

WYROK

Warszawa, dnia 16 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2024 r. przez odwołującego A+V Sp. z o.o. we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Politechnikę Wrocławską przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego SLX Sp. z o.o. w Komornikach

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego A+V Sp. z o.o. we Wrocławiu i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 23 250,00 zł (dwadzieścia trzy tysiące dwieście pięćdziesiąt złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego,

2.2. zasądza od odwołującego A+V Sp. z o.o. we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Politechniki Wrocławskiej kwotę 4 650,00 zł (cztery tysiące sześćset pięćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Politechnika Wrocławska Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Cyfryzacja sal dydaktycznych Politechniki Wrocławskiej”, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 listopada 2023 r, pod numerem 724803-2023, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na dostawę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 28 marca 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca A+V Sp. z o.o. ul. Sucha 2, 50-086 Wrocław, dalej zwany „odwołującym”. We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SLX pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę,
- 2.art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie oraz ze względu na to, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu,
- 3.art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty SLX.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert w tym odrzucenie oferty wykonawcy SLX Sp. z o.o. ul. Zakładowa 6, 62-052 Komorniki (dalej także jako „wykonawca SLX”) ze względu na nieudzielenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz brak obalenia tezy o wystąpieniu rażąco niskiej ceny w tej ofercie.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Do upływu terminu na składanie ofert w postępowaniu złożono dwie oferty: SLX z ceną 6.340.600,00 zł i odwołującego z ceną 7.080.690,57 zł. Kwota przeznaczona na realizację zamówienia to: 9.105 832,25 zł brutto. Ze względu na wysokość zaoferowanej ceny zamawiający zwrócił się w dniu 2 lutego 2024 do wykonawcy SLX z wnioskiem o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. W dniu 7 lutego 2024 wpłynęły do zamawiającego wyjaśnienia, które w większości zostały uznane przez wykonawcę za

tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające i w dniu 12 lutego 2024 wybrał ofertę wykonawcy SLX jako najkorzystniejszą. Na okoliczność wyboru oferty i zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny odwołujący wniósł odwołanie, w wyniku którego Izba, w wyroku z dnia 11 marca 2024r., sygnatura akt: KIO 591/24, nakazała odtajnienie całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz powtórzenie badania i oceny ofert. W dniu 19 marca 2024 roku zamawiający po raz wtóry dokonał wyboru oferty wykonawcy SLX jako najkorzystniejszej i udostępnił odwołującemu całość wyjaśnień dotyczących ceny udzielonych przez firmę SLX.

W ocenie odwołującego wykonawca SLX w treści swoich wyjaśnień w większości nie odniósł się do konkretnych żądań skierowanych przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 2 lutego 2024. Nie udzielono odpowiedzi na pytanie nr 1, pomimo że było ono napisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Wykonawca uchylił się od odpowiedzi na pytanie nr 2 - zamiast udzielenia wyjaśnień czy będzie prowadził jednocześnie prace przy minimum 4 pomieszczeniach podał informację iż: „Z wieloletniego doświadczenia wynika, że do montażu każdej typowej Sali wg wymagań Zamawiającego należy przewidzieć zespoły 2 osobowe (o różnych kwalifikacjach pracujących zamiennie) przez ok. 6 dni.”. Odpowiedź nie ma związku z zadaniem pytaniem. Nie udzielono wyjaśnień, bądź udzielono je w ograniczonym zakresie, ani nie przedstawiono wyliczenia ceny także w zakresie punktów 1)-8) ze str. 2 wezwania. W tym wykonawca potwierdził zastosowanie stawki wynagrodzenia przewyższającej minimalne wynagrodzenie za pracę jedynie w stosunku do pracowników wykonujących montaż w salach zamawiającego. Nie przedstawiono dowodów ani szczegółowych wyliczeń kosztów pracy.

Wykonawca SLX zignorował treść wezwania zamawiającego, kiedy zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego z dnia 19 grudnia 2022 r. sygn. akt: XXIII Zs 144/22, „Wyjaśnienia udzielane przez wykonawcę wezwanego przez zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP powinny być tego rodzaju, że eliminują wątpliwości dotyczące poprawności obliczenia ceny oferty wyrażone przez zamawiającego, w związku z tym podlegają ocenie również pod kątem adekwatności przekazywanych informacji do treści wezwania.” Także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nie pozostawia wątpliwości, jak powinien zachować się wykonawca po otrzymaniu wezwania od zamawiającego. W wyroku KIO z dnia 18 stycznia 2022 r. sygn. akt: KIO 3750/21 Izba stwierdziła: „W ramach uwag ogólnych należy wskazać, że ocena wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę musi odbywać się, w kontekście wezwania zamawiającego – jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości. Jeżeli Zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie zakreślonym przez Zamawiającego.”.

Odwołujący dalej wskazał, że wykonawca SLX nie przedstawił kalkulacji kosztów dostawy urządzeń. Wartość urządzeń dostarczanych w ramach postępowania stanowi ponad 60% ceny oferty. Wykonawca SLX stwierdził w swoich wyjaśnieniach iż: „Całość urządzeń wstępnie przewidzianych w niniejszym postępowaniu wyceniono na łączną kwotę: 3 miliony 157 tys. 715 zł netto. Przy kształtowaniu oferty do wyceny urządzeń Wykonawca uwzględnił dodatkowo w swojej kalkulacji koszty pośrednie, ryzyko oraz właściwy zysk przyjmując do przedłożonej oferty koszty w kwocie: 3 mln 714 tys. 959 złotych netto.”. Nie dołączono przy tym żadnych dowodów, kalkulacji, nie określono wysokości zysku. Brak jest wyszczególnionej ilości urządzeń, materiałów instalacyjnych. Do wyjaśnień dołączono oferty cenowe na wiele różnych urządzeń, w tym również takich które nie będą dostarczane w ramach niniejszego postępowania. Wykonawca SLX w zastrzeżonej pierwotnie treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, rozdział IV, strona 1 i 2, wskazał wszystkich producentów i typy urządzeń które przyjął do kalkulacji ceny. Natomiast w dołączonym do wyjaśnień pliku „Tajemnica Przedsiębiorstwa Oferta 227800068(6).pdf” (oferta VIDIS) znajdujemy pozycje takie jak: AVer CAM550 (9 szt.) czy Monitor LG 75TR3DJ (30 szt.), które nie zostały wykazane w wyjaśnieniach i de facto, pomimo adnotacji na załączonej ofercie „Klient końcowy: Politechnika Wrocławska Cyfryzacja sal dydaktycznych Politechniki Wrocławskiej – 59 sal na różnych w Wrocław”, nie ma żadnej pewności i dowodów, że załączona oferta Vidis dotyczy przedmiotowego zamówienia.

Wykonawca nie dołożył należytej staranności aby wykazać zamawiającemu skąd wzięła się kwota 3.714.959 zł netto i czy obejmuje ona wszystkie wymagane urządzenia. Budzące niepokój jest również stwierdzenie, że w swojej ofercie wykonawca dobór urządzeń określił jako „wstępny”. Oznacza to, iż przewiduje możliwość zmian dostarczanych urządzeń na etapie wykonywania zamówienia. W naszej ocenie złożone cenniki i finalna wartość urządzeń nie są nawet wystarczające do przeprowadzenia samodzielnych wyliczeń ceny przez zamawiającego. Poza tym jak wskazano w wyroku KIO z dnia 28 października 2022 r. sygn. akt: KIO 2747/22 „zamawiający nie może zastępować wykonawcy w wykazywaniu, że cena jego oferty jest realna. To wykonawca ma udowodnić realność tej ceny, a nie zamawiający ma poszukiwać, czy domniemywać informacji w tym zakresie. Rolą zamawiającego jest wyłącznie ocena przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z ewentualnymi dowodami, a nie wyręczanie wykonawcy w wykazywaniu, że za podaną cenę można należyście wykonać zamówienie.”.

W przedmiocie rabatów od dostawców, firma SLX w swoich wyjaśnieniach powołuje się na rabaty Crestron i Extron. Na potwierdzenie uzyskania rabatów w firmie Crestron wykonawca złożył dokument o nazwie „Authorized Elite Partner Certificate”. Nie określa on jednak wysokości rabatów i został sporządzony w języku angielskim, bez

tłumaczenia na język polski - nie może być zatem uznany za dowód. Zupełne zdumienie budzi natomiast uzasadnianie możliwości zaniżenia ceny oferty rabatami od firmy Extron w sytuacji, gdy w przedmiotowym postępowaniu wykonawca SLX nie oferuje żadnych urządzeń tego producenta. Odnosnie pozostałych dostawców wykonawca nie wykazał wpływu rabatów na kształtowanie ceny oferty. Jako dowody składa wiadomości e-mail, w których wskazane są procentowe rabaty bez ujawnienia cen bazowych, w innych mowa jest z kolei o pojedynczych cenach netto produktów bez wykazania czy i jakim rabatem zostały objęte. W dołączonych arkuszach kalkulacyjnych ilości urządzeń zostały znacząco zaniżone w stosunku do przedmiotu zamówienia co stawia pod znakiem zapytania zamiar kompleksowego zrealizowania zamówienia. Odwołujący pragnie przy tym zwrócić uwagę na fakt, że dokonując zakupów sprzętu za kwoty przekraczające 3 mln złotych, każdy profesjonalny integrator systemów audio-video może liczyć na podobne, jeśli nie wyższe kwoty rabatów. Oczwistym jest, że przy takim wolumenie zamówienia nie stosuje się cen „sklepowych” (MSRP – Manufacturer Suggested Retail Price, czyli sugerowana przez producenta cena detaliczna). Uzyskiwane rabaty nie są zatem żadną szczególną okolicznością mającą wpływ na możliwość obniżenia ceny oferty.

Według odwołującego punkt dotyczący wymiany walut jest niezrozumiały, wykonawca SLX jego wpływ na cenę określa jako istotny, kiedy biorąc pod uwagę aktualne oraz historyczne kursy walut - euro i dolara amerykańskiego, nie ma możliwości uzyskania przewagi konkurencyjnej w oparciu o „politykę wymiany walut”. Obecne kursy walut są najniższe od 2020-2021 r. Oznacza to, że każdy zakup walut dokonany w okresie ostatnich 3 lat wpłynąłby znacząco na podwyższenie ceny oferty. Na dzień składania ofert kurs USD wynosił 4,02 zł zaś Euro kosztowało 4,36 zł. W przypadku Euro z nieznacznie niższym kursem mieliśmy do czynienia na początku 2020 r., zaś jeżeli chodzi o USD minimalnie niższy kurs był w roku 2021 r. Mowa tu jednak o różnicach rzędu kilkunastu groszy, które nie miałyby wpływu na cenę oferty. Aby uzyskać znaczące korzyści związane z wymianą walut wykonawca musiałby nabyć i od tego czasu przechowywać: USD w 2018 r. kiedy przez kilka tygodni obowiązywał kurs poniżej 3,50 zł oraz w 2011 r. dla Euro (chwilowe spadki kursu poniżej 4 zł). Okoliczności tych firma SLX nie udowodniła, choć nawet gdyby one wystąpiły, to koszt utraty odsetek od depozytu w złotówkach znacząco przewyższyłby korzyści z przechowywania równowartości 3 mln zł w walutach obcych.

Odwołujący dalej wskazał, że według oświadczenia wykonawcy SLX „spółka kontraktuje także dostawy części sprzętu z wyprzedzeniem na magazyn własny co pozwala na uzyskanie wyższej marży.”. Okoliczność ta nie została poparta żadnymi dowodami. Poza tym wykonawca nie wykazał w jaki sposób magazynowanie sprzętu pozwala na uzyskanie większej marży. Wobec spadających cen elektroniki, coraz niższych kursów walut gromadzenie zapasów sprzętu wiąże się raczej ze stratami niż dodatkowymi zyskami. Jest to kolejny przykład stosowania wyjaśnień, które zasadne mogły być kilka – kilkanaście lat temu.

W dalszej kolejności odwołujący podkreślił, że w treści wyjaśnień wykonawca zamieścił SLX zawarł oświadczenie o następującej treści: „Wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez SLX miało przede wszystkim posiadane przez nas doświadczenie w formach i sposobie prowadzenia postępowań na instalację urządzeń multimedialnych. Wyjaśnić należy, iż podstawą jest założenie wynikające z dotychczasowych doświadczeń, w tym przede wszystkim takiej organizacji czasu pracy wyspecjalizowanej kadry spółki, aby maksymalnie wykorzystać zaangażowanie poszczególnych pracowników, uwzględniając okresy, w których to jest wskazane i niezbędne.”. Odwołujący stoi na stanowisku, iż doświadczenie w zakresie organizacji pracy ma w postępowaniu minimalny wpływ na cenę oferty. Potwierdzeniem tego jest również dalsza część wyjaśnień firmy SLX, która stwierdza, że koszt pracy przy 59 salach szacują na kwotę 590 tysięcy zł, przy stawce godzinowej na poziomie 105 zł za godzinę. Kwota ta stanowi mniej niż 10% ostatecznej ceny oferty i nie ma szczególnej możliwości jej obniżenia dzięki doświadczeniu wykonawcy. Na przedstawioną okoliczność nie przedstawiono żadnych dowodów i kalkulacji. Stawki wynagrodzeń, jakie trzeba zapłacić poszczególnym pracownikom są podobne dla wszystkich wykonawców, natomiast organizacja pracy nie może doprowadzić do uzyskania oszczędności na poziomie setek tysięcy złotych. Ponownie wykonawca nie przedstawia na podniesioną okoliczność żadnych dowodów, nie dokonuje wyliczeń ani nawet nie wyjaśnia szczegółowo na czym polega jego przewaga.

Koszty pracy przy wykonaniu zamówienia w 59 salach oszacowano na 590 tysięcy zł. Zdaniem odwołującego nie wiadomo przy tym czy jest to kwota netto, czy brutto. Firma SLX w swoich wyjaśnieniach podnosi, że zamierza płacić pracownikom stawkę w wysokości 105 zł za godzinę, zamiast minimalnej 27,70 zł. Przy 96 osobo/roboczogodzinach na każdą salę dało to wynik w okolicach 10 tysięcy zł za każdą salę. Z wyjaśnień wynika, że wykonawca nie uwzględnił w kosztach pracy obciążeń pracodawcy na składki związane z ubezpieczeniem społecznym. Jeżeli bowiem stawkę 105 zł porównał do stawki 27,70 zł, która nie obejmuje tych składek to znaczy, że w kwocie 105 zł również ich nie uwzględnia. Ponadto wykonawca SLX nie uwzględnił czasu pracy, jaki należy poświęcić na pracę poza salami wykładowymi, tj. w ciągach komunikacyjnych, serwerowniach i innych pomieszczeniach. Zaniechano również podania kosztów wynagrodzeń projektantów, kierowników, koordynatorów, wykonawców raportów i serwisantów. Odwołujący przyjmuje, że dla tych pracowników kwoty wynagrodzeń znacząco przewyższają stawki monterów. Podane przez SLX koszty wynagrodzeń w żaden sposób nie uzasadniają zastosowania niższej ceny. Jedynie fakt nie uwzględnienia znacznego

zakresu prac w wycenie oferty może przemawiać na korzyść tego wykonawcy, zamawiający winien jednak odrzucić taką ofertę jako niespełniającą wymagań SWZ.

W opinii odwołującego, po analizie treści udzielonych wyjaśnień, wykonawca SLX w ogóle nie uwzględnił wycenie m.in.:

- a) kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy - 5% ceny oferty. Według stawek płaconych przez odwołującego koszt takiego zabezpieczenia to około 6-7 tysięcy złotych za cały okres obowiązywania gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- b) materiałów budowlanych, ich transportu, wnoszenia - farby, tynki, materiały do odtworzenia sufitów podwieszanych, materiały do odtworzenia posadzek;
- c) materiałów niezbędnych do napraw usterek krytycznych w ciągu 2 dni;
- d) kosztów serwisu gwarancyjnego - dojazdu serwisantów, demontaż i montaż uszkodzonych urządzeń;
- e) kosztów przeprowadzenia rocznych przeglądów gwarancyjnych;
- f) kosztów podłączenia i zużycia mediów. Zgodnie z § 10 ust.1 umowy: „Zamawiający nie zapewnia podłączenia mediów”.

Ponadto, mamy pozycje drastycznie niedoszacowane. Wykonawca SLX na kwotę 120 tys. zł netto oszacowała łącznie: projekt przyłączy IE, IT, aktualizacja warunków jeśli będą wymagane, projekty sieci Wi-Fi, raport dla sieci bezprzewodowej Wi-Fi – pomiary, wykonanie dokumentacji wykonawczej i odbiorowej, koordynacji branżowej, zarządzanie projektem, ubezpieczenie, kontener na śmieci i utylizacja odpadów.

Zgodnie z § 4 ust. 1 projektu umowy za prace projektowe wykonawcy przysługuje 1.5% całkowitego wynagrodzenia brutto. Oznacza to, że wykonawca SLX otrzymałby za nie ponad 77 tys. zł netto. Po odjęciu tej kwoty od 120 tys. zł pozostaje 43 tys. zł netto. Za tę kwotę wykonawca zamierza: zapewnić na okres do 8 miesięcy kierowników robót branżowych wymaganych § 4 ust. 1 projektu umowy i kierownika projektu, zawrzeć ubezpieczenie na kwotę równą cenie oferty - § 9 ust. 17 projektu umowy oraz opłacić kontenery i wywóz odpadów, w tym gruzu - § 9 ust. 27 projektu umowy. Już sama analiza kosztów pracy kierownika robót pokazuje, że kwota ta jest drastycznie niedoszacowana. Zgodnie z raportem serwisu wynagrodzenia.pl, czyli firmy Sedlak&Sedlak zajmującej się od ponad 30 lat doradztwem HR rynkowy zarobek w dolnej części mediany dla kierownika robót elektrycznych wynosi 8.470 zł miesięcznie brutto, co przy 8 miesiącach realizacji daje wynagrodzenie na poziomie przekraczającym 67.000 zł brutto, a to tylko jedna wykazana przez odwołującego pozycja kosztów zgrupowanych przez wykonawcę SLX.

Podsumowując, wykonawca SLX nie udzielił wyjaśnień na zapytania, które przesłał zamawiający. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny były nieadekwatne do treści wezwania. Na możliwość obniżenia ceny oferty miało wpływ wg wykonawcy SLX przede wszystkim jego doświadczenie. Za istotnie wpływające na cenę oferty uznano prowadzoną politykę wymiany walut. Firma SLX nie przedstawiła dowodów na poparcie swoich argumentów uzasadniających zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Nie przedstawiono szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania zamówienia. Nie wykazano jakiegokolwiek zysku, wykonawca poprzestał na zapewnieniach, że osiągnie zysk, pominięto wiele wymaganych przez SWZ, wzór umowy i OPZ istotnych pozycji kosztowych lub rażąco je zaniżono. Wykonawca w wyjaśnieniach skupił się na zapewnieniach o swoim doświadczeniu oraz potwierdzaniu zamiaru wykonania zamówienia.

Ponadto, zdaniem odwołującego treść wezwania zamawiającego była konkretna i zrozumiała. Zamawiający nie jest uprawniony w tej sytuacji do ponownego wzywania wykonawcy SLX do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co potwierdza m.in. wyrok KIO z dnia 30 września 2021 r. sygn. akt KIO 2644/21, gdzie Izba stwierdza: „zamawiający może ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, ale jedynie wtedy, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który wprawdzie udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość, lakoniczność lub wzajemną sprzeczność, w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka a nie inna cena oferty.”.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający oddalenie odwołania w całości – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 kwietnia 2024 r.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p., Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę SLX Sp. z o.o. ul. Zakładowa 6, 62-052 Komorniki (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej w dniu 10 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny, strony różniły się oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych – osią sporu była weryfikacja prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na ocenie złożonych przez przystępujących wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny z dnia 7 lutego 2024 r. wraz z dowodami. W ocenie odwołującego oferta przystępującego powinna zostać odrzucona, ponieważ zawiera rażąco niską cenę (art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.), przystępujący nie udzielił w wyznaczonym terminie wyjaśnień oraz ze względu na to, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (art. 224 ust. 6 p.z.p.), a w konsekwencji zamawiający dokonał nieprawidłowego wyboru oferty przystępującego (art. 239 ust. 1 p.z.p.), która powinna zostać odrzucona.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a zatem rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Dokonana przez skład orzekający kontrola czynności zamawiającego skutkowała stwierdzeniem, iż prawidłowo oceniono złożone przez przystępującego wyjaśnienia i dowody, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez odwołującego są bezzasadne i jako takie powinny zostać oddalone. Stanowisko o ogólnych wyjaśnieniach, bez udowodnienia realności zaoferowanej ceny nie znajduje oparcia w materiale procesowym. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny zawierają adekwatne odpowiedzi na wątpliwości zamawiającego, w tym wystarczająco odpowiadają na treść wezwania do złożenia wyjaśnień. Izba stwierdziła, że postępowanie wyjaśniające doprowadziło do wykazania, że przystępujący rzetelnie skalkulował cenę, w oparciu o indywidualne uwarunkowania, które zostały wykazane odpowiednimi środkami dowodowymi, wobec czego uczyniono zadość obowiązkowi określonemu w art. 224 ust. 5 p.z.p.

Na wstępie należy zaznaczyć, że odwołujący w sposób niezasadny uznał, że ciężar dowodowy przerzucony na wykonawcę, którego cena ofertowa jest kwestionowana, posiada charakter absolutny i wystarczającym jest samo zakwestionowanie poziomu ceny, tak jakby nie była ona szczegółowo wyjaśniana. Udzielając wyjaśnień przystępujący dostarczył już materiał dowodowy na poparcie swoich kalkulacji cenowych, a więc sprostął ciężarowi nałożonemu na niego przez przepisy prawa – w przypadku uznania tego materiału za prawidłowy nie sposób jest odnaleźć w regulacjach p.z.p. obowiązku dalszego dowodzenia okoliczności już dostatecznie wyjaśnionej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjmując koncepcję powstania domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny w wyniku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, należy stwierdzić, że domniemanie to zostało przez przystępującego obalone w wyniku złożenia szczegółowych wyjaśnień wraz z adekwatnym materiałem dowodowym.

Ponadto, pomimo że na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, czemu sprostano poprzez złożenie wyjaśnień z dowodami, to jednocześnie nie zwalnia to odwołującego z wykazania zasadności stawianych przez niego zarzutów (art. 516 ust. 1 pkt 7 i 10 p.z.p.). Aby bowiem skutecznie podważyć ocenę zamawiającego i wykazać naruszenie prawa, należałoby wskazać na błąd, jaki popełniła instytucja zamawiająca oceniając kalkulację przystępującego. Błąd ten musiałby być zauważalny, czyli możliwy do wyjaśnienia przez pryzmat zasad racjonalnej oceny, wówczas możliwe byłoby wykazanie, że starannie działający zamawiający oceniłby wyjaśnienia przystępującego (lub chociażby mógłby je ocenić) w sposób odmienny, niż zamawiający w postępowaniu objętym sporem. Tymczasem w rozpoznawanej sprawie żadne okoliczności – czy to wynikające z dokumentacji postępowania, czy wskazywane przez odwołującego – do takiej odmiennej oceny nie mogły doprowadzić. Odwołujący przedstawił własną, odmienną ocenę wyjaśnień przystępującego o charakterze polemiki z częścią czynników cenotwórczych podanych w wyjaśnieniach, bez faktycznego podważenia przedstawionych wyjaśnień i złożonych dowodów.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty ze względu za zaoferowanie rażąco niskiej ceny (naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.) nie może sprowadzać się do ogólnikowych twierdzeń, że cena konkurencji jest rażąco niska. Nic nie stało na przeszkodzie, aby odwołujący poparł swoje zapewnienia faktami, które by je potwierdziły. W tym zakresie odwołanie jest

merytorycznie puste, kiedy odwołujący także kalkulował swoją cenę, powinien zatem znać –choćaby w przybliżeniu, wartość składników cenowych, które w jego ocenie zaniżono. W odwołaniu nie padają żadne kwoty, nie wskazano nawet przybliżonych wartości, czy rzędu wielkości o jaki zdaniem strony cena przystępującego została zniżona. Nie podano także jaką prawidłową wysokość należy przyjąć dla poszczególnych składników cenowych, tak aby Izba mogła zweryfikować, a następnie przyjąć, że profesjonalista działający na tym rynku powinien liczyć dany składnik cenowy inaczej. Nie wystarczy bowiem stwierdzić, że cena oferty jest na pewno zniżona. Gołosłowne wskazanie, że odwołujący policzyłby cenę inaczej, bez wykazania uchwytnych i wymiernych podstaw poczynionych założeń, które uzasadniałyby, że wartości w kalkulacji przystępującego są zniżone, nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania. Ten istotny brak uniemożliwił Izbie szczegółową weryfikację podstaw postawienia zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w stosunku do oferty przystępującego, którego skuteczność jest zależna od wykazania na kanwie złożonych wyjaśnień, że cena jest nierealna, czy na innym błędzie, istotnej wadzie wyliczenia, które powodują, że cena oferty jest rażąco niska. Zatem nie było podstaw do stwierdzenia zasadności zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., co wymaga ustalenia – w sposób niebudzący wątpliwości – że oferta zawiera cenę rażąco niską, gdyż sankcja w postaci odrzucenia oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w tej normie. Przy tym podstawy odrzucenia oferty należy interpretować w sposób ścisły, co wymaga jednoznacznego i klarownego ustalenia, że zaoferowana przez wykonawcę cena oferty nie pozwala na należytą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego; jest nierealna, nieekwiwalentna, czego w rozpoznawanym odwołaniu zabrakło.

Natomiast okoliczność, że odwołujący zaproponował cenę wyższą w żaden sposób nie dowodzi, że cena przystępującego jest rażąco niska. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 grudnia 2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 116/21, XXIII Zs 121/21, „Błędne jest zatem przyjmowanie, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską. Sąd rozpoznający niniejszą skargę aprobe przy tym stanowisko Sądu Okręgowego w Katowicach wyrażone w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (XIX Ga 175/10) w którym stwierdzono, że „dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej” , a nie ceny „niskiej”. Te dwa pojęcia nie są tożsame.”.

Dalej Izba wskazuje, że ponieważ przystępujący obszernie i rzeczowo wykazał zasadność dokonanych kalkulacji, które poparto właściwym materiałem dowodowym, a odwołujący ograniczył się nawet nie do twierdzeń, a wyrażenia swojego przekonania o zniżeniu kalkulacji, nie było żadnych podstaw, aby te wiarygodne wyjaśnienia ceny zakwestionować. Innymi słowy, w ramach podnoszenia zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 p.z.p. nie wystarczy samo postulowanie, że zdaniem odwołującego przystępujący powinien wyjaśnić więcej, bardziej szczegółowo opisać niektóre składniki cenowe, czy pokazać szersze wyliczenia. Polemika z wybranymi czynnikami obniżającymi cenę, bez faktycznego podważenia szczegółowych wyjaśnień i dowodów, niejednokrotnie z pominięciem ich treści, nie wystarczy, aby podważyć ocenę zamawiającego o prawidłowo wyjaśnionej cenie. Odwołujący pomylił podnoszenie twierdzeń z ich wykazywaniem, nie podjęto próby przedstawienia dowodów, które pozwoliłyby na odniesienie się i ocenę tego stanowiska.

W szczególności, że zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 p.z.p. został w odwołaniu skonstruowany w ten sposób, że zamiast wskazania konkretnych wad wyjaśnień przystępujących przyjęto strategię spekulacyjnego kwestionowania miernika staranności zamawiającego przy ocenie wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. W istocie więc zarzut nie zawiera odniesienia się do mankamentów czynności zamawiającego, a hipotetyczną narrację artykułującą przekonanie odwołującego jak czynność tą można byłoby przeprowadzić w jego ocenie lepiej, w sposób bardziej kompletny, co można byłoby wyjaśnić bardziej, czy jaki standard oceny zastosować wobec jego konkurencji. Wyjaśniając wadliwość tego rozumowania polegającą na przekonaniu, że wystarczające jest zakwestionowanie standardu wedle jakiego wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny zostały ocenione przez zamawiającego, można odwołać się do postawienia w postępowaniu cywilnym zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c., gdzie strona podnosi, że materiał zebrany w postępowaniu powinien być oceniony inaczej. Chociaż zamawiający oceniając wyjaśnienia i dowody dotyczące wyliczenia ceny nie kieruje się regułami k.p.c., to jednak istnieją pewne uniwersalne standardy, zgodnie z którymi taki materiał powinien zostać oceniony na gruncie polskiego systemu prawnego. Posiłkowo dla ich rekonstrukcji można wskazać na ogólne zasady prawa cywilnego i postawić tezę, że prawidłowa czynność oceny wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny powinna opierać się na rozsądnym, logicznym procesie formułowania przekonań w oparciu o to, co z tego materiału wynika.

Jeżeli zamawiający w sposób wszechstronny, weryfikowalny i zgodny z zasadami logicznego rozumowania ocenił wyjaśnienia ceny i złożone wraz z nimi dowody, to nie wystarczy przedstawienie przez odwołującego własnej, konkurencyjnej oceny wyjaśnień, w szczególności sprowadzającej się próby nałożenia na przystępującego wyższego standardu staranności – niezależnie od tego, co zostało wyjaśnione i udowodnione. Nie można bowiem nie zwrócić

uwagi, że odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 p.z.p. wyjaśnień w istocie przyjął taktykę procesową sprowadzającą się do podnoszenia, że daną okoliczność należy opisać bardziej szczegółowo, że wskazany czynnik cenotwórczy trzeba wyjaśnić szerzej, bez znaczenia co w wyjaśnieniach wskazano (niezależnie, jak ocena została dokonana, to poprzeczkę należało postawić wyżej) i czego żądano w treści wezwania do złożenia wyjaśnień. Zdaniem odwołującego zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia wyliczenia ceny powinien żądać wyjaśnień szerszych, odnoszących się bardziej wnikliwie do każdej z okoliczności, a te uznać za zbyt ogólne i niepełne.

W praktyce może dojść do sytuacji, kiedy złożone wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny należy uznać za abstrakcyjne czy nierzeczowe i wystarczy wykazanie, że zamawiający dokonał wadliwej czynności, ponieważ lapidarność wyjaśnień nie pozwala na uznanie ceny za realną – wówczas już na bazie istniejącego w aktach postępowania materiału dowodowego możliwe jest poczynienie takiego wniosku, a prawidłowo skonstruowane zarzuty wykazują, w oparciu o ten materiał, że zamawiający ocenił go nielogicznie, niezgodnie z doświadczeniem życiowym, wbrew ogólnej wiedzy o funkcjonowaniu rynku i wyciągnął z określonych faktów wnioski, które z nich nie wynikają. Wówczas postawienie konkretnych zarzutów (co zostało ocenione, na podstawie czego i dlaczego ta ocena jest wadliwa) może być w postępowaniu przed Izbą wystarczające. Jednakże z taką sytuacją nie mamy do czynienia w zakresie wyjaśnień złożonych przez przystępującego. W ustalonym stanie rzeczy nie wystarczy podnieść, że zamawiający powinien ocenić wyjaśnienia bardziej surowo, żądając spełnienia standardu „wyższej poprzeczki”, a należało wykazać, że instytucja zamawiająca powinna ocenić wyjaśnienia przystępującego inaczej. Mając na uwadze brzmienie ocenianych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego, nie wystarczy samo przekonanie odwołującego, że odmiennie oceniłby wyjaśnienia swojej konkurencji niż zamawiający i żądałby wyższego standardu, niezależnie, że przystępujący w sposób prawidłowy i wyczerpujący wykazał realny charakter zaoferowanej ceny.

Fakt, iż złożone wyjaśnienia nie odpowiadają standardom, jakie narzuca odwołujący innym wykonawcom, nie może automatycznie stanowić podstawy do stwierdzenia, że ceny przystępującego są rażąco niskie. Charakterystyczne i dedykowane okoliczności dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia są zindywidualizowane dla każdego wykonawcy i nie ma jednego, uniwersalnego wzorca – czy to w zakresie kalkulacji ceny ofertowej, czy też w zakresie treści składanych wyjaśnień. W ocenie Izby przedłożone przez przystępującego wyjaśnienia wystarczająco potwierdzają, że zaoferowana cena pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zrealizowany został cel, na jaki zostały one przedłożone. Dobitnie pokazuje to dokument pt. analiza kosztów szacowanych, który został złożony przez zamawiającego, w którym zamawiający pokazał, w jaki sposób na podstawie treści przedmiotowych wyjaśnień, doszedł do przekonania, że cena przystępującego jest realna. Zamawiający w oparciu o brzmienie wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny dotyczących poszczególnych składników cenowych przystępującego zweryfikował realność tych kosztów. Z tabeli jednoznacznie wynika, że w wyjaśnieniach zawarto wszelkie wymagane koszty w korelacji z przedmiotem zamówienia, w rozbiciu na poszczególne standardy, co ostatecznie sumuje się do wysokości ceny. O ile samo tabelaryczne zestawienie wykonał zamawiający (podstawił do właściwych wymagań OPZ elementy wskazane przez przystępującego w wyjaśnieniach ceny, czyli jest odpowiedzialny za wybór sposobu przedstawienia tych danych), to wszystkie dane źródłowe pobrano z udzielonych wyjaśnień (w wyjaśnieniach zawarto wszystkie materialne aspekty ceny skorelowane z przedmiotem zamówienia, czego wymaga ustawa p.z.p.). Nie ma zatem żadnych uzasadnionych podstaw, aby przyjąć, że czegoś w wyjaśnieniach zabrakło, że jakiś składnik został zbyt ogólnie wykazany, skoro zamawiający w toku badania i oceny oferty, na podstawie ocenianych wyjaśnień, był w stanie szczegółowo zweryfikować poziom zaoferowanej ceny rozstrzygając czy jest ona realna, czy zaniżona. Treść przedmiotowych wyjaśnień wraz z dowodami przekonuje więc, że właściwie zrealizowano cel przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego sposobu kalkulacji ceny. Innymi słowy, o ile sposób przedstawienia danych przez przystępującego ostatecznie mógłby być bardziej klarowny dla przeciętnego odbiorcy, to decydująca jest merytoryczna zawartość tych wyjaśnień, której sposób przedstawienia nie stanowił problemu dla zamawiającego, który jest podmiotem profesjonalnym. Trudno uznać za uzasadniony zarzut niewykazania realności ceny, kiedy problematyczna nie wydaje się treść wyjaśnień, a za mało zdaniem strony uporządkowany sposób ich prezentacji, kiedy dla zamawiającego ich treść była jednoznaczna i całkowicie weryfikowalna dla wykazania realności ceny za przedmiot zamówienia, co wykazuje tabela sporządzona przez zamawiającego.

Przechodząc do szczegółowego omówienia brzmienia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego, skład orzekający stwierdził, że złożono kompletne wyjaśnienia opisowe, w których wskazano indywidualne okoliczności pozwalające na zaoferowanie korzystnej ceny oraz odniesiono się do poszczególnych składników cenowych, które składają się na należyłą realizację przedmiotu zamówienia. Przedstawienie właściwych dla przystępujących warunków realizacji zamówienia, w korelacji ze wskazanymi tam czynnikami wpływającymi i składającymi się na cenę, jest całkowicie wystarczające dla dokonania ich weryfikacji i powiązania z poziomem zaoferowanej w ofertach ceny. Opisane okoliczności kalkulacji ceny poparto adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami. Pokazano, że uwzględniono wszystkie wymagania dokumentacji postępowania i czynniki cenowe składające się na cenę oferty (por. też ww. analiza kosztów).

Powyższe pozwala na prześledzenie i zweryfikowanie sposobu obliczenia ceny; w konsekwencji zamawiający dysponował właściwym i wystarczającym materiałem do stwierdzenia, że zaoferowana cena jest realna i zawiera wszystkie koszty niezbędne do właściwej realizacji przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo Izba zgadza się z zamawiającym, że oceniając wyjaśnienia należy mieć na uwadze, że przedłożone materiały powinny być weryfikowane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, którym jest zaprojektowanie i realizacja określonych prac. O ile formuła zaprojektuj-wybuduj nie powinna uzasadniać wysokiego stopnia ogólności wyjaśnień i takie wyjaśnienia należałoby odrzucić, to nie jest zasadnym, żeby na tym etapie wykonawcy dysponowali szczegółowymi kosztorysami, jak dla formuły tradycyjnej (systemu wybuduj). W przeciwieństwie do umowy, kiedy wykonawca zamówienia realizuje prace według dostarczanego projektu, w systemie zaprojektuj-wybuduj nie sporządza się ofert na kanwie kompletnej dokumentacji, a wyłącznie na podstawie koncepcji zawartej w programie funkcjonalno-użytkowym, czego nie należy pomijać oceniając wyjaśnienia. Podobnie w zakresie podnoszonej przez zamawiającego okoliczności, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Trudno w takiej sytuacji oczekiwać, że wykonawca przedstawi szczegółowy kosztorys i wyliczenia wszystkich drobiazgowych elementów, w każdej z pozycji kalkulacji. Wykonawca nie ma obowiązku złożenia wyjaśnień w odniesieniu do wszystkich, nawet marginalnych składowych ceny mających na nią jakikolwiek wpływ. Wykonawca ma obowiązek usunąć wątpliwości zamawiającego w takim zakresie, jaki wynika z wezwania do wyjaśnień, odnosząc się do istotnych składników cenowych, co powinno pozwolić na weryfikację realności ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia zwłaszcza, gdy przedmiot postępowania obejmuje również prace projektowe.

Odnosząc się do treści wezwania i udzielonych wyjaśnień, skład orzekający zgodził się z zamawiającym i przystępującym, że wyjaśnienia ceny zawierają adekwatne odpowiedzi na wątpliwości zamawiającego, w tym szczegółową kalkulację przedmiotu oferty. Na podstawie wyjaśnień zamawiający mógł ustalić m.in. producenta, opis i model przyjmowanych przez przystępującego do wyceny urządzeń (3 mln 157 tys. 715 zł), koszty pośrednie, ryzyko oraz zysk, co zwiększyło kwotę kosztów z wyceny urządzeń do 3 mln 714 tys. 959 zł. Zamawiający mógł zasadnie przyjąć wskazane rabaty na poziomie min. 40%, uzyskał także wiedzę odnośnie składników cenotwórczych i zweryfikował cenę w oparciu o wskazane w wyjaśnieniach koszty pracy, wycenę całości materiałów związanych z okablowaniem stałym i instalacją teletechniczną (380 tys. zł netto), pozostałym okablowaniem krótkim (USB, HDMI), drobnymi akcesoriami (niewiele ponad 35 tys. zł), wycenę pozostałych elementów cenotwórczych uwzględnionych w ofercie (koszt w kwocie 120 tys. zł netto). Zamawiający właściwie dokonał weryfikacji zaoferowanej ceny, biorąc pod uwagę koszty wykonania całości prac instalacyjnych wskazane w wyjaśnieniach na kwotę 1 mln 440 tys. zł netto oraz spodziewany zysk wskazany w kwocie 270-300 tys. zł netto.

Należy zgodzić się również z zamawiającym, że wyjaśnienia należy interpretować całościowo, tzn. w korelacji ze złożoną ofertą i przedstawionymi przez wykonawcę dowodami. Odwołujący nie interpretuje wyjaśnień kompleksowo – odnosi się do poszczególnych punktów w sposób wybiórczy, traktując je jako osobne, autonomiczne elementy, podczas gdy wyjaśnienia są oświadczeniem wiedzy, które należy rozpatrywać jako powiązaną całość. Izba także podzieliła stanowisko zamawiającego ze str. 10-11 odpowiedzi na odwołanie i argumentację przystępującego ze str. 5-13 jego pisemnego stanowiska procesowego przyjmując ją za własną, iż przystępujący udzielił odpowiedzi na wszystkie zadane mu pytania.

Pytanie nr 1 – odpowiedzi udzielono na str. 1 - 4 wyjaśnień, z której wynika, że w zaoferowanej cenie zostało uwzględnione przez przystępującego, że nastąpi akceptacja przedstawionych przez wykonawcę kart materiałowych, wskazani zostali producenci i modele przyjętych do wyceny oferty urządzeń. Przystępujący odpowiedział na postawione przez zamawiającego wskazując, jakie materiały zamierza zastosować poprzez podanie – w formie tabelarycznej – producentów, podkreślając przy tym, że nie brano pod uwagę rozwiązań alternatywnych (tańszych zamienników). Treść wyjaśnień wskazuje, że nie uwzględniono zamienników, urządzenia przyjęte do kalkulacji ceny są fabrycznie nowe (cyt. „(...) urządzenia są fabrycznie nowe i pochodzą z oficjalnego kanału dystrybucyjnego poszczególnych producentów. Dostarczane urządzenia są zatem w pełni wolne od wad prawnych i fizycznych (o ile nie wystąpiły one w normalnym procesie produkcji producenta), objęte są pełną gwarancją producenta lub autoryzowanego jego przedstawiciela.” – tak str. 4 wyjaśnień). Przystępujący wskazał także, że przeanalizowane zostały wszystkie zapisy PFU, a w szczególności załącznik dotyczący wymaganych przez zamawiającego parametrów urządzeń (OPZ, załącznik nr 3). Przedstawiono tabelę zawierającą zestaw materiałów wyspecyfikowany przez zamawiającego wg wymaganych typów, wskazując proponowanego producenta i model każdego z nich, co pozwala na dokładne sprawdzenie czy dane urządzenie spełnia wymagania (w tym kompatybilności wzajemnej) i udowadnia, że specyfikacja zamówienia została dokładnie przeanalizowana przez wykonawcę. Wskazano zestawy urządzeń istotnych dla wszystkich sal, we wszystkich wymaganych standardach, tym samym udowodniono zarówno właściwość wyboru urządzeń (w zgodzie i o parametrach wymaganych SWZ), jak również ich standard jakościowy. Jak podkreślał zamawiający, wskazanie marek urządzeń pozwoliło mu na poczynienie konkluzji dotyczących akceptacji przedstawionych przez wykonawcę kart materiałowych,

akceptacji urządzeń i materiałów składających się na przedmiot zamówienia, spełnienie wymagań zawartych w szczególności w PFU i w SWZ. Co więcej, przystępujący przedstawił skorelowane z ww. tabelą dowody w postaci ofert producentów i dostawców (PWR - Cyfryzacja sal dydaktycznych - ceny zakupu i rabaty, Oferta 227800068(6), Adeo Screen Cennik RRP Czerwiec 2023). Przystępujący wykazał zatem poziom cen, jakie uzyska w przedmiotowym postępowaniu oraz pochodzenie towaru – jako nowego z autoryzowanych źródeł (bezpośrednio od producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela).

Przystępujący dokonał podsumowania wartości wskazanych materiałów mnożąc ceny poszczególnych urządzeń przez ilość wymaganą przez zamawiającego i określoną w SWZ, uzupełniając ją o przewidziane materiały i akcesoria charakterystyczne dla każdej sali określone ryczałtowo na podstawie swojego doświadczenia. Tak skalkulowane podsumowanie wyceny urządzeń przedstawiono zamawiającemu, weryfikacja mogła zatem się odbyć w zestawieniu z kosztorysem jaki sporządzał zamawiający przed ogłoszeniem postępowania, co potwierdza analiza przedstawiona przez zamawiającego, gdzie zamawiający ustalił na podstawie udzielonych wyjaśnień producenta, opis i model przyjmowanych do wyceny urządzeń oraz dane dotyczące wyceny całości urządzeń w postępowaniu. W tym zakresie odwołujący podnosił, że przystępujący nie dołożył należytej staranności, aby wykazać zamawiającemu skąd wzięła się kwota 3 mln 714 tys. 959 zł netto i czy obejmuje ona wszystkie wymagane urządzenia. W ocenie Izby nic takiego nie wynika z treści wyjaśnień, mając zaś na uwadze przedmiot zamówienia, charakter wynagrodzenia i wezwanie zamawiającego, wystarczające było podsumowania wartości wskazanych urządzeń i materiałów (wraz z zestawieniem tabelarycznym i dowodami), które zamawiający mógł porównać ze swoim szacowaniem. Zamawiający nie wymagał takiego poziomu szczegółowości, jaki chciał nałożyć na przystępującego odwołujący, odpowiedź na wezwanie należy zatem ocenić jako adekwatną. Gdyby zamawiający żądał szczegółowych kosztorysów, to winien to wskazać w treści wezwania, a tu – jak zasadnie podnoszono w odpowiedzi na odwołanie – instytucja zamawiająca uwzględniła ukształtowanie warunków realizacji przedmiotu umowy i oceniła wyjaśnienia jako właściwe i wystarczające, z czym należy się zgodzić. Większa szczegółowość mogłaby zostać wymagana w ewentualnym kolejnym wezwaniu, gdzie zamawiający mógłby żądać doprecyzowania tej wartości, co nie było konieczne, ponieważ nie ma żadnych podstaw do podważenia tej kwoty, a zatem do dalszego jej wyjaśnienia. Odwołujący nie zdecydował się bowiem na zaniegowanie wskazanej przez przystępującego wartości, ograniczając się do stwierdzenia, że należało złożyć wyjaśnienia szersze i bardziej szczegółowe. Postawiono zarzut, w którym nie pada żadna kwota, co powoduje, że stanowisko odwołującego nie poddaje się weryfikacji, ponieważ Izba nie ma z czym skonfrontować treści z wyjaśnień przystępującego, więc nie ma podstaw do uznania tej wartości za wątpliwą czy wymagającą szerszego wyjaśnienia.

Pytanie nr 2 – przystępujący, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie uchylił się od odpowiedzi na to pytanie. Z odpowiedzi na str. 4 wyjaśnień wynika, iż uwzględnił wskazaną przez zamawiającego okoliczność przy kalkulacji ceny potwierdzając, że koszty zostały skalkulowane adekwatnie i skorelowane z wymogami stawianymi przez zamawiającego w SWZ, projekcie umowy, zamieszczonym opisem szczegółowym oraz opublikowanymi wyjaśnieniami do złożonych zapytań. W kosztach zostały zawarte całkowite koszty związane ze stawianymi w tym zakresie wymogami i obowiązkami wynikającymi z SWZ. Zatem trudno uznać jakoby nie została uwzględniona konieczność zapewnienia ciągłości działalności dydaktycznej zamawiającego. Przystępujący także podkreślał, że w cenie uwzględniono także zasoby własne oferenta wyspecjalizowanej grupy pracowników instalacyjnych, technicznych czy projektantów. Tym samym cena kompletnego wykonania zadania została obliczona na podstawie realnych jednostkowych cen produktów i usług w korelacji z tabelami ilościowymi szacowanych odległości oraz rzutami pomieszczeń udostępnionymi przez zamawiającego. Jak wskazywano dalej w wyjaśnieniach cena ta została obliczona w sposób rzetelny, a następnie dodatkowo zweryfikowana z otrzymanymi ofertami innych firm instalacyjnych. Przy tym wyjaśnienia przedstawiające kolejno proces dostaw, magazynowania, transportu i wykonania prac wykazują, że okoliczność ograniczonego czasu została przez przystępującego przewidziana i określona na 6 dni roboczych dla każdej z sal. Przystępujący wskazał również, że koszty instalacji są „skorelowane z wymogami stawianymi przez Zamawiającego w SWZ, projekcie umowy, zamieszczonym opisem szczegółowym oraz opublikowanymi wyjaśnieniami do złożonych zapytań” – w tym także ograniczonej dostępności sal dzięki „takiej organizacji czasu pracy wyspecjalizowanej kadry spółki, aby maksymalnie wykorzystać zaangażowanie poszczególnych pracowników, uwzględniając okresy, w których to jest wskazane i niezbędne.” Nie sposób ponadto zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że wskazanie: „Z wieloletniego doświadczenia wynika, że do montażu każdej sali wg wymagań zamawiającego należy przewidzieć zespoły 2 osobowe (o różnych kwalifikacjach pracujących zamiennie) przez ok. 6 dni” nie ma związku z zadaniem pytaniem, wprost przeciwnie – jest z nim bezpośrednio związane.

Punkty 1) - 8) wezwania zamawiającego stanowiące powtórzenie art. 224 ust. 3 pkt 1 - 8 p.z.p., którego brzmienie jest następujące: „Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności (...)”, następnie ustawodawca wymienia okoliczności mogące mieć wpływ na cenę (punkty 1) - 8) wezwania zamawiającego z dnia 02.02.2024 r.). Z dyspozycji tego przepisu wynika, że katalog tych okoliczności jest otwarty i powinien być dostosowany do przedmiotu

zamówienia, kiedy już na pierwszy rzut oka widać, że nie wszystkie te punkty mają zastosowanie dla tego przedmiotu umowy, czy dla sytuacji podmiotowej wykonawców biorących udział w postępowaniu. Z konstrukcji wezwania wynika, że kluczowe dla zamawiającego kwestie dotyczyły pytań szczegółowych dotyczących wykazu proponowanych urządzeń oraz sposobu wykonywania prac (ww. pytania nr 1-2). Pozostałe pytania z podpunktów 1) - 8) ze str. 2 wezwania, nie zostały bezpośrednio dostosowane do przedmiotu zamówienia, a zatem to przystępujący zobowiązany był dostosować je do swojej oferty, w kontekście wezwania zamawiającego, czego dochował. Izba nie widzi przy tym podstaw, aby ze względu na sposób sformułowania wezwania przez zamawiającego, który nie dostosował go do przedmiotu postępowania, konsekwencją tego stanu obarczyć wykonawcę. Nie można także pominąć, że przystępujący odpowiedział w sposób właściwy i pełny na wezwanie w stosunku do swojej sytuacji podmiotowej i do dokonanej kalkulacji ceny oferty w korelacji z przedmiotem zamówienia, co ocenia się weryfikując czy wyjaśnienia ceny potwierdzają jej realny charakter. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek wskazać zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny lub kosztu (lub ich istotnych części składowych) w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie do okoliczności, które nie są nawet luźno związane przedmiotem umowy.

W zakresie zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy (pkt 1) – przystępujący w wyjaśnieniach dotyczących kalkulacji ceny dokładnie opisał proces przygotowania, dostawy, instalacji i wykonania prac będących przedmiotem umowy. Pytanie zamawiającego w tym przedmiocie zostało także szczegółowo zadane w pkt 1-2, na które przystępujący udzielił właściwej odpowiedzi. Reszta zagadnienia nie dotyczy tego przedmiotu umowy, wykonawcy nie są producentami urządzeń, które pozyskują od producentów lub jego autoryzowanych przedstawicieli; nie mamy tutaj procesu budowy.

W przedmiocie wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych (pkt 2) – przystępujący opisał zarówno wybrane rozwiązania (zestawienie tabelaryczne wraz z dowodami), warunki dostaw (ceny poszczególnych urządzeń w większości otrzymane bezpośrednio od producenta), sposób i zakres prac związanych z realizacją umowy, w tym elementy cenotwórcze wzięte pod uwagę, przedłożył także stosowny materiał dowodowy. Wskazano na korzystne warunki, indywidualnie dostępne dla przystępującego, jak również na posiadane przez wykonawcę know-how w realizacji tego typu zamówień, oparte na posiadanym doświadczeniu, co powoduje możliwość zaoferowania ceny na przyjętym poziomie. Zatem w wyjaśnieniach znalazło się odniesienie do wybranych rozwiązań technicznych i wyjątkowo korzystnych warunków realizacji zamówienia, indywidualnie dotyczących przystępującego. Pozostała część pytania nie dotyczy tego zamówienia.

Co do oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę (pkt 3) – przystępujący wskazał na podmioty z którymi współpracuje, potwierdzając swój status jako autoryzowanego przedstawiciela dostawców/producentów przedstawiając w omawianych wyjaśnieniach ich certyfikaty i oświadczenia (Epson, Crestron). Potwierdzono, że zaoferowano fabrycznie nowe urządzenia, które pochodzą z oficjalnego kanału dystrybucyjnego poszczególnych producentów, objęte pełną gwarancją producenta lub autoryzowanego jego przedstawiciela. Pozostała część pytania nie dotyczy tej umowy.

Zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie (pkt 4) – przystępujący wskazał przyjętą stawkę wynagrodzenia za pracę i opisał sposób jej wyliczenia. Wyjaśniono, że przy realizacji zamówienia pracować będą różne grupy pracowników, co szczegółowo opisano, dlatego przystępujący podał stawkę uśrednioną, jako koszt pracy przewidziany w wycenie. Przystępujący zaznaczył, że uwzględnił swoje doświadczenie i wyliczył, że do montażu każdej typowej sali wg wymagań zamawiającego należy przewidzieć zespoły 2 osobowe (o różnych kwalifikacjach pracujących zamiennie) przez około 6 dni. W wyjaśnieniach wskazano, że wynika z tego 96 osobo-roboczo-godzin, co przy uwzględnieniu stawki na poziomie średnim 105 zł/ godz., daje wynikowy koszt pracy ok 10 tys. złotych na każdą salę, przy uwzględnieniu 59 sal koszt pracy szacowany jest zatem na kwotę łączną: 590 tys. zł, zatem udzielono odpowiedzi na zadane pytanie, w szczególności, że z wysokości przyjętej stawki wynika, że jest znacząco wyższa niż stawka minimalna (niezależnie nawet czy byłaby to stawka w kwocie pracodawcy, czy stawka netto, co sugerował odwołujący). Ergo, podana stawka przyjętego kosztu w każdym przypadku będzie wynagrodzeniem spełniającym nie tylko wymagania przepisów prawa dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę, czy ubezpieczeń społecznych, ale jednocześnie będzie stawką rynkową, umożliwiającą zatrudnienie doświadczonego personelu do wykonania przedmiotu zamówienia, niezależnie od formy prawnej.

Warto także dodać, co podnosił zamawiający i przystępujący, że zamawiający nie narzucił wykonawcom wymiaru czasu pracowników, ani konieczności zatrudnienia na cały etat, co czyni powołany przez odwołującego raport z Sedlak&Sedlak, który w żaden sposób nie został powiązany przez odwołującego z warunkami przedmiotu zamówienia

uksztalowanymi przez zamawiającego, dowodem nieprzydatnym dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. Raport ten także pomija sposób wyjaśnień kalkulacji ceny, gdzie wykazywano stawkę średnią, a nie stawkę dla poszczególnych osób w zespole. Zamawiający argumentował, że dla niego wystarczający jest taki wskaźnikowy koszt zatrudnienia, przekraczający wymaganą stawkę minimalną, z czym należy się zgodzić. Wysokość stawki przyjętej przez przystępującego nie budzi wątpliwości, odwołujący także nie wskazał, ani nie wykazał żadnych twierdzeń mogących poczynione przez przystępującego założenia podważyć. Wskazano tylko, że zdaniem strony koszty te są znacząco wyższe, czego nawet nie skwantyfikowano, co czyni takie tezy nieweryfikowalnymi, a przy tym sama wysokość stawki przystępującego nie budzi takich wątpliwości. Nie ma w odwołaniu także żadnej argumentacji, która przemawiałaby za tym, aby wyliczenia przystępującego uznać za niewłaściwe czy nieadekwatne do przedmiotu umowy. Nie ma żadnych okoliczności, które wskazywałyby, że zamawiający, który ocenił, że przyjęte przez przystępującego założenia są prawidłowe, popełnił błąd.

Odwołanie ogranicza się do gołosłownych hipotez, że zdaniem odwołującego należało wyjaśnić więcej, co nie ma odzwierciedlenia w treści wezwania – zamawiający bowiem nie żądał podania kosztów wynagrodzenia w rozbiciu na stawki projektantów, kierowników, koordynatorów, wykonawców raportów i serwisantów, takie wymagania narzucił przystępującemu dopiero odwołujący we wniesionym odwołaniu. Większa szczegółowość mogłaby zostać wymagana w ewentualnym kolejnym wezwaniu, gdzie zamawiający mógłby żądać doprecyzowania tej wartości, co nie było konieczne, ponieważ nie ma żadnych podstaw do podważenia przyjętej przez przystępującego kwoty, a więc i do dalszego jej wyjaśnienia. Odwołujący nie zdecydował się bowiem na zanegowanie wskazanej przez przystępującego wartości, ograniczając się do stwierdzenia, że należało złożyć wyjaśnienia szersze i bardziej szczegółowe, pomijając treść wezwania do złożenia wyjaśnień.

W przedmiocie zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (pkt 5) – celem wyjaśnień w tym konkretnym zakresie jest wykazanie czy udzielona pomoc publiczna danemu wykonawcy jest zgodna z prawem. Tym samym, ten element dotyczy tylko podmiotów, które z takiej pomocy korzystają. Skoro przystępujący nie korzystał, ani nie korzysta z rzeczoney pomocy publicznej i nie miała ona wpływu na cenę, to nie miał podstaw do szczegółowego odnoszenia się do tego w kalkulacji ceny. Jak wynika z części wyjaśnień, gdzie opisano korzystne warunki, indywidualnie dostępne dla przystępującego, pomoc publiczna nie została przez niego do takich czynników zakwalifikowana, więc nie dotyczy to jego sytuacji podmiotowej.

Zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (pkt 6) – przyjęta przez przystępującego wysokość kosztu pracy (patrz ww. pkt 4, str. 4 wyjaśnień ceny) jednoznacznie wskazuje, że przystępujący będzie ponosił koszty zatrudnienia pracowników i ubezpieczeń społecznych zgodnie z kodeksem pracy i rozporządzeniami wykonawczymi. Ponadto w trakcie badania i oceny ofert przystępujący był zobowiązany do złożenia środków dowodowych, w tym zaświadczeń z ZUS, iż nie zalega z płatnościami składek na ubezpieczenia społeczne. Przystępujący zaświadczenia takie przedstawił, wobec czego zamawiający nie miał podstaw podejrzewać, że przedmiot zamówienia będzie realizowany przy udziale pracowników, od których wynagrodzenia przystępujący nie odprowadza wymaganych składek.

Zgodność z przepisami z zakresu przepisami z zakresu ochrony środowiska (pkt 7) – w wyjaśnieniach przystępujący wskazał, że przed złożeniem oferty zapoznał się szczegółowo zarówno z dokumentacją przetargową oraz projektem umowy, w którym zamawiający m.in. wskazał, że: wykonawca ma obowiązek znać i stosować w czasie prowadzenia robót wszelkie przepisy ochrony środowiska naturalnego (tak § 9 pkt 16). W wyjaśnieniach wskazano też, że uwzględniono w ofercie również kontener na śmieci i utylizację odpadów, co potwierdza, że przystępujący jest świadomy obowiązków na nim spoczywających w tym zakresie. Odwołujący zaś nie wskazał jakich to elementów nie uwzględniono w ofercie, a które faktycznie miałyby wpływ na cenę, oprócz tych wskazanych w wyjaśnieniach przez przystępującego, które właściwie odpowiadają na zadane przez zamawiającego pytanie.

W zakresie wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy (pkt 8) – w wyjaśnieniach ceny nie powoływano się na korzystanie z podwykonawców, zatem instytucja zamawiająca mogła zweryfikować to, co wskazano w JEDZ przystępującego, że w toku kalkulacji ceny także nie planowano powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom. Z wyjaśnień wynika, że nie była to okoliczność, która miała wpływ na cenę.

Rekapitulując, nie potwierdziło się w materiale procesowym, żeby przystępujący nie udzielił wyjaśnień na pytania, które zadał zamawiający, czy aby wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny były nieadekwatne do treści wezwania, takie zarzuty nie znajdują odzwierciedlenia w materiale procesowym, więc są bezpodstawne.

Dalej Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego, że przystępujący "nie przedstawił kalkulacji kosztów dostawy urządzeń i nie określił wysokości zysku. Brak jest także wyszczególnionej ilości urządzeń, materiałów instalacyjnych" również mija się z brzmieniem omawianych wyjaśnień, o czym szerzej we wcześniejszej części uzasadniania, w zakresie omawiania odpowiedzi na pytanie nr 1. Przystępujący jednoznacznie wskazał jakie materiały zamierza

zastosować, podając nazwy producentów i produktów w zestawieniu tabelarycznym wraz z dołączonymi dowodami dotyczącymi ich cen. Przystępujący sporządził kalkulację w oparciu o warunki określone w SWZ i przedstawił ich wynik w kwocie odpowiednio 3 miliony 157 tys. 715 zł netto (jako koszt zakupu) i 3 mln 714 tys. 959 zł netto (jako cena przyjęta w ofercie). Zatem jednoznacznie wskazano rzekomo pominięte elementy, w tym przystępujący określił spodziewaną wysokość zysku na kwotę ok 270-300.000 zł. Podobnie w zakresie kosztów dostawy urządzeń, pomimo iż przystępujący wprost wskazał, że „na inne koszty skalkulowane w ofercie składają się m.in. koszty transportu i udzielonej gwarancji”, a także, że: „przyjęte wartości dostaw są możliwe do osiągnięcia ze względu na wykorzystanie przez Spółkę zasobów lokalowych i osobowych zlokalizowanych we Wrocławiu czyli blisko siedziby Zamawiającego”, oraz „Koszt transportu jest realizowany przez dostawców”, to w odwołaniu pominięto tę treść i w sposób bezzasadny podnoszono, że takich kosztów nie ma, wbrew treści wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny.

Co do wysokości rabatów, tutaj także pominięto zasadnie przyjęte przy ocenie wyjaśnień przez zamawiającego 40%, co przystępujący wskazał na str. 3 wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny (rabaty w wysokości kształtującej się w wysokości min. 40% i więcej, a w przypadku większych zamówień 50%, itd.). Odwołujący ponosił, że nie określono ich wysokości, co jest sprzeczne z brzmieniem wyjaśnień, a także, że każdy wykonawca może liczyć na takie upusty, czego nie wykazano. Z drugiej strony przystępujący przedstawił dowody świadczące o posiadanej współpracy (ww. pkt 3 - dotyczący oryginalności dostaw). Natomiast z doświadczenia życiowego i logiki wynika, że na cenę ma wpływ nie tylko wielkość zamówienia, a również posiadana relacja handlowa. Jeżeli przystępujący uważał, że na tym rynku relacja przystępującego z jego kontrahentem jest bez znaczenia, a każdy wykonawca realizujący zamówienie na rzecz zamawiającego uzyska ten sam rabat, należało to wykazać, czego nie zrobiono. Okolicznością notoryjną jest fakt, że różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, czy właściwym dla siebie potencjale, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe i uzyskać różne rabaty/upusty, ponieważ tak działa konkurencyjna gospodarka. Ponadto, z podnoszonego przez odwołującego faktu, że cen „sklepowych” nie stosuje się przy dużych zamówieniach, nie wynika, że uzyskiwane przez wykonawców rabaty nie są żadną szczególną okolicznością mającą wpływ na obniżenie ceny – wprost przeciwnie, jest to niemal zawsze jeden z głównych czynników mających wpływ na cenę oferty, indywidualnie dostępny danemu przedsiębiorcy, zależny od statusu u danego producenta, historii zakupów, czy potencjału współpracy. Twierdzenia odwołującego są jedynie polemiką z oceną zamawiającego i odwołują się do budzących wątpliwości uogólnień, nie popartych żadnymi dowodami.

Podobnie w zakresie polityki walut i kontraktowaniu na magazyn, gdzie odwołujący gołostownie polemizuje z wyjaśnieniami ceny. Krytyka treści wyjaśnień przez odwołującego nie prowadzi także do żadnych wniosków. Przystępujący miał prawo w składanych wyjaśnieniach powołać się na elementy, które miały wpływ na zaoferowaną cenę. Jak podkreślał przystępujący, jest to element wynikający z doświadczenia biznesowego spółki i stanowi o praktykach rynkowych, które stosują doświadczone podmioty. Posiadana waluta jest przeznaczona na zakupy zagraniczne, a dzięki braku konieczności dokonywania wymian i prowizji z tym związanych spółka uzyskuje dodatkowe korzyści, a także zmniejsza się ryzyko zakładane na etapie ofertowania. Skład orzekający również zgadza się z przystępującym, że wcześniejsze kontraktowanie powiązane z większym wolumenem zakupu pozwala na uzyskanie lepszych cen jednostkowych i niższego kosztu transportu, zatem dziwi podważanie tej okoliczności przez odwołującego. Dodając do tego fakt korzystania z własnych magazynów lub magazynów producenta (bez konieczności płatności za rotację towarów) pozwala to na uzyskanie dodatkowej przewagi cenowej. Odwołujący nie wykazał również podnoszonej tezy, że ceny elektroniki spadają, zaś z doświadczenia życiowego i logiki wynika, że ceny elektroniki generalnie rosną, chociażby z powodu rosnącej inflacji.

Odwołujący zanegował także doświadczenie przystępującego podnosząc, że stoi na stanowisku, iż doświadczenie w zakresie organizacji pracy ma w postępowaniu minimalny wpływ na cenę oferty, kiedy zgodnie z wyjaśnieniami kalkulacji ceny doświadczenie przystępującego określone w wyjaśnieniach znalazło bezpośrednie odzwierciedlenie w wyliczeniu kosztów pracy (które wynoszą 20% ceny oferty przystępującego, a nie 10%, co wadliwie sugerował odwołujący). Wieloletnia wiedza, doświadczenie przy określaniu m.in. sposobu prowadzenia prac instalacyjnych, organizacji czasu pracy czy szacowaniu ich wartości, to istotny element know-how przedsiębiorstwa, czynienie z tego zarzutu drugiej stronie jest niezrozumiałe.

Skład orzekający także podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego, że w przedmiocie rzekomo niedoszacowanych kosztów argumentacja odwołującego nie poddaje się weryfikacji, ponieważ nie zawarto w odwołaniu żadnej analizy, nie pozwalając na zweryfikowanie i podzielenie postawionej tezy. Nie mamy uchwytnej podstawy do wyprowadzenia takich wniosków. W tym zamawiający nie zadawał tak szczegółowych pytań i przystępujący nie musiał drobiazgowo ich wykazywać. W zakresie kosztów zabezpieczenia umowy, skoro nie poparto ich żadnym dowodem, Izba nie znalazła podstaw, aby przyjąć je na poziomie większym niż podnoszone przez zamawiającego, oparte na realizacji analogicznych zamówień, 1800,00 zł (0,2% kwoty zabezpieczenia/kwartał), co ma charakter marginalny dla tego zamówienia. Nie jest to istotny składnik cenowy przedmiotu zamówienia, zatem nie musiał być szczegółowo wyjaśniany.

Mając na uwadze cenę oferty nie ma także uzasadnionej podstawy, aby dopytać o to przystępującego, który w wyjaśnieniach wielokrotnie oświadczał, że w ramach ceny oferty skalkulował wszystkie możliwe do przewidzenia koszty i ryzyka, jakie należy ponieść – wszystkie pomniejsze koszty są wliczone w kwotę wykonania ryczałtowego przedmiotu zamówienia lub mogą być wprost pokryte kwotą przewidzianą na ryzyka lub marże.

W odwołaniu nie wskazano podstawy do przyjęcia, że nie zawarto w cenie materiałów budowlanych, ich transportu, wnoszenia - farby, tynki, materiały do odtworzenia sufitów podwieszanych i do odtworzenia posadzek, materiałów niezbędnych do napraw usterek krytycznych w ciągu 2 dni, kosztów podłączenia i zużycia mediów. Odwołujący zdaje się wyliczać wszelkie możliwe, drobiazgowe koszty, o które nie pytał zamawiający, z pominięciem treści wyjaśnień ceny, w których jednoznacznie wskazano, że koszty wykonania projektu, prac demontażu, wykonania okablowania, akcesoriów montażowych oraz inne koszty instalacji (zawarte w poszczególnych pozycjach opisanych przez zamawiającego) zostały skorelowane z wymogami stawianymi przez zamawiającego w SWZ, projekcie umowy, zamieszczonym opisem szczegółowym oraz opublikowanymi wyjaśnieniami do złożonych zapytań. Jak podnoszono w wyjaśnieniach, w kosztach tych zawarte zostały całkowite koszty związane ze stawianymi w tym zakresie wymogami i obowiązkami wynikającymi z SWZ. Cena kompletnego wykonania zadania została obliczona na podstawie realnych jednostkowych cen produktów i usług w korelacji z tabelami ilościowymi szacowanych odległości oraz rzutami pomieszczeń udostępnionymi przez zamawiającego. Dodatkowo, co do kosztów transportu, które zgodnie z wyjaśnieniami stanowią „inne koszty”, wprost odniesiono się do nich na str. 3.

Tożsamo w zakresie kosztów gwarancji, gdzie odwołujący podnosił ich brak. Nie wskazano nawet kwoty, która miałaby zostać niedoszacowana, więc skład orzekający nie miał podstaw, do zanegowania stanowiska zamawiającego, że zawarto je w cenie, w „innych kosztach”. Zamawiający także zasadnie podnosił, że ze złożonych przez przystępującego wyjaśnień nie wynika, aby wskazane przez odwołującego pozycje nie zostały uwzględnione w wycenie i żeby nie można było przyjąć, że niewyszczególnione pozycje uwzględniono jako koszty pośrednie. Wobec braku skwantyfikowania ich przez odwołującego, który nie zdecydował się na wykazanie, że koszty te są istotnymi składnikami cenowymi, nie ma także podstaw, aby szerzej dopytać o te okoliczności przystępującego i należy uznać wyjaśnienia za wystarczające, ponieważ są zgodne z wezwaniem zamawiającego, który nie żądał tak szczegółowego rozbicia.

Odwołujący dalej podnosił, że przystępujący na kwotę 120 tys. zł netto oszacował projekt przyłączy IE, IT, aktualizację warunków jeśli będą wymagane, projekty sieci Wi-Fi, raport dla sieci bezprzewodowej Wi-Fi - pomiary, wykonanie dokumentacji wykonawczej i odbiorowej, koordynacji branżowej, zarządzanie projektem, ubezpieczenie, kontener na śmieci i utylizacja odpadów, co jest drastycznie niedoszacowane. Taka polemika, bez jakichkolwiek wyliczeń (np. dotyczących cen przyjętych przez odwołującego) czy odniesienia do cen rynkowych powoduje, że zarzut jest gołosłowny i nie poddający się weryfikacji.

W zakresie wyliczeń dotyczących treści § 4 ust. 1 projektu umowy, zgodnie z którym za prace projektowe przysługuje wykonawcy 1,5 % całkowitego wynagrodzenia brutto, wyliczenia odwołującego dokonane na tej podstawie są nieprawidłowe, bowiem zostały oparte na błędnym założeniu. Procent, który wskazał zamawiający nie jest procentem, który wykonawca ma uwzględnić w wycenie. Zamawiający nie narzuca także wykonawcom sposobu kalkulacji ceny, a wskazana procentowo kwota dotyczy sposobu wypłaty wynagrodzenia (jego części). Jak również twierdzenie odwołującego, że „firma SLX nie uwzględniła czasu pracy jaki należy poświęcić na pracę poza salami wykładowymi - tj. w ciągach komunikacyjnych, serwerowniach i innych pomieszczeniach.” Pozostało niepotwierdzone. Już samo wyliczenie i wskazane przez przystępującego w wyjaśnieniach okablowanie elektryczne i logiczne – które trzeba wg PFU doprowadzić do rozdzielnic znajdujących się w częściach wspólnych budynku – świadczy o przyjęciu w rozrachunku prac związanych z planowanym ich wykonaniem. Zakres kalkulowanych prac dotyczących jednej sali dotyczy nie tylko jej wnętrza, ale także punktów przyłączenia i tras kablowych do nich wskazanych przez zamawiającego.

Natomiast w przedmiocie kierownika robót elektrycznych, przystępujący przewidział zatrudnienie go na osiem miesięcy, zakładając dążenie do intensyfikacji prac i wykonania zamówienia w krótszym okresie. Odwołujący bezzasadnie zakłada, że kierownik prac elektrycznych jest zatrudniony na cały etat i w ramach swoich obowiązków pełni nadzór nad wykonaniem tylko tej jednej inwestycji. W postępowaniu nie ma potrzeby wynikającej z OPZ, aby kierownik na stałe przebywał w lokalizacji inwestycji, a nadzorować może jednocześnie kilka prowadzonych projektów. Zamawiający także nie narzucał takich ograniczeń wykonawcom, zarzut nie znajduje potwierdzenia w SWZ. Odwołujący także nie przedstawił własnych założeń, które doprowadziły go do przekonania, że kierownik robót elektrycznych winien być zatrudniony we wskazanym w odwołaniu wymiarze, niewynikającym z wiążącej strony dokumentacji postępowania.

Ponadto co do ubezpieczenia, kontenera na śmieci i utylizacji odpadów, z wyjaśnień wprost wynika, że zawarto je w cenie, zaś odwołujący nawet nie podjął próby, aby podważyć tę okoliczność lub przyjęte przez przystępującego założenia w wyjaśnieniach ceny. I jedynie dodatkowo wykazano to przedstawioną wraz ze stanowiskiem procesowym przystępującego umową (nr 428/03/2006/M z TOM Organizacja Odzysku S.A. w Szczecinie, z aneksem).

Konkludując, skład orzekający zweryfikował prawidłowość przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę

zaoferowaną przez przystępującego, w ramach okoliczności wskazanych w odwołaniach, mając na uwadze określone w SWZ warunki realizacji przedmiotu zamówienia, w wyniku czego stwierdzono, że stawiane w tym zakresie przez odwołującego zarzuty są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. Skład orzekający stwierdził, że argumenty zawarte w odwołaniu mają charakter polemiki z omawianymi wyjaśnieniami, nie wykazują przy tym błędu, jaki mógłby stać się podstawą do uchylenia prawidłowej oceny zamawiającego, ograniczając się do przedstawienia własnej, konkurencyjnej do zamawiającego, a zarazem nieznajdującej aprobaty Izby oceny materiału procesowego, co powoduje, że zarzuty nr 1 i 2 z *petitum* odwołania zostały oddalone.

W szczególności, że nawet gdyby potwierdziły się niejasności na kanwie ocenianych wyjaśnień ceny, czy stwierdzoneby konieczność uzyskania dalszych wyjaśnień (co do okoliczności zawartych w pierwszych wyjaśnieniach) – z czym skład orzekający się nie zgadza – to należy mieć na uwadze, że zamawiający wystosował jedno wezwanie do przystępującego, które było dość ogólne i odnosiło się także do elementów, które nie są w ogóle związane z przedmiotem zamówienia, z drugiej strony złożone przez przystępującego wyjaśnienia są rzetelne i poparte dowodami, a zarazem odpowiadają treści wezwania, zatem w ustalonym stanie rzeczy możliwe byłoby ewentualne wystosowanie ponownego wezwania przez zamawiającego. Jak bowiem słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 2 grudnia 2020 r., sygn. akt: II Ca 915/20 ponowne wezwanie powinno być wystosowane w sytuacji, gdy zakres wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie odpowiadał temu wezwaniu, a mimo to zrodziły one po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagają dodatkowego wyjaśnienia, doszczegółowienia, ewentualnie udowodnienia. Nie budzi także zastrzeżeń dopuszczalność kontynuowania procedury wyjaśniającej w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie zamawiającego było zbyt ogólne i nieprecyzyjne, wykonawca nie powinien bowiem ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania. (por. także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30.05.2018 r. sygn. akt: XXIII Ga 255/18).

Ponadto Izba zaliczyła na poczet materiału procesowego złożone przez odwołującego zestawienie własne dotyczące analizy kosztów pracy przy umowie o pracę, jednakże okazało się ono nieprzydatne dla ustalenia jakichkolwiek okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sporu, ponieważ nie jest nawet luźno związane z przedmiotem zamówienia, zamawiający bowiem nie narzucił wykonawcom charakteru stosunku łączącego go z pracownikami, można było przyjąć różne formy, pozostawiono to swobodzie wykonawcy, odwołujący także bezpośrednio nie powiązał tego zestawienia z ocenianymi wyjaśnieniami ceny, gdzie wykazywano stawkę średnią, a nie stawkę dla poszczególnych osób w zespole.

W konsekwencji oddalenia zarzutów nr 1 i 2 nie mógł zostać także uwzględniony zarzut nr 3 dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 p.z.p., ponieważ wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany w sposób prawidłowy.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b 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). Izba obciążyła odwołującego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania, koszty wynagrodzenia jego pełnomocnika oraz uzasadnione koszty zamawiającego – zgodnie ze spisem kosztów poniesione koszty wynagrodzenia pełnomocnika (3600,00 zł) i koszty dojazdu (1049,59 zł/zaokrąglone do pełnych złotych).

Przewodniczący:

.....