Sygn. akt: KIO 332/24

WYROK

Warszawa, dnia 13 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 29 stycznia 2024 r. przez wykonawcę SWITCH CHOJNACKI WOŹNIAK spółkę komandytową z siedzibą w Poznaniu przy ul. Ciechocińskiej 85 (60-473 Poznań)
w postępowaniu prowadzonym przez 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu
z siedzibą w Poznaniu przy ul. Bukowskiej 34 (60-811 Poznań)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz dokonanie czynności ponownego badania
i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę FAST-RAF spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żyrardowie jako zawierającej rażąco niską cenę.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy
w Poznaniu i:
2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SWITCH CHOJNACKI WOŹNIAK spółkę komandytową z siedzibą Poznaniu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
2.2. zasądza od zamawiającego 14 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Poznaniu
na rzecz wykonawcy SWITCH CHOJNACKI WOŹNIAK spółki komandytowej z siedzibą
w Poznaniu, kwotę w wysokości 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysiące sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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.

Przewodniczący:…….

Sygn. akt: KIO 332/24

U z a s a d n i e n i e

14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym bez negocjacji, pn.: *Obsługa techniczna stacji transformatorowych polegająca na eksploatacji, konserwacji i nadzorze nad pracą stacji i agregatów przy ul. Bukowskiej 34 w Poznaniu,* znak sprawy: 63/z/2023, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 grudnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00552264/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.
W dniu 29 stycznia 2024 r. wykonawca SWITCH CHOJNACKI WOŹNIAK Sp. k.
z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od niezgodnych
z przepisami Pzp czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz wobec zaniechania czynności, do których w ramach postępowania zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp, to jest wobec:
- niezgodnej z przepisami Pzp czynności oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych
w trybie art. 224 Pzp przez wykonawcę FAST-RAF Sp. z o.o. z siedzibą w Żyrardowie (zwanego dalej jako: „FAST-RAF”;
- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy FAST-RAF, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a FAST-RAF nie złożył odpowiednich wyjaśnień, ponieważ wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez FAST-RAF nie spełniają wymogów zakreślonych przez art. 224 Pzp i nie obalają domniemania, że oferta

FAST-RAF zawiera rażąco niską cenę;
- niezgodnej z przepisami Pzp czynności wyboru oferty FAST-RAF jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta FAST-RAF powinna został odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów Pzp:
1) naruszenie art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 1 i 4 Pzp przez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez FAST-RAF;
2) naruszenie art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FAST-RAF, pomimo, że oferta FAST-RAF powinna zostać odrzucona albowiem złożone przez FAST-RAF wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp przez dokonanie wyboru oferty FAST-RAF jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta FAST-RAF powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wskazując na powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o:
- uwzględnienie odwołania w całości;
- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności obejmującej przeprowadzenie badania
i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty FAST-RAF z przyczyn wskazanych w treści odwołania.

Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą, który złożył kompletną ofertę, która nie podlegała odrzuceniu. Jednakże wobec zaniechania przez zamawiającego realizacji obowiązku wynikającego z art. 224 ust. 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp, jako najkorzystniejsza została wybrana oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia albowiem niezgodne z prawem zaniechanie zamawiającego, tj. zaniechanie odrzucenia oferty FAST-RAF, bezpodstawnie uniemożliwiło mu uzyskanie zamówienia
i zawarcie umowy w sprawie zamówienia na zaoferowanych przez niego warunkach.
W związku z powyższym w ocenie odwołującego bezprawne i nieuzasadnione zaniechanie przez zamawiającego wykonania czynności, do których zobowiązany był na podstawie Pzp, spowodowało, że zaistniała możliwość poniesienia przez odwołującego szkody stanowiącej konsekwencję naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Z kolei uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez odwołującego będzie skutkować uzyskaniem przez niego zamówienia. Tym samym odwołujący uznał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, zaś naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może doprowadzić do poniesienia przez odwołującego szkody stanowiącej konsekwencję naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że pismem z dnia 8 stycznia 2024 r. zamawiający wystąpił do FAST-RAF z pismem stanowiącym żądanie udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia rażąco niskiej ceny złożonej oferty. Zamawiający wskazał, że cena oferty złożonej przez FAST-RAF jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert budząc tym samym wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ. Zamawiający podkreślił, że FAST-RAF w udzielonych wyjaśnieniach powinien udowodnić, że jego cena ofertowa jest realna i wiarygodna, że FAST-RAF nie będzie ponosił strat. Zamawiający wyjaśnił, że nie stanowi o wypełnieniu obowiązku wyjaśnienia zaproponowanej ceny złożenie jakichkolwiek wyjaśnień czy ogólnego zapewnienia, lecz muszą one być odpowiednio umotywowane. Finalnie, zamawiający podniósł, że niezłożenie wyjaśnień w terminie do dnia 11 stycznia 2024 r. lub jeżeli złożone wraz z dostarczonymi dowodami wyjaśnienia potwierdzą, że oferowana cena jest rażąco niska, będzie skutkowało odrzuceniem oferty FAST-RAF.
W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie skierowane przez zamawiającego, FAST-RAF, pismem z dnia 10 stycznia 2024 r. przedstawił „wyjaśnienie i uzasadnienie prawidłowości złożonej przez nas oferty".

W ocenie odwołującego z wyjaśnień FAST-RAF wynikało, że wykonawca ten zaoferował cenę rażąco niską, albowiem w kwocie 110 700,00 zł brutto nie jest w stanie wykonać całości zamówienia. Z wyjaśnień złożonych przez FAST-RAF wynikało bowiem, że wycenił jedynie przeglądy miesięczne w rozumieniu punktu 2.2.2 opisu przedmiotu zamówienia (zwanego dalej jako: „OPZ") i może przegląd roczny. Natomiast w myśl punktu 2.2.1 OPZ: obowiązkiem wykonawcy zamówienia jest „Utrzymywanie stacji transformatorowych oraz agregatów w ciągłym ruchu poprzez wykonywanie robót konserwacyjno-naprawczych". Wymóg ten doprecyzowuje punkt 2.2.4 OPZ.
Następnie odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 10 stycznia 2024 r. FAST-RAF wyjaśnił, że „posiada własny sprzęt do wykonania przedmiotowych prac min. opornica oraz inne urządzenia pomiarowe, których nie musimy wynajmować". FAST-RAF oświadczyła także, że nigdy nie korzysta z konieczności zatrudniania podwykonawców do naszych robót, co

miałoby uzasadniać „nieco niższe” koszty. Zdaniem odwołującego podana w piśmie z dnia 10 stycznia 2024 r. namiastka kalkulacji ceny oferty jednoznacznie dowodzi, że FAST-RAF
w zaoferowanej cenie nie będzie w stanie prawidłowo zrealizować zamówienia. FAST-RAF wycenił bowiem wyłącznie, i to stosunkowo nisko, wykonanie przeglądów miesięcznych stacji transformatorowych i agregatów. Natomiast w ogóle nie wycenił utrzymywania stacji transformatorowych oraz agregatów w ciągłym ruchu poprzez wykonywanie robót konserwacyjno-naprawczych, jak również usuwania awarii, i to w ciągu trzech godzin od zgłoszenia telefonicznego przez zamawiającego. Odwołujący z całą stanowczością stwierdził, że Prezes Zarządu FAST-RAF i pan M. B. w czasie 3 godzin nie są w stanie dojechać z Żyrardowa do centrum Poznania celem usunięcia awarii. Jak wskazał FAST-RAF w piśmie 10 stycznia 2024 r.: „Nigdy też nie korzystamy z konieczności zatrudniania podwykonawców do naszych robót” a spełnienie wymogów postępowania w przypadku FAST-RAF implikowałoby konieczność posiadania lokalnego podwykonawcy do realizacji robót konserwacyjno-naprawczych. Oznacza to, że ta część przedmiotu zamówienia w ogóle nie została wyceniona przez FAST-RAF.
Odwołujący stwierdził, że z wyjaśnień FAST-RAF złożonych w piśmie z dnia 10 stycznia 2024 r. wprost wynika, że cena oferty tego wykonawcy jest nieadekwatna do zakresu zamówienia i kosztów jego realizacji, co zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Okoliczność ta stanowi w oczywisty sposób przesłankę do odrzucenia oferty FAST-RAF na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp. Odwołujący podkreślił także, że podstawą odrzucenia oferty w związku ze złożeniem oferty zawierającej rażąco niską cenę jest także sytuacja przewidziana w art. 224 ust. 6 Pzp. Tym samym odwołujący stanął na stanowisku, że wyjaśnienia FAST-RAF, w którym zawarta została quasi-kalkulacja jednoznacznie potwierdzały brak objęcia ceną całości przedmiotu zamówienia, uzupełniona lakonicznymi, nic nie wnoszącymi wyjaśnieniami, którym nie towarzyszyło złożenie jakichkolwiek dowodów niewątpliwie nie spełniała wymogu wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W efekcie oferta FAST-RAF powinna także ulegać odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

W dniu 13 lutego 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wyjaśnił, że wbrew twierdzeniom odwołującego prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i ocenił przesłanki „rażąco niskiej ceny”. W pierwszej kolejności wskazał, że czas dojazdu – 3h – jest całkowicie realny co wprost wynika z map Google – czas dojazdu to ok 2h 45 min. Ponadto wykonawca był zobowiązany do prowadzenia eksploatacji i obsługi ruchowej stacji transformatorowych a w przypadku awarii do jej usunięcia. Ponieważ stacje transformatorowe są na gwarancji (w opisie przedmiotu zamówienia zapisano, że były wybudowane w IV kwartale 2022r.) usuwanie awarii dotyczyło tylko spraw związanych z eksploatacją i serwisem i nie obejmuje napraw, które w ramach gwarancji zobowiązany jest wykonawca stacji i sieci firma INVEST HOUSE Plus Sp. z o.o. sp. k., która udzieliła gwarancji do 24 lutego 2028 r. Zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący był podwykonawcą firmy INVEST HOUSE Plus sp. z o.o. sp. k.

W ocenie zamawiającego FAST-RAF przedstawiła w opinii Komisji realną wycenę robocizny na obsługę i serwis stacji transformatorowych. Swoją opinię oparła na doświadczeniu zawodowym członka komisji (pana M. D.) oraz na podstawie podobnych realizacji u zamawiającego. Firma FAST-RAF wg złożonego oświadczenia posiada własny sprzęt który znacznie pozwala obniżyć cenę i być konkurencyjnym. Niekorzystanie
i niezatrudnianie podwykonawców również pozwala obniżyć cenę usługi. Ponieważ usługa obejmuje tylko R+S bez materiału zamawiający uznał ofertę za prawidłową.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 12 lutego 2024 r., w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu;

- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22 stycznia 2024 r.;
2)dokumenty załączone do odwołania, które zamawiający potwierdził na rozprawie jako zgodne z oryginałem:
- pismo zamawiającego z dnia 8 stycznia 2024 r. stanowiące wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny skierowane do wykonawcy FAST-RAF;
- pismo FAST-RAF z dnia 10 stycznia 2024 r. stanowiące wyjaśnienia rażąco niskiej ceny;
3)dowody złożone na posiedzeniu przez odwołującego:
- umowę z dnia 31 marca 2023 r. zawartą pomiędzy odwołującym a zamawiającym;
- wydruk mapy z aplikacji Google Maps dotyczący trasy na odcinku siedziby wykonawcy FAST-RAF z siedzibą miejsca, w którym wykonywany będzie przedmiot zamówienia;
4) dokumenty uzupełnione na rozprawie przez zamawiającego tj. dwie notatki służbowe sporządzone przez członka komisji przetargowej pana M. D. z dnia 11 oraz 30 stycznia 2024 r.

Izba ustaliła co następuje

Załączniki nr 2 i 3 do SWZ stanowiły:
- załącznik nr 2 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (zwany dalej nadal jako: „OPZ");
- załącznik nr 3 do SWZ – Instrukcja Użytkowania i Konserwacji.
W pkt 2.2. OPZ został opisany jako*Wymagania dotyczące w ramach wynagrodzenia ryczałtowego*. Ppkt 2.2.1. OPZ posiadał następującą treść: *Utrzymywanie stacji transformatorowych oraz agregatów w ciągłym ruchu poprzez wykonywanie robót konserwacyjno-naprawczych*. W ppkt 2.2.2. OPZ zamawiający opisał zakres usług w ramach wynagrodzenia ryczałtowego przeglądu miesięcznego i rocznego. Zgodnie natomiast z ppkt 2.2.4. i 2.2.6. OPZ:
2.2.4. *Wykonawca zobowiązany jest prowadzić eksploatację i obsługę ruchową stacji transformatorowych. W przypadku awarii Wykonawca zobowiązuje się przystąpić do jej usunięcia najdalej w ciągu trzech godzin od zgłoszenia telefonicznego przez Zamawiajacego. Zgłoszenie to będzie odnotowane w* ***książce stacyjnej.***
(…)
2.2.6. *Cena ryczałtowa za usługi obejmuje koszty dojazdu, oględzin, przeglądów, prac naprawczych, pracy sprzętu potrzebnego do wykonania konserwacji i prac naprawczych łącznie z materiałami konserwacyjnymi.*
Wynagrodzenie za użyte części zamienne wykraczające poza zakres konserwacji płatne będą w sposób następujący:
- robocizna w ramach miesięcznej ceny ryczałtowej,
- koszt użytych materiałów i urządzeń – po aktualnych cenach ogólnie obowiązujących u danego dostawcy.
W postępowaniu zostały złożone dwie oferty:
- wykonawcy FAST-RAF, cena: 110 700,00 zł;
- odwołującego, cena: 221 400,00 zł.

Zamawiający pismem z dnia 8 stycznia 2024 r. wezwał przystępującego, na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia rażąco niskiej ceny złożonej oferty. W treści wezwania zamawiający wskazał:
Cena złożonej przez Państwa oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert budząc tym samym wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ.
Wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach powinien udowodnić, że jego cena ofertowa jest realna i wiarygodna, że Wykonawca nie będzie ponosił strat.
Nie stanowi o wypełnieniu obowiązku wyjaśnienia zaproponowanej ceny złożenie jakichkolwiek wyjaśnień czy ogólnego zapewnienia, lecz muszą one być odpowiednio umotywowane.
Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny należy złożyć w terminie do dnia 11 stycznia 2024 r.,
w formie elektronicznej, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym za pośrednictwem Platformy Zakupowej: .
Nie złożenie wyjaśnień w wyżej wymienionym terminie lub jeżeli złożone wraz
z dostarczonymi dowodami wyjaśnienia potwierdzą, że oferowana cena jest rażąco niska, będzie skutkowało odrzuceniem oferty z art. 226 ust. 8 ustawy.
Wykonawca FAST-RAF przekazał wyjaśnienia w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie, pismem z dnia 10 stycznia 2024 r. W treści wyjaśnień ww. wykonawca wskazał:
W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 8.01.2024 r., firma Fast-Raf Sp. z o.o. przedstawia wyjaśnienie i uzasadnienie prawidłowości złożonej przez nas oferty:
Składniki oferty:

Dojazd — 1000 zł
robocizna — 6 godz. x 2 os x 120 zł — 1440 zł
razem — 2440 zł
2440 zł x 12 mies. — 29280 zł x 4 stacje — 117120 zł minus rabat - 110700 zł
Ponadto firma Fast-Raf Sp. z o.o. posiada własny sprzęt do wykonania przedmiotowych prac min. opornica oraz inne urządzenia pomiarowe, których nie musimy wynajmować. Nigdy też nie korzystamy z konieczności zatrudniania podwykonawców do naszych robót. Stąd też nasze koszty są nieco niższe.
W naszej ocenie maksymalna kwota, jaka została podana w postępowaniu jest bardzo wysoka i według nas bezzasadnym jest narażanie Zamawiającego na tak rażąco wysokie koszty.
W dniu 22 stycznia 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty
w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy FAST-RAF. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 224 ust. 1, 4, 5 i 6 Pzp – 1*. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie*
z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów
w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.
(…)
4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz
z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.;
- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie Izba uznała za zasadne wskazać, że generalna zasada dotycząca rozkładu ciężaru dowodu określona w art. 5354 ust. 1 Pzp nakłada na strony i uczestników postępowania odwoławczego obowiązek wskazania argumentów i dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przedmiotową zasadę można sprowadzić do prostego stwierdzenia wskazującego, że podmiot, który podnosi w postępowaniu odwoławczym określone okoliczności i zgłasza określone twierdzenia, jest zobowiązany je udowodnić. Tym samym co do zasady w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywa na odwołującym. Jednakże powyżej wskazana zasada dotycząca ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym ma zupełnie inny sposób działania w zakresie związanym
z zagadnieniem rażąco niskiej ceny, co wynika z przepisu art. 537 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:
1) wykonawcy, który złożył ofertę, co do której podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, lub
2) na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, co do której podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.
Dodatkowo należy wskazać, że zasada ta materializuje się w sytuacji, w której wykonawca podczas trwania postępowania o udzielenie zamówienia był wzywany do wyjaśnień
w zakresie rażąco niskiej ceny
Jak wynika z powyżej wskazanej argumentacji podmiotem zobowiązanym do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, może być również zamawiający. Dotyczy to przypadków, w których wykonawca, który złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w trakcie badania i oceny ofert, co do którego oferty podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego, tj. nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. W takim przypadku to na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że oferta wykonawcy nie jest rażąco niska.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy miała miejsce sytuacja, do której referuje art. 537 pkt 2 Pzp tj. wykonawca został wzywany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożył takie wyjaśnienia, jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, następnie inny wykonawca wniósł odwołanie podnosząc zarzut rażąco niskiej ceny wobec oferty wybranego wykonawcy, a ten wybrany wykonawca nie zgłosił przystąpienia po stronie zamawiającego w związku z czym nie uzyskał statusu uczestnika postepowania odwoławczego. W związku z tym w stanie faktycznym tej sprawy ciężar dowodu w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny wykonawcy FAST-RAF spoczywał na zamawiającym i w ocenie składu orzekającego zamawiający tego ciężaru nie udźwignął.

W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę na treść wezwania oraz wyjaśnień złożonych przez FAST-RAF. Co prawda treść wezwania była dość ogólnikowa stąd też wyjaśnienia odpowiadające wezwaniu mogły być równie ogólnikowe, niemniej odwołującemu udało się przekonać skład orzekający, że wyjaśnienia złożone przez FAST-RAF były nie tyle ogólnikowe co niewystarczające ponieważ nie zawierały odniesienia się lub chociażby wspomnienia referującego do istotnych prac objętych zamówieniem.

Skład orzekający w dalszej kolejności wziął pod uwagę postanowienia OPZ określone w załączniku nr 2 do SWZ. Kluczowe znaczenie w tej materii miały postanowienia ppkt 2.2.6. OPZ, który wprost wskazywał, że*Cena ryczałtowa za usługi obejmuje koszty dojazdu, oględzin, przeglądów, prac naprawczych, pracy sprzętu potrzebnego do wykonania konserwacji i prac naprawczych łącznie z materiałami konserwacyjnymi.* Warto zwrócić uwagę, że ww. fragment OPZ jednoznacznie wymieniał jakie elementy wchodzą w skład ceny ryczałtowej. Co istotne zamawiający w ppkt 2.2.6. OPZ wyraźnie wskazał, że elementy te odnoszą się do ceny ryczałtowej za usługi. Tym samym wykonawcy dysponowali jednoznaczną informacją co do tego jakie koszty mają wziąć pod uwagę podając cenę oraz postanowienie to należało przyjąć jako punkt wyjścia zarówno dla opracowania wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez wykonawcę wezwanego do wyjaśnień jak i oceny tych wyjaśnień. W związku z tym odwołujący wykazał, że wykonawca FAST-RAF w swoich wyjaśnieniach wycenił co najwyżej koszty związane z przeglądami miesięcznymi i przeglądem rocznym, natomiast zupełnie pominął koszy prac naprawczych oraz prac naprawczych łącznie z materiałami konserwującymi.

Jedynym w zasadzie argumentem zamawiającego, który odnosił się do materiału dowodnego był argument związany z dwiema notatkami przygotowanymi przez jednego z członków komisji przetargowej. Argument ten nie przekonał składu orzekającego do stanowiska zamawiającego. Po pierwsze notatki te były ogólnikowe i stanowiły *de facto* opinię ich autora, która nie została poparta żadnymi merytorycznymi argumentami lub dowodami. Po drugie odwołujący podważył ich przydatność na potrzeby rozstrzygnięcia wskazując, że z notatki z dnia 11 stycznia 2024 r. wynikało, iż usługa nie obejmuje materiałów, co było niezgodne z ppkt 2.2.6. OPZ, który wprost wymieniał materiały konserwacyjne jako element ceny ryczałtowej. W przypadku drugiej notatki z dnia 30 stycznia 2024 r. odwołujący zwrócił uwagę, że wynikało z niej, iż wykonawca był zobowiązany m. in. do usunięcia awarii jeśli ona nastąpi, natomiast wykonawca FAST-RAF w swoich wyjaśnieniach nie wskazał, że koszty związane z usunięciem awarii zostały uwzględnione w cenie. Po trzecie odwołujący na rozprawie stwierdził, że we wcześniejszej umowie dotyczącej tego zakresu zamówienia czynności naprawcze zdarzały się do kilku razy w miesiącu. Zamawiający nawet nie kwestionował tego stwierdzenia odwołującego, stąd skład orzekający uznał je za godne uwagi i potraktował jako potwierdzenie istotności tej części zamówienia, która nie została wyceniona przez wykonawcę FAST-RAF. Izba przyjęła w powyższym zakresie stanowisko odwołującego i uznała, że notatki na które powołał się zamawiający nie mogły przesądzić o tym, że zamawiający uczynił zadość zasadzie rozkładu ciężaru dowodu.

Stanowisko odwołującego potwierdził pośrednio również złożony przez niego dowód w postaci umowy z dnia 31 marca 2023 r., zawartej pomiędzy odwołującym a zamawiającym. Umowa ta dotyczyła realizacji usługi w okresie dziewięciu miesięcy od 1 kwietnia 2023 r. do 30 grudnia 2023 r. Dowód ten wskazywał za jaką cenę była realizowana usługa w ramach wcześniejszej umowy. Cena z tej umowy była znacznie wyższa od ceny zaoferowanej przez wykonawcę FAST-RAF. W związku tym jako argument drugorzędny można było przyjąć, że cena zaoferowana przez wykonawcę FAST-RAF nie miała swojego potwierdzenia w cenie wynikającej z wcześniejszego kontraktu.

Jedynym elementem argumentacji odwołującego, który nie znalazł potwierdzenia w ocenie składu orzekającego, był ten odnoszący się do zdania drugiego zawartego w ppkt 2.2.4. OPZ. Fragment ten dotyczył konieczności usunięcia awarii najdalej w ciągu trzech godzin od zgłoszenia telefonicznego przez zamawiającego i odwołujący wywodził, że wykonawca FAST-RAF z racji znacznej odległości jego siedziby od miejsca realizacji świadczenia nie będzie w stanie dotrzymać trzygodzinnego terminu na usunięcie awarii. Izba zwróciła uwagę, że z dowodu złożonego przez odwołującego wynikało, iż wykonawca FAST-RAF ma możliwość dojazdu na miejsce realizacji przedmiotu zamówienia minimalnie w czasie 2 godzin 20 minut, zatem nie można było wykluczyć, że mógłby zrealizować usługę w terminie wymaganym

przez zamawiającego.

Powyższe stanowisko nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia ponieważ w większości argumentacja odwołującego okazała się zasadna i skutkowała uwzględnieniem odwołania.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, uznając za takową ofertę, która podlegała odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 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 pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszty wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (zgodnie z rachunkiem złożonym na rozprawie) oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:…….