

Sygn. akt: KIO 1765/24

WYROK

Warszawa, dnia 12 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2024 r. przez wykonawcę SHARP Electronics (Europe) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce z/s w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości w Warszawie

przy udziale:

1/ wykonawcy Konica Minolta Business Solutions Polskasp. z o.o. z/s w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie odwołującego oraz

2/ wykonawcy FAXPOL A.I. sp. z o.o. Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę SHARP Electronics (Europe) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SHARP Electronics (Europe) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodniczący

Sygn. akt: KIO 1765/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Najem drukarek z pełną obsługą i materiałami”, znak sprawy: p/205/BI/2023; opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dn. 29.12.2023 r. pod numerem 00795292-2023

Odwołujący: SHARP Electronics (Europe) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce, Warszawa, wniósł dnia 20 maja 2024 roku odwołanie wobec zaniechania i czynności Zamawiającego z dnia 10 maja 2024 r., tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Faxpol A.I. sp. z o.o. z/s w Warszawie oraz wobec czynności wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenia:

1) art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) oraz w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1) i art. 224 ust. 1 i 5 Ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Faxpol A.I. sp. z o.o. (dalej „Faxpol”), pomimo iż wykonawca ten – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny ofertowej – nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, tj. złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny podanej w ofercie;

2) art. 224 ust. 2 pkt 1) oraz art. 224 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1) Ustawy przez bezpodstawne ponowne wezwanie wykonawcy Faxpol do złożenia wyjaśnień ceny ofertowej, pomimo iż ponowne wezwanie zmierzało do uzyskania tych samych informacji co w przypadku pierwszego wezwania;

3) art. 239 ust. 1 Ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Faxpol jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo zaistnienia podstawy do jej odrzucenia wskazanej w pkt 1) powyżej.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania przez nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2) odrzucenia oferty wykonawcy Faxpol,

3)powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

Odwolujący ubiega się o udzielenie zamówienia. Oferta wykonawcy Faxpol uzyskała najwyższą liczbę punktów oraz pierwsze miejsce w rankingu ofert, oferta Odwołującego uzyskała drugie miejsce. Zaskarżone zaniechanie i czynności, w przypadku uwzględnienia odwołania doprowadzą do eliminacji oferty Faxpol, a oferta Odwołującego znajdzie się na pierwszym miejscu w świetle kryteriów oceny ofert.

Odwolujący w dniu 10 maja 2024 r. otrzymał informację o wyborze oferty Faxpol, z której wynikało jednoznacznie, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy i że podlegała ona ocenie na podstawie kryteriów przewidzianych w SWZ.

Zamawiający dopuścił się zaniechania i czynności w wyniku ponownej oceny ofert dokonanej na skutek wyroku z dnia 26 marca 2024 r. KIO 797/24. W wykonaniu ww. wyroku Zamawiający unieważnił swoją pierwotną czynność wyboru najkorzystniejszej oferty (z dnia 29 lutego 2024 r.) i dokonał czynności nakazanych przez KIO, w tym przede wszystkim odtajnienia części niejawniej wyjaśnień ceny ofertowej wykonawcy Faxpol oraz ponownej oceny ofert, dokonując ostatecznie ponownego wyboru oferty Faxpol i dopuszczając się ostatecznie zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy przy ponownej ocenie ofert.

Odwolującemu została udostępniona część niejawna wyjaśnień ceny ofertowej Faxpol dopiero w wykonaniu przez Zamawiającego wyroku KIO 797/24. Po dokonaniu wglądu do utajnionej wcześniej części wyjaśnień Faxpol Odwołującemu stała się znana ich treść, a tym samym pojawiła się podstawa do zakwestionowania wyjaśnień. Jednocześnie do momentu ponownego wyboru oferty Faxpol Odwołujący nie miał wiedzy, czy Zamawiający dokonał wyboru oferty Faxpol (skoro został on zobowiązany przez KIO do odtajnienia wyjaśnień Faxpol oraz do dokonania ponownej oceny ofert). Co więcej, Zamawiający w dniu 16 kwietnia 2024 r. ponownie wezwał wykonawcę Faxpol do wyjaśnienia ceny ofertowej, a wykonawca ten złożył kolejne wyjaśnienia z dnia 22 kwietnia 2024 r., których weryfikacja mogła prowadzić do odrzucenia oferty Faxpol. Podstawa do wniesienia odwołania zmaterializowała się dopiero po dokonaniu wyboru oferty z dnia 10 maja 2024 r., za jaką Zamawiający uznał ostatecznie ofertę wykonawcy Faxpol. Tym samym dowiedział się o podstawie do wniesienia odwołania w dacie ponownego wyboru oferty Faxpol, zatem odwołanie wniesiono w terminie.

UZASADNIENIE

Zamawiający, w wyniku ponownej oceny ofert, 10 maja 2024 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oferty, za jaką uznał ofertę Faxpol. Do wyboru doszło w następstwie wyroku KIO z dnia 26 marca 2024 r. KIO 797/24, w którym Izba nakazała Zamawiającemu m.in. unieważnienie poprzedniej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, a także uznanie za bezskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych przez wykonawcę Faxpol.

Po odtajnieniu wyjaśnień ceny ofertowej Odwołujący doszedł do wniosku, że wykonawca Faxpol nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Dotyczy to również ponownych wyjaśnień ceny ofertowej Faxpol, złożonych 22 kwietnia 2024 r. W konsekwencji zachodzi podstawa do odrzucenia oferty tego wykonawcy – w następstwie dokonanej przez Zamawiającego procedury weryfikacji ceny ofertowej Faxpol w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1) Ustawy, której wyniki zostały udostępnione Odwołującemu dopiero po unieważnieniu przez Zamawiającego pierwszego wyboru oferty (z dnia 29 lutego 2024 r.), a także w następstwie ponownej weryfikacji ceny ofertowej.

Wobec tego bezpodstawne było również dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy. 1) W piśmie z dnia 9 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Faxpol do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny – w celu ustalenia, czy oferta Faxpol zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w związku z okolicznością, iż zaoferowana cena za realizację przedmiotu zamówienia określona w Tabeli nr 2 (Prawo opcji: przedłużenie umowy o kolejne 10 miesięcy) oraz w tabeli nr 3 (Prawo opcji: wynajem dodatkowych urządzeń) jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania, oraz jest niższa, o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen ze wszystkich złożonych ofert (tj. na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Ustawy).

Wezwanie Zamawiającego dotyczyło wszystkich możliwych obszarów wymienionych w art. 224 ust. 3 Ustawy. Zamawiający zażądał złożenia w tym zakresie wyjaśnień oraz dowodów oraz powołał się na orzeczenia KIO wskazujące na obowiązek wykazania wyjaśnień dowodami. /dowód: wezwanie z dnia 9 lutego 2024 r. (w aktach Postępowania)

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Ustawy, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania

przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych (w szczególności w zakresie obszarów wskazanych w art. 224 ust. 3 Ustawy). Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

Tymczasem w odpowiedzi na powyższe wezwanie z dnia 9 lutego 2024 r. wykonawca Faxpol złożył jedynie ogólnikowe odpowiedzi, wskazując, jakie czynniki wziął pod uwagę przy kalkulacji ceny podstawowej oferty oraz w zakresie opcji.

/dowód: wyjaśnienie ceny ofertowej Faxpol z dnia 16 lutego 2024 r. – część odtajniona w związku z wyrokiem KIO 797/24 – na okoliczność treści tych wyjaśnień/

Następnie w dniu 16 kwietnia 2024 r. Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę Faxpol do wyjaśnienia ceny ofertowej, powołując się na art. 224 ust. 2 pkt 1) Ustawy – jak wskazał Zamawiający „(...) w związku z okolicznością, iż zaoferowana przez Państwa cena całkowita za realizację przedmiotu zamówienia jest niższa, o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia ceny w tych samych obszarach co w wezwaniu z 9 lutego 2024 r. oraz ponownie pouczył wykonawcę o konieczności wykazania składowych wyjaśnień.

/dowód: wezwanie z 16 kwietnia 2024 r – na okoliczność kolejnego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia ceny ofertowej, podstawy tego wezwania oraz jego treści/

Faxpol w odpowiedzi z dnia 22 kwietnia 2024 r. na wezwanie ponownie złożył ogólnikowe odpowiedzi, o treści podobnej jak w pierwszym przypadku, rozwijając nieznacznie niektóre części wyjaśnień.

/dowód: wyjaśnienie ceny ofertowej Faxpol z dnia 22 kwietnia 2024 r.

Wyjaśnienia, zarówno z 16 lutego 2024 r., jak i z 22 kwietnia 2024 r., w przeważającej mierze stanowią jednak gołosłowne oświadczenia co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Wyjaśnienia nie zostały poparte wyliczeniami oraz dowodami, które potwierdzałyby możliwość zakupu urządzeń i licencji za stawki wskazane w wyjaśnieniach czy też oszacowanie wskazanych kosztów na określonym poziomie (w szczególności kosztów osobowych, kosztów podwykonawcy itp.).

Wykonawca podał wprawdzie ceny zakupu urządzeń czy licencji oraz zakładane koszty logistyczne czy osobowe, ale ich nie wykazał/nie udowodnił, np. dokumentami w postaci faktur, zamówień czy innymi pozwalającymi potwierdzić cenę i realność wyliczeń.

Takim dowodem nie jest również ogólna informacja z firmy Canon o przyznaniu opustu (która ma bardzo ogólny charakter) czy też powołanie się przez Faxpol na zrealizowanie innych zamówień przy podobnych założeniach. Realizacja innego zamówienia/zamówień o podobnym charakterze nie potwierdza jednak realności aktualnej ceny, tym bardziej, że wskazane zamówienie było z 2017 r. i dotyczyło innego postępowania, o innych wymogach.

Jednocześnie wykonawca nie załączył załącznika z cennikiem, na który się powołuje się w wyjaśnieniach ceny. Nie ma też podanych nazw modeli urządzeń, zatem nawet weryfikacja przez Zamawiającego cen urządzeń i materiałów eksploatacyjnych do nich jest utrudniona. Ponadto brak jest potwierdzenia ceny na zakup licencji (aktualizacji) oprogramowania oraz informacji o czytnikach do urządzeń. Wykonawca w pkt 3 wyjaśnień pisze wprawdzie, że ma już oprogramowanie:

oraz podaje za to kwotę 23.600 zł netto, jednak brak jest na to dowodu.

Jednocześnie wykonawca nie pisze o nic o czytnikach do urządzeń.

Ponadto w załączniku do pierwszych wyjaśnień (tj. w informacji od firmy Canon) nie było żadnych informacji o cenach, a jedynie informacje dotyczące statusu autoryzacyjnego Faxpol oraz wysokości opustu. Dopiero w drugich wyjaśnieniach (do których brak było podstaw – o czym będzie mowa poniżej) pojawiły się dwie kwoty: „Wycena kompletacji sprzętowej zamówienia bazowego: maksymalnie 523 000 zł netto. Wycena kompletacji sprzętowej ew. zamówienia dodatkowego (z dynamiczną możliwością uruchomienia dostawy): maksymalnie 315 000 zł netto”.

Jednocześnie w obu wyjaśnieniach ceny ofertowej Faxpol w niektórych obszarach występują rozbieżności, które dodatkowo wywołują wątpliwości co do realności ceny ofertowej Faxpol.

W szczególności w pierwszych wyjaśnieniach, w tabeli znajdującej się w pkt 6 inaczej zostały określone koszty zakupu urządzeń niż w przypadku drugich wyjaśnień (przy czym stawka pozostała ta sama). Tj.: w wyjaśnieniach z dnia 16

lutego 2024 r.:

natomiast w wyjaśnieniach z dnia 22 kwietnia 2022 r.:

Jest to jednak istotna zmiana, bowiem w pierwszych wyjaśnieniach wykonawca Faxpol wskazał, że kwoty 620.800 zł oraz 388.000 zł obejmowały tylko zakup urządzeń, a w drugich wyjaśnieniach dodał, że w tej samej cenie są również przygotowanie do instalacji (usługa), materiały i koszt alokacji urządzeń itd.

Tym samym wyjaśnienia nie zostały poparte dowodami i nie doprowadziły do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny (wynikającego z art. 224 ust. 2 pkt 1 Ustawy).

Tymczasem zgodnie z art. 224 ust. 5 Ustawy to na wykonawcy składającym wyjaśnienia ceny ofertowej spoczywa ciężar obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Przepis odwołuje się zresztą wprost do obowiązku złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych. Taki obowiązek został nałożony w wezwaniu Zamawiającego.

Potwierdza to stanowisko zajmowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej; w szczególności: wyrok KIO 24/24: KIO 2464/23, KIO 901/23: KIO 414/23: KIO 257/23.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że bezpodstawne było ponowne wezwanie wykonawcy Faxpol do wyjaśnienia ceny ofertowej (tj. z dnia 16 kwietnia 2024 r.), tym bardziej, że dotyczyło tych samych obszarów, których wyjaśnienia Zamawiający żądał w piśmie z 9 lutego 2024 r. Zamawiający nie żądał natomiast uszczegółowienia określonych obszarów pierwszych wyjaśnień czy wyjaśnienia wątpliwości, które pojawiły się w związku z ich złożeniem. Na uzasadnienie ponownego wezwania do wyjaśnienia ceny ofertowej Zamawiający powołał się tylko enigmatycznie na wyrok KIO 797/24, zgodnie z którym ceny całkowite każdej z ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu były niższe od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług o ponad 30% i nie zaistniał przypadek, iż rozbieżność wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W orzecznictwie KIO przyjmuje się jednak, że Zamawiający co do zasady uprawniony jest do jednokrotnego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia ceny ofertowej, natomiast ewentualne kolejne wezwanie może być wystosowane do tego samego wykonawcy tylko wówczas, gdy Zamawiający wzywa do doprecyzowania określonych kwestii czy też wyjaśnienia wątpliwości wynikających z treści wyjaśnień i to jedynie w takim wypadku, gdy pierwotne wyjaśnienia były konkretne, przekonujące i poparte dowodami.

Tak w szczególności w wyrokach KIO: 45/24: 780/23: 3474/22.

Nie ulega wątpliwości, że już pierwsze wyjaśnienia ceny ofertowej Faxpol były bardzo ogólne i nie były poparte dowodami, zatem nie było żadnych podstaw do skierowania do Faxpol ponownego wezwania do wyjaśnienia ceny ofertowej. W szczególności takiej podstawy nie stanowi ww. wyrok KIO. W ocenie Odwołującego wystosowanie do Faxpol ponownego wezwania zmierzało jedynie do umożliwienia temu wykonawcy ponownego przygotowania wyjaśnień, ich poprawienia czy uzupełnienia, co dodatkowo świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców.

3) Zgodnie z art. 224 ust. 6 Ustawy 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. Powyższe oznacza, iż przepis przewiduje dwie możliwe podstawy odrzucenia oferty tj.:

a) jeżeli wykonawca nie złożył wyjaśnień (w odpowiedzi na wystosowane do niego wezwanie do wyjaśnienia ceny ofertowej),

b) wykonawca złożył wprawdzie wyjaśnienia, jednak wyjaśnienia te wraz z dostarczonymi dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Skoro wykonawca złożył formalnie jakieś wyjaśnienia, lecz są one ogólnikowe i nie zawierają wyliczeń oraz odpowiednich dowodów czy też nie zawierają odpowiedzi na konkretne pytania zamawiającego, to ich złożenie nie może doprowadzić do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny – wobec braku odpowiednich informacji i dowodów. W konsekwencji tego rodzaju wyjaśnienia nie uzasadniają podanej ceny, co zobowiązuje do odrzucenia oferty na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1 i ust. 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy.

Potwierdza to stanowisko orzecznictwa KIO, w szczególności KIO 515/23: KIO 897/23: KIO 151/22.

W konsekwencji oferta wykonawcy Faxpol podlegała odrzuceniu, a tym samym nieuzasadnione było dokonanie przez

Zamawiającego wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak na wstępie.

Przystępujący do postępowania po stronie Odwołującego - Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. ul. Warszawa wniósł o uwzględnienie odwołania.

Wskazał, że posiada interes w zgłoszeniu przystąpienia, gdyż jego oferta została obecnie sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu ofert. Odwołanie zmierza do odrzucenia oferty wykonawcy Faxpol, którego oferta została obecnie wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający przypomniał, co jest przedmiotem zamówienia.

Ad 2) Zarzut nr 2

Stwierdził, że działał zgodnie z wyrokiem z dnia 26 marca 2024 roku w sprawie KIO 797/24 (zapadłym z odwołania Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. od decyzji Zamawiającego, strony 15-16). Izba wskazała, iż skoro oferta każdego z trzech wykonawców była niższa od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia o ponad 30%, to każdy z wykonawców winien był zostać przez Zamawiającego wezwany do wyjaśnień, a czego zaniechał ówczesnie Zamawiający względem SHARP. Zamawiający, któremu zarzucono, że w ramach postępowania nie wezwał wszystkich wykonawców do wyjaśnienia RNC, po uchyleniu jego czynności i nakazaniu powtórzenia czynności ceny i wyboru, wezwał wszystkich wykonawców do wyjaśnień, a po ich ocenie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Wezwanie wynikało zatem z zamiaru równego traktowania wszystkich wykonawców, których oferty zawierały ceny niższe od wartości zamówienia, oszacowanej należycie założonej przez Zamawiającego.

Odwołujący nie może skutecznie rozszerzyć podstawy faktycznej zarzutu na okoliczności, co do których Izba wypowiedziała się we wcześniejszym wyroku.

Niemniej jednak sam Odwołujący w odwołaniu przyznał, iż złożone w dniu 22 kwietnia 2024 r. miały treść podobną do wyjaśnień z dnia 16 kwietnia 2024 r.

„Wykonawca Faxpol w odpowiedzi z dnia 22 kwietnia 2024 r. na powyższe wezwanie ponownie złożył ogólnikowe odpowiedzi, o treści podobnej jak w pierwszym przypadku, rozwijając nieznacznie niektóre części wyjaśnień” (strona 4 odwołania).

Zgodnie z Wyrokiem KIO z dnia 18 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3750/21 „Jeśli rzetelne pierwotne wyjaśnienia ceny w jakimś aspekcie wymagają przedstawienia przez wykonawcę dodatkowych informacji, wówczas Zamawiający może zwrócić się o doprecyzowanie poprzednio złożonych wyjaśnień.” Całe postępowanie przeprowadzone przez Zamawiającego winno kierować się zasadą transparentności.

Z tych względów zarzut powinien zostać oddalony.

Ad 1) Zarzut nr 1

Faxpol w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny ofertowej wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Faxpol w zakresie prawa opcji przekazał wyjaśnienia wraz z dowodami. Złożone wyjaśnienia z dnia 22 kwietnia 2024 r. były odpowiednio szczegółowe, umotywowane, przekonujące, że cena oferty, pomimo jej niskiego poziomu nie jest ceną rażąco niską. Faxpol wskazał źródła wiedzy co do sposobu eksploatacji urządzeń przez Zamawiającego stanowiącej naturalną konsekwencję dotychczasowej współpracy z Zamawiającym, jak i wskazał w oparciu o jakie dane i na jakiej podstawie skonstruował ofertę cenową, załączając na ich poparcie dokumenty. Faxpol wskazał, iż sprzęt Canon, jest sprzętem o 2/3 krotnie żywotniejszych podzespołach, co powoduje minimalizację kosztów operacyjnych związanych z eksploatacją/wydruki, kopie/, zmniejszenie liczby przyjazdów serwisanta dot. operacji wymian części podzespołów, niższe koszty oprogramowania (zakupione są licencje, koszt aktualizacji jest 5-krotnie niższych od zakupu nowej licencji), co miało związek z niższymi kosztami utrzymania urządzeń w okresie 10 dodatkowych miesięcy przewidzianych opcją.

Odwołujący nie przedstawił dowodu, który podważałby zasadność dokonanej przez Zamawiającego oceny, czy też nie wykazał, aby miał miejsce brak uwzględnienia jakiejś pozycji w kalkulacji Faxpol.

W postępowaniu, w którym przewidziano opcję, oferta obejmuje także zakres opcji, a to oznacza, że wykonawca musi mieć więc wszelkie dane niezbędne do jej wyceny. Zamawiający przewidując prawo opcji powinien mieć na uwadze art.

31 ust. 2 PZP określający, że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji.

Nie tylko opis przedmiotu zamówienia gwarantowanego, ale także opis przedmiotu zamówienia opcjonalnego (choć zamawiający może, a nie musi z niego skorzystać), powinny być dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić rzetelne (prawidłowe) skalkulowanie ceny oferty przez wykonawcę i oceny, czy został przekroczony wskazany w PZP próg 30%, trzeba odnosić łączną cenę oferty (razem z opcją) powiększoną o VAT, ponieważ wartość zamówienia, o której mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP obejmuje także wartość opcji (wartość zamówienia ustalona zgodnie z art. 31 ust. 2 PZP obejmuje zakres zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji).

Oczywiste jest, że zawsze będą pojawiały się różnice w wycenie, wynikające przede wszystkim z walki konkurencyjnej.

Należy wskazać, iż złożone oferty w zakresie zamówienia całkowitego (podstawowe plus opcja) były na podobnym poziomie cenowym (Faxpol - 1 572 107,96 PLN, KMBS - 1 713 791,86 PLN, Sharp - 1 396 261,92 PLN).

PZP nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w tym zakresie orzecznictwo wypracowało rozumienie tego pojęcia. Z tym czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, a więc każdorazowo należy ją odnieść do danego opisu przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś, wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione.

Skoro wykonawca, znający swój potencjał wskazuje, że do wyliczenia ceny ofertowej ustalił odpowiedni czas pracy, wyceniając go w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami oraz ustalił czas pracy sprzętu, który w jego ocenie będzie pracował w określonym czasie, to nie sposób, względem takich wyjaśnień stawiać zarzutów. Odmienność w kalkulacji przyjętej przez zamawiającego od tej ustalonej przez wykonawcę stanowi przykład, iż każde zamówienie charakteryzuje się właściwym dla takiego zadania okolicznościami, które należy uwzględnić oceniając prawidłowość dokonanej wyceny. Skoro odwołujący wykazał i poparł stosownymi dowodami i wyliczeniami, że sprzyjające warunki realizacji zamówienia pozwalają mu na oszacowanie kosztów w ofercie cenie, to niezasadne jest bagatelizowanie tych wyjaśnień.

Faxpol wyjaśnił, że w zakresie opcji zrezygnował z „nadmiernego zysku”- strategia przetargowa – wystarczy standardowy zysk z bazowego okresu 36 miesięcy.

Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny wykonawcy, gdzie wskazuje się na korzystne warunki, indywidualnie dostępne danemu przedsiębiorcy, co ma bezpośrednie przełożenie na wartość poszczególnych składników cenowych.

Z tych względów zarzut powinien zostać oddalony.

Ad 3) Zarzut nr 3 – Oddalenie zarzutu nr 1 i nr 2 pociągać będzie za sobą w konsekwencji oddalenie zarzutu nr 3.

Mając na uwadze powyższe, wniosł o oddalenie odwołania.

Przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego - FAXPOL A.I. Sp. z o.o. ul. Bartycka 220-716 Warszawa wniosł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska uczestników przedstawione na piśmie oraz do protokołu ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 224 ust. 6 Ustawy w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP oraz w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1) PZP oraz art. 224 ust. 1 i 5 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Faxpol A.I. sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny ofertowej – nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, tj. złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny podanej w ofercie;

2)art. 224 ust. 2 pkt 1) oraz art. 224 ust. 3 PZP w związku z art. 16 pkt 1) PZP przez bezpodstawne ponowne wezwanie wykonawcy Faxpol do złożenia wyjaśnień ceny ofertowej, pomimo iż ponowne wezwanie zmierzało do uzyskania tych samych informacji co w przypadku pierwszego wezwania;

3)art. 239 ust. 1 PZP przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Faxpol jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu, pomimo zaistnienia podstawy do jej odrzucenia wskazanej w pkt 1) powyżej.

Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący, wniósł o uwzględnienie odwołania przez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Skład orzekający stoi na stanowisku, że zamawiający miał podstawy do zażądania od wykonawcy Faxpol złożenia wyjaśnień wobec zaistnienia przesłanek ustawowych wskazujących na obowiązek przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego przy określonych proporcjach ceny ofertowej w stosunku do cen pozostałych ofert lub wartości przedmiotu zamówienia. W okolicznościach sprawy rozpatrywanej postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone przy tym w wyniku uprzedniego wyroku KIO, z którego zamawiający zasadnie wywiódł, kierując się zasadą równego traktowania wykonawców, iż wobec zobowiązania go do żądania wyjaśnień od podmiotu trzeciego, postępowanie to powinno dotyczyć również wykonawcy przystępującego obecnie do postępowania po stronie zamawiającego.

Faxpol w zakresie prawa opcji przekazał wyjaśnienia wraz z dowodami. Złożone wyjaśnienia z dnia 22 kwietnia 2024 r. były odpowiednio szczegółowe, umotywowane, przekonujące, że cena oferty, pomimo jej niskiego poziomu nie jest ceną rażąco niską. Faxpol wskazał źródła wiedzy co do sposobu eksploatacji urządzeń przez Zamawiającego stanowiącej naturalną konsekwencję dotychczasowej współpracy z Zamawiającym, jak i wskazał w oparciu o jakie dane i na jakiej podstawie skonstruował ofertę cenową, załączając na ich poparcie dokumenty. Właśnie konstrukcja ceny oferty zaważyła na przewadze wykonawcy Faxpol, który przyjął znacząco niższą kwotę części ceny skalkulowanej dla opcji. Przy kryterium tego elementu na poziomie 30%, tak jak dla części podstawowej, uzyskał pierwsze miejsce w rankingu. Nie ma podstaw, by taki sposób kalkulacji był niedopuszczalny.

Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił dowodu, który podważałby zasadność dokonanej przez Zamawiającego oceny, czy też nie wykazał, aby miał miejsce brak uwzględnienia jakiejś pozycji w kalkulacji Faxpol.

W postępowaniu, w którym przewidziano opcję, oferta obejmuje także zakres opcji, a to oznacza, że wykonawca musi mieć więc wszelkie dane niezbędne do jej wyceny.

Należy wskazać, iż złożone oferty w zakresie zamówienia całkowitego (podstawowe plus opcja) były na podobnym poziomie cenowym (Faxpol - 1 572 107,96 PLN, KMBS - 1 713 791,86 PLN, Sharp - 1 396 261,92 PLN).

Faxpol wyjaśnił, że w zakresie opcji zrezygnował z „nadmiernego zysku”, stanowiło to strategię przetargową.

Z tych względów zarzuty podlegają oddaleniu.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami).

Przewodniczący:.....