez niego przy realizacji usługi, a następnie wskazać sposób w jaki je wycenił, biorąc pod uwagę te elementy dla których możliwe jest obniżenie ceny. Tylko taka prezentacja poszczególnych elementów cenotwórczych pozwalała Zamawiającemu na ocenę, że cena skalkulowana na określonym poziomie jest ceną rynkową i została obliczona w sposób rzetelny, a wykonawca wziął pod uwagę wszystkie elementy składające się na realizację przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby, w wyjaśnieniach przesłanych Zamawiającemu trudno doszukać się większości powyższych elementów, które miałyby potwierdzać realność i rynkowy charakter ceny. Z kolei w odniesieniu do tych składników cenotwórczych, które wyspecyfikował wykonawca w swoich wyjaśnieniach - ograniczył się do stwierdzeń, które nie zostały niczym poparte, a które są na tyle lakoniczne i ogólne, że nie sposób stwierdzić jaki miały one wpływ na obniżenie ceny w przypadku tego konkretnego zamówienia, realizowanego dla tego Zamawiającego.

Wykonawca wskazuje między innymi, że komponenty do budowy układu dostarczane są od renomowanych firm, z którymi realizował bądź realizuje dotychczasowe projekty. Wyjaśnienia w powyższym zakresie zawierają twierdzenia zarówno ogólnikowe, co nie poparte żadnymi szczegółowymi wycenieniami (w postaci np. zobrazowania ile tych komponentów wykonawca zamierza kupić na potrzeby realizacji tego konkretnego zamówienia, jakie będą koszty z tym związane, w końcu jak fakt ten przekłada się na możliwość obniżenia ceny ofertowej). Skoro wykonawca wskazuje na konkretne elementy, jako te w odniesieniu do których występują wyjątkowo sprzyjające warunki realizacji zamówienia, a w konsekwencji pozwalają mu na obniżenie kosztów jego realizacji - miał obowiązek w złożonych przez siebie wyjaśnieniach szczegółowo ten element opisać i przedłożyć kalkulację. Zdaniem Izby, koszt urządzeń i komponentów stanowi zasadniczy element mający wpływ na zaoferowaną cenę. Zatem wykonawca winien przedstawić chociażby obowiązujący cennik urządzeń i komponentów. Także w odniesieniu do innych kosztów wykonawca przedstawia określone założenia, których nie uzasadnia w sposób szczegółowy, a które to w jego ocenie przekładają się na określone koszty serwisu oraz marżę. W odniesieniu do tych kosztów Przystępujący nie zaprezentował żadnych szczegółowych wycień ani dowodów. Ponadto, za dowody, które mają potwierdzać prawidłowe wycięcenie ceny nie mogą być uznane ani wskazywane ceny jednostkowe za realizację innych zamówień, ani też referencje potwierdzające ich należyte wykonanie. Nie wiadomo bowiem w jaki sposób były one kalkulowane ani też jaki był zakres czynności wykonywanych w ramach tych zadań. Każde zamówienie jest bowiem inne, inne mogą być też szczególne okoliczności pozwalające wykonawcy na obniżenie ceny ofertowej. Przepisy nie określają wprawdzie przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do składanych w toku postępowania wyjaśnień.

Izba wzięła pod uwagę, że samo wezwanie zamawiającego nie określało jakie elementy w szczególności ma przedstawić wykonawca, aby wykazać rynkowy charakter zaproponowanej ceny ofertowej to jednak po pierwsze zamawiający wskazał w treści SIWZ elementy składające się na to zamówienie, które to wykonawca w swojej kalkulacji miał obowiązek uwzględnić, po drugie nie można pomijać, że w świetle przepisów ustawy Pzp wyjaśnienia wykonawcy nie mogą mieć charakteru ogólnego, a więc nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać na tyle konkretne, ale też dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu zrealizowanie zamówienia za ceny na określonym przez niego, niskim poziomie.

W zakresie naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, Izba podziela pogląd, że ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Niemniej, nie oznacza to, że zamawiający powinien przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, winien przestrzegać podstawowych zasad, takich jak chociażby

zasady bezstronności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponowne wezwania do wyjaśnienia informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas pierwotnie złożonych wyjaśnień, nieopartych dowodami, należy uznać za naruszenie nie tylko art. 224 ust. 1, ale również art. 16 ustawy Pzp.

Po analizie wyjaśnień złożonych w postępowaniu stwierdzić należy, że Zamawiający już po pierwszych złożonych wyjaśnieniach zaniechał ich rzetelnej oceny. Obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie złożonej przez Przystępującego oferty na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Jak już wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ww. przepis przewiduje odrzucenie oferty, gdy wyjaśnienia nie zostały złożone lub gdy ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Jednocześnie tożsame z brakiem złożenia wyjaśnień są wyjaśnienia lakoniczne, tak jak to miało miejsce w odniesieniu do wykonawcy Air Sport. Z tych też względów Izba pominęła argumentację Zamawiającego i Przystępującego o zmniejszeniu zakresu zamówienia, bowiem jest ona irrelevantna w sytuacji gdy wykonawca przedkłada wyjaśnienia ogólnikowe, nieoparte dowodami.

Z powyższych powodów Izba orzekła jak w sentencji wyroku. Zamawiający, unieważniając czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtarzając czynność oceny złożonych ofert zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy Air Sport, albowiem złożone przez niego wyjaśnienia należało uznać za niewystarczające.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: