Sygn. akt: KIO 145/22

WYROK

z dnia 4 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 2 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 stycznia 2022 roku przez R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MAGIC SERVICE R. S. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim (Jednostkę Wojskową 3378) z siedzibą w Olesznie przy udziale I. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. DK.K I. P. z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i z tytułu zastępstwa przed Izbą.

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 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), 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 145/22

UZASADNIENIE

16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim (Jednostkę Wojskową 3378) z siedzibą w Olesznie, (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Usługa konserwacji i naprawy pogwarancyjnej sprzętu informatycznego", nr postępowania: 16 WOG-SZP.27.12.103.2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień nr BZP 2021/BZP 00301006/01.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp".

W postępowaniu tym R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAGIC SERVICE R. S. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący") 17 stycznia 2022 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez I. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. DK.K I. P. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Przystępujący") oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust 5 i 6 ustawy Pzp, przez zaniechanie

odrzucenia w/w oferty wykonawcy, który do złożonych wyjaśnień, pomimo wezwania

Zamawiającego, nie dołączył żadnych dowodów potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie wykazał i nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2) art. 239 ust 1 w zw. z art. 226 ust 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust 5 i 6 ustawy Pzp przez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, mimo, że oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust 5 i 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta będzie przedstawiała najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert i powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy wskazanych w odwołaniu.

Odwołujący wskazał, że 10 stycznia 2022 r. został poinformowany przez Zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego. Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający powziął wątpliwości co do zaoferowanej przez Przystępującego ceny, wobec czego wezwał go do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie szczegółowej kalkulacji oraz ceny konkretnych elementów formularza cenowego i czynników mających wpływ na zaproponowaną stawkę. Odwołujący wskazał, że 21 grudnia 2021 roku Przystępujący złożył lakoniczne wyjaśnienia, nie poparte żadnymi dowodami, które potwierdziłyby możliwość zdobycia części po tak zaniżonych cenach oraz nie dołączył żadnych dowodów na wykazanie prawidłowości wyjaśnień dotyczących pozostałych czynników kosztotwórczych. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wezwał Przystępującego do przedstawienia dowodów. W szczególności dotyczących:

- Świadczonych usług na terenach wskazanych w wyjaśnieniu - Odwołujący wskazał na brak dowodów w postaci umów, kontraktów itp., nie udowodniono równocześnie kosztów dojazdu w kwocie 8,00 zł- (dla rbh spoza cennika , która nie podlegała ocenie)

- Brak dowodów na to, iż Przystępujący cokolwiek importuje - faktury zakupu lub inne dokumenty

- Brak dowodów na możliwość zakupu części w tak preferencyjnych cenach - oferty cenowe, faktury itp.

- oraz brak dowodów do pozostałych ogólnikowych stwierdzeń dotyczących czynników które spowodowały możliwość obniżenia ceny.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Przystępujący nie przedstawił ani jednego dowodu do złożonych wyjaśnień będących iluzorycznym potwierdzeniem, iż zaproponowana stawka jest skalkulowana w oparciu o szczególne warunki pozwalające na obniżenie stawki. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie zweryfikował poprawności przesłanych wyjaśnień, pomimo, że sam wezwał Przystępującego do przedłożenia „wyjaśnień wraz z dowodami". Zdaniem Odwołującego kalkulacja cenowa do poszczególnych pozycji z cennika, jest tego dalszym ciągiem - czyli skalkulowano ofertę na podstawie nieistniejących dowodów, a więc fikcyjnych wyliczeń - stanowiących jedynie pozory i będące iluzorycznymi.

Odwołujący wskazał, że Przystępujący w swoich wyjaśnieniach powołuje się na doświadczenie w obsłudze tego typu urządzeń, co w ocenie Odwołującego nie ma większego wpływu na możliwość zaoferowania cen za części poniżej kosztu ich zakupu, a doświadczeniem dysponują wszyscy wykonawcy przystępujący do postepowań serwisowych i nie jest to szczególny warunek. Zdaniem Odwołującego jest to próba zapełnienia treści wyjaśnień ze względu na brak dowodów. Powołanie się na wiedzę i jej poszerzanie przez serwisantów również nie jest zdaniem Odwołującego ani argumentem, ani dowodem na możliwość zaproponowania zaniżonej kwoty na części. Odwołujący wskazał, że w celu przedstawienia aktualnych cen rynkowych dołączył kilka wydruków z różnych stron i od różnych dostawców.

W dalszej kolejności odnosząc się do wyjaśnień Przystępującego że „jest importerem i dystrybutorem na Polskę części zamiennych i dokonuje zakupów bezpośrednio w koncernach odpowiedzialnych za produkcję części na rynkach Uni Europejskiej", Odwołujący wskazał, że nie zostały przedstawione żadne dowody, a na oficjalnej stronie internetowej Przystępującego firmy, brak informacji jakoby Przystępujący był dystrybutorem czy importerem części. Ponad to Odwołujący wyjaśnił, że rynek części zamiennych, działa w

określony sposób i to, co opisuje Przystępujący jest nierealne, brak możliwości zakupu

części bezpośrednio w koncernach - większość części jest dystrybuowana przez konkretne kanały do firm dystrybucyjnych, które w Polsce się tym zajmują. Przystępujący nie udowodnił powyższego, wobec czego zdaniem Odwołującego Zamawiający nie powinien tak lakonicznych wyjaśnień przyjąć.

W ocenie Odwołującego Przystępujący powinien udowodnić że jest importerem części za pomocą faktur zakupowych lub ofert czy umów. Niestety brak takich dowodów, a przedstawione wyjaśnienia są jedynie iluzoryczne.

Odnosząc się do twierdzenia Przystępującego że: „świadczy usługi u licznej grupy klientów na terenie Piły, Wałcza, Drawska, Szczecinka, Szczecina (...) co sprowadza koszty dojazdu czasami praktycznie do zera", Odwołujący podniósł że nie zostało to twierdzenie udowodnione. Odwołujący wskazał, że faktem jest kilometraż, który Przystępujący musi przebyć, Odwołujący przedstawił dokładny wykaz od siedziby Przystępującego do jednostek Zamawiającego, który oscyluje na poziomie około 600 kilometrów - ponieważ zgodnie z SWZ i Opz pkt.1 , należy przyjechać (i wrócić) na bezpłatną diagnozę i ponownie na serwis - co będzie generować wymierne koszty w postaci czasu dojazdu serwisanta (około 6-7 roboczogodzin przy ok. 100km/h), kosztów paliwa i amortyzacji pojazdów, ubezpieczeń itp.

Odwołujący wskazał też, że Przystępujący dokonał również szczegółowej kalkulacji jednej roboczogodziny, która jest podana dla napraw niestandardowych, tj. nie jest brana w ocenie ofert pod uwagę, spoza cennika napraw najczęstszych, i wykazuje na tej roboczogodzinie zysk w kwocie 109, 52 zł. Odwołujący wyjaśnił, że nie ma gwarancji czy takie naprawy będą w ogóle miały miejsce, a ponadto wyliczenia bez dowodów potwierdzających możliwość dojazdu za 8,00 zł brutto i wynagrodzenia w kwocie 55,60 brutto (przy kilku godzinach dojazdu serwisanta) nie są zdaniem Odwołującego wiarygodne. Takie wyjaśnienia w ocenie Odwołującego mają na celu wprowadzenie w błąd, bo ta kwota nie podlegała ocenie i nie wchodziła w skład ceny, którą należało wyjaśnić.

Co do cennika i jego poszczególnych pozycji stanowiących załącznik do wyjaśnień Odwołujący wskazał, co następuje. Po pierwsze, Odwołujący przedstawił kilka przykładowych cenników z cenami rynkowymi i aktualnymi, aby zobrazować jak Przystępujący zaniżył ceny części (załączniki nr 2). Po drugie, mając na uwadze powyżej opisane koszty dojazdu i czas pracy serwisanta, Zdaniem Odwołującego nie jest możliwym bez poniesienia straty wykonać usługę na poziomie 20 czy 50 złotych, co w wielu pozycjach jest tak wycenione. Mając również na uwadze darmową diagnozę i pozostałe czynniki kosztotwórcze i brak dowodów na preferencyjne okoliczności. Ponadto zdaniem Odwołującego wycenione kolejno części nie mają realnego odzwierciedlenia w cenach rynkowych, a Przystępujący nie przedstawił ani jednego dowodu na posiadanie tak

preferencyjnych warunków, na jakie się powołuje, co automatycznie winno zostać podniesione przez Zamawiającego w postaci żądania w uzupełnieniu wyjaśnień, tj. do przedstawienia dowodów.

Odwołujący wskazał, że faktem jest iż ceny części i podzespołów rosną, a dostępność jest mocno ograniczona.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z postanowieniami SWZ - OPZ cenę oferty należało skalkulować w oparciu o jednostkową cenę części wraz z diagnozą i naprawą. A zgodnie z pkt.1 ppkt.a OPZ należało przy kalkulacji wziąć pod uwagę osobiste stawiennictwo na wykonanie diagnozy (bezpłatnej), a potem drugie na wykonanie naprawy.

Przystępujący próbuje również wykazać jakiś zysk w postaci 1% ze sprzedaży części, ale zdaniem Odwołującego nie ma gwarancji, że przy wszystkich naprawach będą wymieniane, że zawsze będą zgody na naprawy, a ponad 1% na przykład z 2 zł z pozycji nr 3 lub 6 zł z pozycji nr 3 to odpowiednio: 2 i 6 groszy. Odwołujący wskazał, że przy wszystkich pozycjach wyliczonych w załączniku nr 3 do SWZ zysk na poziomie 1 % to kwota około: suma części -5.028 zł x 1% =50,28 zł (dodano wszystkie pozycje według zadeklarowanych cen)x 1% = 50,28 zł. Zdaniem Odwołującego wątpliwym jest aby 50,28 zł zysku w skali ok.60 łącznie- pozycji cennika mogło być zadowalające, mając również na uwadze ogromną stratę z niedoszacowania ilości roboczogodzin i dojazdu.

Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego najprawdopodobniej Zamawiający w ogóle nie zapoznał się w wyjaśnieniami Przystępującego lub nie zweryfikował prawidłowości tej kalkulacji, choćby pod względem tego, że 1% zysku i niedoszacowany czas napraw z diagnozą i dojazdem wskazują stratę i fakt iż cena jest rażąco niska. Ponadto zdaniem Odwołującego przedstawienie wyliczeń bez przedstawienia dowodów nie jest wystarczające, a same wyjaśnienia stają się pozorne.

Odwołujący zwrócił też uwagę na, jego zdaniem, szereg niespójności w wyliczeniach czasów napraw z dojazdem, brak dowodów i wykazanie 50,28 zł pozornego zysku na całej ofercie. Zaproponowana stawka jest w ocenie Odwołującego wadliwa i Przystępujący nie jest w stanie zrealizować omawiane Zamówienie z jakimkolwiek zyskiem, a nawet więcej -

poniesie realne straty.

Tym samym wbrew dokonanej przez Zamawiającego ocenie wyjaśnienia Przystępującego potwierdziły, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę i winna zostać odrzucona jako rażąco niska na podst. art 226 ust.1 pkt 8 ustawy.

W omawianym przypadku jest to chęć zdobycia zamówienia za wszelką cenę i czyn nieuczciwej konkurencji. Stawki są nierealistyczne i oferta powinna zostać odrzucona, jako rażąco niska ze względu na niewyszacowanie czynników kosztotwórczych takich jak: odległości, godziny dojazdów, ilość niezbędnych pojazdów, pracowników, koszty obsługi biurowej, amortyzacja sprzętu i pojazdów, koszty zużycia materiałów i narzędzi i inne czynniki mające wpływ na zaproponowanie stawki części z rbh i dojazdem, a przede wszystkim - brak jakichkolwiek dowodów.

Odwołujący podkreślił, że podstawą jest wykazanie zysku, który pokazuje, że zaproponowana stawka nie jest rażąco niska i nie nosi znamion czynu nieuczciwej konkurencji a w tym przypadku nie jest to możliwe. Taka oferta cenowa nie jest w stanie zagwarantować ani Zamawiającemu ani Przystępującemu realizacji umowy w sposób należyty. Odwołujący wskazał że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie rozwiewają wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje

odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (zob. wyrok z dnia 13 października 2014 r., KIO 2031/14). Wyjaśnienia muszą być poparte dowodami, co jasno i wyraźnie wynika z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz z wezwania wystosowanego przez zamawiającego. W razie przedłożenia przez wykonawcę ogólnikowych wyjaśnień nie popartych dowodami, w należy uznać, iż wykonawca ten żądanych wyjaśnień nie złożył i tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, a

zatem jego oferta podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona ze względu na rażąco niską cenę, a Zamawiający przy ocenie złożonych ofert winien przyjąć, iż ratio legis przepisów dotyczących rażąco niskiej ceny jest wspieranie uczciwej konkurencji oraz ochrona samego Zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia.

W złożonej pismem z 16 grudnia 2021 r. odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie

publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosił wykonawca I. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. DK.K I. P. z siedzibą w Bydgoszczy (tj. Przystępujący).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron zaprezentowane w pismach złożonych przez Strony i Przystępującego.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie akt sprawy Izba ustaliła, że 16 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia ceny wskazanej w pkt 3.1) formularza oferty. Jak wynika z treści wezwania: „(...) Wątpliwości Zamawiającego są uzasadnione na gruncie cen rynkowych, które były podstawą ustalania wartości zamówienia przez Zamawiającego. Cena całkowita oferty złożonej w terminie jest bowiem porównywana z wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, ustaloną przed wszczęciem postępowania. Zamawiający wycenił najczęściej wykonywane naprawy na 63 985,00zł .Wykonawca złożył ofertę na poziomie: 9 421,80 zł przy wycenie najczęściej wykonywanych napraw określonych przez Zamawiającego.

W trakcie porównywania ofert cenowych Zamawiający powziął wątpliwości czy wykonawca przy określaniu wartości usługi uwzględnił wszystkie koszty związane z naprawą tzn. „Wykonawca wyliczając cenę napraw zawartą w tabeli, w zakresie napraw urządzeń, opierając się na swoim zawodowym doświadczeniu i warunkach wymaganych przez

Zamawiającego wymienionych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, musi uwzględnić wszelkie możliwe koszty związane z naprawą w tym zwłaszcza.

-wszelkie koszty związane z zakupem części zamiennych,

-wymianą wszystkich zepsutych części zamiennych,

-ilość roboczogodzin niezbędną do naprawy.

-koszty dojazdu serwisanta do Zamawiającego oraz transportu uszkodzonego sprzętu w przypadku napraw warsztatowych.”

Zamawiający wskazuje konkretnie elementy formularza cenowego (załącznik nr 3 do SWZ) wszystkie pozycje, wycena Wykonawcy, które podlegają wyjaśnieniu. Żąda

odpowiedzi, czy wykonawca uwzględnił w zaoferowanych cenach jednostkowych wskazane w piśmie czynniki i elementy, i wymaga wprost przedstawienia kalkulacji zaoferowanych cen jednostkowych. Zamawiający żąda dowodów dotyczących elementów, które wpłynęły na wysokość ceny.

W związku z powyższym Zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyczerpujących wyjaśnień oraz przedłożenie pełnej kalkulacji na poszczególne pozycje formularza cenowego (od poz. 1 do 24) z wyszczególnieniem ww. kosztów."

W odpowiedzi na powyższe, Przystępujący pismem z 21 grudnia 2021 r. złożył wyjaśnienia wraz z kalkulacją.

10 stycznia 2022 r. oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie do treści art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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 podane w ofercie ceny lub kosztu.

Natomiast jak wynika z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, 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, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z ust. 2 ww. regulacji w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Jak natomiast wynika z art. 224 ust. 3 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 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) 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.

Ustawa Pzp przesądza również, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (vide: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp), a ponadto stanowi, że 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 (vide: art.

224 ust. 6 ustawy Pzp).

Reasumując powyższe: gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Mając na uwadze, że złożone wyjaśnienia stanowią podstawę dla Zamawiającego do oceny prawidłowości zaoferowanej ceny, oczywistym jest, że wyjaśnienia te powinny być wyczerpujące, w tym zawierające uzasadnienie zaoferowanej ceny w tym wskazanie okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej a nie innej ceny oraz przede wszystkim potwierdzające jej realny charakter. Niewątpliwie z treści art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wynika, że nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o tę przesłankę będzie również sytuacja gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że same wyjaśnienia nie są wystarczające ustawodawca przesądził bowiem że muszą być one poparte dowodami zostawiając jednocześnie wykonawcy swobodę w ich doborze.

Następnie wskazać należy, że jak wynika z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przypadku rozpoznania zarzutu rażąco niskiej ceny na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (vide: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Skład orzekający w tej sprawie podziela prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (vide: wyrok z dnia 21 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2617/18). Innymi słowy treść art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerzucenia na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodu.

Mając na uwadze opisane wyżej reguły dowodowe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał w treści odwołania zasadności podniesionych zarzutów i z tego powodu odwołanie podlegało oddaleniu.

Jak zostało wyjaśnione podczas rozprawy ocenie w ramach kryterium oceny ofert podlegała cena zaoferowana w pkt 3.1) formularza ofertowego. W przypadku Przystępującego cena ta wynosiła 9 421,80 zł. Jest to kwota, na jaką skalkulowane zostały najczęściej wykonywane naprawy. Oprócz tej wyceny Zamawiający w pkt 4 formularza oferty wymagał wskazania stawki roboczogodziny z tytułu naprawy przez cały czas obowiązywania umowy wynosi (dotyczy wszystkich typów urządzeń wielofunkcyjnych, zasilaczy, drukarek, komputerów, monitorów, faxów, skanerów, notebooków, ploterów, projektorów, itp.) oraz marży na części zamienne 20% (dotyczy wszystkich typów urządzeń wielofunkcyjnych, zasilaczy, drukarek, komputerów, monitorów, faxów, skanerów, notebooków, ploterów, projektorów, itp.). Dostrzeżenia wymaga, że wezwanie Przystępującego z 16 grudnia 2021 r. odnosiło się tylko do wyjaśnienia ceny 9 421,80 zł wynikającej z załącznika nr 3 do SWZ/oferty, bez wezwania do wyjaśnienia stawki za 1 roboczogodzinę. Wobec powyższego wszelką argumentację zawartą w odwołaniu dotyczącą tego aspektu wyjaśnień Izba uznała za chybioną z uwagi na okoliczność iż celem Zamawiającego nie było wyjaśnienie tego elementu ceny, a złożone przez Przystępującego wyjaśnienia są w tym zakresie nadmiarowe.

Odwołujący zarzucił, że zaoferowane za części ceny są poniżej kosztu ich zakupu i załączył jako dowód (załącznik 2 do dowołania) „przykładowe cenniki", tj. w istocie wydruki ze stron internetowych, w tym, m.in. z platform zawierających porównanie cen z różnych sklepów internetowych. Dowód ten dotyczy pozycji nr 4, 7, 8, 9, 14, 17, 20, 22 i 23 załącznika 3 do oferty Przystępującego. W zakresie pozostałych pozycji tego załącznika nie został przedstawiony żaden dowód. W ocenie Izby przedstawiony dowód przedstawia znikomą wartość dowodową dla rozpoznania sprawy. Izba stoi na stanowisku, że ceny w zależności od źródła zakupu mogą się między sobą różnić a wykonawcy profesjonalnie świadczący usługi będące przedmiotem zamówienia niekoniecznie muszą zaopatrywać się w

niezbędne części w klepach internetowych dostępnych konsumentom. Ponadto jak sam wskazał Odwołujący są to „przykładowe cenniki". Odnotowania w tym miejscu wymaga, że sam Odwołujący załączając dowody do udzielonych przez siebie wyjaśnień w zakresie poz. 7,8,9 przedstawił wydruki (załącznik 6a) z jednej z platform gdzie cena za tę część której dotyczą ww. pozycje załącznika 3 do SWZ/oferty kształtuje się na innym poziomie niż w dowodzie załączonym do odwołania.

Odnosząc się do argumentacji odwołania na temat zysku z zakresu zamówienia objętego załącznikiem nr 3 do SWZ/oferty w wysokości 1% Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego jakoby zysk ten miał być liczony tylko od sprzedaży części. W ocenie Izby nie sposób wysnuć taki wniosek ze złożonych przez Przystępującego wyjaśnień z 21 grudnia 2021 r. Przystępujący w tej kwestii wskazał, że: „ Jednocześnie oświadczam, iż w cenie napraw podzespołów z załącznika nr 3 zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w SIWZ, w opisie przedmiotu zamówienia, oraz minimalny zysk dla Wykonawcy w wysokości około 1%." oraz: „Cena oferty wykonawcy, w kwocie 9421,80 zł brutto za części zawarte w zestawieniu (załącznik nr 3 do SIWZ) uwzględnia:

1) koszt zakupu nowych, oryginalnych podzespołów (części) do urządzeń wielofunkcyjnych

2) koszt transportu i wymiany

3) zysk na poziomie 1 % netto."

Z przedstawionej kalkulacji wynika wprost, że obejmuje ona zarówno koszt części jak i koszt usługi.

Ponadto wskazać należy, że w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Zamawiający nie żądał szczegółowej informacji na temat tego jak został w tym zakresie zamówienia wyliczony zysk.

Z wyjaśnienia kwestii dojazdu nie można również kategorycznie stwierdzić aby Przystępujący pominął tę część wyjaśnień. Izba dostrzega, że wyjaśnienie Przystępującego jest dość enigmatyczne gdyż powołał się on na usługi świadczone „u licznej grupy Klientów na terenie Piły, Wałcza, Drawska, Szczecinka, Szczecina" oraz że jest „logistycznie i organizacyjnie przygotowany aby w trakcie jednego wyjazdu wykonać także usługi u innych odbiorców, a przez to zniwelować koszty transportu, co sprowadza koszty dojazdu czasami do praktycznie zera", natomiast nie wyjaśnił szczegółowo jak miałoby się to odbyć. Jednakże Odwołujący poza powołaniem się na formalny aspekt zaniechania przedstawienia przez Przystępującego na tę okoliczność wraz z wyjaśnieniami dowodów w żaden inny sposób nie wykazał nieprawdziwości tego oświadczenia złożonego przez Przystępującego. W piśmie procesowym z 28 stycznia 2022 r. w pkt 1 Przystępujący uściślił, że ma do dyspozycji lokal w Pile, co w ocenie Izby jest dostatecznym wyjaśnieniem możliwości logistycznych wskazanych w wyjaśnieniach z 21 grudnia 2021 r.

W zakresie zarzutu co do poz. 7, 8 i 9 załącznika nr 3 do SWZ/oferty w zakresie w jakim odnosi się on do zaniechana wyceny tych pozycji w zależności od ilości baterii niezbędnej dla każdej z tych pozycji, Izba wskazuje że nie może być to okoliczność przesądzająca o odrzuceniu oferty, gdyż pozycje te zostały wycenione a okoliczność, czy cena ta dotyczy 1 szt. baterii czy wszystkich sztuk w sytuacji gdy dla danej pozycji niezbędne jest zastosowanie większej ilości baterii podlegałaby ewentualnemu wyjaśnieniu w drodze ponownego wezwania, które w okolicznościach tej sprawy nie prowadziłoby do złożenia nowych wyjaśnieniach lecz wyjaśnienia niejasnej kwestii w wyjaśnieniach już udzielonych, a po drugie nie jest dla Izby jasne i niewątpliwe, gdyż nie wynika to z odwołania, że za każdym razem w sytuacji ewentualnej naprawy konieczna będzie wymiana wszystkich sztuk baterii w urządzeniu a nie jednej. Sam Odwołujący w odwołaniu ani na rozprawie nie prezentował stanowiska, że tak właśnie jest. Natomiast niewątpliwie w załączniku nr 3 do SWZ/oferty należało wskazać cenę jednostkową, która w zależności od ilości zostanie odpowiednio przemnożona.

Odnosząc się do argumentacji w przedmiocie oświadczenia Przystępującego na temat bycia dystrybutorem sprzętu i importerem wskazać należy, że jedynym argumentem

Odwołującego że tak nie jest było powołanie się na brak jakichkolwiek informacji na ten temat na stronie internetowej Przystępującego. W ocenie Izby w okolicznościach tej sprawy brak takiej informacji na stronie internetowej nie musi wprost przesądzać o złożeniu nieprawdziwego oświadczenia.

Twierdzenie Odwołującego, że oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i jest przejawem zdobycia zamówienia za wszelka cenę a zaoferowane stawki są nierealistyczne co powinno skutkować jej odrzuceniem jako zawierającej rażąco niska cenę z uwagi na niedoszacowanie czynników kosztotwórczych takich jak odległości, godziny dojazdów, ilość niezbędnych pojazdów, pracowników, koszty obsługi biurowej, amortyzacja sprzętu i

pojazdów, koszty zużycia materiałów i narzędzi i inne czynniki mające wpływ na zaproponowane stawki, nie mogło zostać przez Izbę uwzględnione jako gołosłowne.

Dostrzec należy, że Odwołujący skupił się jedynie na formalnych aspektach udzielonych wyjaśnień, wywodząc konieczność złożenia przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami dowodów wyłącznie w oparciu o własne subiektywne przekonanie, że powinny one zostać złożone, a jednocześnie w żaden sposób nie podważył samej realności zaoferowanej przez Przystępującego ceny. Odwołujący domagał się zatem odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi właśnie na ten formalny aspekt jakim jest brak załączenia przez Przystępującego dowód wskazanych przez Odwołującego w treści odwołania, jednak pomija w tym twierdzeniu okoliczność, że kalkulacja, o którą zwrócił się Zamawiający do Przystępującego również jest dowodem, a ponadto mając na uwadze treść wezwania nie sposób stwierdzić aby Przystępujący nie odniósł się do wszystkich aspektów o jakie Zamawiający zapytał.

Odnosząc się do przedstawionego przez Przystępującego dowodu w postaci faktury w ocenie Izby dowód ten jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania, ponieważ dotyczy poz. 2 i 15 załącznika nr 3 do SWZ/oferty, które to nie były przez Odwołującego w treści odwołania kwestionowane.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 1) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....