Sygn. akt: KIO 3408/24

WYROK

Warszawa, dnia 8 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2024 r. przez wykonawcę Net-o-logy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: Miasto Katowice

przy udziale uczestnika wykonawcy ROMI Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Net-o-logy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Net-o-logy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania;

3. zasądza od wykonawcy Net-o-logy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na rzecz zamawiającego Miasta Katowice kwotę 4 367 zł 20 gr (słownie: cztery tysiące trzysta sześćdziesiąt siedem złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę i opłaty od pełnomocnictwa.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……..…….....

Sygn. akt: KIO 3408/24

Uzasadnienie

Miasto Katowice (dalej: „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) w trybie podstawowym, dalej jako: „ustawa Pzp”, którego przedmiotem jest: Dostawa oraz instalacja 14 szt. zasilaczy awaryjnych UPS z modułami akumulatorów wraz z pracami instalacyjnymi związanymi z montażem i uruchomieniem urządzeń w obiekcie MCK w ramach zadania „Modernizacja pomieszczeń w obiekcie Międzynarodowe Centrum Kongresowe w Katowicach"; numer referencyjny: KISA/DZP/TP/28/2024 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 lipca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00409113.

W dniu 16 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Net-o-logy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej: „odwołujący”), wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu. Odwołujący sformułował zarzuty naruszenia:

1. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp zarzucając zamawiającemu niezachowanie zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności, poprzez niezasadny wybór oferty złożonej przez wykonawcę ROMI Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie (dalej „Romi”), która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”);

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp bowiem oferta złożona przez wykonawcę Romi uznana za najkorzystniejszą zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp bowiem wyjaśnienia złożone przez Romi nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a jednocześnie Romi nie złożył jakichkolwiek dowodów uzasadniających cenę oferty;

4. art. 239 ust. 1 i 2, art. 242 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Romi z naruszeniem ustawy Pzp i SWZ, co doprowadziło do sytuacji, w której wybrana przez zamawiającego oferta nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny,

Wobec postawionych zarzutów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą; powtórzenia czynności oceny ofert z udziałem oferty odwołującego; dokonania wyboru oferty odwołującego.

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty, odwołujący w pierwszej kolejności przypomniał przebieg postępowania o udzielenie zamówienia.

Wskazał, że otwarcie ofert w postępowaniu miało miejsce 19 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował, że złożono siedem ofert. Ofertę złożył m.in. odwołujący z ceną 767 520,00 zł. oraz Romi z ceną 270 649,00 zł. brutto. Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia przeznaczył 787 325,13 zł., co jest kwotą prawie trzykrotnie wyższą niż cena zaproponowana przez Romi.

24 lipca 2024 r. zamawiający wezwał Romi do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający w wezwaniu zaznaczył, że zwraca się również o złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zamawiający pouczył także wykonawcę, że oferta będzie odrzucona, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Romi złożył wyjaśnienia do których dołączył kalkulacje własną, wyjaśnienia nie zawierały jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie podanych cen zakupu.

Pismem datowanym na 10 września 2024 r. zamawiający poinformował, że odrzucił pięć ofert. Ocenie podlegała oferta odwołującego i oferta Romi, która została uznana za najkorzystniejszą.

W ocenie odwołującego oferta Romi powinna być odrzucona, gdyż zawiera rażąco niską cenę. Poza sporem jest to, że zamawiający wezwał Romi do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na ww. wezwanie Romi złożył wyjaśnienia z dnia 29 lipca 2024 r. Treść tych wyjaśnień potwierdza, że oferta ww. wykonawcy powinna zostać odrzucona, jako zawierająca cenę rażąco niską.

Odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia ceny jest lakoniczna, ogólnikowa, a tym samym w żaden sposób nie potwierdza realności zaoferowanej przez ten podmiot ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący przypomniał, że brzmienie art. 224 ust. 5 ustawy Pzp wiąże się z powstaniem domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wezwanego do wyjaśnień, którego ciężar obalenia spoczywa na wykonawcy wezwanym do złożenia tych wyjaśnień. Romi został zatem pouczony o wymaganiach ustawowych. Regulacje ustawowe są, w jego ocenie, jednoznaczne. Przywołał brzmienie przepisów art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jak też orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych - wyrok z dnia 13 listopada 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 40/23, który wypowiadał się na temat zastosowania tych przepisów.

Dalej wywodził, że Romi był zobowiązany do udowodnienia, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, iż zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które umożliwiały obniżenie ceny oferty. Romi winien przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości. Zamawiający z kolei był zobowiązany do właściwej oceny złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczności wykazania przez Romi okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia, o podobnej skali i wartości. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że załączona do wyjaśnień kalkulacja to nic innego niż oświadczenie własne Romi, nie jest to dowód w rozumieniu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Tym samym wymienienie kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami (np. ofertą handlową) nie jest wystarczające. Ponadto kalkulacja nie uwzględnia, wynikających z SWZ, wszystkich koniecznych do poniesienia kosztów realizacji zamówienia. Romi winien nie tylko wykazać wszystkie elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, ale też musiał wskazać w jakim stopniu okoliczności tylko jemu właściwe wpłynęły na obniżenie ceny oferty.

Romi musiał wykazać w jaki sposób i na jakiej podstawie przyjął określone koszty w niniejszej sprawie, nawet jeśli uznać, że przedstawiona kalkulacja jest kompletna, to nie ma dowodu, że za takie ceny Romi może pozyskać zamawiane produkty. W wyjaśnieniach nie przedstawiono ani ofert dostawców, ani cenników, ani adresów stron internetowych z danymi cenowymi ani jakichkolwiek innych dowodów na możliwość pozyskania produktów w cenach podanych w kalkulacji. Nie ma też możliwości zweryfikowania kosztów pracy i kosztów utylizacji dla każdego urządzenia opisanych zbiorczo jako: transport, instalacja, uruchomienie, szkolenie pracowników (cena obejmuje demontaż i wyniesienie/ utylizację starego urządzenia).

Przypomniał ponadto, że Romi w swoich wyjaśnienia z 29 lipca 2024 r. powołuje się na doświadczenie i wykwalifikowaną kadrę. Okoliczności te nie wpływają co do zasady na cenę i nie są wystarczające dla uznania skuteczności złożonych wyjaśnień. Odwołujący uznaje, że wyjaśnienie jest skuteczne, jeżeli obala domniemanie rażąco niskiej ceny, a w niniejszym przypadku tak nie jest. Powołanie się na staranność przy przygotowaniu oferty nie dowodzi realności ceny.

Staranność można przypisać niemal każdemu uczestnikowi rynku zamówień

publicznych. Błędem byłoby założenie, że oferty co do zasady przygotowywane są niestarannie, a zatem a contrario staranne przygotowanie jest wyznacznikiem braku rażąco niskiej ceny. Ponadto, nie wskazano w czym owa staranność ma się wyrażać, nie powołano się na istnienie procedur i mechanizmów kreowania kalkulacji.

Romi wskazał, że uzyskuje znaczne rabaty na etapie produkcji fabrycznej. Stwierdzenie to jest niezrozumiałe, bo jeśli Romi jest, jak twierdzi, producentem to nie wykazał, że produkuje wszystkie elementy niezbędne do wykonania zamówienia i wreszcie czego dotyczą rabaty na etapie produkcji. Wskazano bowiem czas, moment ich udzielenia (etap produkcji) ale nie wskazano czego one dotyczą.

Romi sugeruje także, że zamawiający oszacował z dużym zapasem koszt wykonania zamówienia, jednak w żaden sposób nie dowodzi swych twierdzeń, co czyni ten wywód gołosłownym. Odwołujący uważa, że szacunek zamawiającego jest prawidłowy.

Romi stwierdza w swych wyjaśnieniach, że: „Następnym czynnikiem jest kurs waluty czyli dolara USD. Partia zaoferowana w postępowaniu była kupiona przy niskim poziomie dolara dzięki czemu mogliśmy zaoferować lepszą cenę w polskim złotym". Skoro partia to odwołujący rozumie, że chodziło o komplet urządzeń - była zakupiona przy niskim kursie dolara to znaczy, że nie jest to partia wyprodukowana przez Romi. W konsekwencji: wyjaśnienia w części dotyczącej tego, że cena jest niska dlatego, że Romi jest producentem, są niewiarygodne i sprzeczne z twierdzeniem, że Romi nabył partię w korzystnej cenie; i na odwrót, jeżeli urządzenia zostały korzystnie kupione, to bez znaczenia jest fakt, że Romi jest producentem. W obu jednak wypadkach Romi winien wskazać co, od kogo i za ile kupił, czego jednak nie uczynił. Wyjaśnienia, jako wewnętrznie sprzeczne, nie mogą być uznane za skuteczne i nie obalają istnienia rażąco niskiej ceny.

Romi w kalkulacji cenowej (załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny) wskazał ceny zakupu dla każdego z UPSów. Odwołujący zwrócił uwagę, że skoro podana jest cena zakupu a nie cena produkcji to znaczy, że Romi nie jest producentem oferowanych urządzeń. Twierdzenie to potwierdza fakt, iż Romi podał też cenę zakupu gwarancji, a więc usługi gwarancyjne w tym przypadku są usługami obcymi (tj. usługodawcą jest podmiot inny niż Romi). Romi nie wskazał źródła zakupu i choć podał cenę tej usługi, to ze względu na brak dowodu w tym zakresie, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie mogą być uznane za skuteczne.

Omawiając wykwalifikowanie kadry własnej, Romi powołuje się na zatrudnienie pracowników w oparciu o umowy o pracę. Okoliczność ta nie została wykazana, nie ma załączonych umów o pracę (choćby zanonimizowanych), nie jest wskazane wynagrodzenie osób. Można też przyjąć, że nie wszyscy pracownicy Romi będą wykonywać zamówienie, a zatem należałoby przedstawić dowody dotyczące zatrudnienia i kosztów pracy osób delegowanych do wykonania zamówienia.

Ponadto, zgodnie z Załącznikiem nr 6 do SWZ pkt VII Wykonawca dokona podłączenia oraz uruchomienia i konfiguracji dostarczonych urządzeń. Romi nie wycenił podłączenia i konfiguracji - wyceniona jest jedynie (jak wspomniano wcześniej) łącznie instalacja i uruchomienie. Pojęcia te nie są tożsame, a zatem brak pełnej wyceny czynności niezbędnych do wykonania zamówienia.

Zawarte w SWZ Projektowane postanowienia Umowy zawierają w §1 wskazanie przedmiotu umowy, który obejmuje: (1) transport i rozładunek;(2) ustawienie sprzętu w miejscach wskazanych przez zamawiającego lub Zarządcę oraz usunięcie opakowań związanych z dostawą; (3) demontaż istniejącego sprzętu wraz z jego umieszczeniem w miejscu wskazanym przez Zarządcę; (4) montaż nowych urządzeń; (5) podłączenie i uruchomienie urządzeń; (6) naprawienie ewentualnych szkód związanych z dostawą i montażem; (7) instruktaż pracowników z obsługi. Romi nie podał wyceny rozładunku, ustawienia sprzętu, usunięcia opakowań, relokacji istniejącego sprzętu (jest wyceniona jego utylizacja), montażu i podłączenia nowych urządzeń i naprawienia szkód. Ponieważ te elementy wybyły wskazane w SWZ, to wyjaśnienia rażąco niskiej ceny winny je uwzględniać.

Odwołujący ponownie wskazał, że zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny złożonych przez Romi wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Ocena ta doprowadziła do uznania, że oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, podczas gdy cena zaoferowana przez Romi za realizację przedmiotu zamówienia jest rażąco niska, a wyjaśnienia złożone nie obaliły tego domniemania.

Odwołujący zwrócił uwagę na specyfikę wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Otóż w świetle dyspozycji art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp rodzi domniemanie, iż cena oferty jest rażąco niska. Zgodnie zaś z treścią art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zamówienie wykonać (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 967/16). Zamawiający pominął fakt, iż wyjaśnienia są niekompletne i niepoparte dowodami, zaś Romi nie obalił ciążącego na nim domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny. Jak stanowi bowiem art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, nie tylko brak złożenia wyjaśnień, ale również złożenie wyjaśnień wraz z dowodami, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. W ocenie odwołującego, zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Romi uznając, że wykonawca ten wykazał, iż zaoferowana przez niego cena za realizację przedmiotu nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący w dalszej części wywodził, że niezależnie od odrzucenia oferty z powodu istnienia rażąco niskiej ceny oferta winna być odrzucona, z powodu niezgodności z warunkami zamówienia. Poza sporem winno być to, że oferowany produkt zawsze musi być zgodny z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie zamawiający opracował i załączył do SWZ Załącznik nr 6 - Specyfikację Techniczną, w której zawarł swoje wymagania

co do przedmiotu zamówienia. Urządzenia zaoferowane przez Romi nie spełniają postawionych tam (pkt IV) wymagań.

UPS moc wyjściowa: 40 kVA: oferta nie spełnia wymagania nr 7 - baterie umieszczone wewnątrz zasilacza (wpisane są szafki bateryjne); oferta nie spełnia wymagania nr 16 - Zdalna komunikacja / monitoring: adapter SNMP typu „plug-in". Dostęp do oprogramowania chmurowego producenta pozwalający na zdalne monitorowanie parametrów pracy urządzenia przez przeglądarkę lub aplikację mobilną.

UPS moc wyjściowa: 15 kVA: oferta nie spełnia wymagania nr 1 - moc wyjściowa: min. 15 kVA/15kW () - 15kVA / 13,5kW; oferta nie spełnia wymagania nr 9 - baterie umieszczone wewnątrz zasilacza - wpisana jest szafa bateryjna; oferta nie spełnia wymagania nr 17 - Zdalna komunikacja/ monitoring: adapter SNMP typu „plug-in". Dostęp do oprogramowania chmurowego producenta pozwalający na zdalne monitorowanie parametrów pracy urządzenia przez przeglądarkę lub aplikację mobilną.

UPS moc wyjściowa: 10 kVA: oferta nie spełnia wymagania nr 17 - Zdalna komunikacja/ monitoring: adapter SNMP typu „plug-in". Dostęp do oprogramowania chmurowego producenta pozwalający na zdalne monitorowanie parametrów pracy urządzenia przez przeglądarkę lub aplikację mobilną.

UPS moc wyjściowa: 3 kVA: oferta nie spełnia wymagania nr 3 - parametry zasilania wejściowego AC 230V, typowo zakres: 160-275 V pod kątem zakresu napięcia (110V – 300V) oferta nie spełnia wymagania nr 7 - Zdalna komunikacja/ monitoring: adapter SNMP typu „plug-in". Dostęp do oprogramowania chmurowego producenta pozwalający na zdalne monitorowanie parametrów pracy urządzenia przez przeglądarkę lub aplikację mobilną.

Ponadto, Romi nie wykazał czy i w jaki sposób jest w stanie spełnić wymaganie dotyczące czasu reakcji na zgłoszenie serwisowe. Odwołujący łączy to wymaganie - wskazane w Rozdziale VIII pkt 8) Załącznika nr 6 do SWZ - ze złożonymi wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny. Romi w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (załącznik kalkulacja cenowa) wskazał cenę zakupu gwarancji trwającej 36 miesięcy. Cena zakupu gwarancji to odpowiednio dla każdego UPS: 1800 zł., 4300 zł., 2500 zł., 1500 zł.). Marża dla gwarancji to od 1,3 lub 1,35 lub 1,5%. Wartość sprzedaży to kwoty odpowiednio dla rodzajów UPS 1209 zł.,- 5250 zł., 3750 zł., 2025 zł.

Zasady doświadczenia życiowego wskazują, że jeżeli na koszt zakupu naliczana jest marża to z definicji rzeczy kupowana rzecz lub usługa nie jest usługą własną. W tym przypadku należy przyjąć, że Romi kupuje UPS-y wraz z usługą gwarancyjną (co jest zbieżne z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny w zakresie korzystnego kursu dolara) i do tej usługi dolicza swoją marżę. Winien zatem wykazać, kto i w jaki sposób będzie świadczył te usługi oraz wyjaśnić, czy będzie to podwykonawca.

Mając powyższe na uwadze odwołujący stwierdził, że oferta Romi powinna zostać odrzucona.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca ROMI Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie. Przystępujący w zgłoszonym przystąpieniu zaprezentował swoje stanowisko w sprawie.

Zamawiający w dniu 3 października 2024 r., działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy pismo procesowe - Odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Wobec tego, że odwołujący podtrzymał w całości zarzuty i żądania odwołania, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania i odpowiedzią na nie, stanowiskiem wykonawcy Romi, zawartym w przystąpieniu a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

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

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o to zamówienie. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Romi, która zdaniem odwołującego winna zostać odrzucona. Powyższe spowodowało, że odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Gdyby zamawiający dokonał wszystkich żądanych w odwołaniu czynności, to oferta odwołującego, która nie podlega odrzuceniu, zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

W konsekwencji działań zamawiającego odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Izba dopuściła dowody wnioskowane przez odwołującego, przedłożone na rozprawie na okoliczność wykazania, że treść oferty Romi jest niezgodna z treścią SWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Na wstępie Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale II pkt 1 - Przedmiot zamówienia jest dostawa oraz instalacja 14 szt. zasilaczy awaryjnych UPS z modułami akumulatorów wraz z pracami instalacyjnymi związanymi z montażem i uruchomieniem urządzeń w obiekcie MCK w ramach zadania „Modernizacja pomieszczeń w obiekcie Międzynarodowe Centrum Kongresowe w Katowicach". Zakres zamówienia obejmuje dostawę i montaż wyposażenia zgodnie ze Specyfikacją techniczną, stanowiącą załącznik nr 6 do SWZ. W załączniku zamawiający opisał minimalne parametry zamawianych urządzeń oraz szczegółowe wymagania dotyczące zamówienia i dostaw.

Izba ustaliła także, że zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy § 1 ust. 3: Przedmiot umowy obejmuje: (1) transport i rozładunek; (2) ustawienie sprzętu w miejscach wskazanych przez Zamawiającego lub Zarządcę oraz usunięcie opakowań związanych z dostawą; (3) demontaż istniejącego sprzętu wraz z jego umieszczeniem w miejscu wskazanym przez Zarządcę; (4) montaż nowych urządzeń; (5) podłączenie i uruchomienie urządzeń; (6) naprawienie ewentualnych szkód związanych z dostawą i montażem; (7) instruktaż pracowników z obsługi.

Z kolei procedura odbiorowa została opisana w § 5, zgodnie z którym (ust. 1) Wykonawca w terminie do 7 dni roboczych od daty zawarcia umowy przedstawi Zamawiającemu (Katowickie Inwestycje S.A. - podmiotowi upoważnionemu) do akceptacji tabelę zawierającą wykaz dostarczanych elementów składających się na przedmiot umowy, zawierający nazwę asortymentu, nazwę producenta, ilość, cenę jednostkową, wartość netto/brutto (załącznik nr 2 do umowy). Załącznikiem do tabeli będą wymagane przez obowiązujące przepisy prawa certyfikaty zgodności (certyfikat CE, aprobaty techniczne itp.), deklaracje zgodności producenta (WE), zatwierdzenia, atesty techniczne bądź bezpieczeństwa lub inne właściwe dokumenty dopuszczające do użytku i obrotu. Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia również certyfikatów, kart produktu lub innych dokumentów zawierających szczegółową specyfikację danego produktu, będącą potwierdzeniem spełniania wymagań określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia. (ust. 2) Zamawiający w ciągu 5 dni roboczych od złożenia dokumentów zgodnie z ust. 1, potwierdzi na piśmie zgodność asortymentu z Umową (akceptacja) bądź przedstawi uwagi. Brak pisemnego stanowiska Zamawiającego w tym

zakresie, w oznaczonym w zdaniu poprzednim terminie, oznacza brak akceptacji wykazu dostarczanych elementów. Postanowienia ustępu 1 oraz niniejszego stosuje się odpowiednio do ponownie złożonych, skorygowanych materiałów. (ust. 3) W przypadku zgłoszenia uwag przez Zamawiającego, Wykonawca w terminie do 3 dni roboczych od otrzymania uwag przedłoży do akceptacji Zamawiającego skorygowane materiały wraz z załącznikami. Do skorygowanego wykazu materiałów wraz załącznikami stosuje się odpowiednio postanowienia ust. 2 i 3, z tym zastrzeżeniem, że Zamawiający dokona akceptacji w terminie 2 dni roboczych, a Wykonawca dalszych poprawek w terminie 1 dnia roboczego licząc od daty otrzymania uwag od Zamawiającego. (ust. 4) Po akceptacji przez Zamawiającego wykazu materiałów, o którym mowa w ust. 1 powyżej, Wykonawca uzgodni z Zamawiającym i Zarządcą termin dostawy.

Na podstawie akt sprawy Izba ustaliła (Notatka służbowa z sondażu niewiążącego, Formularz wartości szacunkowej zamówienia), że oszacowania wartości zamówienia na potrzeby postępowania zamawiający dokonał poprzez badanie rynku przeprowadzone w formie sondażu niewiążącego, za pomocą wiadomości wysłanych drogą elektroniczną. Przedmiotowe wiadomości zamawiający skierował do trzech, wybranych przez siebie firm z branży IT, które co wyjaśnił w piśmie procesowym - Odpowiedzi na odwołanie, wedle jego wiedzy mają doświadczenie nie tylko w dostawach, ale także w wykonywaniu bezprzerwowego przełączenia dostarczonych UPS-ów wraz z uruchomieniem i konfiguracją zgodną z oczekiwaniami Użytkownika. W wyniku tego rozeznania w dniu 22 maja 2024 r. zamawiający oszacował wartości zamówienia poprzez przyjęcie średniej wartości z trzech ofert, na kwotę 640 101,73 zł. netto.

Otwarcie ofert w postępowaniu miało miejsce 19 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował, że złożono siedem ofert. Zgodnie z informacją z otwarcia, niżej wymienieni wykonawcy zaproponowali za realizację zamówienia: (1) PRZEDSIĘBIORSTWO WIELOBRANŻOWE „BATER-AKUMULATORY” ADAM CISOWSKI ul. Dębowa 16A, 40-103 Katowice - cena netto: 216 642,00 zł., cena brutto: 266 469,66 zł.; (2) STIMO Sp. z o.o. ul. R. Kaczorowskiego 6, 38-400 Krosno, cena netto: 252 669,87 zł., cena brutto: 310 783,94 zł.; (3) odwołujący - cena netto: 624 000,00 zł., cena brutto: 767 520,00 zł.; (4) Riello Delta Power Sp. z o.o. ul. Krasnowolska 82R, 02-849 Warszawa - cena netto: 209 740,00 zł., cena brutto: 257 980,20 zł.; (5) przystępujący – cena netto: 220 039,84 zł., cena brutto: 270 649,00 zł.; (6) ANMARO Sp. z o.o. ul. Na Skały 1B, 35-321 Rzeszów - cena netto 245 000,00 zł., cena brutto 301 350,00 zł.; (7) Sieciowe Systemy Informatyczne Andrzej Kowalczyk Plac Zamkowy 24a, 55-200 Oława - cena netto: 665 000,00 zł., cena brutto: 817 950,00 zł. Tym samym cztery, spośród siedmiu złożonych w postępowaniu ofert pozostawały na poziomie cenowym, zbliżonym do oferty przystępującego.

Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 787 325,13 zł.

Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców, których cena odbiegała w sposób istotny od ustalonego szacunku, tj. pięć podmiotów, do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez nie ceny. W piśmie skierowanym do Romi z 24 lipca 2024 r. wskazał, że na podstawie art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz rozdziału III podrozdziału 5 pkt 5) Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Wskazał, że zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp zakres wyjaśnień może dotyczyć w szczególności elementów w tym przepisie wymienionych. Na zakończenie pouczył, że brak złożenia wyjaśnień skutkował będzie odrzuceniem oferty.

W piśmie z 29 lipca 2024 r. Romi złożył wyjaśnienia, do których dołączył kalkulację cenową oferowanych urządzeń, zawierającą ceny zakupowe oraz marżę na poszczególnych pozycjach oferty.

Pismem z 10 września 2024 r. zamawiający poinformował, że odrzucił pięć ofert z uwagi na brak złożenia wyjaśnień, czy też wobec nieprzedłużenia okresu związania ofertą, a także na skutek niezłożenia, na wezwanie zamawiającego, podmiotowych środków dowodowych. Ocenie podlegała zatem oferta odwołującego i oferta Romi, która została uznana za najkorzystniejszą.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, wnosząc swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba przytoczy przepisy ustawy Pzp, których naruszenie zarzucał odwołujący, a które były podstawą orzekania w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych

przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Z kolei w ust. 2 tego przepisu zobligowano zamawiającego do skierowania do wykonawcy takiego wezwania, jeśli stwierdzi, że cena całkowita oferty złożonej przez wykonawcę jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Ponadto, zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę tego wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z treścią przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nakazuje odrzucenie oferty jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Wyżej opisane regulacje wskazują na obowiązek odrzucenia w postępowaniu takiej oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp) lub też, jak stanowi przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi rozwinięcie poprzedniego przepisu precyzując, że takie odrzucenie (czyli odrzucenie za rażąco niską cenę w ofercie) dotyczy po pierwsze wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, a po drugie sytuacji, w której złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Tym samym z przepisów ustawy Pzp wynika, że odrzuceniu podlega taka oferta, w której bezsprzecznie stwierdzono, bez żadnych wątpliwości, zaniżenie ceny w sposób rażący, jak też oferta wykonawcy, który wezwany przez zamawiającego nie złoży wyjaśnień lub, gdy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wezwanego do wyjaśnień, nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (a zatem są nierzetelne, niezupełne, nie odpowiadają na zadane przez zamawiającego pytania).

Powyższe związane jest z tym, że decyzja o tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, zapada każdorazowo po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez danego wykonawcę w postępowaniu. Zamawiający, zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty, zobligowany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Dopiero w przypadku, gdy ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami doprowadzi zamawiającego do wniosku, że podana w ofercie cena lub koszt są rażąco zaniżone tj. za daną cenę nie jest możliwa realizacja zamówienia lub też, jeśli dany wykonawca nie udzieli stosownych wyjaśnień w wyznaczonym terminie - zamawiający zobligowany jest taką ofertę odrzucić.

Rolą zamawiającego jest zatem skierowanie do wykonawcy stosownego wezwania, jeśli zajdą wymienione w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp okoliczności, a następnie ocena złożonych wyjaśnień. Przy tym istotne jest, aby zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia uwzględnił

wszystkie okoliczności występujące na danym rynku, ale też miał na uwadze treść wezwania skierowanego do wykonawcy i oczekiwania w tym piśmie sformułowane. Jeśli zatem wezwanie skierowane do wykonawcy zostało sformułowane w sposób ogólny, nie precyzuje szczególnych oczekiwań w zakresie czy to przedstawienia kalkulacji o określonym stopniu szczegółowości, czy też nie precyzuje konkretnie jakich informacji odnośnie określonych elementów

zamówienia zamawiający oczekuje, nie ma podstaw, aby ocenić negatywnie złożone wyjaśnienia, jeśli te zostały sformułowane w sposób ogólny, byle te zawierały niezbędne elementy tj. pozwalały na stwierdzenie w jaki sposób wykonawca swoją cenę skalkulował i, że ta jest ceną rynkową, pozwalającą na realizację zamówienia publicznego.

Ponadto wskazać należy, że w treści przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp mowa jest o "wykazaniu", czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Powyższe wskazuje, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, a więc sprowadzać się do przekazania ogólnych informacji o działalności wykonawcy lub deklaracji co do możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, ale muszą być poparte stosownymi wyliczeniami i dowodami, które jednoznacznie wskazywały będą na realność i rynkowość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być zatem na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie to okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, a także w jaki sposób i w jakim stopniu okoliczności te wpłynęły na możliwość obniżenia ceny.

Należy także wskazać na inny, istotny element składanych wyjaśnień, jakim jest obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, wynikający z treści przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma istotne znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składa je podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Z tego powodu wykonawca, aby uwiarygodnić składane w wyjaśnieniach deklaracje co do poziomu cen, czy też szczególnie korzystnych dla niego okoliczności na które się powołuje, zobowiązany jest poprzeć je stosownymi dowodami, potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Wykonawca zatem, wszelkimi niezbędnymi środkami, takimi które są dostępne w danej sprawie i uzasadnione w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Przy tym należy wskazać, iż przepisy ustawy Pzp nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności

i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, który jest adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowi potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Tym samym, w okolicznościach konkretnej sprawy, za dowód potwierdzający rynkowość i realność zaoferowanej ceny może zostać uznana także kalkulacja własna wykonawcy. Szczególnie może mieć to miejsce w przypadku, jeśli wykonawca nie korzysta z podwykonawców lub poddostawców, lub też sam jest producentem danego asortymentu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że zarzuty podnoszone przez odwołującego, dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp nie znajdują oparcia w dokumentacji prowadzonego postępowania, jak też w zgromadzonym w postępowaniu odwoławczym materiale dowodowym.

Po dokonaniu oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny, przedłożonych przez Romi w toku postępowania, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego Izba doszła do przekonania, że te w sposób dostateczny odpowiadają na sformułowane przez zamawiającego w piśmie wątpliwości, wyjaśniają je, zawierają niezbędne elementy pozwalające stwierdzić w jaki sposób wykonawca ten kalkulował cenę swojej oferty (przedstawiono szczegółową kalkulację kosztów). Nie sposób w szczególności podzielić twierdzeń odwołującego, zawartych w odwołaniu, że odpowiedź na wezwanie zamawiającego przedstawiona przez wykonawcę Romi jest lakoniczna i ogólnikowa. Mając na uwadze treść wezwania do wyjaśnień, w którym zamawiający w istocie ograniczył się wyłącznie do przytoczenia brzmienia przepisów ustawy Pzp, należy uznać, że udzielona odpowiedź zawiera wszystkie niezbędne informacje i wyliczenia. Przystępujący wyczerpująco odniósł się w swoich wyjaśnieniach do wszystkich elementów składowych ceny oferty, a przedstawiona kalkulacja jest szczegółowa i pozwala na ocenę, że możliwe jest wykonanie zamówienia za podaną w ofercie kwotę.

Dostrzec należy, że główne zarzuty odwołującego wobec treści złożonych przez Romi wyjaśnień sprowadzały się do kwestii, że wykonawca ten nie przedstawił wyjaśnień konkretnych i wyczerpujących oraz, że oparł się wyłącznie na kalkulacji własnej, która to w jego ocenie nie spełnia wymogu nałożonego przez ustawodawcę w postaci obowiązku przedłożenia dowodów potwierdzających realność zaproponowanej ceny. Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu ponownie należy wskazać, że przepisy ustawy Pzp nie określają zamkniętego katalogu dowodów, które przedłożyć musi wykonawca składając wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Kluczowe w tej kwestii jest to, aby przedłożone dowody były adekwatne do konkretnej sytuacji i stanowiły potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Nie sposób też domagać się, aby wykonawca przedstawiał dowody na każdą okoliczność i każdy element ceny, który deklaruje i który wymienia. Nie można kwestionować przyjętej ceny tylko i wyłącznie z tego powodu, że opiera się na własnych

wyliczeniach szczególnie, że w tym przypadku mamy do czynienia z producentem urządzeń. Z kolei ta okoliczność jest już wystarczającym powodem, dla którego należało stwierdzić, że podmiot taki nie będzie dysponował dowodami takimi, jakimi dysponuje sprzedawca tj. faktury, oferty poddostawców czy też innymi, które w tym przypadku stanowią najczęściej spotykany sposób dowodzenia. Stawianie tego rodzaju wymagań, jakie formułuje w treści odwołania odwołujący względem wykonawcy będącego producentem danego rodzaju urządzeń, byłoby nadmierne. Ten sam bowiem cel, a przypomnieć należy w tym miejscu, że celem tym jest wykazanie realności zaproponowanej ceny, zostanie osiągnięty w przypadku gdy producent urządzeń przedłoży szczegółową kalkulację dla oferowanego asortymentu, jaki zostanie osiągnięty wówczas, gdy wykonawca dokonujący zakupu urządzeń od producenta przedłoży ofertę od niego pozyskaną. Oba dokumenty należy uznać co najmniej za tożsame, często w przypadku producenta szczegółowość wyliczeń będzie nawet większa niż w tym drugim przypadku tj. jeśli oferta sprzedaży producenta

zawierała będzie jedynie łączną cenę jednostkową za dany produkt czy usługę. Zamawiający trafnie zatem w swoim piśmie procesowym - Odpowiedzi na odwołanie wywodzi, że okoliczność, że Romi jest producentem oferowanego asortymentu musiała zostać przez niego wzięta pod uwagę przy ocenie składanych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdyż obowiązujące w postępowaniu zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, nie pozwalają na wyznaczanie wyższych wymogów w obszarze wyjaśnień rażąco niskiej ceny względem podmiotu z uwagi na jego charakter (producent, dystrybutor, usługodawca, etc.).

Przy tym Izba nie podziela zastrzeżeń i wątpliwości odwołującego, że w przypadku wykonawcy Romi nie mamy do czynienia z producentem oferowanych urządzeń i, że w tym zakresie wyjaśnienia przez niego składane są wewnętrznie sprzeczne. Wbrew tym twierdzeniom treść wyjaśnień nie budzi wątpliwości, że przystępujący jest producentem urządzeń UPS, gdyż okoliczność ta wynika wprost ze złożonego przez niego oświadczenia (wyjaśnień rażąco niskiej ceny). Owe sprzeczności, których odwołujący upatruje np. w tym, że w wyjaśnieniach (kalkulacja cenowa) użyte zostały sformułowania takie jak „cena zakupu" nie podważają przedmiotowego, a winny być uznane jedynie za niezbyt precyzyjnie użyte sformułowania, które w tym przypadku oznaczają koszt produkcji (zakupu przez zamawiającego). Przystępujący wskazał także źródło „zakupu" oznaczając wyraźnie fakt, że jest producentem urządzeń.

Izba nie dopatrzyła się także sprzeczności w treści złożonych wyjaśnień z tego powodu, że jak wskazywał odwołujący na rozprawie skoro jedną z pozycji w załączonej do wyjaśnień rażąco niskiej ceny kalkulacji cenowej jest marża, to powyższe ma świadczyć o tym, że mamy do czynienia z odsprzedażą produktów. Nie budzi w ocenie Izby wątpliwości, że podana w tym przypadku „marża" winna być rozumiana, zgodnie z jedną z jej definicji, jako różnica między ceną sprzedaży danego produktu lub usługi, a jej kosztem produkcji, zakupu lub

dostarczenia. Tym samym wykonawca w kalkulacji wskazał po pierwsze jaki jest w jego przypadku koszt wyprodukowania urządzeń, podał następnie wysokość marży przez siebie naliczanej, na koniec wyliczając w ten sposób cenę sprzedaży, którą zaproponował zamawiającemu.

Nie sposób też kwestionować złożonych przez Romi wyjaśnień z tego powodu, że jak podnosi odwołujący, charakteryzują się one brakiem wystarczającej szczegółowości, tak np. nie wskazał on jakie elementy produkuje, czego dotyczą rabaty na etapie produkcji, co i od kogo kupuje etc. Odwołujący przy tym wyłącznie mnoży i wymienia wątpliwości i oczekiwania, zapominając, że składane wyjaśnienia odpowiadać mają na wezwanie zamawiającego. Treść składanych wyjaśnień w tym przypadku jest adekwatna do tego, czego oczekiwał od wykonawcy zamawiający. Nie formułując w treści wezwania szczegółowych pytań, prosząc jedynie o wyjaśnienie zaproponowanej ceny, tym samym musiał zaakceptować sytuację w której, odpowiadając na powyższe wezwanie, Romi nie wskazywał i nie wyliczał oszczędności w ramach wszystkich okoliczności mających wpływ na kalkulację ceny. W tym przypadku za wystarczające należało uznać wskazanie wartości, jaką udało się na skutek ich wystąpienia osiągnąć, to z kolei wynikało z przedłożonej szczegółowej kalkulacji.

Podobnie należy odnieść się do zarzutów odwołującego jakoby zabrakło w przedłożonej wycenie czynności niezbędnych do wykonania zamówienia, gdyż jak twierdzi wyceniona została instalacja i uruchomienie, nie zaś jak oczekiwał zamawiający (załącznik nr 6 do SWZ pkt VII) podłączenie i konfiguracja. Próżno w treści wezwania dopatrzeć się oczekiwania, aby Romi odniósł się i przedłożył wycenę dla poszczególnych, konkretnych elementów zamówienia, stąd nawet jeśli nie wyodrębnił w ramach składanych wyjaśnień poszczególnych elementów usługi, to próżno jest stawiać przystępującemu zarzut z tego tytułu. Kluczowe i istotne w tym przypadku są koszty UPS, które stanowią zasadniczy przedmiot zamówienia, a te zostały przez Romi podane. Przy tym w kalkulacji cenowej nie zabrakło też takich elementów jak: transport, instalacja, uruchomienie czy szkolenie pracowników, co stanowi dowód, że przystępujący skalkulował w cenie swojej oferty także inne koszty, związane z oferowanym przez niego przedmiotem zamówienia.

Izba oddaliła także zarzuty odwołania w tym zakresie z tego powodu, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił, że oferta Romi zawiera cenę rażąco niską. Izba pragnie w tym miejscu podkreślić, że wprawdzie w myśl art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy który ją złożył jeśli ten jest uczestnikiem postępowania. Jednakże owa szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu nie zwalania odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta nie może być rozumiana w ten sposób, iż odwołujący może poprzestać na przedstawieniu tezy, że skoro zaistniały

podstawy do wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 1 czy 2 ustawy Pzp, to znaczy, że cena ta musi być rażąco niska, przerzucając ciężar dowodu na wykonawcę, który złożył ofertę lub na zamawiającego (podobnie w wyroku KIO z dnia 2 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1225/22; wyroku KIO z dnia 12 marca 2024 r., sygn. akt KIO 633/24). W tym przypadku odwołujący, oprócz kwestionowania złożonych wyjaśnień, mnożenia wątpliwości z jakich to powodów powinny one zostać przez zamawiającego ocenione negatywnie - nie przedłożył żadnego dowodu, który potwierdzałby, że za podaną w ofercie cenę realizacja zamówienia jest niemożliwa.

Należy też zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu złożonych zostało siedem ofert (w tym oferta przystępującego za cenę 220.039,84 zł. netto), spośród których aż cztery pozostawały na poziomie zbliżonym do oferty przystępującego. Jak wskazał zamawiający specyfika tego rynku jest taka, że swoje produkty oferują zarówno producenci sprzętu, jak też firmy z branży IT, które mają doświadczenie nie tylko w dostawach, ale także w wykonywaniu bezprzerwowego przełączenia dostarczonych UPS-ów wraz z uruchomieniem i konfiguracją (jak wyjaśnił do nich zwrócił się na etapie szacowania wartości zamówienia). Co za tym idzie, na tak dużym i zróżnicowanym rynku występują istotne różnice cenowe, szczególnie zaś pomiędzy producentami tychże urządzeń, a usługodawcami z obszaru szeroko rozumianego IT. Powyższe okoliczności miały zasadnicze znaczenie dla oceny przedłożonych wyjaśnień, trafnie zatem zamawiający

wziął pod uwagę zarówno poziom cen oferowanych przez innych wykonawców w tym postępowaniu, jak też okoliczność, że przystępujący jako producent urządzeń, w odmienny od innych firm z branży IT (w tym odmienny do odwołującego, który jak sam oświadczył na rozprawie odsprzedaje wcześniej zakupione urządzenia) wylicza swoje koszty.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarzuty naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie znajdują potwierdzenia w zebranym materiale dowodowym, a zatem należało je oddalić.

Nie sposób podzielić także stanowiska odwołującego, że zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który nakazuje odrzucenie oferty jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W tym miejscu koniecznym jest podkreślenie, że odrzucenie oferty na podstawie cytowanego przepisu może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. (tak: M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2022). Tym samym zastosowanie

wobec oferty art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wymaga precyzyjnego wskazania z jakimi ustalonymi elementami dokumentacji postępowania oferta jest niezgodna.

Ponadto należy w tym miejscu zwrócić uwagę, co wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że przepis art. 555 ustawy Pzp wprowadza zasadę, zgodnie z którą Izba może orzekać wyłącznie co do zarzutów zawartych w odwołaniu. Przy czym należy zaznaczyć, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Zakaz orzekania ponad zarzuty sformułowane w odwołaniu związany jest z koniecznością takiego skonkretyzowania zarzutów w treści wniesionego odwołania, aby także zamawiający wiedział jakie czynności wykonał niezgodnie z przepisami, lub też jakich czynności zaniechał i w związku z tym jakie przepisy naruszył. Treść i zakres zarzutu wyznaczają zatem okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodność działania zamawiającego z ustawą (tak też np. w wyroku z 4 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 500/20).

Wykonawca w odwołaniu musi zatem wskazać nie tylko treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, ale powinien w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności, celem potwierdzenia zasadności swoich twierdzeń. Jeśli tego nie zrobi, to takiego błędu nie da się sanować poprzez uzupełnienie argumentacji w tym zakresie, zawartej w piśmie procesowym czy też na rozprawie. Gdyby bowiem dopuścić taką możliwość zamawiający nie mógłby przygotować się na odparcie zarzutów, czy też ewentualne uwzględnienie odwołania, z kolei przystępujący po jego stronie wykonawcy zostaliby pozbawieni szansy obrony swoich praw (często ich interes w przystąpieniu polega na tym, że bronią zasadności dokonania wyboru ich oferty, jako najkorzystniejszej w postępowaniu). W argumentacji tej nie sposób też pomijać kwestii, że ustawodawca przewidział określone terminy graniczne, w których możliwe jest wniesienie odwołania, tym samym dopuszczenie możliwości rozszerzania zarzutów odwołania na rozprawie powodowałoby, że termin na złożenie odwołania zostałby wydłużony.

Tym samym, jeśli w treści samego odwołania wykonawca wyraźnie i wprost nie podniósł określonych okoliczności, czy też argumentacji dla której Izba powinna uznać, że dany zarzut jest uzasadniony - ich późniejsze wskazywanie nie może być brane pod uwagę przez Izbę przy orzekaniu, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu (tak też w wyroku z 16 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18; wyroku z 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 431/20). Tak też orzekały sądy na podstawie obowiązującej uprzednio ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, jak również w oparciu o obecnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp. Pozwala to na posiłkowanie się dotychczasowymi orzeczeniami. Jak wskazano, w nieprzerwanie aktualnym orzeczeniu, w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt X Ga

110/09: „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” Na powyższe zwrócił też uwagę Sąd Okręgowy w Wyroku z dnia 27 września 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 46/23 stwierdzając: „Krajowa Izba Odwoławcza musi orzekać w granicach zaskarżenia, które wyznacza treść odwołania. Izba nie jest bowiem strażnikiem całego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego i w momencie złożenia odwołania nie ma uprawnień do badania każdej czynności bądź zaniechania Zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce do chwili złożenia odwołania, ale jest związana ramami odwołania wyznaczonymi przez Odwołującego w zarzutach. Izba nie może również brać pod uwagę przy orzekaniu naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych niebędących przedmiotem zarzutów, a ujawnionych w toku postępowania odwoławczego. To Wykonawca, który złożył odwołanie jest niejako gospodarzem zakresu postępowania odwoławczego, to jego decyzje wpływają bezpośrednio na kształt procedowania nad odwołaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zasadnie zatem podnosił Skarżący, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego - i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 555 ustawy PZP”. Orzeczenia o

podobnej treści można mnożyć, wynika z nich jednak zawsze jeden, kluczowy wniosek, że wykonawca wnoszący odwołanie zobowiązany jest opisać, w sposób możliwie wyczerpujący, jakie podstawy faktyczne powodują, że złożone odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przekładając powyższe na kanwę rozpoznawanej sprawy, jak też odnosząc się do złożonych przez odwołującego na rozprawie dowodów, zauważyć należy, że w treści odwołania, uzasadniając przedmiotowy zarzut ograniczył się on do wyliczenia owych rzekomych niezgodności treści oferty przystępującego z warunkami zamówienia, bez szczegółowego wyjaśnienia w treści samego odwołania na czym odwołujący swoje wnioski opiera, opisania jakie to wymagania techniczne zamawiający sformułował i z jakich przyczyn

produkty zaoferowane przez Romi tych wymagań nie spełniają. Odwołujący do odwołania nie załączył także żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, przy czym podaje linki do urządzeń, które jak stwierdził przystępujący w swoim piśmie procesowym nie są tymi, które zaoferował on zamawiającemu w niniejszym postępowaniu.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, który twierdził na rozprawie, że zarzuty w tym zakresie zostały przez niego w sposób dostateczny sformułowane, zaś przedkładane na rozprawie dokumenty stanowią jedynie odpowiedź na argumentację Romi zawartą w piśmie procesowym. Zauważyć należy, że odwołujący w dacie wnoszenia odwołania miał wiedzę co jest przedmiotem oferty. Świadczy o tym chociażby zamieszczony na str. 11 odwołania link, który odsyła do oferowanego przez przystępującego urządzenia. Mógł zatem powyższe zarzuty podnieść i sformułować w sposób szczegółowy już na etapie odwołania, miał bowiem dostęp do szczegółowych danych produktowych. Wprawdzie, co wynika z wyjaśnień przystępującego zawartych w piśmie, odwołujący błędnie identyfikuje oferowany w postępowaniu model UPS-a, inny asortyment był bowiem przedmiotem wyceny, nie zmienia to okoliczności, że zarzutu w sposób dostateczny nie sformułował.

Odwołujący wyprowadza zatem wnioski w zakresie braku zgodności treści oferty Romi z treścią SWZ jedynie na podstawie danych (parametrów urządzeń) zamieszczonych w możliwych do odnalezienia w Internecie kart katalogowych. Odnosi się przy tym do urządzeń, które pojawiły się w złożonych przez przystępującego wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, dla których to jednak zamawiający, na etapie składania ofert, nie wymagał złożenia kart katalogowych, z których wynikać miały kwestionowane parametry. Nie budzi wątpliwości, że ich weryfikowanie w postępowaniu odbywać się miało na etapie realizacji przedmiotu zamówienia tj. w ramach procedury zatwierdzenia materiałów przed dostawą (zgodnie z treścią paragrafu 5 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ).

Skoro zatem zamawiający nie oczekiwał na etapie postępowania złożenia przedmiotowych środków dowodowych, z których wynikałyby wszystkie parametry oferowanych przez Romi urządzeń, z treści składanych wyjaśnień również nie wynikają szczegółowe parametry techniczne oferowanych w postępowaniu produktów (o czym świadczy chociażby okoliczność, że odwołujący błędnie zidentyfikował jeden z zaoferowanych modeli UPS tj. GT UPS Flexi 15kVA/15kW) - trudno zatem oczekiwać, aby na obecnym etapie zamawiający wyciągał tak daleko idące wnioski co do zgodności, lub też braku zgodności, oferowanych wyrobów z SWZ. Izba podziela wprawdzie wnioski zawarte w niektórych orzeczeniach, że brak żądania na etapie składania ofert przedmiotowych środków dowodowych nie oznacza jeszcze, że zamawiający nie jest uprawniony i zobligowany do badania zgodności przedmiotu oferty z przedmiotowymi warunkami zamówienia, ale aby taką procedurę wszcząć winny powstać po stronie zamawiającego wątpliwości w tym zakresie. Ani z treści złożonych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, ani też w treści złożonego

odwołania trudno doszukać się takich twierdzeń czy dowodów, które dają podstawę do tego, aby takie wątpliwości w zakresie zgodności treści oferty Romi z treścią SWZ zaistniały.

Zarzuty odwołania w tym zakresie należało uznać za niepotwierdzone także z powodów wcześniej wskazanych. Aby odwołujący mógł skutecznie podnieść zarzuty dotyczące braku zgodności treści oferty z treścią SWZ, winien po pierwsze odnieść się do brzmienia treści wymagań opisu przedmiotu zamówienia sformułowanych w SWZ, a ponadto odnieść je do treści dokumentów przedłożonych przez przystępującego w postępowaniu i porównując powyższe wywieść w którym aspekcie i z jakich powodów, w jego ocenie, wymóg ten nie został spełniony. W złożonym odwołaniu takiego odniesienia brak.

Odwołujący na rozprawie rozszerza argumentację w tym zakresie i przedkłada dowody, które jak wskazuje stanowią odpowiedź na wyjaśnienia i dowody (karty katalogowe) składane przez Romi w piśmie procesowym - przystąpienie z 23 września 2024 r. Izba po raz kolejny podkreśla, że powyższe wykracza poza treść zarzutu sformułowanego w odwołaniu, który to w odniesieniu do kwestionowanego wymagania dotyczącego UPSa 15kVa, dotyczącego baterii umieszczonych wewnątrz zasilacza sprowadza się wyłącznie do stwierdzenia, że wymóg ten nie został spełniony, na co nie został przedstawiony żaden dowód (podano jedynie w treści odwołania link do strony, nie wyjaśniając nawet czy na tej stronie skład orzekający miałby poszukiwać parametrów oferowanego urządzenia), a zatem jedynie z ostrożności odniesie się do twierdzeń formułowanych w tym zakresie na rozprawie.

Odwołujący, na podstawie karty katalogowej KK_GT_UPS_S_FLEXI_RT_15k.pdf, załączonej przez Romi do pisma procesowego (str. 2), formułuje wniosek, że oferowane urządzenie nie posiada wbudowanych akumulatorów, tylko zewnętrzne moduły bateryjne. Takie rozwiązanie z kolei nie było przez zamawiającego dopuszczone, co wynikać ma z odpowiedzi na pytania kierowane do wykonawców z dnia 16 lipca 2024 r., gdyż jak odwołujący wywodził w przypadku, gdy takie rozwiązanie dla niektórych urządzeń zamawiający dopuścił - wyrażał taką zgodę. W odniesieniu do tego modelu UPS, takie rozwiązanie jest zatem w jego ocenie, niedopuszczalne w świetle jasno sformułowanych wymagań SWZ.

Izba zauważa, że treść karty technicznej (dane techniczne w zakresie akumulatorów) wskazuje jedynie na „Możliwość

podłączenia zewnętrznych EBM". Sformułowanie „możliwość" nie przesądza więc, że jedynym w tym przypadku rozwiązaniem jest podłączenie zewnętrzne, zaś Romi, jako producent tego rozwiązania, ma możliwość dowolnej konfiguracji i konstrukcji urządzenia. Tym samym nie sposób w sposób nie budzący wątpliwości uznać, na podstawie przedłożonej karty, że rozwiązanie oferowane przez przystępującego nie spełnia wymagań SWZ.

Podobnie o istnieniu niezgodności treści oferty Romi z treścią SWZ w tym zakresie nie może świadczyć fakt, że w kalkulacji cenowej urządzenia i szafy zostały osobno wycenione. Fakt odrębnej wyceny poszczególnych komponentów nie oznacza jeszcze, że nie zostaną one dostarczone jako jedno urządzenie.

W konsekwencji zarzuty w tym zakresie, jako nie znajdujące odzwierciedlenia ani w treści wniesionego odwołania, ani w złożonych na rozprawie dokumentach, należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia się zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób prawidłowy, biorąc pod uwagę wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny złożone przez Romi w postępowaniu, dokonał wyboru złożonej przez tego wykonawcę oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: …….