Sygn. akt: KIO 212/23

WYROK

z dnia 7 lutego 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2023 roku przez wykonawcę S.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AIRON PROTECH S.K. z siedzibą w Rzeszowie (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – „EC1 Łódź - Miasto Kultury" z siedzibą w Łodzi

przy udziale wykonawcy S.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Artplex S.T. z siedzibą w Suwałkach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego Artplex na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art.

224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – „EC1 Łódź – Miasto Kultury" z siedzibą w Łodzi, w następujący sposób:

a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedmiu

tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – S.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AIRON PROTECH S.K. z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania,

b. zasądza od Zamawiającego – „EC1 Łódź - Miasto Kultury" z siedzibą w Łodzi na rzecz Odwołującego – S.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AIRON PROTECH S.K. z siedzibą w Rzeszowie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) 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 212/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: „EC1 Łódź - Miasto Kultury" z siedzibą w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn „Dostawa wraz z montażem elementów ekspozycyjnych na potrzeby Centrum Komiksu i Narracji Interaktywnej w Łodzi". Nr ogłoszenia o zamówieniu : 2022/BZP 00500479.

Dnia 23 stycznia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 i art. 515 ust 1 pkt 2 lit a ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp"), w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołanie złożył wykonawca S.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą AIRON PROTECH S.K. z siedzibą w Rzeszowie, dalej jako „Odwołujący".

Odwołanie złożono od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Wykonawcę: Artplex S.T. z siedzibą w Suwałkach (dalej jako „Artplex"),

- zaniechaniu odrzucenia przez Zamawiającego oferty Artplex z uwagi na fakt, iż Wykonawca ten nie uczynił zadość spoczywającemu na nim obowiązkowi wyjaśnienia ceny swojej oferty w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, skierowane do niego w dniu 10 stycznia 2023 r. w trybie art. 224 ust 2 ustawy Pzp , a przedstawione przez niego wyjaśnienia z uwagi na : ogólny, zdawkowy i abstrakcyjny charakter, nie odnoszący się

do treści wezwania i nie wyjaśniające powodów i okoliczności, które pozwoliły na obniżenia ceny oferty, winno zostać potraktowane jako brak wyjaśnień.

Odwołujący zarzucał naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) ART. 224 UST. 6 I 5 USTAWY PZP W ZW. Z ART. 226 UST. 1 PKT 8 USTAWY PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Artplex, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie uczynił zadość ciążącemu na nim obowiązkowi i nie wyjaśnił Zamawiającemu w sposób konkretny i jednoznaczny sposobu kalkulacji ceny złożonej oferty, a tym samym nie obalił domniemania „rażąco niskiej ceny" jego oferty, co skutkować winno uznaniem, że wyjaśnienia takie w ogóle nie zostały złożone i tym samym oferta Artplex winna zostać odrzucona jako zawierająca „rażąco niską" cenę.

2) ART. 16 PKT 1 USTAWY PZP W ZW. ART. 17 UST. 2 USTAWY PZP Z ART. 239 UST. 1 I 2 USTAWY PZP przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Artplex, co w związku z faktem, iż powinna ona zostać odrzucona, doprowadziło do naruszenia zasad równego traktowania Wykonawców i legalizmu.

Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Wykonawcę Artplex,

2. nakazanie Zamawiającemu ponownego badania złożonych w postępowaniu ofert,

3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Artplex.

W dniu 18 stycznia 2022 r. Zamawiający dokonał w postępowaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej tej złożonej przez Artplex. O fakcie tym Zamawiający (drogą elektroniczną) poinformował tego samego dnia Odwołującego. Tym samym termin do wniesienia odwołania został dochowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W ocenie Odwołującego, posiada on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 505 ust 1 ustawy Pzp, ponieważ zarówno działania Zamawiającego, jak i jego zaniechania doprowadziły do wyboru - oferty Wykonawcy Artplex, pozbawiając tym samym Odwołującego się możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący, nadal posiada realne szanse na uzyskanie zamówienia – albowiem, został sklasyfikowany na drugiej pozycji rankingu. Uwzględnienie przez Izbę odwołania, doprowadzi do unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Artplex, a następnie otworzy Odwołującemu się drogę do uzyskanie zamówienia.

I. ART. 224 UST. 6 I 5 USTAWY PZP W ZW. Z ART. 226 UST. 1 PKT 8 USTAWY PZP

W dniu 5 stycznia 2023 r., podczas otwarcia ofert Zamawiający poinformował – stosownie do treści art. 222 ust 4 ustawy Ppzp – że na sfinansowanie zamówienia dysponuje kwotą 495.758,88 zł brutto. Jednocześnie podczas otwarcia ofert ujawniono, iż w postępowaniu zostało złożonych 7 ofert.

Zamawiający w toku postępowania celem ustalenia czy oferta Artplex, ale i inne – nie podlegają obligatoryjnemu badaniu pod kątem ich „rażąco niskiej ceny" zestawił je z „wartością zamówienia" (powiększoną od podatek od towarów i usług VAT) oraz „średnią arytmetyczną" złożonych ofert.

W wyniku powyższego działania Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień następujące podmioty : a) PPHU „Master" M.S., b) Dreamedia Sp. z o.o., c) Artplex S.T., d) SERENISSIMA Sp. z o. o,

W treści wezwania do Artplex Zamawiający stwierdził „Cena oferty (342 470,13 zł) jest niższa o blisko 43,23% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, czyli jest niższa od tej wartości o więcej niż 30%" i w związku z powyższym w piśmie do Wykonawcy z dnia 10 stycznia

2023 r. zakreślił oczekiwaną zawartość składanych wyjaśnień, wskazując m.in. elementy obligatoryjne tych wyjaśnień oraz zaznaczył, iż ciężar dowodu obciąża wezwanego, dodając, że:

a) „żąda od Wykonawcy złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych",

b) „Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty oraz jej istotnych części składowych, powinien wskazać obiektywne czynniki oraz sposób, w jaki wpłynęły na obniżenie ceny oferty",

c) „Wyjaśnienia te powinny być konkretne, jasne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające wiarygodny charakter ceny złożonej oferty oraz jej istotnych części składowych, a także przedstawiać dowody wykazujące, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną w ofercie kwotę",

d) „Zamawiający wskazuje na konieczność przedłożenia przez Wykonawcę kalkulacji cenowych lub innych dowodów, uzasadniających prawidłowość wyliczenia zaproponowanej ceny oferty",

e) „Wyjaśnienia oraz dowody, o których mowa w niniejszym piśmie, należy złożyć Zamawiającemu".

Tym samym z treści wezwania wynikała po pierwsze konieczność złożenia konkretnych, rzetelnych wyjaśnień, a po

wtóre elementem koniecznym wyjaśnień miały być dowody, co Zamawiający podkreślał wielokrotnie. Z drugiej strony Zamawiający w sposób jednoznaczny zaznaczył, iż „odrzuci ofertę Wykonawcy, na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, w przypadku nie udzielenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadnią podanej w ofercie ceny" zwracając jednocześnie uwagę, iż ciężar dowodowy spoczywa na Wykonawcy.

Odwołujący dodatkowo nadmienił, iż wykazać, oznacza coś więcej niż tylko wyjaśnić. Dla owego wykazania często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia. Stąd też wymóg przedłożenia dowodów wyartykułowany w wezwaniu został tak wyraźnie.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż ocena złożonych wyjaśnień winna być zawsze rozpatrywana przez pryzmat treści skierowanego do Wykonawcy wezwania i przedmiotu zamówienia, którego dotyczy postępowanie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2014 r. KIO 2224/14, KIO 2228/14).

Stąd też Odwołujący dokonał szczegółowej analizy treści wezwania oraz zakresu informacji oczekiwanych przez Zamawiającego w przedkładanych wyjaśnieniach.

Zdaniem Odwołującego się brak w składanych wyjaśnieniach, elementów „żądanych" w wezwaniu, skutkować winien zawsze zastosowaniem przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 i 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Dodatkowo gdy - wbrew treści wezwania Zamawiający otrzymuje wyjaśnienia ogólnikowe, abstrakcyjne i lakoniczne, a także „zapewnienia" nie poparte konkretnymi danymi i szacunkami, a nade wszystko, gdy w wyjaśnieniach brak jest informacji wskazujących, co zadecydowało o możliwości obniżenia ceny do poziomu zaproponowanego w ofercie, zobligowany jest zastosować art. 224 ust. 6 i 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp, albowiem :

a) nie może on w oparciu o taki materiał dokonać oceny tego czy cena zaproponowana przez Wykonawcę jest realna, rzeczywista, czy też przeciwnie „rażąco niska", 2) nie otrzymuje wyjaśnień w zakresie zakreślonym wezwaniem.

Szczegółowość składanych wyjaśnień na wezwanie w trybie art. 224 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp jest o tyle istotna, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia ciężar w zakresie wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska, spoczywa co do zasady na wykonawcy, który został wezwany do wyjaśnień w tym przedmiocie. Skierowanie wezwania powoduje powstanie „domniemania rażąco niskiej ceny oferty", którą Wykonawca musi obalić, by utrzymać swoją ofertę w postępowaniu.

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem, który zachowuje aktualność również na gruncie nowej ustawy Pzp, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (tak wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3095/20).

Powyższe ma bardzo istotne znaczenie, ponieważ to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez Zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Poprzez „nieudzielenie wyjaśnień", należy rozumieć także udzielenie wyjaśnień niekonkretnych, ogólnych, zdawkowych, lakonicznych, nie czyniących zadość treści wezwania.

W doktrynie („Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany" – A. Gawrońska – Baran, E. Wiktorowska i inni, WKP 2021) i orzecznictwie ugruntowany jest

podgląd, że jeżeli odpowiedź wykonawcy na wezwanie do wyjaśnienia „ceny rażąco niskiej" nie zawiera żadnego wytłumaczenia sposobu kalkulacji ceny, żadnego wskazania czynnika sprzyjającego wykonawcy i umożliwiającego zaoferowanie tak niskiej ceny, jak też żadnego dowodu potwierdzającego przyjętą kalkulację i czynniki sprzyjające, to mamy do czynienia z wyjaśnieniami o charakterze ogólnikowym. Wówczas Zamawiający nie ma podstaw do powtórnego wzywania wykonawcy do wyjaśnień, lecz powinien odrzucić jego ofertę (np. wyrok KIO 25 września 2018 r., KIO 1827/18, LEX nr 2585656; wyrok KIO z 23 maja 2019 r., KIO 815/19, LEX nr 2691004).

Krajowa Izba Odwoławcza i sądy okręgowe wielokrotnie podkreślały w swoich orzeczeniach, że wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2185/14; wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie, sygn. akt I Ca 117/12; wyrok Sadu Okręgowego Warszawa-Praga, sygn. akt IV Ca 1299/09; wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt XIX179/13).

Tym samym nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów. Wykonawca, wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne, dotyczące tylko tego wykonawcy okoliczności, wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w kalkulacji.

Ponieważ wyjaśnienia Wykonawcy Artplex z dnia 13 stycznia 2023 r. są ogólne, lakoniczne, nie zawierają konkretnych wyliczeń, nie pozwalają na faktyczną ocenę rzetelności ceny kalkulacji oferty, nie zawierają żadnych dowodów oraz tzw. „obiektywnych czynników", pozwalających ustalać ich wpływ na obniżenie ceny oferty oraz co kluczowe, a co wykazano powyżej nie czynią zadość wezwaniu (nie odpowiadając na jego żądania w zakresie chociażby obligatoryjnego przedłożenia dowodów), konsekwencją tego winno być zastosowanie przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 i 5 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Wyjaśnienia złożone przez Artplex dnia 13 stycznia 2023 r. składają się z :

a) Części opisowej (składającej się z 3 stron), która zawiera ogólne, lakoniczne i abstrakcyjnie stwierdzenia nie posiadające żadnej zawartości merytorycznej dla Zamawiającego z punktu widzenia treści skierowanego wezwania,

b) Kalkulacji materiałowo – cenowej (załącznik nr 1 do wyjaśnień),

c) Kalkulacji całkowitego kosztu z wyznaczonym zyskiem (załącznik nr 2 do wyjaśnień),

d) Referencji,

Już wstępna analiza złożonych wyjaśnień pozwala na stwierdzenie, iż Artplex nie przedstawia w nich żadnych konkretnych danych, liczb, kalkulacji i elementów, które wyjaśniają sposób kalkulacji ceny oferty i co kluczowe pokazujący w jaki sposób możliwe było obniżenie ceny oferty do poziomu zaproponowanego. Wykonawca nie przedstawia także „czynników obiektywnych" – dostępnych tylko dla niego, które pozwoliły mu tak znacząco obniżyć cenę oferty. W ocenie Odwołującego przy różnicach w cenach jak w postępowaniu, informacje takie są kluczowe dla Zamawiającego.

Część opisowa wyjaśnień zawiera jedynie ogólne stwierdzenia, które nie dają Zamawiającemu, żadnej wiedzy na temat „przyczyn redukcji ceny oferty" :

a) „Firma ARTPLEX jest mikroprzedsiębiorstwem zatrudniającym 3 pracowników na umowę o pracę. Każdy z pracowników jest wynagradzany zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa zgodnie z ustawą z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 20219 r. poz. 1564) oraz przepisami odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowanie zamówienia. Firma w ostatnim czasie była kontrolowana przez Powiatową Inspekcję Pracy. Kontrola nie wykazywała żadnych nieprawidłowości jeżeli chodzi o przestrzeganie prawa pracy, przepisów i zasad bezpieczeństwa i higieny pracy, przepisów dotyczących stosunku pracy, wynagrodzenia za pracę i innych świadczeń wynikających ze stosunku pracy, czasu pracy, urlopów, itp.", b) „Struktura firmy wygląda następująco: 1 stanowisko pracy biurowej 2 stanowiska pracy produkcji i montażu Osoba właściciela zakładu wspierająca prace biurowe oraz produkcyjne",

c) „Oferowana przez Artplex kwota zamówienia nie wynika z oszczędności wpływających na jakość materiałów, z których będzie składało się zamówienia czy też nie zawarciu istotnych elementów wymienionych w specyfikacji. Jest ona efektem zmniejszenia kosztów produkcji, dzięki wyposażeniu firmy w wydajny i niedrogi w eksploatacji sprzęt niezbędny do wykonania zamówienia (np.: piła dwugłowicowa umożliwiająca cięcie profili aluminiowych z dwoma różnymi kątami) oraz zatrudnienia osób wykwalifikowanych do jego obsługi",

d) „Wieloletnia współpraca wpływa także na uzyskiwanie korzystnych cen na materiały i usługi"

e) „Podsumowując, będąc niewielką firmą, koszty naszej produkcji różnią się od firm zatrudniających dużą ilość pracowników. Jednakże, nie ma to wpływu na jakość wykonywanych mebli ekspozycyjnych"

bez wskazania jednak jakichkolwiek konkretnych okoliczności, które pozwoliłyby ocenić realność zaproponowanej ceny, udowodniając jednocześnie Zamawiającemu, iż cena nie jest „rażąco niska".

Wykonawca Artplex, choć podnosi w swych wyjaśnieniach, że cena jest „…..efektem zmniejszenia kosztów produkcji, dzięki wyposażeniu firmy w wydajny i niedrogi w eksploatacji sprzęt niezbędny do wykonania zamówienia" to jednak

a) nie wskazuje, jak bardzo cena dzięki temu sprzętowi mogła zostać konkretnie zredukowana, a także

b) nie przedstawia, żadnych dowodów, iż w istocie tak jest i sprzęt takowy posiada (pomimo, iż stosownie do treści art. 224 ust 5 ustawy pzp winien to uczynić).

Idąc dalej Wykonawca stwierdza, że „Wieloletnia współpraca wpływa także na uzyskiwanie korzystnych cen na materiały i usługi" jednak i tu nie wskazuje jak bardzo, nie podaje Zamawiającemu konkretnych wartości tak by ten mógł w istocie ocenić realny wpływ rabatów czy upustów na kalkulację ceny oferty.

Artplex stwierdza gołosłownie także : „Podsumowując, będąc niewielką firmą, koszty naszej produkcji różnią się od firm zatrudniających dużą ilość pracowników", jednakże – pomimo – ciążącego na nim obowiązku (art. 224 ust 5 ustawy Pzp) nie wskazuje jak te koszty różnią się i jak wpłynęły na obniżenie ceny oferty, wreszcie nie pokazuje kosztów pracowniczych.

Podsumowując ten fragment analizy wyjaśnień Odwołujący wywodził, że wykonawca w sposób zupełnie niewykazany powołuje się na „korzystne ceny", „rabaty", „wieloletnią współpracę", „ niewielką kadrę", które miały wpłynąć na cenę oferty bez wskazania jednakowoż konkretnie tego wpływu i obszarów w jakich oddziaływały one na cenę oferty.

W świetle treści wezwania i oczekiwań Zamawiającego wyjaśnienia tak poprowadzone należy ocenić negatywnie. Co ważne także – w kontekście całych wyjaśnień – wykonawca nie składa, żadnych dowodów, albowiem za takowe nie sposób uznać referencji, które nie „wyjaśniają" sposobu konstruowania ceny oferty. Brak dowodów jest równie istotny z punktu widzenia wezwania Zamawiającego, który wskazał na istotność ich roli, a także na obowiązek ich złożenia. Zamawiający wyraźnie wskazywał w swym wezwaniu, iż oczekuje czegoś więcej niż „gołosłownych" wyjaśnień, nie popartych dowodami twierdzeń, a także ogólnikowych tez, których interpretacja jest utrudniona.

Co więcej Zamawiający odrzucił na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp ofertę Dreamedia Sp. z o.o., stwierdzając w uzasadnieniu, iż czyni to z uwagi na fakt, iż „…firma Dreamedia Sp. z o.o. udzieliła wyjaśnień na powyższe wezwanie nie przedkładając jednocześnie żadnych dowodów czy kalkulacji uzasadniających prawidłowość wyliczenia zaproponowanej ceny. Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty oraz jej istotnych części składowych, powinien wskazać obiektywne czynniki oraz sposób w jaki wpłynęły na obniżenie ceny oferty. Wyjaśnienia te powinny być konkretne, jasne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające wiarygodny

charakter ceny złożonej oferty oraz jej istotnych części składowych, a także przedstawić dowody wykazujące, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną kwotę".

W kontekście powyższego niezrozumiała jest dla Odwołującego praktyka, odrzucenia jednej z ofert z uzasadnieniem na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp i jednoczesny wybór oferty Artplex z ogólnymi wyjaśnieniami, w tym z brakiem jakichkolwiek (żądanych wezwaniem) dowodów na uwiarygodnienie swych wyjaśnień.

Z kolei załączone do wyjaśnień „kosztorysy" nie tylko są lakoniczne - ale co kluczowe w świetle przywołanego orzecznictwa - nie „udowodnione" (nie wykazane), a także uniemożliwiają zdekodowanie elementów składowych cen, ale - co równie istotne - nie wykazują co pod poszczególnymi pozycjami zostało zawarte. W tym kontekście Odwołujący przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 czerwca 2021 r., KIO 1197/21,

„wyjaśnienia złożone w postaci opisowej oraz załączony do nich kosztorys nie pozwalają na uznanie, że cena podana w ofercie jest ceną rynkową, jak też, że obejmuje pełen zakres zamówienia opisany w SWZ".

Analizując samą treść wyjaśnień wskazać należy, iż Wykonawca stwierdza najpierw „Artplex nie musi polegać na podwykonawcach w celu wykonania prac przygotowujących poszczególne elementy do ich montażu i może skutecznie zredukować koszty produkcji" by następnie kontynuować „Wpływ na cenę ma także współpraca z regionalna firmą Micro-Tech, istniejącą na rynku od ponad 10 lat i specjalizującą się w produkcji i obróbce przedmiotów ze stali i aluminium, która ma swój zakład w bliskim sąsiedztwie. Jest to firma posiadająca nowoczesny park maszynowy (laser, prasy), własną malarnię proszkową oraz znakomicie wyszkoloną kadrę doświadczonych pracowników. Ze względu na szeroką gamę usług oraz bliskie sąsiedztwo, realizujemy u nich podzespoły najbardziej wymagających zleceń, co znacznie obniża koszty produkcji".

Tym samym, skoro jak stwierdza Wykonawca w wyjaśnieniach Artplex „Wpływ na cenę ma także współpraca z regionalna firmą Micro-Tech", by jednocześnie stwierdzać (w ofercie i wyjaśnieniach) „Artplex nie musi polegać na podwykonawcach w celu wykonania prac przygotowujących poszczególne elementy do ich montażu" to zdaniem Odwołującego: a) Wątek ten jest wewnętrznie sprzeczny, co już winno poddać Zamawiającemu w wątpliwość złożone wyjaśnienia,

b) Nawet jeśli uznać, że wbrew deklaracjom Artplex może korzystać z usług podwykonawcy – to jednak nie wyjaśnił on w swym piśmie szczegółów z tym związanych (kosztów), co skutkować winno zastosowaniem art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Co więcej, Artplex na koniec swojej części opisowej stwierdza wprost: „Co więcej, zaistniała trudna sytuacja gospodarcza spowodowała, że tak jak wiele innych firm produkcyjnych w Polsce zmagamy się z niewykorzystaniem swoich zdolności produkcyjnych wskutek spadku popytu. Jest to gówna przyczyna powstania rażąco niskiej ceny w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Państwa przed wszczęciem postępowania".

Wykonawca sam stwierdza, że jego oferta jest „rażąco niska".

Załącznik nr 1 to wyspecyfikowany asortyment (Kalkulacja materiałowo – cenowa), z której Zamawiający nie dowiaduje się konkretnie jakich materiałów i sprzętu użyje Wykonawca, co więcej w załączniku zawartych jest wiele nieścisłości i niespójności.

Tytułem przykładu Odwołujący wskazał, iż w zakładce „Inne" ceny jednostkowe pewnych pozycji są różne od tych samych asortymentów z zakładki „podsumowanie", a Wykonawca nie wykazuje z czego to wynika. Odwołujący przedstawił kilka przykładów takich niespójności (są to pozycje 2, 3, 4, 7, 9, 10 i 11).

W innym miejscu Załącznika nr 1 składający wyjaśnienia dla wariantu 1 i 2 „Gablot stojących" dla wariantu 1 wskazuje cenę netto profilu stalowego 40x40 – 111 złotych, podczas, gdy dla wariantu 2, ten sam profil stalowy 40x40 – to koszt 12 złotych.

Wykonawca w ogóle nie wyjaśnia skąd pojawiają się w jego zestawieniach różnice dla poszczególnych części składowych wariantu 1 i 2 „Gablot stojących" (np. usługa cięcia laserem, która dla wariantu I wynosi 589,9 złotych netto, a dla wariantu 2 – 370, 26 złotych netto). Niewątpliwie taki sposób wyjaśnień nie można nazwać szczegółowymi, konkretnymi, a nade wszystko takimi, które pozwalają Zamawiającemu zdobyć wiedzę o realności złożonej oferty. Nie

wiadomo również skąd dla wariantu 1 i 2 „Gablot stojących" powstały różnice w tzw. „dodatkach", które dla wariantu 1 wynoszą 4%, a wariantu 2 – 2%. Zdaniem Odwołującego okoliczność ta również powinna być w jakiś sposób wyjaśniona, podczas gdy Wykonawca Artplex do kwestii tej nie odnosi się.

W Załączniku nr 1 Wykonawca nie odnosi się także do kwestii istotnych: kosztów mediów, energii elektrycznej, podatków.

Wyjaśniając ceny pozycji „blacha perforowana wraz z usługą cięcia" (zakładka „Ścianki ekspozycyjne") brak jest np. wskazania jakiej grubości blachy perforowanej usługa dotyczy. Wykonawca parametru tego nie podaje, inaczej niż np. czynił to w przypadku „Gablot".

Nie wiadomo także co oznacza enigmatyczna pozycja „elementy nieujęte" i od czego wskazane w pozycji tej 10% należy obliczać.

Takie wyjaśnienia – już tylko w tym podstawowym zakresie zawierają braki. Odwołujący pomija fakt, iż na żaden z tych asortymentów nie przedstawiono dowodu (oferty,

wydruku ze strony internetowej) by uwiarygodnić w sposób nie wymagający specjalnych zabiegów, że podawane ceny są realne, a materiały można nabyć właśnie za te wartości.

Załącznik 1 i 2 – co jest istotne nie zawierają także kosztów przygotowania przez Wykonawcę „projektów warsztatowych" i „kart materiałowych wszystkich komponentów wykorzystanych do zbudowania gablot oraz ścianek" wymaganych w OPZ: „Wykonawca przedstawi techniczne, szczegółowe projekty warsztatowe (w tym rozrysy na cięcie CNC) i karty materiałowe wszystkich komponentów wykorzystanych do zbudowania gablot oraz ścianek przed przystąpieniem do wykonania tych elementów: - rysunki wektorowe, rzuty: przód, tył, bok, aksonometria, - wszystkie szczegóły rysunku powinny być zwymiarowane i opisane słownie odnośnie wskazania materiału, - wszystkie otwory, śruby, wkręty (ich ilość), klejenia, spawy etc. powinny być uwidocznione na rysunkach i podpisane. - dokumentacja warsztatowa winna uwzględniać szczegóły konstrukcji elementów, rewizje dostępowe, schemat prowadzenia instalacji. - rysunki winny uwzględniać detale połączeń, rodzaje zastosowanych łączników, zawiasów i okuć oraz opis użytych materiałów i ich parametrów. -dokumentacja winna uwzględniać elementy niezbędne do precyzyjnego wykonania prac, w tym zawierać szczegółowe wymiary, opisy oraz rysunki detali. – dokumentacja powinna zawierać opis sposobu transportu elementów" (str. 3 OPZ). „Szczegóły mocowania, konstrukcji, łączeń itp. Wykonawca ma obowiązek zaprojektować i przedstawić Zamawiającemu do akceptacji w formie projektu warsztatowego, przed wykonaniem elementu" (str. 5 OPZ).

W załączniku nr 2 Odwołujący pragnie podkreślić brak wyjaśnienia i brak: a) ujęcia kosztów opracowania projektów warsztatowych i kosztów ich uzgodnienia (ujęte w projekcie odwołania), b) kosztów transportu prototypów do Zamawiającego i ryzyka związanego w przypadku braku akceptacji Zamawiającego, c) kosztów załadunku i wyładunku, d) kosztów złożenia ścianek wystawienniczych na miejscu (u Zamawiającego), e) jakichkolwiek kalkulacji/wyliczeń dla transportu.

Zamiast wyjaśniać cenę złożonej oferty i przedkładać na okoliczność tych wyjaśnień dowody oraz „okoliczności obiektywne" pozwalające na obniżenie ceny Wykonawca złożył wraz ze swymi wyjaśnieniami „referencje" należytego wykonywania usług, bez wskazania jaki wpływ i w jakim stopniu realizacje te miały na ukształtowanie ceny oferty w badanym postępowaniu.

Reasumując zdaniem Odwołującego z wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego nie wynika żadna konkretna i przydatna wartość i informacja, która

pozwoliłaby na ocenę i przesądzenie, że zaproponowana cena oferty jest realna, rzeczywista, rynkowa.

Co więcej, w świetle słownikowych definicji nie sposób uznać wyjaśnień złożonych przez Artplex za „kompletne" czy nawet „wystarczające". Niewątpliwie natomiast wyjaśnienia te wpisują się w definicję pojęć: „ogólne", „wymijające", „niekonkretne", „abstrakcyjne", „nierzeczowe", „lakoniczne" czy „zdawkowe". Co kluczowe również wyjaśnienia nie odpowiadają na konkretnie zakreślone w wezwaniu żądania Zamawiającego, który przedstawił swe oczekiwania wobec ich zawartości.

W szczególności:

a) brak jest w wyjaśnieniach jakiegokolwiek dowodu na potwierdzenie prezentowanych tez (czego bezwzględnie żądał Zamawiający),

b) przedstawione kalkulacje – z uwagi na ogólność – nie pozwalają na ustalenie realności zaproponowanej ceny,

c) mankamenty te są szczególnie istotne, jeśli wziąć pod uwagę brzmienie art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp,

d) cena oferty „jest niższa o blisko 43,23% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania",

e) oferty ze zbliżonymi wycenami odrzucono właśnie z uwagi na ich „rażąco niską cenę".

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia złożone przez Artplex - nie powinny zostać uznane za wiarygodne. Ich ewidentne braki powinny skutkować odrzuceniem oferty z uwagi na treść art. 224 ust 6 ustawy Pzp. Inna decyzja, narusza treść art.

16 pkt 1 ustawy Pzp.

Końcowo Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok Sądu Okręgowego XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w sprawie o sygn. SO XIII Zs 81/21. Sąd oddalił skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2021 r. (o sygn. KIO 1185/21), która uwzględniła zarzuty Odwołującego i w oparciu o treść art. 90 ust 3 starej ustawy pzp w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4 starej ustawy pzp, nakazała odrzucić ofertę Wykonawcy – właśnie z uwagi na ogólną, lakoniczną treść złożonych wyjaśnień „w zakresie rażąco niskiej ceny oferty", które co równie istotne nie odpowiadały treści żądań wyartykułowanych w wezwaniu Zamawiającego.

Z uwagi na wybór oferty Artplex – jako najkorzystniejszej – w postępowaniu, Odwołujący pragnie poddać ocenie Izby działanie Zamawiającego - w tym - dokonaną przez niego ocenę złożonych wyjaśnień (z uwzględnieniem wystosowanego wezwania) i zaniechanie zastosowania w stosunku do oferty Artplex art. 224 ust. 6 i 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp.

Z ostrożności Odwołujący dodał, iż stosownie do ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej i stanowiska doktryny wyjaśnianie „ceny oferty" w trakcie

postępowania odwoławczego (poprzez składanie dodatkowych wyjaśnień, dowodów, kalkulacji) jest niedopuszczalne i spóźnione, a w konsekwencji nie może stanowić „uzupełnienia" wyjaśnień już złożonych.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 16 PKT 1 PZP W ZW. ART. 17 UST. 2 PZP Z ART. 239 UST. 1 I 2 PZP.

Zarzut oparty jest o naczelne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tj. zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę legalizmu), jest zarzutem wynikowym. Z naruszeniem zasad ogólnych z art. 16 ustawy Pzp będziemy mieć do czynienia w sytuacji potwierdzenia się innych zarzutów wskazanych w odwołaniu, a więc naruszenia konkretnych norm prawnych regulujących przedmiotowe postępowanie.

Zasada równego traktowania wykonawców, zabraniająca zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregokolwiek z wykonawców, gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji o zamówieniu i w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziała wykorzystywaniu pozycji monopolistycznych przez któregokolwiek z wykonawców. Jak słusznie wskazała KIO w jednym ze swoich orzeczeń: „Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert i dotrzymywane w trakcie prowadzenia postępowania. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych" (wyrok KIO z 12.09.2011 r., KIO 1886/11, LEX nr 964335).

Z kolei zgodnie z wyrażoną w art. 17 ust. 2 Pzp - zasadą legalizmu, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp. Tym samym norma ta znajduje zastosowanie w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu Prawa zamówień publicznych, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego podniesioną w odwołaniu, w szczególności treść wcześniejszych zarzutów, jego zdaniem zarzut ten winien być również uwzględniony.

Z uwagi na powyżej przytoczoną argumentację, w ocenie Odwołującego przedmiotowe odwołanie zasługuje w pełni na uznanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy, którego oferta w ocenie Odwołującego winna być odrzucona godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca S.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Artplex S.T. z siedzibą w Suwałkach (dalej jako „Przystępujacy"). Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego.

W przedmiotowym postępowaniu zgłoszenie przystąpienia złożył również wykonawca Tronus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Izba nie dopuściła wykonawcy jako przystępującego i nie uznała skuteczności zgłoszenia. Wykonawca po pierwsze w złożonym piśmie zaniechał wskazania strony, do której przystępuje. Po drugie do zgłoszenia nie dołączono dowodów przekazania kopii zgłoszenia do Zamawiającego i Odwołującego. Są to braki formalne zgłoszenia, które w procedurze postępowania odwoławczego nie podlegają uzupełnieniu a czynią takie zgłoszenie przystąpienia nieskutecznym.

Przystępujący Artplex wnosił o oddalenie odwołania w całości. W przystąpieniu podniósł, że firma Artplex została założona w 2003 roku. Istnieje nieprzerwalnie od 20 lat, nigdy przez ten okres nie została jej działalność wyrejestrowana

lub zawieszona. Jest czynnym płatnikiem ZUS oraz Urzędu Skarbowego, nie zalega z płatnościami wobec jakiejkolwiek firmy czy świadczeń pracowniczych. Od samego początku działalności firmy, ukierunkowano się na tworzenie i budowę gablot i ekspozycji muzealnych. Przez ten okres zrealizowano kilkadziesiąt dostaw różnych rozwiązań począwszy od gablot muzealnych, różnego typu ścianek wystawienniczych, poprzez aranżację całych wystaw (składających się z szeregu podzespołów i akcesoriów, które razem stanowią całość). Dostawy obejmowały instytucje publiczne, muzea na terenie Polski, Litwy, Niemiec oraz Portugalii. Wszystkie te dostawy niejednokrotnie wymagały tworzenia rysunków technicznych, prototypów i wielu uzgodnień aby produkt końcowy spełniał oczekiwania Zamawiającego.

Wiele eksponatów wymaga specjalnych warunków przechowywania i ekspozycji, wiąże się to z budową specjalistycznych gablot muzealnych, w których będą panowały warunki neutralne wobec eksponatu. Takie gabloty cechują się różnymi parametrami, takimi jak regulacja wilgotności, specjalistyczne oświetlenie nie tylko o określonej barwie, czy współczynniku oddawania barw, regulacji natężenia czy sterowania a także odpowiedniego zamknięcia zgodnych z Rozporządzeniem Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego odnośnie zabezpieczania zbiorów muzealnych. Niektóre z tych parametrów będą także istotne przy realizacji gablot na potrzeby Centrum Komiksu i Narracji Interaktywnej w Łodzi. Firma Artplex ma przeprowadzone badania materiałów na neutralność chemiczną przez specjalistyczne laboratoria, które zostały potwierdzone odpowiednimi certyfikatami.

W proponowanych gablotach nie widać zawiasów, zamków, podnośników i innych elementów (są niewidoczne, czyli ukryte). To rozwiązania, które wypracowano przez dwadzieścia lat działalności. Firma zaprojektowała i wytłoczyła w tłoczni swój własny profil aluminiowy, który wykorzystuje w budowie gablot. Głównym atutem Wykonawcy jest doświadczenie, którego nie można policzyć ale, które ma swoją wartość w chwili realizacji zleceń. Między innymi w grudniu 2022 r. dostarczono do Muzeum Narodowego w Szczecinie 66 szt. gablot muzealnych wraz z wyposażeniem na wystawę „Świt Pomorza" wartość umowy wyniosła 907.673,58 zł.

Przystępujący odniósł się do uzasadnienia odwołania:

1. Oferta firmy Artplex została skonstruowana na podstawie wyliczeń materiałowo kosztowych z uwzględnieniem wszystkich składowych zawartych w SIWZ wraz z kosztami projektowania, prototypów oraz dostawy i montażu.

2. Zakres rzeczowy obejmujący dostawy, w szczególności ścianki oraz gabloty wersji I i II, są to produkty niestandardowe (zarazem stanowiące główny człon przetargu). Elementy te, nie są dostępne jako produkt u żadnego wykonawcy nie tylko w Polsce, ale i na świecie, dlatego nie można w prosty sposób porównać ceny ich wytworzenia. Istnieje duże ryzyko rozbieżności w wycenie tych produktów, dlatego Przystępujący uważa, że w realizacjach ma wielki wpływ doświadczenie i zdobyte umiejętności.

3. W części opisowej tak jak Wykonawca umiał, starał się jak najszczerzej opisać firmę, jej strukturę, zasoby maszynowe, wskazał firmy z którymi współpracuje (w większości przypadków od samego początku istnienia firmy). Wieloletnia współpraca, wpływa na otrzymywane ceny, np.: na dostawę szkła, usługę wycinania laserem, pracę prasy czy malowania proszkowego. Wskazał, iż doświadczenie ma ogromne znaczenie w wycenie naszych produktów. Jako producent nie bazuje na podwykonawcach (zlecając np.: wykonanie całych zadań), oczywiście korzysta z podwykonawców, ale w takim zakresie jak dostawa szkła, profili aluminiowych, blach, wycinania laserowego czy malowania

proszkowego. Nie chodzi o to aby firma Artplex była producentem szkła czy stali. Bliskość niektórych z tych firm ma znaczenie, bowiem wpływa to na cenę (koszty transportu, poświęconego czasu).

Co do argumentacji brak przedstawienia dowodów na posiadany sprzęt. Firma Artplex dysponuje następującymi urządzeniami, maszynami (załączono kopie zakupu) : - piła formatowa Felder K700S - piła dwugłowicowa Kaban 1030 - wiertarka Einhel BT-BD 701 z

- wiertarko-frezarka Cormark ZX7032Gz
- przecinarka Bomar 275.230 DGS
- spawarka TIG THF 230

Dalej dodano, że do części opisowej zostały dołączone dwa załączniki.

Pierwszy (kalkulacja materiałowo-cenowa) opisujący i wyszczególniający główne podzespoły, które zostaną wykorzystane przy budowie ścianek wystawienniczych oraz gablot typu I i II. Co do rozbieżności w wyliczeniach profilu stalowego 40x40 dla wariantu I gabloty 111 zł , natomiast dla wariantu II – 12 zł, to po analizie widać, że cena w pierwszym przypadku dotyczy kompletu na 1 szt. gabloty i cenie całkowitej 111 zł, zaś w drugim przypadku dotyczy mb, gdzie wskazano w pozycji pierwszej ilość 15,5; w drugiej 12 zł, co pomnożone daje cenę całkowitą 186 zł. Jest to wszystko w załączonych tabelach.

Dziwi także fakt, iż zarzuca się Przystępującemu inne wyliczenia kosztów cięcia laserem i gięcia dla gabloty niskiej a inne dla wysokiej. Są to dwa różne typy gablot i każdy z nich ma inny wymiar, a w związku z tym i inne koszty materiałów. Gdyby firma Airon spojrzała na wymiary gablot, dostrzegła by różnicę. Pierwsza gablota niska ma wymiary 1,2 m (szerokość) x 0,95m (głębokość) x 0,84 (wysokość) Założono wraz z odpadem następującą ilość zużytej blachy (1,2+0,95) x 2 boki = 4,3 m2 i taka ilość została wpisana w tabelę następnie pomnożona przez cenę za 1m2 blachy o gr. 1 mm (137,5 zł) , dało to kwotę 370,26 zł, następnie kwota ta została podstawiona do wiersza poniżej czyli usługi cięcia laserem (gięcia) gdzie koszt został określony jako 30% wartości blachy, dało to kwotę za usługę 177 zł.

Drugi typ gabloty ma wymiary 0,56 (szerokość) x 0,56 (głębokość) x 1,9 wysokość całkowita wraz z częścią szklaną. Wysokość podstawy, która jest wykonana z blachy wynosi 0,76 m. Przy wyliczeniach założono, że zostanie zużyte 1,98 m2 blachy pomnożone przez 187 (cena za 1 m2 blachy gr 2mm), co daje kwotę 370,26 zł. Kwota ta została podstawiona do wiersza poniżej czyli usługi cięcia laserem (gięcia), gdzie koszt został określony jako 30% wartości blachy, dało to kwotę za usługę 111.08 zł. Odwołujący zdaje się wybierać tylko co

mu pasuje i próbuje zarzucić nierzetelność. Gdyby przeanalizował tabelę, zobaczyłby, że koszt usługi cięcia laserem (gięcia) w gablocie 1 wynosi 177 zł, a w drugiej 111,08 zł.

W swoich wyliczeniach zarówno w pozycji gablot typu I i II zawsze zakładano taką pozycję jak dodatki (są to materiały, które mogą lub zostaną użyte, wlicza się tu różnego rodzaju, śrubki, podkładki i inne drobne elementy, których nie sposób założyć co do jednej sztuki przy fazie stanowiącą wstępną wycenę) Określa się to jako różny procent (w tym przypadku 4% i 2%) od całej wartości materiałów przyjętych do kalkulacji. W przypadku kalkulacji na ścianki dodano pozycję „nie ujęte" i określono ją jako 10% wartości materiałów (w tej pozycji określono wszystkie prace związane z projektowaniem warsztatowym oraz budową prototypów i innych nie ujętych). Oczywiście do końcowej kwoty zastosowano ten sam wzór co powyżej, czyli dodano 4 % na drobne materiały. Dodając te pozycję nie zaniżono wartości poszczególnych cen gablot czy ścianek, wręcz odwrotnie ceny zostały zwiększone. Zamawiający nie zgłosił żadnych uwag, czyli zrozumiał co to za pozycje. Jak widać firma wyspecjalizowana, niekoniecznie.

Odwołujący przedstawia tabele, która zawiera podsumowanie całkowitej wartości zamówienia, dopisuje przy niej ceny z tabeli kalkulacja cenowa pozostałych elementów przedmiotu zamówienia, w której rzetelnie wstawiono ceny akcesoriów i elementów, które zostaną zakupione a nie wytworzone przez Artplex (między innymi dostępne na rynku ramy aluminiowe, lampy , wózki do transportu itd.). Celowo stworzono 2 tabele, aby pokazać różnice w cenie zakupu i sprzedaży. Dziwi fakt, iż firma Airon tego nie rozumie albo celowo próbuje „zakrzywić obraz całej sytuacji".

W załączniku 2 kalkulacja całkowitego kosztu z wyznaczonym zyskiem, dokonano podsumowania całości wraz ze wskazaniem kosztów materiałów, robocizny oraz kosztów transportu i montażu. Odwołujący wskazuje na brak takiej pozycji.

Odwołujący zarzuca, że zamiast wyjaśnić cenę złożonej oferty, przesyłano referencje. Zdaniem Przystępującego Odwołujący nie zapoznał się z nimi, bo to właśnie w nich można przeczytać, że jak pisze przedstawiciel Parafii Rzymsko-Katolickiej w Przecznie „ Gabloty zostały indywidualnie dostosowane do wymogów każdego z pomieszczeń pod względem funkcjonalności jak i szczegółów konstrukcji i wyglądu. Przy profesjonalnym wykonaniu były jednocześnie zdecydowanie tańsze od renomowanych firm konkurencyjnych". W podobnym stylu są także pozostałe referencje z Akademii Sztuk Pięknych we Wrocławiu, Muzeum Kinematografii w Łodzi, Centrum Spotkań Europejskich Świtowid w Elblągu, Urzędu Gminy i Miasta Raszków, Muzeum Zamkowego w Pszczynie, Urzędu Miejskiego w Łęknicy oraz Uniwersytetu w Szczecinie.

Wobec tego Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wskazywał na niezasadność zarzutów odwołania.

Zamawiający podniósł, że nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego. W ocenie Zamawiającego oferta Artplex nie stanowi oferty zawierającej rażąco niską cenę. Przystępujący na żądanie Zamawiającego przedstawił szczegółowe kalkulacje cenowe odpowiadające charakterystyce zamówienia. Kalkulacja cenowa obejmuje wszystkie elementy składowe zamówienia. W treści swoich wyjaśnień Artplex nie ograniczył się do złożenia ogólnego zapewnienia, że wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia są konkretne, ujawniające składniki cenotwórcze, adekwatne do wezwania Zamawiającego i zawierające wszystkie elementy, których Zamawiający zażądał w wezwaniu. Przystępujący poparł także swoje twierdzenia szczegółowymi kalkulacjami cenowymi uwzględniającymi koszty i rodzaj użytych materiałów, koszty robocizny dla każdego z elementów przedmiotu zamówienia, koszty transportu oraz zakładany zysk wraz z dowodami. Ze względu na powyższe nie sposób uznać, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie są wystarczające. Zamawiający podkreślił, że w postępowaniu najistotniejsze są koszty materiałów służących do wykonania przedmiotu zamówienia obejmującego wykonanie:

1. ścianek ekspozycyjnych,

2. gablot ekspozycyjnych wariant 1 i wariant 2.

Wartość pozostałych kwestionowanych przez Odwołującego pozycji jest marginalna. Co jednak nie zmienia faktu, że również przedłożone kosztorysy zawierają wyceny tych elementów, np. wyceny zestawów narzędzi, wózków transportowych itp.

Z żadnego przepisu ustawy Pzp nie wynika konieczność przedstawienia dowodów dotyczących absolutnie wszystkich pozycji kosztowych, nawet tych o pomijalnej wartości. Przystępujący przedstawił dowody dotyczące wszystkich kluczowych elementów zamówienia w postaci szczegółowych kalkulacji cenowych. Zamawiający za wyrokiem Izby z dnia 27 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 58/22 wskazał, że „Przystępujący, składając wyjaśnienia, powołał się na określone okoliczności, właściwe temu wykonawcy. Fakt, iż złożone wyjaśnienia nie odpowiadają standardom, jakie zdaje się narzucać Odwołujący, nie może stanowić automatycznie podstawy do stwierdzenia, że cena oferty Przystępującego jest ceną rażąco niską. Charakterystyczne i dedykowane okoliczności dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia są zindywidualizowane dla każdego wykonawcy. Nie ma bowiem jednego uniwersalnego wzorca czy to w zakresie kalkulacji ceny ofertowej, czy też w zakresie treści składanych wyjaśnień." Każdy z wykonawców przygotowując ofertę może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia, każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej,

funkcjonuje w innych realiach polityki cenowej własnej firmy, nie bez

znaczenia jest wielkość danego przedsiębiorstwa, czy działa ono w skali makro, czy mikro. Nie ma jednego katalogu minimalnego ani zakresu maksymalnego zagadnień, do którego powinien odwoływać się dany wykonawca sporządzając kalkulację ceny oferty (tak w wyroku KIO z 12 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2447/19). „Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, przedmiotu zamówienia jak również wezwania Zamawiającego" (wyrok KIO z 12.04.2020, KIO 547/19). Wreszcie, za orzecznictwem Izby wskazać trzeba, że oceniając wyjaśnienia bierze się pod uwagę także to, czy wykonawca zignorował wezwanie (np. nie odpowiedział na zadane pytania), czy też starał się udzielić wyczerpujących wyjaśnień.

Zamawiający dokonał oceny tych wyjaśnień i uznał wyliczenia wykonawcy za kompleksowe i spójne i jako takie same w sobie stanowią dowód. Elementy wykonywane przez wykonawcę od podstaw są ujęte w wycenie zgodnie z SOPZ (ujęto wszystkie elementy i nie ma niezgodności z SOPZ). Ujęty jest literalnie każdy dostarczany fizyczny element występujący w OPZ, nawet tak drobny jak np. łączniki do ścianek. Nie ma więc podstaw do kwestionowania tej wyceny, gdyż wykonawca wykazał się szczegółową wiedzą w zakresie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się szczegółowo do postawionego zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 i 5 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp oraz art. 1 6ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 i art. 239 ust. 1 i 32 Pzp Zamawiający zauważył, że:

- Zamawiający wie jakich materiałów użyje Wykonawca (niezależnie od rozstrzygnięć w tym postępowaniu) ponieważ specyfikacja tych materiałów została zawarta w SOPZ. Żaden z wykonawców nie musiał dostarczać dodatkowej specyfikacji materiałowej. W wyjaśnieniach wskazano podstawowy sprzęt, jakim posługuje się wykonawca (piła dwugłowicowa, lasery i prasy którymi posługuje się firma współpracująca). Żaden z wykonawców nie musiał wykazywać jakim sprzętem będzie wykonywał zamówienie. Komisja przetargowa nie miała żadnych podstaw do powzięcia wątpliwości w tym zakresie, ponieważ wyjaśnienia odnoszą się wprost i całkowicie do przedmiotu zamówienia. W załączniku nr 1 jak i nr 2 do wyjaśnień nie ma żadnych niespójności ani nieścisłości. Oba załączniki mają inne funkcje – zał. 1 to szczegółowe wyliczenie ceny ofertowej uwzględniające wszystkie komponenty zamówienia a zał. 2 wylicza że wykonawca ma na zamówieniu zysk i podaje jaki to jest zysk. Jednak ostatecznie oba załączniki wyliczają cenę zamówienia zgodną z ceną ofertową (co do grosza). Są więc spójne między sobą, jednak podają dane w różnym układzie. Odwołujący nie przeanalizował wyjaśnień i przede wszystkim wyliczeń z zał. 1 i 2 lub z premedytacją podważa ich oczywistą spójność i zbieżność.

- W zał. 1 zakładka „Inne" to kalkulacja cenowa (zgodnie z tytułem) elementów, które można po prostu nabyć na rynku (nie trzeba ich robić samodzielnie), a zakładka „podsumowanie" to wartość zamówienia przedstawiona w ofercie (również zgodnie z tytułem tabeli). W zakładce „Podsumowanie" te same elementy są droższe o około 100%. Wniosek jest tylko jeden i jest oczywisty: Wykonawca wykazał, że te elementy sprzedaje Zamawiającemu dwa razy drożej niż zamierza je kupić – narzut obejmuje zatem koszty operacyjne i zarobek.

- Podane przez Odwołującego różnice mogą wynikać z różnych ilości podanych przy profilach. W wariancie I jest ilość 1, a w wariancie 2 jest ilość 15,5. Globalnie ceny tego materiału w obu wariantach gablot różnią się zatem w znacznie mniejszym stopniu niż wskazuje Odwołujący. Poza tym mówimy o kwotach rzędu kilkudziesięciu złotych w całym zamówieniu – cena profili stalowych nie może zatem mieć znaczącego wpływu na cenę całej oferty. Biorąc pod uwagę całościową spójność i rzetelność wyjaśnień, Komisja przetargowa nie znalazła podstaw do kwestionowania ww. różnic w cenie profili.

- Gabloty w wariancie 1 i 2 różnią się od siebie wymiarami, szczegółami konstrukcyjnymi i przeznaczeniem. Niezasadne jest podważanie różnic w wycenach elementów tych gablot i gablot jako całości. Tym bardziej, że ceny z wyjaśnień nie odbiegają zbytnio od wycen z szacowania. W ramach szacowania wartości zamówienia Zamawiający otrzymał oferty od dwóch firm. Dla wariantu 1 w szacowaniu były kwoty 36 000 zł netto i 44 790 zł netto, a z wyjaśnień wynika kwota 40 000 netto. Dla wariantu 2 w szacowaniu były kwoty 22 000 zł netto i 34 068 zł netto, a z wyjaśnień wynika kwota 16 750 zł netto. W wariancie 2 wykonawca w wyjaśnieniach podał mniejszy zysk i mniejszą robociznę niż w wariancie 1, droższe nieco są zatem materiały. Wycena przedstawiona w wyjaśnieniach jest wieloaspektowa i uwzględnia różnice między gablotami, a tym samym zawiera pełne uzasadnienie i wyjaśnienie zaoferowanej ceny w tym zakresie. Wyjaśnić należy, iż przywołane przez Odwołującego cięcie laserem może się różnić, ponieważ oba warianty gablot mają zupełnie różne podstawy i co za tym idzie blacha może być inaczej cięta.

- Wykonawca odnosi się do podstawowego podatku, tj. VATu i uwzględnia go w ofercie w stawce 23%. Brak uwzględnienia kosztów mediów i energii elektrycznej nie budzi wątpliwości gdyż:

a. te koszty są ujęte po prostu w częściach w każdej wycenianej pozycji;

b. wykonawca zakłada zysk, z którego ma możliwość pokrycia ewentualnych wzrostów kosztów w/w mediów.

- Brak jest podstaw żądania by wykonawca w wycenie wskazywał za każdym razem wszystkie parametry używanych materiałów. Tym bardziej w sytuacji gdy te parametry są określone w SOPZ a wykonawca zobowiązuje się wykonać zamówienie zgodnie z tym

dokumentem podpisując umowę zgodną z IPU. Elementy, które można kupić np. w sklepach internetowych (ujęte w zakładce „Inne" w zał. Nr 1) nie odbiegają istotnie od cen internetowych, a wykonawcy zajmujący się profesjonalnie daną dziedziną co do zasady korzystają z upustów pozwalających im nabywać rzeczy taniej niż kupującemu detalicznemu i

jest to fakt powszechnie znany, gdyż jest to jeden z głównych generatorów zysków dla każdego niemal przedsiębiorcy. Zamawiający podał przykłady ramy aluminiowej srebrnej oraz lampy wystawienniczej, czy wózka transportowego wariant 1 (platformowy).

- Przygotowanie projektów warsztatowych i kart materiałowych jest obowiązkiem typowym i towarzyszącym każdej konstrukcji i stanowi wydatek marginalny. W SWZ ten obowiązek nie jest rozbudowany – wykonawca musi bowiem dostarczyć przede wszystkim projekty warsztatowe, które i tak musi wykonać żeby skonstruować ścianki i gabloty. Karty materiałowe przesyła zazwyczaj producent sprzętu lub dostawca materiału.

Zamawiający podkreślił, że zawarta w ofercie Przystępującego cena skalkulowana została w oparciu o realne koszty, a sposób jej kalkulacji powoduje, że również ryzyko wystąpienia ewentualnej straty z tytułu realizacji zamówienia zostało ograniczone do minimum. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że jakikolwiek element jest skalkulowany poniżej ceny rynkowej. Swoją argumentację sprowadza jedynie do prób znalezienia błędów rachunkowych, formalnych bądź logicznych w wyjaśnieniach. Zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, lecz jest wynikiem rzetelnej wyceny oraz świadomego działania, zawiera ona wszystkie koszty związane z realizacją całości zamówienia.

Podsumowując, w ocenie Zamawiającego cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. W tej sprawie nie zachodzi przesłanka do uznania ceny oferty Przystępującego za rażąco niską.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, że w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie przedstawiono rzeczywisty stan faktyczny prezentujący przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie zachodzi konieczność jego powtarzania przez Izbę przy czynieniu ustaleń faktycznych.

Biorąc poczynione ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w całości.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 239 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby Przystępujący składając Zamawiającemu wyjaśnienia nie sprostał ciężarowi dowodowemu i nie uczynił zadość treści wezwania do złożenia wyjaśnień.

Treść złożonego pisma, zdaniem Izby, w większej części nie spełnia wymogu wyjaśnień, brakuje tam w zasadzie merytorycznej treści, do której można się odnieść. Ze złożonego oświadczenia nie wynika, jakie czynniki pozwoliły Wykonawcy skalkulować cenę na poziomie podanym w ofercie. Przystępujący powołał się na argumentację właściwą wielu wykonawcom (bogate doświadczenie, realizacja innych zamówień o podobnym charakterze, zatrudnienie pracowników na podstawie umowy o pracę), bez wskazania elementów, które właściwe są danemu wykonawcy, a które przełożyć się mogły na obniżenie ceny ofertowej. Odwołujący nie kwestionował, że Przystępujący posiada doświadczenie zawodowe, które umożliwia mu realizację zamówienia, czy też jest mikroprzedsiębiorcą lub zatrudnia osoby na podstawie stosunku pracy. Nie są to jednak w ocenie Izby, co także celnie podsumowano w odwołaniu i na rozprawie, czynniki, które przekładają się na możliwość obniżenia ceny ofertowej, a przynajmniej takich okoliczności wyjaśnieniami nie wykazano.

Oświadczenia złożone przez Przystępującego w części opisowej wyjaśnień są ogólnikowe. Wykonawca złożył

deklarację, że za cenę podaną w ofercie jest w stanie zrealizować zamówienie, podczas gdy jego obowiązkiem było wyjaśnienie w jaki sposób mógł obniżyć cenę do zadeklarowanego poziomu bez uszczerbku dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Same deklaracje nie są wystarczające do uzasadnienia poziomu ceny oferty. Wyjaśnienia zawierają oświadczenia, że cena oferty, w tym cena za materiały, nie wpłynie na jakość zamówienia, że firma dysponuje wydajnym sprzętem, nie korzysta z pomocy podwykonawców, pozyskuje materiały od lokalnych firm, z którymi współpracuje od lat. Dostrzeżenia wymaga, iż zapewnieniom tym nie towarzyszy pogłębiona analiza, że to właśnie wymienione przez Przystępującego czynniki pozwoliły obniżyć cenę do poziomu podanego w ofercie. Brakuje także wykazania w jakim stopniu czynniki te pozwoliły Przystępującemu obniżyć cenę ofertową. Do wyjaśnień nie dołączono choćby dowodów potwierdzających, że wymienionym sprzętem Wykonawca dysponuje. Takie dokumenty dołączone zostały dopiero do zgłoszenia przystąpienia. Izba nie mogła ich wziąć pod uwagę jako rozstrzygających o prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Przystępujący winien materiały te przedstawić Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Rolą Izby jest ocena czynności Zamawiającego, a nie ocena, czy Wykonawca wykazał, że cena jego oferty nie ma rażąco niskiego charakteru. Ten element powinien być wykazany Zamawiającemu. Izbie nie jest wiadomym na jakiej podstawie Zamawiający przyjął

za pewnik, że Przystępujący sprzętem niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia dysponuje. Oczywistym jest, że nie wymaga dowodzenia posiadanie każdej jednostki sprzętowej, jeżeli jednak Wykonawca składając wyjaśnienia wskazuje, że dysponowanie określonym zasobem technicznym przekłada się na możliwość obniżenia ceny, to fakt ten winien być wykazany.

Następnie Przystępujący podaje, z jakimi firmami współpracuje, korzysta z ich materiałów i doświadczenia. To umożliwiać ma mu uzyskanie korzystnych cen za materiały i usługi. Przystępujący wymienia jedynie nazwy firm, nie dołączono jednak do wyjaśnień żadnej oferty cenowej od którejkolwiek z wymienionych firm, która potwierdzałaby stawki za materiały i usługi przyjęte w złożonej przez Przystępującego kalkulacji z załączników 1 i 2. Tym samym zapewnienia, że taka współpraca przełożyła się na możliwość obniżenia ceny oferty pozostają pustym zbiorem. Brakuje materiału, który dowodziłby wysokość przyjętych cen za zakup materiałów i zakup usług. Przystępujący szeroko rozpisuje się o współpracy z firmą Micro-Tech, ale nie pokazuje, że współpraca ta przekłada się na możliwość obniżenia stawek nabycia usług i towarów.

Załączona do wyjaśnień kalkulacja w postaci załączników nr 1 i 2 ma w ocenie Izby wysoce uproszczony charakter. Wykonawca operuje w niej kwotami nie wyjaśniając w jaki sposób kwoty te odpowiadają przyjętym stawkom za poszczególne czynności, czy materiały. Przystępujący nie wyjaśnia na jakiej podstawie do kalkulacji przyjmuje wysokość podanych kosztów. Z kalkulacji nie wynika przykładowo, dlaczego za blachę perforowaną , czy usługę cięcia i gięcia blachy przyjęto określone wysokości kosztów. Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że materiały i usługi za podane stawki uzyska. Również Zamawiający, niezbyt celnie, w odpowiedzi na odwołanie, próbuje wykazać, że w kalkulacji przyjęto stawki niezaniżone ale z przebiegu rozprawy wynika, że podane przez Przystępującego koszty Zamawiający odnosi do cen materiałów niekoniecznie spełniających wymogi opisane w OPZ i SWZ, co potwierdza materiał dowodowy złożony przez Odwołującego na rozprawie. Nawet jeżeli przykłady podane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie mają jedynie charakter kierunkowy, to winno z nich wynika, że Zamawiający pod względem prawidłowości stawek przeanalizował złożone mu wyjaśnienia. Jeżeli jednak podane przykłady nie odpowiadają opisowi przedmiotu zamówienia, trudno doszukiwać się pogłębionej analizy wyjaśnień. To w ocenie Izby oznacza, że Zamawiającemu nie przedstawiono wystarczającego materiału do oceny, czy cena oferty nie ma rażąco niskiego charakteru, a Zamawiający po wniesieniu odwołania próbuje samodzielnie wykazać, że cena oferty Przystępującego nie została zaniżona. Zamawiający nie może w tym przedmiocie zastępować Przystępującego.

Izba nie zaprzecza twierdzeniom Zamawiającego, że „najistotniejsze są koszty materiałów służących do wykonania przedmiotu zamówienia obejmującego wykonanie: ścianek ekspozycyjnych, gablot ekspozycyjnych wariant 1 i wariant 2". Jednakże właśnie w tych elementach Przystępujący wraz z wyjaśnieniami nie złożył jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że mógł przyjąć ceny za wykonanie powyższych elementów na podanym poziomie. Owszem, „kosztorysy zawierają wyceny tych elementów, np. wyceny zestawów narzędzi, wózków transportowych itp." ale nie zawierają elementów potwierdzających prawidłowość przyjętej wysokości wyceny. Izba zgadza się z Zamawiającym, że „Z żadnego przepisu ustawy Pzp nie wynika konieczność przedstawienia dowodów dotyczących absolutnie wszystkich pozycji kosztowych, nawet tych o pomijalnej wartości", ale kluczowym błędem złożonych przez Przystępującego wyjaśnień i kalkulacji jest jakikolwiek brak dowodów potwierdzających wysokość pozycji kosztowych, nie tylko tych o marginalnym znaczeniu, ale przede wszystkim tych o znaczeniu podstawowym dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Abstrahując od tego, czy w kalkulacji wymieniono wszystkie elementy wymagane OPZ do realizacji przedmiotu zamówienia, o których wspomina odwołanie (np. ilość łączników, koszty pośrednie), to ani wyjaśnienia ani kalkulacja nie dają odpowiedzi, że przyjęte stawki są możliwe do osiągnięcia. Może i Przystępujący w kalkulacjach ujął niezbędne elementy, kluczowym było jednak wykazanie Zamawiającemu, że cena tych kluczowych elementów nie została zaniżona. Tylko na podstawie samych wyliczeń tabelarycznych, w ocenie Izby, Zamawiający nie jest w stanie tego sprawdzić. Nie można uznać, że wyjaśnienia są prawidłowe, ponieważ Wykonawca wskazał w nich osiągnięcie zysku i założył rezerwę na nieprzewidziane wydatki. Obowiązkiem Zamawiającego jest przeanalizowanie, czy wycena poszczególnych elementów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia jest realna i dlaczego mogła zostać ukształtowana na poziomie wynikającym z oferty. Tymczasem Zamawiający dopiero na rozprawie dowiedział się w jaki sposób Przystępujący wyceniał elementy niezbędne do wykonania ścianek ekspozycyjnych i gablot. Co ciekawe, Zamawiający nie neguje, że prawidłowym sposobem wyceny jest określenie wartość danego elementu przez podanie ceny, która w zasadzie „wydaje się" Przystępującemu właściwa za dany element. Jeżeli, jak twierdzi Przystępujący, stała i znana jest cena za materiały, choć nadal nie wiadomo, czy jest możliwa do osiągnięcia, a następnie na podstawie bliżej nieokreślonej zasady Przystępujący przyjmuje cenę za dany element do kosztorysu, natomiast różnicę między podaną ceną a ceną materiałów dowolnie dzieli na koszty robocizny (70%) i wysokość zysku (30%), to zdaniem Izby taka wycena

jest wysoce dowolna. Przystępujący, bazując jedynie na znanym elemencie ceny za materiały, dowolnie przyjmuje pozostałe elementy, w tym przede wszystkim wartość końcową elementu, nie 26

wyjaśniając w żaden sposób, dlaczego przykładowo dla gabloty wariant 2, cena jednostkowa netto wynosi 8 375,00 zł, gdy cena materiałów to 4562, 76 zł netto. Owszem, zapłata za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy, nie zwalnia to jednak Zamawiającego z analizy, czy założenia kalkulacji są właściwe. Zamawiający przy tak podanej kalkulacji nie wie, dlaczego właściwie za element ma zapłacić 8 375, 00 zł netto, a nie na przykład 10 000, 00 zł netto. Ten sposób wyceny oferty Przystępującego obrazuje pełną dowolność przyjętą przez Wykonawcę. Zamawiający nie może ocenić, czy koszty podane jako robocizna, rzeczywiście obejmują 70% ceny (od czego???) i co się na nie składa, czy wszystkie elementy zostały w nich ujęte (koszty pracownicze, koszty pośrednie, koszty energii, koszty wynajmu pomieszczeń). Równie dobrze można przyjąć, że podział kosztów przyjmie progi 80% i 20%, co w żaden sposób nie zmieni ceny końcowej i przede wszystkim nie wyjaśni, czy jest ona prawidłowa. Zamawiający zupełnie bezrefleksyjnie przyjmuje, że taki sposób wyceny jest właściwy i prawidłowy, skoro bowiem „W zakładce „Podsumowanie" te same elementy są droższe o około 100%. Wniosek jest tylko jeden i jest oczywisty: Wykonawca wykazał, że te elementy sprzedaje zamawiającemu dwa razy drożej niż zamierza je kupić – narzut obejmuje zatem koszty operacyjne i zarobek". Gdyby Wykonawca sprzedawał je trzy razy drożej lub taniej a cena materiałów byłaby taka sama, kalkulacja również byłaby właściwa? Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie dają odpowiedzi na to pytanie i właśnie z tej przyczyny Izba upatruje w nich błędów i braku wykazania Zamawiającemu, że cena oferty nie ma rażąco niskiego charakteru. Z kalkulacji nie wynika przede wszystkim uzasadnienie wysokości przyjętych kosztów, a ich dowolny podział, co w ocenie Izby świadczy o nieprawidłowościach tego dokumentu. Owszem, „Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że jakikolwiek element jest skalkulowany poniżej ceny rynkowej", jednak Zamawiający zapomina, że zarzut odwołania sprowadzał się do oceny prawidłowości złożonych wyjaśnień, a nie do wykazywania rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego. Tym samym należało ocenić, czy złożone Zamawiającemu wyjaśnienia są wystarczająco szczegółowe, by w ramach ich analizy przyjąć zasadność ceny oferty, czego Zamawiającemu nie udało się wykazać.

Za dowody potwierdzające wysokość ponoszonych kosztów i prawidłowość kalkulacji nie mogą być również w ocenie Izby uznane złożone do wyjaśnień referencje pochodzące od innych Zamawiających. Dokumenty te potwierdzają prawidłowość realizacji zamówień, unikalność stosowanych rozwiązań, ale nie potwierdzają, że złożona w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kalkulacja i wyjaśnienia obrazują rzeczowość kosztów.

Nie ulega wątpliwości, że bardziej szczegółowe są wyjaśnienia złożone wraz z przystąpieniem do postępowania odwoławczego. Gdyby Przystępujący takie wyjaśnienia złożył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, być może nie doszłoby do zainicjowania postępowania odwoławczego. Tymczasem Zamawiającemu złożono część opisową wyjaśnień zawierającą ogóle zapewnienia o wykonaniu przedmiotu zamówienia należycie i kalkulację, z której nie wynika czemu przyjęto stawki w określonej wysokości.

Reasumując, Izba uznała złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Przystępującego wyjaśnienia nie były wyczerpujące i spójne, nie obrazowały poszczególnych koszty do poniesienia na wystarczającym poziomie, by uzasadnić możliwość obniżenia ceny oferty. W ocenie Izby zarzuty odwołania dotyczące braku szczegółowości złożonych wyjaśnień zasługiwały na uwzględnienie. Przystępujący nie uzasadnił podanej w ofercie ceny i nie przedstawił wystarczających dowodów na prawidłowość kalkulacji.

Izba uznała również, iż Zamawiający naruszył zasady prowadzenia postępowania wynikające z art. 16 i 17 ustawy Pzp.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za zasadne zarzuty odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 6 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 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Zamawiającego, przyznając Odwołującemu koszty zastępstwa procesowego w maksymalnej wysokości dopuszczonej Rozporządzeniem o kosztach.

Przewodniczący: