

## WYROK

Warszawa, dnia 20 czerwca 2024 r.

### Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2024 r. przez wykonawcę P.I.W. „Camco” Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Finansów przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego AG IT Projekt sp. z o.o. w Pasmugach

### orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika ;

2.2. zasądza od Odwołującego, P.I.W. „Camco” Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Zamawiającego, Ministerstwa Finansów, kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 1887/24

### Uzasadnienie

Zamawiający, Ministerstwo Finansów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wymianę zasilaczy awaryjnych UPS wraz z akumulatorami w dwóch pomieszczeniach piwnicznych zlokalizowanych w gmachu Ministerstwa Finansów, nr ref. C/1043/23/BAD/B. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 grudnia 2023 r., pod nr: 2023/BZP 00580185/01. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych.

W dniu 28 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy P.I.W. „Camco” Sp. z o.o. w Warszawie od czynności Zamawiającego polegających na:

1. błędnej ocenie oferty AG IT Project Sp. z o.o. oraz udzielonych przez tego wykonawcę w dniu 7 marca 2024 r. wyjaśnień w zakresie wycenienia zaoferowanej ceny oraz niedopuszczalnego ponownego wezwania AG IT Project Sp. z o.o. do udzielenia dodatkowych wyjaśnień z dnia 13 marca 2023 r. i uznania uzupełnionych wyjaśnień z 17 marca 2024 r. w zakresie zaoferowanej ceny, a w rezultacie

2. zaniechania odrzucenia ww. oferty jako złożonej przez wykonawcę, który nie sprostował ciężarowi dowodu wykazania, że nie zaoferował rażąco niskiej ceny, co narusza zasady uczciwej konkurencji,

3. zaniechania odrzucenia ww. oferty pomimo, że w odpowiedzi na wezwanie z 16 kwietnia 2024 r. wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”), wykonawca AG IT Project Sp. z o.o.:

– nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 10.1.3.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), tj. z wyjaśnień oraz dołączonej, poprawionej referencji ELEKTROMEKS sp. o.o. nie wynika, że zamówienie zostało zrealizowane na dzień składania ofert, tj. na 27 lutego 2024 r.

– nie przedłożył podmiotowego środka dowodowego – wykazu, o którym mowa w pkt 11.8.1 SWZ, tj. Załącznika G, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 10.1.4.1 SWZ oraz

4. wielokrotnego wzywania AG IT Project Sp. z o.o. do wyjaśnień (tj. 25 kwietnia 2024 r., 14 maja 2024 r.) w zakresie referencji ELEKTROMEKS Sp. z o.o. oraz uznania tych wyjaśnień i dokumentów przedłożonych przez AG IT Project Sp. z o.o. w odpowiedzi na ww. wezwania, pomimo, że wykonawca AG IT powinien najdalej w odpowiedzi na pierwsze wezwanie z art. 128 ust. 1 PZP wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,

5. ewentualnie, zaniechanie wezwania wykonawcy AG IT Project Sp. z o.o. na podstawie art. 128 ust. 1 PZP do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 11.8.1. SWZ, tj. Załącznika G do SWZ, pomimo że przedłożony w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20 marca 2024 r. wykaz nie potwierdzał spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 10.1.4.1 SWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i ust. 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez:

- a) błędną ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy AG IT Project sp. z o.o.,
- b) niedopuszczalne ponowne wezwanie AG IT Project Sp. z o.o. w dniu 13 marca 2024 r. do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w sytuacji, gdy już wcześniej udzielona odpowiedź miała lakoniczny charakter i nie potwierdzała, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska,
- c) uznania ww. dodatkowych wyjaśnień i dokumentów za potwierdzające rentowność oferty AG IT Project sp. z o.o. pomimo, że były spóźnione i nie potwierdzały realności ceny ofertowej AG IT Project Sp. z o.o.,
- d) błędnego uznania, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy pomimo ciężaru dowodowego AG IT Project sp. z o.o. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym nie przedstawił kalkulacji w zakresie kosztów pracy oraz dowodów potwierdzających argumentację wskazaną w wyjaśnieniach mimo, że był do tego wzywany,
- e) doprowadzenie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez ponowne wezwanie do wyjaśnień ceny co uplasowało AG IT Project Sp. z o.o. na uprzywilejowanej pozycji,

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c w zw. z art. 128 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AG IT Project sp. z o.o. mimo, że wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie oparte na art. 128 ust. 1 PZP nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 10.1.4.1 SWZ, tj:

- a) nie uzupełnił wykazu, o którym mowa w pkt 11.8.1 SWZ o drugą dostawę potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 10.1.4. SWZ najpóźniej na dzień składania ofert
- b) nie przedłożył wyjaśnień oraz referencji lub innych dokumentów potwierdzających, że dostawa na rzecz ELEKTROMEKS Sp. z o.o. została wykonana przed dniem składania ofert tj. 27 lutego 2024 r. oraz wzywanie i uznania przez Zamawiającego wyjaśnień i dodatkowych dokumentów z dnia 25 kwietnia i 17 maja 2024 r. potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 10.1.4.1 SWZ, mimo że te wyjaśnienia i dokumenty powinny być złożone już na pierwsze wezwanie z art. 128 ust. 1 PZP, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący – we wniesionym do Prezesa Izby odwołaniu – nie zawarł wniosków co do rozstrzygnięcia. Odwołanie nie zawiera również uzasadnienia, ponad ww. opis zaskarżonych działań i zaniechań oraz zarzutów.

Na rozprawie w dniu 17 czerwca 2024 r. Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Przystępujący nie wskazał ilości roboczogodzin, nie przedstawił dowodów, że jest autoryzowanym przedstawicielem. Zdaniem Odwołującego, z racji obowiązków gwarancyjnych dotyczących przedmiotu zamówienia oraz faktu, że Zamawiający wymagał odpowiedniego personelu z uprawnieniami, koszty pracy są istotnym elementem ceny oferty i powinny być należycie wyjaśnione przez Zamawiającego. Uważa, że kognicja Izby w ramach niniejszego postępowania nie obejmuje badania rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, lecz tylko to, czy Zamawiający na etapie badania ceny miał obowiązek odrzucenia tej oferty, czy też nie. Podniósł, że nowa referencja nie była ujęta w wykazie, więc Przystępujący powinien złożyć nowy wykaz. Dodatkowo, odnosząc się do kalkulacji Przystępującego z 7 marca 2024 roku, wskazał, że jest ona nieprawidłowa i nie wzbudza zaufania, m.in. ze względu na porównanie wskazanych w pkt 5 kalkulacji kosztów w kontekście oferty firmy Schneider.

W odpowiedzi z dnia 14 czerwca 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania. Podkreślił, że Odwołujący mimo ciężącego na nim obowiązku dowodowego, nie wskazał w swoim Odwołaniu, dlaczego kwestionuje wyjaśnienia AG IT co do rażąco niskiej ceny. Wskazał również, iż nie zgadza się z zarzutem błędnej oceny tych wyjaśnień. „AG IT na pierwsze wezwanie Zamawiającego przedstawił tabelę, ze szczegółową kalkulacją ceny oferty rozbijając ją na poszczególne pozycje, a także wskazał wysokość założonej marży i sposób jej wycalczenia. W ocenie Zamawiającego, wyjaśnienia, które udzielił Wykonawca AG IT, są prawidłowe tzn. logiczne, spójne, zawierają szczegółową kalkulację cenową, w której zostały uwzględnione elementy składowe ceny oraz zawierają informacje dotyczące czynników jakie faktycznie wpłynęły na obniżenie ceny.” Wg Zamawiającego istotne było, że AG IT poinformował, że jest generalnym dystrybutorem zasilaczy UPS marki Agpower wraz z systemem monitoringu baterii AG-BBMCCell oraz zasilaczy UPS marki Leoch na rynek polski, stąd jest w stanie obniżyć cenę o 20-

30%, nadto wykazał niemały – zdaniem Odwołującego – zysk „co świadczyć może tylko i wyłącznie o tym, że w/w Wykonawca nie świadczy swoich usług poniżej ich kosztów wytworzenia.” Zdaniem Zamawiającego, Przystępujący prawidłowo wykazał koszty pracy w wyjaśnieniach z dnia 8 marca 2024 r., które uwzględnił w poz. 4 i 5 tabeli i nie miał obowiązku wskazywać i rozbijać poszczególnych cen tak, aby wyodrębnić dodatkowo np. koszt roboczogodziny personelu w zakresie ww. usług, a jedynie pozycje wskazane także w Załączniku nr 9 do wzoru umowy, tj. zasilacz awaryjny UPS o mocy znamionowej 200 kVA/kW, zasilacz awaryjny UPS o mocy znamionowej 200 kVA/kW oraz system monitorowania baterii akumulatorów. Podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie żądał szczegółowego formularza cenowego. Nadmienił również, że skoro przedmiotowe zamówienie jest dostawą, to w świetle art. 224 ust. 4 PZP Zamawiający nie był zobowiązany żądać wyjaśnień w zakresie kosztów pracy i zgodności z przepisami pracy i ubezpieczenia społecznego, nadto podkreślił, że nie wymagał zapewnienia do realizacji wskazanej dostawy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Ministerstwo Finansów uznało również za bezzasadny zarzut dotyczący nieuprawnionego powtórnego wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny pismem z dnia 13 marca br., wskazując, że pismem tym zwróciło się o dodatkowe wyjaśnienia wprost korespondujące z wyjaśnieniami Przystępującego z dnia 13 marca br., co w świetle orzecznictwa Izby jest dopuszczalne. W ocenie Ministerstwa, wbrew zarzutom Odwołującego, AG IT nie był zobowiązany do złożenia dowodów na kalkulację cenową. W odniesieniu do drugiego zarzutu odwołania dotyczącego niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz nieprzedłożenia podmiotowego środka dowodowego oraz wielokrotnego wzywania AG IT do wyjaśnień, Zamawiający wskazał, iż wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i przedłożył stosowne podmiotowe środki dowodowe, zaś wezwania do wyjaśnień były uprawnione w świetle art. 128 ust. 4 PZP. „W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca, pismem z dnia 22.04.2024 r., postanowił złożyć stosowne wyjaśnienia w zakresie wykazanej dostawy informując, że spełnia warunek udziału w postępowaniu zawarty przez Zamawiającego w SWZ, a dostawa dla ELEKTROMEKS Sp. z o.o. została zrealizowana w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Dodatkowo Wykonawca wskazał, że uprzednio dołączone referencje (w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20.03.2024 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych) były błędnie wystawione i jako załącznik do niniejszych wyjaśnień dołącza prawidłowy dokument tj. poprawione referencje. Mając na uwadze, iż złożone dokumenty budziły wątpliwości co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, pismem z dnia 25.04.2024 r. wezwał Wykonawcę (...) o potwierdzenie, w formie wyjaśnień, czy przedmiot zamówienia, który został przedstawiony przez Wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zgodnym z zapisami pkt. 10.1.4 SWZ, został zrealizowany najpóźniej na dzień składania ofert tj. na 27.02.2024 r. W odpowiedzi na powyższe Wykonawca pismem z dnia 25.04.2024 r., potwierdził Zamawiającemu, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego, a określone w SWZ, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej wskazując, że realizacja zamówienia na rzecz ELEKTROMEKS Sp. z o.o. została zrealizowana na dzień 9.02.2024 r. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14.05.2024 r. dotyczącego wyjaśnień w zakresie zmiany daty wystawienia referencji, o których mowa w odpowiedzi na pismo z dnia 16.04.2024 r., dodatkowo dołączył protokół czynności serwisowych wystawionych przez ELEKTROMEKS Sp. z o.o., co jednoznacznie potwierdziło realizację zamówienia na rzecz ELEKTROMEKS Sp. z o.o. na dzień 9.02.2024 r. i ww. Wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 10.1.4.1 SWZ.” (str. 10-11 odpowiedzi na wezwanie). Zamawiający podkreślił, iż wezwanie z dnia 16 kwietnia 2024 r. zawierało żądanie alternatywne co oznaczało, że wykonawca powinien wyjaśnić zaistniałą wątpliwość albo uzupełnić podmiotowy środek dowodowy, o nową dostawę potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 10.1.4 SWZ, zatem w sytuacji złożenia wyjaśnień Przystępujący nie był zobowiązany do złożenia nowego wykazu. „Nieprawdziwym również jest założenie Odwołującego, że (...) na podstawie nowej referencji nie można było stwierdzić czy na dzień 27 lutego 2024 r. wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu”. Jak zauważył sam Odwołujący to (...) Wykaz o którym mowa w pkt 11.8.1 SWZ jest podmiotowym środkiem dowodowym składanym w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej (...). Tak, też postąpił Zamawiający wyjaśniając treść złożonego przez wykonawcę wykazu i na podstawie oświadczenia Wykonawcy uznał, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Natomiast wyjaśnienie treści referencji dotyczyło wyłącznie daty znajdującej się w referencji.” (str. 12 odpowiedzi na odwołanie). W odpowiedzi na zarzut ewentualny odwołania, Zamawiający podkreślił że dalsze wzywanie wykonawcy o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w oparciu o art. 128 ust. 1 PZP, wobec uzyskania dokumentu już posiadanego, de facto poprawionego pismem z dnia 26 kwietnia 2024 r. było niecelowe i nadmiarowe stanowiąc tym samym nadmierny formalizm. Podsumowując, Ministerstwo wskazało, że wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza spełnia warunki określone w SWZ oraz brak jest wobec niego podstaw wykluczenia z postępowania, zachodzą również w stosunku do treści jego oferty przesłanki odrzucenia, na które powołuje się Odwołujący.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą wskazał, że Odwołujący rozszerzył zarzuty odnoszące się do rażąco

niskiej ceny, co jest niedopuszczalne. Z racji treści wyjaśnień z 25 marca, Przystępujący nie był zobowiązany do dostarczenia kolejnego dokumentu potwierdzającego te same okoliczności, bowiem Przystępujący referował do tej samej dostawy i tylko ją wyjaśniał. Podkreślił również, że nie wzywał więcej niż raz o przedłożenie dokumentów.

Do postępowania odwoławczego wpłynęło zgłoszenie przystąpienia przez AG IT Project Sp. z o.o. Pasmugach. W piśmie procesowym z dnia 17 czerwca 2024 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości, ze względu na brak zasadności wszystkich zarzutów oraz popierającej ją argumentacji, podniesionej w treści odwołania. Podkreślił, że Odwołujący nie wykazał, że oferta Przystępującego rzeczywiście zawiera rażąco niską cenę. Ogólnikowość zarzutu i brak poparcia go argumentami merytorycznymi oraz dowodami, zdaniem AG IT zamyka Odwołującemu możliwość formułowania na rozprawie nowej argumentacji, nakierowanej na podważenie oferty lub wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Jak wskazał AG IT, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępujący „(...) przedstawił wyjaśnienia, wskazujące na podstawy i wysokość oszacowania poszczególnych kosztów, wpływających na wartość złożonej Oferty. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach z dnia 07 marca 2024 r. przedstawił nie tylko koszt poszczególnych urządzeń (elementów) niezbędnych do przeprowadzenia dostawy (oraz przyczyny, dla których jest w stanie dostarczyć urządzenia w cenach niższych od konkurencji), ale także wskazał na przyjęte koszty uboczne, niezbędne do wykonania umowy z Zamawiającym, takie jak: 1) koszty dojazdów oraz wykonania przeglądów gwarancyjnych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SWZ i załącznikach do SWZ, 2) koszty demontażu istniejącego systemu zasilania gwarantowanego oraz jego transport we wskazane miejsce, koszty dostawy, montażu, podłączenia, uruchomienia proponowanego systemu wraz z przeprowadzeniem szkolenia zgodnie z zapisami SWZ i załącznikami do SWZ, 3) koszty wykonania wszystkich wymaganych prób, pomiarów wartości elektrycznych, pomiarów akumulatorów, testy z wykorzystaniem własnej obciążnicy zgodnie z zapisami SWZ i załącznikami do SWZ, modernizacja BMS zgodnie z zapisami SWZ i załącznikami do SWZ, 4) pozostałe koszty związane z realizacją zamówienia, przygotowanie opisu technicznego, dokumentacji wymaganej po zakończeniu prac, koszty materiałów pomocniczych.” (str. 4 pisma). Jego zdaniem wyjaśnienia te były precyzyjne oraz odwoływały się do zbioru informacji pozwalających Zamawiającemu na ocenę, że za cenę ofertową AG IT jest w stanie wykonać zamówienie. Podkreślił, iż zgodnie z załączonym do pisma sprawozdaniem za rok obrotowy 2023, Przystępujący przy przychodach ze sprzedaży wynoszących 9.112.509,73 złotych, uzyskał zysk w wysokości 3.086.580,67 złotych, zaś w roku 2022 r. Przystępujący przy przychodach ze sprzedaży wynoszących 3.072.967,92 złotych, uzyskał zysk netto w wysokości 1.237.763,09 złotych, stąd Przystępujący jest w stanie tak zorganizować działalność swojego przedsiębiorstwa, aby uzyskać zdolność do osiągania marż, zapewniających istotny poziom zysków. Ponadto, Przystępujący podkreślił, że Zamawiający ma możliwość powtórzenia wezwania w celu uszczegółowienia już złożonych wyjaśnień, zaś sam brak dołączenia dowodów nie deprecjonuje złożonych wyjaśnień. Nadto, jego zdaniem wyjaśnienia z dnia 17 marca 2024 r. w jakimkolwiek stopniu nie zmieniały czy modyfikowały treść wyjaśnień, złożonych w dniu 7 marca 2024 r. W załączeniu do pisma Przystępujący złożył oświadczenie Leoch Nordeuropa GmbH, wraz z tłumaczeniem na język polski, potwierdzające posiadanie przez Przystępującego statusu generalnego dystrybutora. Podsumowując, zdaniem Przystępującego, Zamawiający prawidłowo zastosował przepis art. 224 PZP oraz – prawidłowo – nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego. W odniesieniu do zarzutu drugiego, AG IT wyjaśnił, iż jest on bezzasadny, bowiem Przystępujący przedstawił referencję wystawioną przez ELEKTROMEKS Sp. z o.o., datowaną na 11 lutego 2024 r. która wskazywała, że realizacja dostawy nastąpiła w lutym 2024 r. Tym samym, zdaniem AG IT, skoro referencja została podpisana przez Dyrektora Zarządzającego tej spółki w dniu 11 lutego 2024 r., to powyższe potwierdza, że wykonanie dostawy nastąpiło wcześniej, przed tą datą. Jego zdaniem, zarówno wezwanie wystosowane przez Zamawiającego w dniu 25 kwietnia 2024 r., jak i następne wezwanie z dnia 14 maja 2024 r. były prawidłowe w świetle art. 128 ust. 4 PZP – który to przepis nie statuuje zasady jednokrotnego wezwania do wyjaśnień. W odniesieniu do zarzutu ewentualnego, AG IT wskazał, że stanowisko Odwołującego nie jest prawidłowe, gdyż przepis art. 124 ust. 4 PZP wskazuje, że mechanizm wyjaśnień może być stosowany także wobec uprzednio formalnie prawidłowo złożonego oświadczenia. Podkreślił, że w niniejszej sprawie Odwołujący nie kwestionuje, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, ale ogranicza się do formułowania – nietrafnych – zarzutów o charakterze proceduralnym.

Na rozprawie w dniu 17 czerwca 2024 r. Przystępujący AG IT Project sp. z o.o. wskazał, że Odwołujący na tym etapie nie może uzupełniać odwołania, zaś w odwołaniu nie ma zarzutów merytorycznych. Zwrócił również uwagę, że wynagrodzenie jest ryczałtowe, zatem pojedyncze koszty nie mają kluczowego znaczenia, zaś istotne jest to, czy ogólna cena pozwala na wykonanie zamówienia. Tego aspektu – jego zdaniem – Odwołujący nie kwestionuje.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych i terminowo został uiszczony wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Odwołanie nie podlega również odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała także, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego

przepisów PZP. Odwołujący, w niniejszym postępowaniu złożył ofertę i jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Jak podniósł, gdyby oferta AG IT Project Sp. z o.o. została odrzucona, wówczas oferta Odwołującego zajęłaby pierwsze miejsce w kwalifikacji ofert dokonanej przez Zamawiającego. Działania i zaniechania Zamawiającego, zdaniem Odwołującego uniemożliwiają mu uzyskanie zamówienia. W postępowaniu wpłynęły 4 oferty: 1) Meredit Robert Makarewicz w Warszawie z ceną brutto 1.123.482,00 zł; 2) ANMARO Sp. z o.o. w Rzeszowie z ceną brutto 860.385,00 zł; 3) AG IT Project sp. z o.o. w Pasmugach z ceną brutto 502.264,00 zł oraz 4) oferta Odwołującego z ceną brutto 727.139,72 zł. Kryterium oceny ofert stanowiła cena (60 %), termin realizacji (20%) oraz gwarancja (20%). Zgodnie z informacją z dnia 23 maja 2024 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, oferta Odwołującego otrzymała 81,44 pkt, zaś oferta AG IT Project Sp. z o.o. 100 pkt. Oferty Meredit Robert Makarewicz oraz ANMARO Sp. z o.o. zostały odrzucone. Jak wskazał Odwołujący, w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę – polegającą na uniemożliwieniu mu realizacji zamówienia. Tym samym, spełnione są przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, wynikające z art. 505 PZP. Do niniejszego postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego – skutecznie przystąpił AG IT Project Sp. z o.o. z siedzibą w Pasmugach (dalej jako: „AG IT” lub „Przystępujący”).

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt 2 SWZ, jest świadczenie przez wykonawcę w siedzibie Zamawiającego:

1. dostarczenia do siedziby Zamawiającego 2 szt. zasilaczy awaryjnych UPS;
2. dostawy i uruchomienia systemu monitorowania baterii akumulatorów niezależnego od zasilaczy UPS,
3. wykonania demontażu i wyniesienia 2 szt. zasilaczy awaryjnych UPS oraz 160 szt. akumulatorów – będących w posiadaniu Zamawiającego i zeskładowaniu ich we wskazanym pomieszczeniu;
4. przygotowania opisu technicznego, objaśniającego m.in. dobór i sposób podłączenia sprzętu,
5. przemieszczenia, wykonania montażu, uruchomienia i podłączenia dostarczonego sprzętu do istniejącego systemu zasilania gwarantowanego we wskazanych pomieszczeniach/miejscach w miejscu dostarczenia; przed dostarczeniem wykonawca zobowiązany jest do zapoznania się z warunkami dostarczenia, tj. warunkami umożliwiającymi wjazd samochodu dostawczego pod rampę rozładowniczą w każdym z punktów dostarczenia oraz uzgodnić z Zamawiającym szczegółowy termin dostarczenia;
6. przeprowadzenia instruktażu dla 6 osób wskazanych przez Zamawiającego dostarczenia dokumentów wymaganych po zrealizowaniu prac, o których mowa w Opisie przedmiotu zamówienia, który stanowi Załącznik nr 1 do Umowy.

Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia wraz z warunkami świadczenia usługi określony został w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) stanowiącym Załącznik nr 1 do PPU, projektowanych postanowieniach umowy (PPU).

Zamawiający nie przewiduje obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań (pkt 6.5 SWZ).

Zamawiający nie zastrzega wymogów ani wymagań związanych z realizacją zamówienia o których mowa w art. 94, art. 95 i art. 96 PZP (pkt 6.6. SWZ).

Zamawiający zastrzegł w pkt 7.2. SWZ, że wizja lokalna jest obowiązkowa, zaś brak udziału w niej będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 18 PZP.

Zgodnie z pkt 8.1 SWZ, wykonawca zobowiązany będzie do wykonywania przedmiotu zamówienia w terminie nie dłuższym niż 20 tygodni od dnia zawarcia Umowy. Termin wykonywania przedmiotu zamówienia stanowi jedno z kryteriów oceny ofert.

W treści pkt 10.1.4.1 SWZ, Zamawiający zastrzegł warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji finansowej lub ekonomicznej, w ramach którego Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeśli wykonawca wykaże łącznie, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie (a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje) co najmniej 2 dostawy wraz z montażem i uruchomieniem UPS-ów o mocy co najmniej 160 kVA o wartości każda co najmniej 300 000 zł brutto (słownie złotych: trzysta tysięcy złotych 00/100), przy czym:

10.1.4.1.1 wykonawca, który wykonywał odpowiednio usługę wspólnie z innym wykonawcą (np. jako konsorcjum) uprawniony jest wykazać jedynie swoje doświadczenie;

10.1.4.1.2 wykonawcy, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, mogą wykazywać się doświadczeniem jednego z nich lub każdego z nich osobno – doświadczenie wykonawców się nie sumuje;

10.1.4.1.3 wykonawca, który polega na zdolnościach technicznych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych wykazuje się doświadczeniem jednego z nich lub każdego z nich osobno – doświadczenie, wykonawcy i podmiotu udostępniającego /podmiotów udostępniających zasoby nie sumują się;

10.1.4.1.4 W przypadku nadal wykonywanych usług Wykonawca powinien wykazać, że wykonana część usługi opiewa na kwotę nie niższą niż wskazana w pkt 10.1.4.1.

W świetle pkt 11.8 SWZ, w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, określonych w pkt. 10.1.4 SWZ, Zamawiający będzie żądać na

wezwanie następujących podmiotowych środków dowodowych, w szczególności: wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (Załącznik G do SWZ).

W pkt 8.1 SWZ, Zamawiający opisał sposób obliczenia ceny, wskazując, że cena oferty musi obejmować wszelkie koszty i obciążenia Wykonawcy związane z realizacją umowy tj. m.in. dostawa, montaż, a także wszelkie opłaty i podatki, w tym podatek od towarów i usług (VAT).

Załącznik G do SWZ obejmuje wykaz usług, który należy wskazać w umieszczonej tam tabeli obejmującej kolumny pn. „podmiot, na rzecz którego zamówienie zostało wykonane (nazwa, adres)”, „przedmiot zamówienia”, „data zamówienia od-do (dzień/miesiąc/rok)” oraz „kwota (zł brutto)”. Pod tabelą znajdują się dopiski: „W przypadku umów nadal realizowanych (dotyczy wyłącznie świadczeń powtarzających się lub ciągłych) Wykonawca uwzględni ich wartość tylko w zakresie już zrealizowanym. Jeżeli umowa obejmowała/obejmuje zakres szerszy niż wymagany przez Zamawiającego, Wykonawca uwzględni tylko wartość brutto dla usługi wskazanej w warunku. Z wypełnionego przez Wykonawcę powyższego załącznika musi wyraźnie i jednoznacznie wynikać spełnianie warunku (...). Do wykazu należy dołączyć dowody (np. referencje) określające, czy usługi wymienione w ww. wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie.”

Wyjaśnieniami z dnia 23 stycznia 2024 r., dnia 6 lutego 2024 r., dnia 9, 21 i 22 lutego 2024 r., Zamawiający zmodyfikował treść SWZ.

Dnia 1 marca 2024 r., Ministerstwo Finansów wezwało AG IT, w oparciu o art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 PZP, do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty, przytaczając treść art. 224 ust. 3, ust. 5 i ust. 6 PZP.

W odpowiedzi z dnia 7 marca 2024 r., AG IT oświadczył „z pełną odpowiedzialnością, iż cena zaproponowana w wyżej wymienionym postępowaniu jest realna, została skalkulowana poprawnie i nie jest omyłką rachunkową a Wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie zgodnie ze wszystkimi warunkami zawartymi w dokumentacji postępowania, jak również zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy, zabezpieczenia społecznego i ochrony środowiska oraz przepisów dot. kosztów pracy (zgodnie z ustawą z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę Dz.U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564).” (str. 1 wyjaśnień). Powołał się na sprzyjające warunki wykonania zamówienia, dostępne wykonawcy, a dotyczące faktu bycia generalnym dystrybutorem zasilaczy UPS marki Agpower oraz Leoch na rynek polski (brak pośredników – niższy poziom cenowy o ok 20-30%). W tym kontekście wskazał na obliczenia, z których wynika, że przy założeniu marż na poziomie 20 lub 30% oszczędność na zasilaczu UPS marki Agpower ETX HML 300, wersja ETX HML 300/200 (200 kVA/200 kW) z modułami mocy i osprzętem waha się od 46.039,15 zł brutto do 69.058,72 zł brutto, na zestawie akumulatorów Leoch LHR 12430W 12V 100Ah z zestawem stelaży bateryjnych, rozłączników, kabli i osprzętem waha się od brutto 31.197,97 zł do 46.796,95 zł, zaś na systemie monitorowania baterii akumulatorów AG-BBMCCell z osprzętem od brutto 9.919,21 zł do 14.878,82 zł. Ponadto, w tabeli przedstawił kalkulację oferty, wskazując na 6 pozycji kosztowych i kwoty kosztów, tj:

- 1)UPS Agpower ETX HML 300, wersja ETX HML 300/200 ( 200 kVA/200 kW) z modułami mocy i osprzętem zgodnie z SWZ i załącznikami do SWZ – wartość netto z marżą 187.151,00 zł;
- 2)Zestaw akumulatorów Leoch LHR 12430W 12V 100Ah z zestawem stelaży bateryjnych, rozłączników, kabli i osprzętem zgodnie z SWZ i załącznikami do SWZ – wartość netto z marżą 126.821,00 zł;
- 3)System monitorowania baterii akumulatorów AG-BBMCCell z osprzętem zgodnie z SWZ i załącznikami do SWZ - wartość netto z marżą 40.322,00 zł;
- 4)Koszty dojazdów oraz wykonania przeglądów gwarancyjnych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SWZ i załącznikach do SWZ ,pozostałe koszty eksploatacyjne – wartość netto z marżą 21.090,64 zł;
- 5)Koszty demontażu istniejącego systemu zasilania gwarantowanego oraz jego transport we wskazane miejsce, koszty dostawy, montażu, podłączenia, uruchomienia proponowanego systemu wraz z przeprowadzeniem szkolenia zgodnie z SWZ i załącznikami do SWZ; koszty wykonania wszystkich wymaganych prób, pomiarów wartości elektrycznych, pomiarów akumulatorów, testy z wykorzystaniem własnej obciążnicy zgodnie z zapisami SWZ i załącznikami do SWZ, modernizacja BMS zgodnie z zapisami SWZ i załącznikami do SWZ – wartość netto z marżą 26.560,08 zł;

6) Pozostałe koszty związane z realizacją zamówienia, przygotowanie opisu technicznego, dokumentacji wymaganej po zakończeniu prac, koszty materiałów pomocniczych itp. – wartość netto z marżą 6.400,00 zł.

Przystępujący zaznaczył ponadto, że powyższa kalkulacja zawiera wszystkie koszty konieczne do realizacji w/w przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w dokumentacji niniejszego postępowania, zaś poziom marż został ustalony na średnim poziomie ok 20%.

Wezwane do Przystępującego zostało ponowione dnia 13 marca 2024 r. ze wskazaniem, że „W wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych w dniu 08.03.2024 r. Wykonawca wskazał m.in., że jest w stanie zrealizować zamówienie zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy, zabezpieczenia społecznego i ochrony środowiska oraz przepisów dot. kosztów pracy. Wskazał także, że jest generalnym dystrybutorem zasilaczy UPS marki Agpower wraz z systemem monitoringu baterii AG-BBMCCell oraz baterii marki Leoch na rynek polski. Wykonawca przedstawił szczegółową kalkulację oferty w formie tabelarycznej, w której wskazał sumy poszczególnych elementów składających się na cenę złożonej oferty. W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie/wskazanie, w którym miejscu zawarte zostały informacje określające koszty pracy lub zawarte zostały koszty pracy oraz wyjaśnienie na podstawie jakich informacji Wykonawca potwierdza swoją pozycję jako generalny dystrybutor zasilaczy UPS marki Agpower wraz z systemem monitoringu baterii AG-BBMCCell oraz baterii marki Leoch na rynek polski (wraz z ewentualnym przedstawieniem dokumentów potwierdzających ten fakt) potwierdzając, że jest w stanie zrealizować zamówienie po cenach przedstawionych w ofercie oraz wyjaśnieniach udzielonych w dniu 8 marca 2024 r.”

W odpowiedzi z dnia 17 marca 2024 r., AG IT wyjaśnił, iż będąc generalnym dystrybutorem zasilaczy UPS ww. marek posiada autoryzacje tych producentów, na potwierdzenie czego załączył stosowne dokumenty. W odniesieniu zaś do informacji odnoszącej się do kosztów pracy, AG IT wyjaśnił, iż wszystkie koszty pracy, tj. wszelkie prace konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SWZ zostały skalkulowane w poz. 5 oraz 6 tabeli, zaś koszty pracy koniecznej do przeprowadzenia przeglądów gwarancyjnych określonych w SWZ zostały skalkulowane w poz. 4 tabeli.

Dnia 20 marca 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu usług (Załącznik G do SWZ). W odpowiedzi, wykonawca AG IT przedstawił Załącznik G do SWZ, w którym powołał się m.in. na usługi wykonane na rzecz ELEKTROMEKS Sp. z o.o. w Lublinie o przedmiocie: Dostawa uruchomienie systemu zasilania gwarantowanego o mocy maks. 300 kW z zestawem baterii, z datą zamówienia wskazaną jako „Marzec 2024” oraz załączył referencje wystawione przez ELEKTROMEKS Sp. z o.o. dnia 11 marca 2024 r., w treści których Spółka ta wskazała na termin realizacji: marzec 2024 r. oraz fakt, że zamówienie zostało zrealizowane z należytą starannością przez AG IT i z zachowaniem określonym w zamówieniu terminów.

W dniu 4 kwietnia 2024 r. Odwołujący złożył do Zamawiającego wniosek o unieważnienie czynności wyboru wykonawcy AG IT z dnia 27 marca 2024 r., gdyż jego zdaniem czynnością tą Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. art. 224 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AG IT mimo, że wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny nie przedstawił dowodów na realność swojej ceny, oraz nie przedstawił kalkulacji w zakresie kosztów pracy mimo, że był do tego wzywany, zaś poprzez ponowne wezwanie do wyjaśnienia ceny naruszył zasadę uczciwej konkurencji stawiając na uprzywilejowanej pozycji wykonawcę AG IT. Ponadto, Odwołujący wskazał, że wykonawca AG IT nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu z pkt 10.1.4.1 SWZ.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2024 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej – bez wskazania przyczyn. Tego samego dnia, Zamawiający skierował do AG IT wezwanie do wyjaśnienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, na podstawie art. 128 ust. 4 i ust. 1 PZP, wskazując, że: „Z załączonego przez Wykonawcę wykazu wynika, iż doświadczenie na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 10.1.4.1 SWZ, zdobyte podczas realizacji dostawy dla ELEKTROMEKS Sp. z o.o., zostało zrealizowane w miesiącu marcu br.”, w związku z czym Zamawiający wezwał wykonawcę AG IT do złożenia wyjaśnień i wykazania, że ww. dostawa dla ELEKTROMEKS Sp. z o.o. została zrealizowana - w zakresie wymaganym przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu - najpóźniej na dzień składania ofert tj. 27 lutego 2024 r., zaś gdyby wykonawca nie był w stanie wykazać powyższego, do uzupełnienia wykazu usług o jedną, nową, zrealizowaną dostawę, potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 10.1.4. SWZ najpóźniej na dzień składania ofert.

W odpowiedzi z dnia 22 kwietnia 2024 r. Przystępujący wskazał, że poprzednie referencje były wystawione błędnie i załączył według niego prawidłowy dokument, tj. dokument referencji wystawiony przez ELEKTROMEKS dnia 11 lutego 2024 r., w których jako termin realizacji wskazano: luty 2024 r.

Dnia 25 kwietnia 2024 r., Zamawiający wezwał Przystępującego, w oparciu o art. 128 ust. 4 PZP do złożenia wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych, tj. referencji ELEKTROMEKS, z których nie wynika jasno, że zamówienie zostało zrealizowane na dzień składania ofert tj. na 27 lutego 2024 r. Tego samego dnia, Przystępujący odpowiedział, że spełnia warunki Zamawiającego zawarte w SWZ dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Wyjaśnił, iż przedmiot zamówienia zgodnie z referencjami z ELEKTROMEKS Sp. z o.o. został zrealizowany 9 lutego 2024 r., a zatem spełniony

został wymóg, aby zamówienie zostało zrealizowane najpóźniej na dzień składania ofert tj. na 27 lutego 2024 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego, na fakty tam powołane:

1) dokumentację przekazaną przez Zamawiającego w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, która wpłynęła do akt sprawy w dniu 11 czerwca 2024 r., uzupełnioną dnia 17 czerwca 2024 r., w szczególności:

- Ogłoszenie o zamówieniu,
- SWZ wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami,
- Oferty wykonawców,
- Zgłoszenia i listy obecności na wizji lokalnej,
- wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych wraz z odpowiedziami AG IT,
- Informacja z otwarcia ofert,
- Zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 27 marca 2024 r.
- Zawiadomienie z dnia 16 kwietnia 2024 r. o unieważnieniu wyboru oferty,
- Dwa wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
- Zawiadomienie o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty z 23 maja 2024 r.,
- Wnioski o udostępnienie dokumentów,
- Protokół postępowania.

2) Dowód złożony przez Zamawiającego na rozprawie, tj. wyjaśnienia Przystępującego z dnia 7 marca 2024 r.

Izba odmówiła przeprowadzenia wnioskowanego przez Odwołującego dowodu w postaci opinii Regionalnego Kierownika Serwisu Odwołującego w zakresie braku rentowności oferty AG IT Project Sp. z o.o. z dnia 14 czerwca 2024 r., ponieważ przedmiotem dowodu nie jest fakt mający dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie, skoro twierdzenia zawarte w opinii wykraczają poza zakres odwołania. W odwołaniu nie przywołano okoliczności faktycznych przemawiających za możliwością uznania, że oferta AG IT jest nierentowna, toteż Izba nie może rozpatrzyć merytorycznie tak skonstruowanego nowego zarzutu, przeprowadzać w tym zakresie dowodu i orzekać. W odwołaniu brak jest przywołania okoliczności faktycznych i argumentów mających przemawiać za tym, że zdaniem Odwołującego oferta AG IT powinna zostać uznana za zawierającą rażąco niską cenę. Odwołujący kwestionuje w odwołaniu ocenę wyjaśnień AG IT dokonaną przez Zamawiającego, koncentrując się na uznaniu, że oferta podlega odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem – ze względu na wadliwą ocenę wyjaśnień wykonawcy AG IT.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie nie podlegało uwzględnieniu przede wszystkim z racji braku wystarczającego i przekonującego uzasadnienia. Należy pamiętać, iż w świetle art. 555 PZP, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jakkolwiek, Odwołujący sformułował zarzuty odwołania poprzez wskazanie przepisów, które jego zdaniem Zamawiający naruszył w drodze podjętych działań i zaniechań, to jednak nie powiązał ich z konkretnymi okolicznościami faktycznymi oraz argumentami w taki sposób, by Izba była w stanie rozpatrzyć je i uwzględnić odwołanie.

W orzecznictwie Izby jednolite jest stanowisko, iż jeżeli okoliczności faktyczne, z których odwołujący wywodzi skutki prawne nie zostaną zawarte w odwołaniu, nie zostaną uwzględnione przez Izbę ze względu na ww. regulację art. 555 PZP, nawet jeśli zostaną przywołane później w toku postępowania, np. na rozprawie, czy też w piśmie procesowym (wyr. KIO z 22 marca 2023 r., sygn. KIO 651/23; wyr. KIO z 4 maja 2023 r., sygn. KIO 1108/23). Tym samym, odwołujący zobowiązany jest do skonkretyzowania zarzutów już w odwołaniu, tj. wskazania nie tylko ich podstawy prawnej, ale przede wszystkim faktycznej, która to wyznacza zakres rozpoznania odwołania (wyr. z 22 lutego 2023 r., sygn. KIO 346/23).

Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 9 i 10 PZP, odwołanie zawiera żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Jakkolwiek, Izba nie jest związana żądaniami co do sposobu rozstrzygnięcia, to jednak, uwzględniając ww. wymagania co do treści uzasadnienia, Izba stwierdziła, iż w treści odwołania brak było wskazania na konkretne zarzuty – wynikające z okoliczności faktycznych – kierowane pod adresem czynności Zamawiającego polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego i zaniechaniu jej odrzucenia, ewentualnie zaniechaniu wezwania Przystępującego do uzupełnienia wykazu. Odwołanie zawiera wyłącznie ogólnikowe stwierdzenia, że: ocena oferty i udzielonych przez AG IT wyjaśnień była błędna, że Zamawiający w sposób niedopuszczalny ponownie wzywał AG IT do udzielenia wyjaśnień w zakresie zaferowanej ceny oraz w zakresie referencji ELEKTROMEKS Sp. z o.o., że AG IT nie sprostął ciężarowi obowiązku wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, gdyż jego wyjaśnienia miały charakter lakoniczny i nie potwierdzały realności ceny ofertowej oraz były spóźnione, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem z jego wyjaśnień i referencji załączonych do wykazu nie wynika, że zamówienie zostało zrealizowane na dzień składania ofert, tj. 27 lutego 2024 r. oraz dlatego, że

nie przedłożył on wykazu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 10.1.4.1. SWZ

Biorąc pod uwagę tak określoną granicę rozpoznania sprawy, Izba stwierdziła, co następuje.

Ocena oferty i udzielonych przez AG IT wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego – zdaniem Izby – nie była błędna, a bynajmniej Odwołujący tego nie wykazał. Odwołujący nie przedstawił argumentacji w tym zakresie. Za taką nie można uznać, przedstawionego przez Odwołującego dowodu w postaci opinii z dnia 14 czerwca 2024 r. sporządzonej przez umocowanego w sprawie pełnomocnika Odwołującego Rafała Siedlara, pracownika Odwołującego. Twierdzenia te, jako podniesione dopiero na rozprawie należy odczytać jako spóźnione (art. 555 PZP).

W odwołaniu brak jest jakichkolwiek argumentów co do uznania, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny, a tym bardziej brak jest przywołania okoliczności faktycznych mających świadczyć o tym, że oferta Przystępującego jest nierentowna. Brak jest przywołania jakichkolwiek okoliczności faktycznych to potwierdzających, poza wskazaniem, że Przystępujący nie przedstawił kalkulacji w zakresie kosztów pracy, podczas gdy z wyjaśnień AG IT z dnia 17 marca 2024 r. wynika, że taka kalkulacja została zawarta w poz. 5 i 6 tabeli przedstawionej w wyjaśnieniach z 7 marca 2024 r.

Nadto, jak słusznie zauważył Zamawiający i Przystępujący, przedstawienie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny ilości roboczogodzin nie jest obowiązkiem każdego wykonawcy – gdyby tak było, wówczas obowiązek ten wynikałby wprost z przepisów. Tymczasem, art. 224 ust. 4 PZP obligatoryjnie wymaga wyjaśnień w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy i zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego – tylko w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z dostawą. Żądanie wyjaśnień w tym zakresie było zatem fakultatywne. Zamawiający mógł więc poprzestać na oświadczeniu Przystępującego, iż wyliczenia kosztów pracy zostały uwzględnione w danej pozycji kalkulacji, o ile wyjaśnienia te są wystarczające do uznania, że zaoferowana cena nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami. Zwłaszcza, że w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający nie żądał zatrudnienia osób w oparciu o umowę o pracę. Jednak, nawet gdyby uznać, iż cena Przystępującego jest nierealna, gdyż nie uwzględniła ona kosztów osobowych, to i tak Odwołujący nie wskazał na żadne argumenty, które by ten fakt potwierdzały. W szczególności nie uprawdopodobnił choćby, że koszty osobowe, wbrew wyjaśnieniom AG IT nie zostały zawarte w kalkulacji. Odwołujący zanegował wartość wyjaśnień Przystępującego, wskazując ogólnie, że Przystępujący nie dołączył do niej dowodów potwierdzających argumentację wskazaną w wyjaśnieniach, niemniej nie wskazał, jaki miało to wpływ na treść wyjaśnień oraz możliwość uznania przez Zamawiającego, że cała cena zaoferowana przez AG IT jest nierealna, tj. powinna być uznana za rażąco niską cenę. Rację ma Zamawiający i Przystępujący wskazując, iż w istocie Odwołujący na rozprawie w sposób niedopuszczalny rozszerzył zarzuty i próbował uzupełnić odwołanie poprzez wskazanie na merytoryczne zarzuty. W efekcie, Izba stwierdziła, że brak jest argumentów do uznania, iż – jak twierdzi Odwołujący – wykonawca AG IT nie sprostął ciężarowi obowiązku wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, gdyż jego wyjaśnienia miały charakter lakoniczny i nie potwierdzały realności ceny ofertowej oraz były spóźnione. Jak już wskazano, Odwołujący nie zawarł w odwołaniu uzasadnienia w tym zakresie. W efekcie, w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i ust. 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP – brak było bowiem podstaw do odrzucenia oferty AG IT z uwagi na to, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, a bynajmniej Odwołujący tego nie wykazał. Podkreślić należy, iż jakkolwiek ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 224 ust. 5 PZP) spoczywa na wykonawcy wezwanym do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Podobnie, w postępowaniu odwoławczym – ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 537 pkt 1 PZP). Nie oznacza to jednak, że po stronie odwołującego nie istnieją żadne obowiązki dowodowe i wystarczy, że podniesie on wyłącznie zarzut rażąco niskiej ceny. Wskazany ciężar dowodu obciążający wykonawcę, który złożył ofertę, nie zwalnia odwołującego od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności będących podstawą zarzutu (art. 534 ust. 1 PZP). Wynika stąd, że wykonawca, który złożył ofertą ma udowodnić, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny – w sytuacji, gdy odwołujący wskaże na dowody dla stwierdzenia, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę. Jeżeli odwołujący nie podejmie próby udowodnienia faktów, z których wywodzi skutki prawne, to odwołanie podlega oddaleniu, zaś wówczas nawet bierna postawa przystępującego może temu nie zapobiec. „Przepis art. 537 ww. ustawy nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i kwestionować wyłącznie formalny aspekt procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny bez merytorycznego wykazania zasadności swoich twierdzeń i przerzucić na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodowy.” (wyr. z 28 września 2022 r., sygn. KIO 2382/22; tak też wyr. z 8 września 2022 r., sygn. KIO 2203/22; wyr. z 17 czerwca 2022 r., sygn. KIO 1412/22). Ciężarowi temu Odwołujący nie podolał.

W ocenie Izby, Zamawiający również zgodnie z przepisami ustawy, ponownie wezwał AG IT do udzielenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny oraz w zakresie referencji ELEKTROMEKS Sp. z o.o. Zamawiający miał prawo, a wręcz

obowiązek należytego wyjaśnienia kwestii istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie AG IT w oparciu o art. 224 ust. 1 PZP, a w tym kontekście zwrócenia się ponownie o wyjaśnienia w kwestiach niejasnych, wynikających z udzielonych na pierwsze wezwanie wyjaśnień. Zamawiający nie mógłby się zwrócić o wyjaśnienia, w sytuacji gdyby pierwsze wezwanie zawierało braki niepozwalające na uzasadnienie podanej ceny lub wprost wskazywało na fakt, że cena jest nieuzasadniona, tzn. wówczas gdyby te wyjaśnienia nie odpowiadały na wezwanie. Zamawiający nie mógłby wówczas w ten sposób „ratować” oferty. Natomiast, gdy wykonawca odpowiada na wezwanie Zamawiającego w należyty, wyczerpujący sposób, przy czym w tych wyjaśnieniach pojawia się kwestia niejasna, to Zamawiający ma prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w tym zakresie. Nie można uznać, iż odpowiedź AG IT na wezwanie do wyjaśnień miała lakoniczny charakter, skoro składała się na nią choćby kalkulacja ceny oferty ze wskazaniem na uwzględnione koszty. Niewątpliwie zatem wykonawca AG IT podjął starania celem wyjaśnienia kwestii ceny ofertowej oraz jej składników, niemniej w związku z tym wyjaśnieniami u Zamawiającego zrodziły się kolejne wątpliwości. „Przepisy p.z.p. nie regulują, ile razy zamawiający może zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p. Co do zasady brak jest wyraźnego zakazu kilkukrotnego wezwania, stąd też zamawiający powinien każdorazowo kwestię tę rozstrzygnąć w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba w toku orzekania porówna podważane czynności zamawiającego celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć we wzorzec konieczność ustalenia – czy w danym stanie rzeczy należyście działający zamawiający prawidłowo i wyczerpująco przeprowadził postępowanie weryfikujące cenę, i dopiero po ustaleniu, że postępowanie wyjaśniające było pełne, można oceniać czy analizowana cena jest rażąco niska.” (wyr. z 4 lipca 2023 r., sygn. KIO 1738/24). Wobec powyższego, Zamawiający naraziłby się na zarzut gdyby nie dopytał wykonawcy AG IT o kwestie, które nie wynikały wprost z pierwszych wyjaśnień, zaś wbrew twierdzeniom odwołania – nie działał wbrew ustawie wyczerpująco weryfikując cenę. Podobnie, w przypadku wezwania do wyjaśnień w oparciu o art. 128 ust. 4 PZP brak jest zasady jednokrotności wezwania, jak w przypadku art. 128 ust. 1 PZP. Zamawiający był zatem uprawniony do wyczerpującego wyjaśnienia wątpliwości związanych z wykazem usług i referencjami ELEKTROMEKS.

Izba uznała również, iż wykonawca AG IT wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, bowiem z wyjaśnień i referencji złożonych przez tego wykonawcę wynika, że zamówienie zostało zrealizowane na dzień składania ofert, tj. 27 lutego 2024 r. Nadto, wykonawca ten złożył w przewidzianym terminie właściwe podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca AG IT nie był zobowiązany do przedłożenia nowego wykazu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 10.1.4.1. SWZ, skoro w wyjaśnieniach oświadczył, że błędnie wskazał datę zamówienia, która powinna być wskazana jako 9 lutego 2024 r. Wobec tego, żądanie złożenia przez Odwołującego poprawionego wykazu usług byłoby w tym wypadku nadmiernym formalizmem. Należy pamiętać, iż zgodnie z art. 16 pkt 3 PZP, zamawiający przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny. Oznacza to, że powinien podejmować działania adekwatne do osiągnięcia celu, jakim jest udzielenie zamówienia. W orzecznictwie Izby podnosi się, że zasada ta chroni wykonawców przed skrajnym formalizmem ze strony zamawiającego (zob. wyr. z 12 września 2023 r., sygn. KIO 2527/23). Skoro wykaz jest oświadczeniem własnym wykonawcy, to jego poprawienie w drodze wyjaśnień jest wystarczającym sposobem wykonania wezwania Zamawiającego. Wykonawca może zatem poprawić lub uzupełnić wykaz w drodze wyjaśnień, składając oświadczenie własne lub poprzez złożenie nowego poprawionego wykazu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, już z samych złożonych referencji ELEKTROMEKS Sp. z o.o. – wystawionych dnia 11 lutego 2024 r. – wynikało, że na dzień składania ofert, tj. 27 lutego 2024 r. zamówienie było zrealizowane (ukończone), skoro w tej dacie Dyrektor Zarządzający ELEKTROMEKS Sp. z o.o. zaświadczył, że „Zamówienie zostało zrealizowane z należytą starannością i z zachowaniem określonych w zamówieniu terminów”. Skoro, AG IT wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 10.1.4.1 SWZ, wskutek powołania się na ww. usługę, to nie był zobowiązany do uzupełnienia wykazu o drugą dostawę – jak tego chce Odwołujący.

Tym samym, Zamawiający przeprowadził postępowanie w zgodzie, z wynikającymi z art. 16 pkt 1 i 2 PZP zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, skoro postępując zgodnie z przepisami ustawy wykonywał swoje prawa i obowiązki w postępowaniu dążąc do wyjaśnienia, czy oferta wykonawcy AG IT zawiera rażąco niską cenę oraz czy wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz z zasadą przejrzystości, skoro dążenie do należytego wyjaśnienia tych kwestii uwzględnia wynikającą z tej zasady konieczność weryfikacji złożonych ofert i spełnienia wymagań postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodnicząca: .....