

**WYROK**  
**z dnia 23 października 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2023 r. przez wykonawcę Gabi sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum Górnictwa Węglowego w Zabrzu

przy udziale wykonawcy Alduo sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2966/23 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Gabi sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Gabi sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Gabi sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na rzecz Zamawiającego: Muzeum Górnictwa Węglowego w Zabrzu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący**.....

**Sygn. akt: KIO 2966/23**

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Muzeum Górnictwa Węglowego w Zabrzu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Dostawa i montaż wyposażenia do budynku muzeum przy ul. 3 Maja 19 – meble na wymiar”, nr zamówienia ZP/38/MGW/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 lipca 2023 r. pod numerem 2023/S 145-462113.

W dniu 26 września 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu” Gabi sp. z o.o., ul. Tadeusza Kościuszki 9, 36-100 Kolbuszowa informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Alduo sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej Przystępującym lub Alduo.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 6 października 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Alduo w zakresie części numer 1 oraz części numer 2.

Czynnościom i zaniechaniom czynności przez Odwołujący w ramach niniejszego odwołania sformułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej ustawą Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Alduo w zakresie części numer 1 oraz części numer 2, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części numer 1 oraz części numer 2 oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert;

2) nakazanie Zamawiającemu dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Alduo w zakresie części numer 1 oraz części numer 2;

3) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz

Odwołującego kwoty 15 000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w postępowaniu wykonawca Alduo za realizację zamówienia zaoferował cenę w wysokości 135 300,00 zł brutto w zakresie części numer 1 oraz cenę 54 120,00 w zakresie części numer 2.

Zauważył, że pismem z dnia 1 września 2023 r. Zamawiający zwrócił się do tego wykonawcy na podstawie art. 224 ustawy Pzp z wezwaniem o udzielenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny odrębnie dla każdej części. W treści wezwania Zamawiający między innymi:

1)Wskazał, że wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny powinny zawierać dowody w zakresie wyliczenia ceny.

2)Wskazał, że wyjaśnienie dotyczące wyliczenia ceny powinno zawierać kalkulację kosztów realizacji zadania z uwzględnieniem:

a)cen materiałów ze wskazaniem:

- rodzaju materiału;
- ilości materiału (mb/szt.);
- kosztu jednostkowego;
- łącznego kosztu;

b)kosztów robocizny ze wskazaniem:

- ilości roboczogodzin;
- stawki jednostkowej roboczogodziny.

3)Wskazał, że w przypadku powoływania się w wyjaśnieniach na posiadane korzystne oferty, upusty, rabaty bądź podobne, Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć stosowne dokumenty (dowody).

Odwołujący wyjaśnił, że wykonawca ALDUO udzielił odpowiedzi w dniu 7 września 2023 r., gdzie w zakresie części numer 1 wykonawca Alduo przedstawił:

1)część opisową wyjaśnień, w której znajdują się ogólne informacje dotyczące wykonawcy;

2)przykładowe ceny zakupu materiałów oraz akcesoriów w regularnych cenach;

3)referencje;

4)wyliczenia kosztów materiałów;

zaś w zakresie części numer 2 wykonawca Alduo przedstawił:

1)część opisową wyjaśnień, w której znajdują się ogólne informacje dotyczące wykonawcy;

2)przykładowe ceny zakupu materiałów oraz akcesoriów w regularnych cenach;

3)referencje;

4)wyliczenia kosztów materiałów.

Odwołujący zaznaczył, że do niniejszego zagadnienia znajdują zastosowanie następujące przepisy ustawy Pzp:

1)art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

2)art. 224 ust. 5 ustawy Pzp: „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy”.

3)art. 224 ust. 6 ustawy Pzp: „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”.

Zdaniem Odwołującego - przepisy te mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Gwarantuje więc Zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu.

Według Odwołującego - w niniejszym stanie faktycznym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Alduo zawierają następujące uchybienia, których wystąpienie musi prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy:

1)Wyjaśnienia mają ogólny charakter w zakresie części nr 1 i 2.

2)Brak dołączenia istotnych dowodów w zakresie części nr 1 i 2.

3)Wyliczenie kosztów materiałów ma ogólny charakter, jest niedokładne oraz zawiera braki i niezgodności z

warunkami zamówienia w zakresie części nr 1 i 2.

W swoim odwołaniu podkreślił **ogólny charakter wyjaśnień** złożonych przez Przystępującego stanowiących zgodnie z orzecznictwem KIO tak zwaną „beletrystkę wyjaśnieniową” składającą się z samych ogólnych stanowisk, pozbawionych jakiegokolwiek rzeczywistego znaczenia, która nie zawiera również żadnych możliwych do uchwycenia wartości ekonomicznych.

Podniósł, że wyjaśnienia muszą być konkretne oraz możliwe do weryfikacji, podczas gdy wykonawca Alduo przykładowo wskazał, że:

1) „Dodatkowym atutem jest położenie Zakładu Produkcyjnego w miejscowości o charakterze wiejskim (Gmina Czernichów) – gdzie koszty utrzymania, energii czy usług firmy ochroniarskiej są niższe niż w mieście”.

Odwolujący zarzucił, że Wykonawca jednak w żaden sposób nie wyjaśnił, jaki jest dokładnie wymiar oszczędności, jakie wygeneruje z tego tytułu.

2) „Firma ALDUO Sp. z o. o. dysponuje Zakładem Stolarskim wyposażonym w profesjonalne narzędzia i maszyny stolarskie typu piły, szlifierki. Wysoki stopień zmechanizowania i osprzętowania obniża koszty ludzkiej pracy (...) W zakresie rozwiązań technicznych znaczącym czynnikiem jest wyposażenie w profesjonalne narzędzia i maszyny”.

Odwolujący wskazał brak jednak konkretnych informacji na temat konkretnego sprzętu znajdującego się w posiadaniu wykonawcy Alduo. Brak wyjaśnienia, czy park maszynowy jest tej klasy i takiego zaawansowania lub innowacyjności, by mógł znacząco obniżyć koszty wykonania zamówienia w stosunku do cen przyjętych przez innych wykonawców. Nie wiadomo też, w jaki sposób posiadanie tych narzędzi wpływa kwotowo lub procentowo na możliwość obniżenia ceny.

3) „W związku ze stałą współpracą z producentami, Firma ALDUO Sp. z o. o. od cen regularnych publikowanych w Internecie ma korzystane rabaty”.

Odwolujący dostrzegł brak konkretnej informacji, ile dokładnie wynoszą rabaty, którymi dysponuje wykonawca Alduo.

4) „W kontekście cen oferowanych przez Wykonawcę ALDUO Sp. z o. o. nie bez znaczenia jest rozmiar dotychczas realizowanych dostaw o podobnym przedmiocie zamówienia, m.in. dla Chrześcijańskie Stowarzyszenie Dobroczynne o łącznej wartości 86 788,80 zł brutto (załącznik nr 2), dla Powiat Krakowski o łącznej wartości 187 698,00 zł brutto (Załącznik nr 3)”.

Nie wiadomo jednak jak realizacja innych zamówień wpływa na obniżenie ceny w tym postępowaniu.

Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca Alduo w wyjaśnieniach dla części 1 wskazał, że:

1) Koszt zakupu produktów to kwota 60 330,27 zł brutto. Koszty prowadzenia działalności to kwota 5 000,00 zł brutto.

2) Po doliczeniu kosztów pracowniczych, koszt dostaw, ustawienie fabrycznie nowego, nieużywanego przedmiotu umowy oraz przekazanie opakowań do utylizacji z zachowaniem praw ochrony środowiska, a także wydatków nieprzewidzianych wyniesie 78 953,69 zł brutto.

3) Pozostała kwota tj. 56 346,31 zł brutto pokryje należne podatki do Urzędu Skarbowego oraz składki do ZUS, jak również pozwoli uzyskać zadowalający zysk dla firmy.

Z kolei w wyjaśnieniach dla części 2 wykonawca Alduo wskazał:

1) Koszt zakupu produktów to kwota 19 068,69 zł brutto;

2) Koszty prowadzenia działalności to kwota 3 000,00 zł brutto.

3) Po doliczeniu kosztów pracowniczych, koszt dostaw, ustawienie fabrycznie nowego, nieużywanego przedmiotu umowy oraz przekazanie opakowań do utylizacji z zachowaniem praw ochrony środowiska, a także wydatków nieprzewidzianych wyniesie 35 692,11 zł brutto.

4) Pozostała kwota tj. 18 427,89 zł brutto pokryje należne podatki do Urzędu Skarbowego oraz składki do ZUS, jak również pozwoli uzyskać zadowalający zysk dla firmy.

Według Odwołującego - kalkulacja ta ma jednak charakter wysoce uproszczony i pozorny. Nie wiadomo, jakie konkretnie czynniki kosztotwórcze i w jakiej wysokości składają się na poszczególne pozycje. Kwoty te mogły zatem zostać przyjęte zupełnie dowolnie bez jakiegokolwiek uzasadnienia. Założenia te nie są poparte żadnymi dowodami.

W ocenie Odwołującego - można stwierdzić, że żaden element wyjaśnień wykonawcy ALduo nie wnosi żadnej konkretnej informacji w zakresie przyczyn, dla których wykonawca mógł zaoferować konkretną cenę. Wyjaśnienia nie zawierają istotnych uchwytnych wartości ekonomicznych, nie zostały przedstawione konkretne wyjaśnienia na to, jak

technologia, którą posiada ten wykonawca, wpływa na możliwość obniżenia kosztów wykonania zamówienia.

Dalej, Odwołujący podkreślił **brak istotnych dowodów** przedstawionych przez Przystępującego.

Wyraził pogląd, że do wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy dołączyć odpowiednie dowody, a sama kalkulacja kosztów nie jest wystarczającym dowodem.

Zwrócił uwagę, że w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej Zamawiający wyraźnie wskazał, że wyjaśnienia powinny zawierać odpowiednie dowody.

Zauważył, że minimalnymi dowodami, jakie należało w niniejszym przypadku przedstawić, byłyby:

1) Zanonimizowane umowy o pracę z pracownikami lub zanonimizowane listy płac – na okoliczność ustalenia wysokości wynagrodzenia, jakie wykonawca wypłaca pracownikom.

2) Dowody na posiadane rabaty o których wspomniano w części opisowej wyjaśnień – na okoliczność ustalenia możliwości i wysokości obniżenia kosztów realizacji zamówienia.

3) Dokumenty wykazujące, czy wykonawca faktycznie dysponuje własnymi środkami transportu przystosowanymi do transportu przedmiotu zamówienia, zaawansowanymi i nowoczesnymi maszynami oraz parkiem maszynowym – na okoliczność ustalenia, czy wykonawca może faktycznie samodzielnie wykonać transport i produkcję mebli, a tym samym obniżyć (zgodnie z jego deklaracją) koszty dostawy produktów.

Zdaniem Odwołującego - dopiero przedstawienie powyższych dowodów pozwoliłoby Zamawiającemu zweryfikować, czy wykonawca Alduo jest faktycznie w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

W ocenie Odwołującego - załączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dowody są niewiarygodne lub w ogóle nieistotne do ustalenia czy zaoferowana przez wykonawcę Alduo cena jest ceną realną, za którą da się wykonać zamówienie.

Według Odwołującego - z dowodów tych wynika, że wykonawca zakłada wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z warunkami zamówienia.

Odwołujący zgłosił zastrzeżenia do dowodów dla poszczególnych części.

#### **Przykładowe ceny zakupu materiałów oraz akcesoriów w regularnych cenach – dla części numer 1.**

Stanął na stanowisku, że przykładowe ceny zakupu stanowią kolaż różnych fragmentów stron internetowych. W większości przypadków nie jest możliwe zidentyfikowanie nawet jaki podmiot oferuje te produkty za taką cenę. Ponadto przedstawiono cenę jedynie niektórych materiałów. Przykładowo nie przedstawiono kosztów zakupu istotnych materiałów takich jak:

- 1) szuflad o nośności 65kg;
- 2) prowadnic w kolorze szarym;
- 3) prowadnic w kolorze szarym o nośności 65kg;
- 4) frontu giętego;
- 5) transformatora do LEDÓW;
- 6) szuflad z szklanym bokiem – w dowodach są z tylko bokiem pełnym;
- 7) nóżek kuchennych;
- 8) profili aluminiowych do led;
- 9) systemu "push-to-open" dla poz. 3.4 szafka numer 12,13;
- 10) wkładu na sztućce w kolorze szarym;
- 11) zawieszek meblowych (miał być udźwig 150kg).

Zaznaczył również, że wyliczenie przedstawione przez Przystępującego zakłada wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z warunkami zamówienia z następujących powodów:

1) Kuchnia nr 2 - zgodnie z OPZ, część frontów, a także część korpusów powinna być wykonana z płyty MDF 18mm obustronnie obłogowanej (forniowanej). Tymczasem w dowodzie do wyjaśnień wykonawca prezentuje płytę MDF forniowaną 6mm i płytę wiórową forniowaną 18 mm. Obie te płyty są niezgodne z OPZ. Jednocześnie w dowodach brak jest zgodnego z OPZ gotowego produktu albo obłogu (forniru) do samodzielnego sklejania. Załączony cennik frontów forniowanych to tylko usługa lakiernicza.

2) Kuchnia nr 3 - zastosowany laminat jest zwykłym laminatem HPL bez powierzchni zabezpieczającej przed palcowaniem. Zgodnie z OPZ, korpusy szafek wiszących mają być z płyty MDF 18 mm forniowanej, natomiast w przedstawionych dowodach jest wykazana płyta wiórowa forniowana 18 mm. Fronty powinny być wykonane z płyty MDF 18 mm forniowanej. W przedstawionych dowodach, Wykonawca prezentuje płytę MDF forniowaną 6mm i płytę wiórową

forniowaną 18 mm. Obie te płyty są niezgodne z OPZ.

3)Wykonawca w dowodach do wyjaśnień wskazuje, że użyje zawiasów bez regulacji mimośrodowej, co jest niezgodne z OPZ.

4)Zgodnie z OPZ, taśma LED powinna być typu COB (bez punktowych diod, taka że cały pas się świeci) oraz powinna mieć 300 diod na metr. Zaproponowana przez wykonawcę taśma ma 300 diod na 5 metrów i nie jest typu COB.

5)Zgodnie z OPZ, nóżka powinna być w kolorze aluminium. Tymczasem oferowana nóżka D 737 jest w kolorze satyna a nie aluminium.

Tym samym – w ocenie Odwołującego - Przystępujący nie udowodnił, że jest w stanie za zaoferowaną cenę kupić materiał zgodny z warunkami zamówienia, bowiem przedstawiony dowód wskazuje, że wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia niezgodnie z warunkami zamówienia. Dowód ten nie może zatem zostać zaakceptowany.

#### **Przykładowe ceny zakupu materiałów oraz akcesoriów w regularnych cenach – dla części numer 2.**

W przekonaniu Odwołującego – w większości przypadków nie jest możliwe zidentyfikowanie nawet jaki podmiot oferuje te produkty za taką cenę. Ponadto zarzucił, że przedstawiono cenę jedynie niektórych materiałów. Przykładowo nie przedstawiono kosztów zakupu istotnych materiałów takich jak:

- 1)zamki meblowe;
- 2)lakierowanie proszkowe (podana jest tylko stal);
- 3)systemu „push-to-open”;
- 4)zawieszek meblowych o udźwigu 150kg;
- 5)nóżki „cokołowej” (kuchennej) wys. 5cm (stół roboczy);
- 6)przewodnic 65kg.

Również w tym przypadku Odwołujący przyjął, że wyliczenie Przystępującego zakładało wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z warunkami zamówienia z następujących powodów:

1)W przedstawionych dowodach do wyjaśnień wykonawca przedstawił zawias wpuszczany, który jest do blatów zamiast do frontów.

2)Zgodnie z OPZ, nóżka powinna być w kolorze aluminium. Tymczasem oferowana nóżka D 737 jest w kolorze satyna a nie aluminium.

3)Wykonawca w dowodach do wyjaśnień wskazuje, że użyje zawias bez regulacji mimośrodowej, co jest niezgodne z OPZ.

Tym samym – e ocenie Odwołującego - wykonawca nie udowodnił, że jest w stanie za zaoferowaną cenę kupić materiał zgodny z warunkami zamówienia, a przedstawiony dowód wskazywał, że wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia niezgodnie z warunkami zamówienia. Dowód ten nie może zatem zostać zaakceptowany.

#### **Referencje w zakresie części numer 1 i 2.**

Zarzucił, że Wykonawca przedstawił referencje z realizacji innych zadań nie wskazując jednak, w jaki sposób załączone referencje świadczą o prawidłowości kalkulacji przedmiotowego zamówienia. Z tych dokumentów wynika jedynie, że wykonawca należycie wykonał wcześniejsze zamówienia, co jednak związane jest ze sferą warunków udziału w postępowaniu, nie zaś sferą wyjaśnień zaoferowanej ceny. To, że wykonawca zrealizował wcześniej w sposób należyty inne zamówienie (zamówienia) nie potwierdza, że będzie w stanie zrealizować niniejsze zamówienie za zaoferowaną cenę. Każde zamówienie ma inny zakres prac, a wykonawca Alduo nie podjął nawet próby wyjaśnienia, w jaki dokładnie sposób realizacja wcześniejszych zamówień ma chociażby uprawdopodobnić realność poszczególnych składników cenotwórczych w ramach niniejszego zamówienia.

W związku z tym Odwołujący stwierdził, że dowód ten jest zupełnie nieprzydatny do oceny czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Podsumowując, Odwołujący stanął na stanowisku, że Przystępujący nie przedstawił więc w zasadzie żadnych istotnych lub wiarygodnych dowodów, które byłyby pomocne do zweryfikowania czy zaoferowana przez wykonawcę Alduo cena jest realna.

#### **Braki, błędy i niezgodności wyliczenia kosztów materiałów.**

Odwołujący zwrócił uwagę, że jedynym elementem wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Alduo, który może zostać poddany próbie jakiegokolwiek merytorycznej weryfikacji, jest wyliczenie kosztów materiałów stanowiące załącznik do części opisowej wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zauważył, że zgodnie z wezwaniem Zamawiającego przytoczonym powyżej, Przystępujący zobowiązany był w wyliczeniu przedstawić: rodzaju materiału, ilości materiału (mb/szt), koszt jednostkowy i łączny koszt.

Wyjaśnił, że Przystępujący przygotował wyliczenie, w którym wskazał między innymi:

1) Rodzaj materiału podany w sposób ogólny i nieprecyzyjny np. „akcesoria meblowe”, „INNE”, „cięcie” „HDF”, „Tip-On”.

2) Ilość materiału poprzez wskazanie samej liczby bez jednostki miary.

3) Łączny koszt materiału.

Według Odwołującego - Przystępujący nie wskazał natomiast zupełnie kosztu jednostkowego materiałów, wbrew woli Zamawiającego.

Argumentował, że powyższe informacje, to wszystkie informacje wynikające z przedstawionego wyliczenia, które ma wysoce uproszczony charakter, bowiem Przystępujący operuje w nim kwotami, nie wyjaśniając jednak, w jaki sposób kwoty te odpowiadają przyjętym założeniom, a same wyliczenie zawiera braki i nieścisłości.

Zdaniem Odwołującego - wyliczenie przedstawione przez wykonawcę Alduo jest przygotowane w sposób zupełnie nieczytelny i niepozwalający na weryfikację pod względem zgodności z przyjętymi założeniami. Wykonawca nie wskazuje jednostek miar i nie wskazuje kosztu jednostkowego materiału, przez co trudno prześledzić tok rozumowania wykonawcy.

Przykładowo, Odwołujący zaznaczył, że Przystępujący wskazał w wyliczeniu dla części numer 1 w pozycji 1, że potrzebuje „21,1” płyty MDF melaminowanej 18 mm, lecz nie podał w wyliczeniu ceny tej płyty.

Co do ceny płyty w załączniku nr 1 do wyjaśnień to 370,71 zł, to nie wiadomo czy brutto czy netto. Wykonując działanie zgodnie ze wskazanymi przez wykonawcę parametrami: 21,1 (ilość materiału) x 370,71 zł (cena materiału) = 7821,98 zł, czyli ta jedna pozycja materiałowa jest wyższa niż łączny koszt materiału dla elementu numer 1 w zestawieniu, za które wykonawca wskazał, że poniesie koszt 6 153 zł netto.

W związku z powyższym podniósł, że podobnych błędów i nieścisłości jest więcej, a zatem przygotowane wyliczenie jest więc zupełnie niewiarygodne i nieprzejrzyste i nie pozwala zweryfikować prawdziwości przyjętych założeń.

Według Odwołującego - wyliczenie zakłada wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z warunkami zamówienia.

Odwołujący wskazał konkretne zastrzeżenia do złożonego wyliczenia dla poszczególnych części.

#### **Szczegółowe zastrzeżenia do wyliczenia dla części nr 1.**

Odwołujący zwrócił uwagę, że w wyliczeniu wykonawca wskazał na użycie produktów, których cen nie można odnaleźć w załączniku z dowodami do wyliczenia, a tym samym brak jest możliwości sprawdzenia wiarygodności wyliczenia.

Ponadto, podniósł, że nie są znane jednostki miary do ilości, którymi posługuje się Wykonawca, a także cen jednostkowych.

Dodatkowo, zaznaczył, że wykonawca w ogóle nie uwzględnił w wyliczeniu istotnych elementów materiałowych w postaci:

- 1) transformatora do LEDÓW;
- 2) systemu "push-to-open" dla poz. 3.4 szafka numer 12,13;
- 3) zawieszek meblowych (miał być udźwig 150kg);
- 4) szuflad o nośności 65kg.

#### **Szczegółowe zastrzeżenia do wyliczenia dla części nr 2.**

Podniósł, że w wyliczeniu wykonawcy nie zostało uwzględnione wykonanie pozycji „Stoły prezydialne (dwa stoły wolnostojące - niezależne meble)”, co znacznie wpłynie na koszt przedstawionych materiałów, a tym samym wskazuje na to, że wykonawca nie udowodnił, że jest w stanie wykonać zamówienie za oferowaną cenę.

Wskazał na okoliczność, że Zamawiający wymagał również użycia laminatu HPL niepalczącego, którym płyta MDF miała być pokryta obustronnie, a Przystępujący w swoim wyliczeniu wskazał na jednostronne użycie laminatu HPL niepalczącego i zastosowaniu na drugą stronę płyty laminatu przeciwprężnego bez wskazanych właściwości niepalczących, który jest znacznie tańszy, co jest niezgodne z OPZ.

Ponadto, Odwołujący dostrzegł, że w wyliczeniu wykonawca wskazuje na użycie produktów, których cen nie można odnaleźć w załączniku z dowodami do wyliczenia, a tym samym brak jest możliwości sprawdzenia

wiarygodności wyliczenia.

Ponadto, podniósł, że nie są znane jednostki miary do ilości, którymi posługuje się Wykonawca, a także ceny jednostkowe.

Dodatkowo, Odwołujący dopatrywał się, że wykonawca w ogóle nie uwzględnił w wyliczeniu istotnych elementów materiałowych w postaci:

- 1)zawieszek meblowych o udźwigu 150 kg;
- 2)nóżki "cokołowej" (kuchennej) wys. 5cm (stół roboczy);
- 3)przewodnic 65 kg.

Podsumowując powyższe Odwołujący uznał, że wyliczenie zawiera wartości abstrakcyjne oraz nieweryfikowalne, co podważa wiarygodność całego wyliczenia. Wyliczenie zawiera również braki oraz zakłada wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z warunkami zamówienia. Przyjęte w wyliczeniu kwoty mogą być więc kwotami przyjętymi dowolnie przez wykonawcę. Przedstawione wyliczenie nie stanowi więc żadnego dowodu, że oferta wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

#### **Brak możliwości wezwania do ponownych wyjaśnień.**

Podniósł również, że nie ma możliwości kolejnego wezwania wykonawcy Alduo do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz przedstawienia dowodów.

Dopuszczane jest ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy 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 jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty. Stanowiłoby to bowiem w istocie danie wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co stoi w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W piśmie z dnia 13 października 2023 r. wykonawca Alduo sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Podobnie Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 18 października 2023 r. wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

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

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego, pisma Zamawiającego z dnia 1 września 2023 r. wzywającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odpowiedzi Przystępującego z dnia 7 września 2023 r. wyjaśniającego rażąco niską cenę wraz załączonymi dowodami, stanowiska Przystępującego z dnia 13 października 2023 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 18 października 2023 r., jak również na podstawie złożonych przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.226 ust.1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu zaoferowania przez tego wykonawcę oferty zawierającej rażąco niską cenę.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, że Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy dnia 11 września 2019 r. (t, j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późniejszymi zmianami), zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia cen ofertowych dla części nr 1 oraz 2.

Zamawiający wskazał, że „(...)Wątpliwości Zamawiającego budzi fakt, iż zaproponowane ceny ofertowe są niższe:

- w zakresie części nr 1 0 44,44% od wartości szacunkowej powiększonej o wartość podatku VAT,
- w zakresie części nr 2 0 44,55% od średniej arytmetycznej złożonych ofert w tej części oraz 0 76,47% od

wartości szacunkowej powiększonej o wartość podatku VAT.

W celu wyjaśnienia zaoferowanych cen Zamawiający zwraca się o złożenie wyjaśnień (odrębnie dla każdej części) dotyczących elementów jakie miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,

Zamawiający żąda w szczególności przedstawienia kalkulacji kosztów realizacji zadania z uwzględnieniem:

1. Cen materiałów ze wskazaniem:

a. rodzaju materiału,

b. ilości materiału (mb/szt.),

c. kosztu jednostkowego,

d. łącznego kosztu.

2. Kosztów robocizny ze wskazaniem:

a. ilości roboczogodzin,

b. stawki jednostkowej roboczogodziny.

Ponadto wyjaśnienia Wykonawcy mogą odnosić się w szczególności do okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 3 ustawy.

W przypadku powoływania się w wyjaśnieniach na posiadane korzystne oferty, upusty, rabaty bądź podobne Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć stosowne dokumenty (dowody).

Informuję również, iż zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Zamawiający odrzuci ofertę, jeżeli Wykonawca nie udzieli wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Zamawiający przypomina również, iż zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.(...)"

W następstwie tak sformułowanego wezwania Przystępujący w piśmie z dnia 7 września 2023 r. złożył wyjaśnienia, wskazując co następuje: „(...)W odpowiedzi na wezwanie z dn. 01.09.2023 r. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w postępowaniu nr ZP/38/MGW/2023 „Dostawa i montaż wyposażenia do budynku muzeum przy ul. 3 Maja 19 – meble na wymiar.” – część 1 poniżej Wykonawca udziela odpowiedzi w sprawie wartości złożonej oferty na kwotę 135 300,00 zł brutto.

Przekazujemy szczegółowe informacje dotyczące zamówienia tj.:

1. Zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług

Firma ALDUO Sp. z o. odysponuje Zakładem Stolarskim wyposażonym w profesjonalne narzędzia i maszyny stolarskie typu piły, szlifierki. Wysoki stopień zmechanizowania i osprzętowania obniża koszty ludzkiej pracy. Firma dysponuje samochodami dostawczymi – dzięki temu nie ponosi kosztów z tytułu usług zewnętrznych firm transportowych. W ofercie uwzględniono parametry przedmiotu umowy, ustalenie szczegółów oraz dostawę, ustawienie fabrycznie nowego, nieużywanego przedmiotu umowy w sposób zapewniający bezpieczne użytkowanie, pozostawienie pomieszczeń posprzątaných, w stanie nadającym się do użytku. Dodatkowym atutem jest położenie Zakładu Produkcyjnego w miejscowości o charakterze wiejskim (Gmina Czernichów) – gdzie koszty utrzymania, energii czy usług firmy ochroniarskiej są niższe niż w mieście.

2. Wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw i usług. Wartość oferty firmy ALDUO Sp. z o. o jest racjonalnie skalkulowaną sumą wydatków z tytułu zakupu materiałów, zakupów uzupełniających, kosztów pracy i innych opłat. Istotne znaczenie ma również fakt, że Wykonawca jest w stanie wykonać szeroki zakres prac samodzielnie. W zakresie rozwiązań technicznych znaczącym czynnikiem jest wyposażenie w profesjonalne narzędzia i maszyny.

W załączniku nr 1 dowody materiałowe zakupu materiałów oraz akcesoriów w przykładowych cenach dostępnych na rynku. W związku ze stałą współpracą z producentami, Firma ALDUO Sp. z o. o. od cerregularnych publikowanych w Internecie ma korzystane rabaty.

3. Oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez Wykonawcę.

Firma dysponuje samochodami dostawczymi – dzięki temu nie ponosi kosztów z tytułu usług zewnętrznych firm transportowych. W ofercie uwzględniono parametry przedmiotu umowy, ustalenie szczegółów oraz dostawę, ustawienie fabrycznie nowego, nieużywanego przedmiotu umowy w sposób zapewniający bezpieczne użytkowanie, pozostawienie pomieszczeń posprzątaných, w stanie nadającym się do użytku.

Przewidywane koszty dostaw przedmiotu zamówienia do miejsca wskazanego przez Zamawiającego:

170 km (2x85 km) x 4 = 680 km ,

$12 \text{ l} \times 7,64 \text{ zł brutto (kwota paliwa)} = 91,68 \text{ zł brutto}/100 \text{ km}$  ,  $91,68 \text{ zł brutto} \times 6,8 = 623,42 \text{ zł brutto}$ .

Dodatkowa rezerwa na koszty związane z transportem (w tym wliczone są koszty eksploatacji samochodu na czas dostaw a także opłaty drogowe, oleje, ADBLUE, zmiana cen itp.) to kwota 1 000,00 zł brutto co daje nam łączną kwotę na koszty dostaw 1 623,42 zł brutto.

4. Zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Wykonawca oświadcza, iż spełnia warunki dotyczące kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest 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) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Poniżej Wykonawca przedstawia wyliczenia.

Całkowity koszt pracy kilku pracowników: przygotowanie dokumentacji, zaprojektowanie, wykonania, zapakowania, transportu dostawy i montażu to łącznie 200 godzin roboczych  $\times$  45,00 zł brutto/h wyniesie 9 000,00 zł brutto.

5. Zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.

Nie dotyczy

6. Zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Jak w podpunkcie 4. ALDUO Sp. z o. o. przestrzega przepisów BHP, prawa pracy i zabezpieczenia społecznego w miejscu realizacji zamówienia i wykonywania.

7. Zgodność z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

W kalkulacji cenowej Wykonawca uwzględnił również wydatki tj. wywóz odpadów, przekazanie opakowań do utylizacji z zachowaniem prawa ochrony środowiska, zużycie energii i wody o łącznej kwocie 3 000,00 zł brutto.

8. Wypełnienia obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. Nie dotyczy

Koszt zakupu produktów potrzebnych do realizacji, produkcji oraz wykonania tj. płyta MDF nie laminowana 18 mm, obrzeże 22/2, nóżki H 100, zawiasy, prowadnice szuflad, podpórki półek, mata do szafek zlewowych, wkład na sztućce, ociekacz na talerze 80 i 60, blat -konglomerat kwarcowy, otwory pod zlew, otwory pod baterię, uchwyty, płyta fornir 18 mm, lakier fornir, pasek LED, profil LED wpuszczany, okablowanie LED, mata do szafek zlewowych, sortownik, blat -granit, obrzeże 22/2, laminat PT, laminat przeciwpękny akcesoria montażowe oraz innych komponentów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia to łączna kwota 60 330,27 zł brutto.

Wykonawca w swojej kalkulacji uwzględnił również koszty prowadzenia działalności, takie jak np. leasingi, opłaty za utrzymanie biura, opłacenie licencji programu do projektowania, benefity pracownicze, materiały biurowe itp. a także inne wydatki nieprzewidziane tj. gwarancje oraz rezerwę na wydatki 5 000,00 zł brutto.

Po doliczeniu kosztów pracowniczych, koszt dostaw, ustawienie fabrycznie nowego, nieużywanego przedmiotu umowy oraz przekazanie opakowań do utylizacji z zachowaniem praw ochrony środowiska, a także wydatków nieprzewidzianych wyniesie 78 953,69 zł brutto.

Pozostała kwota tj. 56 346,31 zł brutto pokryje należne podatki do Urzędu Skarbowego oraz składki do ZUS, jak również pozwoli uzyskać zadowalający zysk dla firmy.

W kontekście cen oferowanych przez Wykonawcę ALDUO Sp. z o. o. nie bez znaczenia jest rozmiar dotychczas realizowanych dostaw o podobnym przedmiocie zamówienia, m.in. dla Chrześcijańskie Stowarzyszenie Dobroczynne o łącznej wartości 86 788,80 zł brutto (załącznik nr 2), dla Powiat Krakowski o łącznej wartości 187 698,00 zł brutto (Załącznik nr 3).

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2019 r. (sygn.. akt: KIO 1774/19) powyżej wymienione argumenty zostały uznane za znaczące dla wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Z przyczyn obiektywnych Wykonawca nie jest w stanie przedstawić faktury na każdy element wykorzystany do realizacji niniejszego zamówienia. Wykonawca nie ma potrzeby wcześniejszego zakupu i magazynowania materiałów, które są dostępne od ręki w hurtowniach. Mowa tu o czasie przyszłym, a każdy przetarg publiczny jest inny, wymaga

zastosowania innych rozwiązań - Zatem Wykonawca kalkulując cenę opiera się na wieloletnim doświadczeniu, bieżącym rezeźnaniu rynkowym oraz relacjach ze stałymi dystrybutorami, przejawiających się w udzielanych rabatach.

Załączniki do niniejszego pisma stanowią tajemnicę handlową firmy ALDUO Sp. z o.o.- dlatego nie powinny być udostępniane innym Wykonawcom. Żadna firma nie informuje konkurencji o wypracowanych z dostawcami cenach – jest to czynnik wpływający na konkurencyjność. Zezwolenie na wgląd innym Wykonawcom będzie stanowiło działanie na szkodę ALDUO Sp. z o. o. Wykonawca spełnia wymogi art. 11 ust. 1 pkt. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: zastrzeżona część wyjaśnień ma charakter organizacyjny przedsiębiorstwa, posiada dla Wykonawcy wartość gospodarczą, nie została ujawniona dla wiadomości publicznej a przedsiębiorca podjął wobec niej niezbędne działania w celu zachowania jej poufności (Wykonawca w tym postępowaniu jak i w wszystkich innych każdorazowo zastrzega tajność załączników – a Zamawiający uznają zasadność i właściwość tego zastrzeżenia).

Wykonawca oświadcza, że materiały, z których zostaną wykonane sceny, ich konstrukcja, montaż oraz ustawienie będą zgodne z opisem przedmiotu zamówienia dołączonym do dokumentacji przetargowej.(...)"

Izba stwierdziła, że do przedmiotowych wyjaśnień Przystępujący załączył następujące dowody:

Załącznik nr 1 - Przykładowe ceny zakupu materiałów oraz akcesoriów w regularnych cenach;

Załącznik nr 2 - Referencje – Chrześcijańskie Stowarzyszenie Dobroczynne;

Załącznik nr 3 - Referencje – Powiat Krakowski;

Załącznik nr 4 - Wyczenia kosztów materiałów.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że nie potwierdził się zarzut złożenia przez Przystępującego oferty z rażąco niską ceną.

Izba postanowiła oddalić odwołanie zupełnie z innych powodów niż wynikałoby z treści samego odwołania.

Odwolujący w swoim odwołaniu zgłosił zarzuty najdalej idące polegające na tym, że Zamawiający powinien automatycznie odrzucić ofertę Przystępującego w warunkach art.226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art.226 ust.6 ustawy Pzp, który to drugi przepis stanowi, że 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.

Natomiast w ocenie Izby – załączone przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami, które w dużej mierze potwierdzały realność i wiarygodność zaoferowanej ceny nie przesądzały tezy o istnieniu rażąco niskiej ceny, a w takiej sytuacji Zamawiający był zobowiązany do uruchomienia przepisu art.224 ust.1 ustawy Pzp, to jest do dalszego prowadzenia postępowania wyjaśniającego zaoferowaną przez Przystępującego cenę w tym trybie.

Takiego zarzutu ewentualnego opartego o dyspozycję przepisu art.224 ust.1 ustawy Pzp Odwołujący jednak nie sformułował.

Wobec tego należy podnieść, że zgodnie z art.555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, skoro Odwołujący takiego zarzutu zaniechania dalszego prowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę opartego o przepis art.226 ust.1 ustawy Pzp nie zgłosił, a wręcz stwierdził, że jest ono niedopuszczalne (vide: II4, numery boczne 57- 59 odwołania - Brak możliwości wezwania do ponownych wyjaśnień), Izba nie mogła rozstrzygnąć odwołania w inny sposób, jak tylko oddalić odwołanie.

Jednocześnie Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że wyjaśnienia i dowody przedłożone przez Przystępującego w sposób jednoznaczny przesądzały o istnieniu rażąco niskiej ceny, a tylko w takim przypadku Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy na zasadzie art.226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, że brak jest istotnych dowodów (vide: II2, numery boczne 20-40 odwołania), Izba nie zgadza się z poglądem, że kalkulacja kosztów nie jest wystarczającym dowodem potwierdzającym brak istnienia rażąco niskiej ceny.

Wymaga zwrócenia uwagi, że sam Zamawiający w wezwaniu z dnia 1 września 2023 r. nadał pierwszorzędne znaczenie samej kalkulacji kosztów realizacji zadania z uwzględnieniem: Cen materiałów ze wskazaniem: rodzaju materiału, ilości materiału (mb/szt.), kosztu jednostkowego, łącznego kosztu i Kosztów robocizny ze wskazaniem: ilości roboczogodzin, stawki jednostkowej roboczogodziny.

Jednocześnie Zamawiający nie wskazał katalogu dowodów niezbędnych do wykazania braku rażąco niskiej ceny, posłużył się jedynie sformułowaniem „(...) stosowne dokumenty (dowody) (...)”, co powoduje, że dokument kalkulacji kosztów należało potraktować jako dowód.

Według zapatrywania Izby – Przystępujący w swoich wyjaśnieniach podał poprawnie nazwę mebla, jego wymiary, materiał i ilości elementów, koszt materiałów na 1 sztukę, zarówno dla części 1, jak i części 2 w zakresie żądanym przez Zamawiającego.

Jednocześnie, gdyby Zamawiający na podstawie omawianej kalkulacji powziął wątpliwości, co do braku możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego wymaganiami powinien był prowadzić dalsze wyjaśnienia odnoszące się do poszczególnych kosztów jednostkowych przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art.224 ust.1 ustawy Pzp 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.

Jednocześnie należy zauważyć, że Przystępujący w swoich wyjaśnieniach powołał się na posiadanie upustów, których jednak nie przedstawił w formule wartościowo-rzeczowej, a zatem należało przyjąć, że deklaracja tego wykonawcy w tym zakresie była gołosłowna i nie mogła być zaliczona na poczet wykazywanych przez niego okoliczności mających wpływ na wymiar ceny, co samo w sobie nie może jednak decydować, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

To samo dotyczy argumentacji Odwołującego odnoszącej się do „Braków, błędów i niezgodności wyliczenia kosztów materiałów” (vide: II3, numery boczne – 41-56), które ewentualnie – w ocenie Izby – powinny podlegać dalszemu wyjaśnieniu w trybie przepisu art.226 ust.1 ustawy Pzp, który to zarzut jednak nie został zgłoszony.

Cytowany wyżej przepis art.226 ust.1 ustawy Pzp stanowi dyrektywę interpretacyjną dla Zamawiającego jak powinien działać w okolicznościach wystąpienia w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny pewnych braków, błędów czy innych nieścisłości w wyliczeniach kosztów za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Poza tym „zasada wyjaśniania” jest praktycznie powszechną procedurą na gruncie ustawy Pzp, co potwierdza chociażby uregulowanie opisane w art.223 ust.1 zd.1 ustawy Pzp przewidujące możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Dopuszczenie przez ustawodawcę wyjaśnień treści ofert ma charakter prewencyjny i ma zapobiegać pobieżnej ocenie ofert przez Zamawiającego prowadzącej do odrzucenia ofert z najkorzystniejszą ceną lub przedstawiających najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu.

Bezsporne zatem w przedmiotowej sprawie jest, że Zamawiający miał prawo do wezwania Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w tym do żądania dodatkowych wyjaśnień.

Przy czym co do zasady koszt jednostkowy w takiej sytuacji powinien być na tyle istotny, aby mieć wpływ na całość zaoferowanej ceny.

Należy zaznaczyć, że Przystępujący wszelkie nieistotne koszty towarzyszące przyporządkował do innej pozycji kalkulacyjnej (vide: w omawianym przypadku wykonawca wskazał również dodatkowo obok szczegółowych elementów materiałowych, także pozycję inne).

W związku z powyższym Izba podzieliła stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w sprawie o sygn. akt KIO 1036/19, gdzie w wyroku z dnia 25 czerwca 2019 r. wyrażono pogląd, że skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości (podobnie wyrok z dnia 27 września 2018 r., sygn. akt: KIO 1835/18, wyrok z dnia 14 maja 2019 r., sygn. akt: KIO 776/19, wyrok z dnia 21 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1317/20, wyrok z dnia 10 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1566/20, KIO 1633/20, wyrok z dnia 23 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 291/21, wyrok z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 806/21, wyrok z dnia 20 maja 2021 r., sygn. akt KIO 888/21, wyrok z dnia 24 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 1404/21, wyrok z dnia 25 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3231/21, wyrok z 8 lutego 2022 r., sygn. akt 117/22).

Niezależnie od powyższego wymaga podkreślenia, że pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane przez ustawodawcę i przyjmuje się, że cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna, uniemożliwiająca należyte wykonanie przedmiotu zamówienia i taka, która jest z całą pewnością poniżej kosztów tego wykonania.

Jeżeli zatem taka cena jest poniżej kosztów wykonania zamówienia, to należałoby przyjąć, że została ona przez

danego wykonawcę skalkulowana jedynie w celu eliminacji podmiotów konkurencyjnych z rynku, w tym również przy innych podobnych zamówieniach.

W ocenie Izby - Odwołujący w swoim odwołaniu takiego dowodu i podobnego przeświadczenia nie zaprezentował.

W przekonaniu Izby – Odwołujący również nie wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, że Przystępujący skalkulował cenę swojej oferty w taki sposób, że wykona ją nienależycie i pominie jej jakiś element.

Na szczególną uwagę zasługuje, że Zamawiający posiada stosowne instrumenty umowne umożliwiające mu wyegzekwowanie zamówienia zgodnego z opisem przedmiotu zamówienia, gdyby wykonawca chciał zastosować nieprzewidziane materiały czy w nieodpowiedniej ilości.

Nadto, co istotne to, że Odwołujący nie kwestionował treści samego wezwania, które – według Izby – nie było nadmiernie szczegółowe, a złożone wyjaśnienia Przystępującego były proporcjonalne do treści samego wezwania Zamawiającego.

Reasumując, Zamawiający nie miał dostatecznej podstawy prawnej do zastosowania przepisu art.224 ust.6 w związku z art.226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp i odrzucenia oferty Przystępującego, bez ewentualnego uprzedniego wyjaśnienia budzących wątpliwości Zamawiającego elementów kosztowych.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 .

**Przewodniczący:.....**