

WYROK

z dnia 20 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 19 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 4 lipca 2023 r. przez wykonawcę EUROPEL ENERGO Sp. z o.o., 38-420 Korczynna ul. Spółdzielcza 4, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Miasto Krosno

przy udziale wykonawcy Arinea Sp. z o.o., 62-872 Borek ul. Działkowa 11B, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 1930/23

Uzasadnienie

Gmina Miasto Krosno, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest „Budowa punktu ładowania i zakup ładowarki przenośnej”, numer postępowania: ZP.271.21.2023.

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 29 marca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00156355/01.

W dniu 4 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy EUROPEL ENERGO Sp. z o.o., dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Arinea Sp. z o.o. z siedzibą w Borku, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez Arinea za realizację przedmiotu zamówienia nie jest rażąco niska;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia złożonej przez Arinea oferty, pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie w jakim wykonawca ten zaoferował stację ładowania o mocy 40 kW i stację ładowania o mocy 120 kW, które nie spełniają wymagań Zamawiającego określonych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU).

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu, odrzucenia oferty Arinea oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołujący wskazywał, że na gruncie przedmiotowej sprawy, Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny złożonych przez Arinea wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która doprowadziła do uznania, że oferta złożona przez tego wykonawcę nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Pzp, podczas gdy cena zaoferowana przez Arinea za realizację przedmiotu zamówienia jest rażąco niska.

Odwołujący zwrócił uwagę na charakter składanych wyjaśnień oraz ciężar dowodu spoczywający na wykonawcy, których został wezwany do ich złożenia. Zamawiający, dokonując oceny złożonych wyjaśnień, ma zatem obowiązek zweryfikowania, czy są one realne, poparte wiarygodnymi dowodami, tj. czy w sposób skuteczny wykonawca obalił ciężące na nim domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Jak kontynuował Odwołujący prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień powinna uwzględniać zgodność oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczność wykazania przez wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Złożone wyjaśnienia powinny być wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej przez wykonawcę ceny. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnosić się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami. Ponadto, wykonawca wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne dotyczące go okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w ofercie.

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, że:

- a) Wyjaśnienia złożone przez Arinea w dniu 24 maja 2023 r. (pierwsze wyjaśnienia) są bardzo ogólne i lakoniczne. Przede wszystkim, należy zauważyć, że Arinea nie przedstawiła w nich obiektywnych czynników właściwych tylko temu wykonawcy, które umożliwiły jej zaoferowanie ceny na poziomie określonym w ofercie. Za takie czynniki z pewnością nie może zostać uznany fakt posiadania wykwalifikowanego zespołu czy też dużego doświadczenia w realizacji podobnych projektów. Powyższe okoliczności zachodzą bowiem w przypadku wszystkich wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości (są wspólne dla pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia).
- b) Za obiektywny czynnik umożliwiający zaoferowanie ceny na poziomie określonym w ofercie nie można również uznać faktu wykonania przez Arinea wizji lokalnej (Zamawiający nie wymagał dokonania obowiązkowej wizji lokalnej przed złożeniem oferty). Jak bowiem słusznie zauważono w wyjaśnieniach, zakres dostaw i prac jakie będzie zobowiązany zrealizować wykonawca został szczegółowo określony przez Zamawiającego SWZ i PFU. Wszelkie informacje niezbędne z perspektywy wyceny zamówienia znajdowały się w dokumentach zamówienia.
- c) Ponadto, w wyjaśnieniach z dnia 24 maja 2023 r. Arinea w żaden sposób nie wyjaśniła w jaki sposób okoliczności takie jak dostęp do stałego wykwalifikowanego personelu, posiadanie określonych rozwiązań technicznych, szerokie relacje z dostawcami i poddostawcami rozwiązań przełożyły się na cenę zaoferowaną za realizację przedmiotu zamówienia i umożliwiły jej obniżenie w stosunku do cen rynkowych do poziomu podanego w ofercie. Samo wskazanie tych okoliczności bez wyjaśnienia ich wpływu na zaoferowaną cenę (bez wyjaśnienia w jaki sposób umożliwiły one obniżenie ceny za realizację przedmiotu zamówienia) jest niewystarczające.
- d) Przede wszystkim jednak należy zwrócić uwagę na fakt, że poza kosztorysem ofertowym (załącznik nr 1 do pism z dnia 24 maja 2023 r.) pomimo kilkukrotnego podkreślenia przez Zamawiającego w wezwaniu konieczności złożenia dowodów oraz podania przez niego przykładowej listy dowodów jakie mogą zostać dołączone do wyjaśnień, Arinea nie dołączyła do wyjaśnień żadnych dowodów na poparcie podnoszonych przez siebie twierdzeń. Przykładowo można wskazać, że nie dołączono żadnego dowodu, który potwierdzałby, że „Arinea otrzymuje od dostawców korzystniejsze oferty niż inne podmioty funkcjonujące na rynku elektromobilności, na elementy które zostaną wykorzystane w niniejszym projekcie”. Jeżeli okoliczność ta rzeczywiście występuje w przypadku tego wykonawcy to nie było przeszkodą, żeby dołączył do wyjaśnień np. oświadczenia lub oferty pochodzące od dostawców wspomnianych rozwiązań potwierdzające przyznanie mu rabatów lub zaoferowanie konkurencyjnych cen przez dostawców i poddostawców. Brak złożenia dowodów na poparcie twierdzeń podnoszonych w wyjaśnieniach w sposób jednoznaczny wskazuje, że wyjaśnienia złożone przez Arinea powinny być uznane za niewystarczające w świetle art. 224 ust. 5 Pzp, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez tego wykonawcę.
- e) Analiza złożonego przez Arinea wraz z odpowiedzią na pierwsze wezwanie załącznika nr 1 stanowiącego kosztorys

ofertowy prowadzi do następujący wniosków:

- Wykonawca nie uwzględnił w zaoferowanej cenie kosztów ściągnięcia humusu i wybrania gruntu pod utwardzenie placu, wykonania podbudowy (w tym kliniec - 50 cm, piasek, cement), zamontowania krawężników dookoła placu manewrowego - żadna z pozycji kosztorysu nie uwzględnia wykonania tych prac. Kosztorys złożony przez Arinea nie uwzględnia również kosztów związanych z rozebraniem rampy betonowej. Łączna szacunkowa wartość prac i materiałów nieuwjętych w kosztorysie to 70 200,00 zł netto.

- Podając w poz. 21 i 22 kosztorysu, cenę za stację ładowania o mocy 40 kW i o mocy 120 kW Arinea podała jedynie następujące informacje: „stacja ładowania ABB 40 kW 1 wyj ładowania” (poz. 21) i „stacja ładowania ABB 120 kW 2 wyj ładowania” (poz. 22). Tym samym, nie podała konkretnych modeli oferowanych stacji ładowania, lecz ograniczyła się wyłącznie do wskazania nazwy producenta stacji tj. ABB. Brak podania konkretnych modeli zaoferowanych stacji ładowania powoduje, że Arinea nie wykazała, że zaoferowana przez nią cena ma charakter realny i rynkowy oraz że będzie za nią możliwe zrealizowanie przedmiotu zamówienia. Nie jest możliwe zweryfikowanie czy koszt podany w tej pozycji kosztorysu pozwoli na pokrycie realnych kosztów związanych z zapewnieniem stacji ładowania na potrzeby realizacji projektu.

f) Odnosząc się do dodatkowych wyjaśnień złożonych przez Arinea w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2023 r. również należy stwierdzić, że są one bardzo lakoniczne i ogólne. Arinea w odpowiedzi na przedstawione przez Zamawiającego wątpliwości ograniczyła się jedynie do potwierdzenia, że uwzględniła w kosztorysie wymienione w wezwaniu koszty. Nie podała jednak konkretnych pozycji kosztorysu, w których koszty te zostały uwzględnione oraz nie określiła w jakiej wysokości zostały one przyjęte do kalkulacji ceny. Nie przedstawiła również żadnych dowodów potwierdzających, że zostały one ustalone w prawidłowej wysokości (w wysokości pozwalającej na pokrycie nakładów koniecznych do wykonania tych prac). Twierdzenie to należy zatem uznać za pozbawione podstaw. Nie sposób dać mu wiary tylko dlatego, że jak podniesiono w wyjaśnieniach Arinea posiada duże doświadczenie i wykwalifikowanych kosztorysantów - okoliczności te w żaden sposób nie świadczą o prawidłowym skalkulowaniu ceny za realizację przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający wymagał, aby obudowy stacji ładowania były wykonane z aluminium. Wymóg dostarczenia stacji ładowania w obudowie aluminiowej został potwierdzony przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 23 w wyjaśnieniach do treści SWZ z 28 kwietnia 2023 r. w której Zamawiający wskazał: „Zamawiający wymaga dostawy stacji ładowania w obudowie aluminiowej lakierowanej proszkowo zgodnie z kolorami: pomarańczowy RAL 2008, szary (50 % czerni) RAL 7037” oraz w przypadku pytania nr 113 w brzmieniu: „Czy Zamawiający dopuści stację wykonaną ze stali nierdzewnej?”, na które Zamawiający udzielił jednoznacznej odpowiedzi: „Nie”.

Podając w poz. 21 i 22 kosztorysu, cenę za stację ładowania o mocy 40 kW i o mocy 120 kW Arinea podała jedynie następujące informacje: „stacja ładowania ABB 40 kW 1 wyj ładowania” (poz. 21) i „stacja ładowania ABB 120 kW 2 wyj ładowania” (poz. 22). Co prawda w załączniku nr 1 do wyjaśnień Arinea nie podała modelu oferowanych stacji ładowania producenta ABB, ale biorąc pod uwagę moc stacji można przypuszczać, że jest to model Terra 124 CC. Analiza informacji dostępnych na stronie internetowej ABB wskazuje, że w przypadku tego modelu, obudowy stacji ładowania nie są wykonane z aluminium jak tego wymagał Zamawiający w części II pkt 5.3.A. lit. a i b tiret 6 PFU, lecz ze stali nierdzewnej malowanej proszkowo.

Tym samym zaoferowane przez Arinea stacje ładowania posiadają obudowę ze stali nierdzewnej, a nie jak wymagał tego Zamawiający z aluminium. Oferta Arinea powinna zatem zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia. Zaniechanie dokonania przez Zamawiającego powyższej czynności stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 12 lipca 2023 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający zauważył, że kluczową kwestią dla oceny zarzutu rażąco niskiej ceny jest kwestia rodzaju wynagrodzenia, jaki Zamawiający określił za przedmiot zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu jest to wynagrodzenie ryczałtowe. Tym samym Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą żadnych dokumentów obrazujących sposób wyceny zamówienia. Oznacza to również, że przy takim charakterze wynagrodzenia nie jest ważna wewnętrzna struktura ceny, tj. ceny za poszczególne elementy robót czy ceny jednostkowe, bo wynagrodzenie jest jedno, określone z góry.

Jak kontynuował Zamawiający, zarzuty Odwołującego stoją w sprzeczności z wyjaśnieniami spółki Arinea. W punkcie 17

kosztorysu ofertowego, który został dołączony do pierwszych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, Arinea zawarła wykonanie 400 m² nawierzchni z kostki brukowej betonowej o grubości 8 cm na podsypce piaskowej za łączną kwotę 60 060,00 zł netto. W cenie tej uwzględniła ściągnięcie hummusu i wybranie gruntu pod utwardzenie placu (w tym kliniec - 50 cm, piasek, cement) oraz zamontowanie krawężników dookoła placu manewrowego, co potwierdziła w kolejnych wyjaśnieniach z dnia 15.06.2023 r.

Natomiast odnośnie zarzutu nieuwzględnienia w kosztorysie rozbiórki rampy betonowej Zamawiający wyjaśnił, że prace te nie były przewidziane przez Zamawiającego w tym zamówieniu.

Dalej Zamawiający odniósł się do poszczególnych elementów wyjaśnień złożonych przez Arinea wskazując, że ocenił całość wyjaśnień, ich kontekst, doświadczenie wykonawcy, jego zaangażowanie i inne okoliczności, które łącznie dają możliwość weryfikacji wykonawcy pod kątem jego wiarygodności, co wiąże się przecież z jego rzetelnością w wycenie oferty. Wykonawca Arinea był dwukrotnie wzywany do potwierdzenia wysokości ceny. Dwukrotnie wskazywał, że szacowanie jest rzetelne i uwzględnia zysk, a różnice między wykonawcami to różnice w narzucanej przez daną firmę marży. Zamawiający przychylił się do tej argumentacji.

Odwołujący próbuje - opierając się na wyrokach KIO - wykazać, że jedynie drobne i poparte każdorazowo dowodami wyjaśnienia (np. kosztorysem wypełnionym wg wskazówek Odwołującego) mogłyby być podstawą do uznania wyjaśnień spółki Arinea.

Tymczasem w orzecznictwie nie ma jednego, ugruntowanego i niekwestionowanego sposobu na dokonywanie oceny rażąco niskiej ceny.

W zakresie zarzutu niezgodności oferty Arinea z warunkami zamówienia Zamawiający wskazał, że zasadą powszechnie obowiązującą w zamówieniach publicznych jest, że Zamawiający, badając zgodność oferty z wymaganiami SWZ, powinien się opierać wyłącznie na dokumentach i oświadczeniach, które uprzednio sprecyzował i których złożenia wymagał w dokumentacji postępowania. Wybór oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty wykonawcy nie może być uzależniony od wyników poszukiwań Zamawiającego w Internecie. Zamawiający w takim celu określa wymagania i dokumenty w treści SWZ, aby do każdego z wykonawców były jednakowo stosowane te same wymagania i zasady.

Tak więc Zamawiający mógłby całkowicie zignorować ten zarzut, bowiem nie opiera się on na żadnym dowodzie (o ważności których Odwołujący wielokrotnie sam przypominał), a jest jedynie przypuszczeniem samego Odwołującego. Odwołujący sam używa słów „można przypuszczać”, co sugeruje, że wcale nie ma pewności co do prawdziwości zarzutu, który sformułował.

Niezależnie od powyższego Zamawiający ustosunkował się do ww. zarzutu wskazując, że Arinea jest producentem zaproponowanej stacji ładowania autobusów elektrycznych, co potwierdziła w wyjaśnieniach z dnia 24.05.2023 r. Oznacza to, że samodzielnie wykona urządzenie spełniające wymagania Zamawiającego m.in. obudowę aluminiową. Każdy potencjalny wykonawca miał możliwość i jednocześnie obowiązek zapoznania się ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego. Arinea potwierdziła ww. wymóg składając ofertę. W formularzu oferty zawarto bowiem treść oświadczenia o zapoznaniu się z treścią SWZ i uzyskaniu wszystkich informacji koniecznych do przygotowania oferty i wykonania zamówienia. Arinea również na bieżąco odczytywała wszystkie informacje, jakie Zamawiający umieszczał na stronie internetowej przedmiotowego postępowania, w tym informację o zadanych przez wykonawców pytaniach i udzielonych przez Zamawiającego odpowiedziach. Zamawiający ma możliwość monitorowania tego rodzaju czynności w stosunku do wykonawców, którzy zarejestrują się w systemie platformy zakupowej, z której Zamawiający korzysta przy udzielaniu zamówień publicznych.

Tym samym przypuszczenie Odwołującego o nieuwzględnieniu przez spółkę Arinea treści jednej z odpowiedzi wydaje się całkowicie niezasadne.

Powyższe okoliczności, zdaniem Zamawiającego, powinny skutkować oddaleniem odwołania w całości.

Dodatkowe stanowiska procesowe:

Pismem z dnia 17 lipca 2023 r. stanowisko w sprawie przedstawił wykonawca Arinea Sp. z o.o. zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania oraz przedstawiając stosowną argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę Arinea Sp. z o.o. z siedzibą w Borku, dalej jako: „Przystępujący”. Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa punktu ładowania i zakup ładowarki przenośnej”, numer postępowania: ZP.271.21.2023.

Oferty w postępowaniu zostały złożone przez trzech wykonawców, w tym Odwołującego i Przystępującego i opiewały odpowiednio na kwoty:

- 848 700,00 zł: oferta Odwołującego;
- 704 082,75 zł: oferta Przystępującego;
- 1 228 093,50 zł: oferta trzeciego z wykonawców.

W dniu 19.05.2023 r. Przystępujący został wezwany do złożenia wyjaśnień ceny w oparciu o art. 224 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP.

Zgodnie z treścią wezwania Zamawiający zwrócił się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyczenia ceny. Zwrócił uwagę, że wyjaśnienia powinny odnosić się do oszczędności metody wykonania zamówienia, czy też wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją robót budowlanych. Ponadto zobowiązał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanych w art. 224 ust. 3 pkt 4, 6 ustawy PZP oraz do uwzględnienia wszystkich innych kosztów i okoliczności, które mają wpływ na obniżenie ceny, w szczególności o potwierdzenie, że wykonawca uwzględnił w cenie oferty:

- koszty związane z modernizacją przebiegu trasy kabla zasilającego od istniejącej stacji Trafo do ustalonego miejsca posadowienia stacji ładowania,
- koszty wykonania prac polegających na utwardzeniu terenu, położeniu asfaltu lub kostki brukowej na terenie placu postojowego 3 autobusów,
- koszty uruchomienia wykonanej infrastruktury ładowania i integracji dostarczonych ładowarek z autobusami Zamawiającego oraz przeglądy wynikające z instrukcji obsługi urządzeń (DTR),
- koszty opracowania dokumentacji powykonawczej dla zrealizowanej inwestycji oraz uzyskanie w imieniu Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie (odbiór UDT),
- koszty związane ze zorganizowaniem i przeprowadzeniem szkolenia pracowników Operatora transportu publicznego - Miejskiej Komunikacji Samochodowej Sp. z o. o. w Krośnie,
- koszty systemu monitoringu pracy stacji ładowania i przygotowania odpowiedniej aplikacji do rozliczeń poszczególnych ładowarek,
- koszty gwarancji na stacje ładowania oraz wszelkie naprawy serwisowe.

Pismem z dnia 24 maja 2023 r. Przystępujący przedłożył stosowne wyjaśnienia, załączając również jako dowód szczegółowy kosztorys ofertowy.

Pismem z dnia 15 czerwca 2023 r. Zamawiający skierował do Przystępującego ponowne wezwanie do złożenia

wyjaśnień. Zgodnie z jego treścią:

„(...) Zamawiający powziął wątpliwości co do kalkulacji niektórych elementów zamówienia zawartych w dołączonym kosztorysie, tj. wykonania placu oraz systemu zarządzania.

W związku z powyższym Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwraca się do Państwa z wnioskiem o udzielenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w budzącym wątpliwości zakresie.

W szczególności proszę o potwierdzenie, czy wykonawca uwzględnił w cenie oferty ściągnięcie humusu i wybranie gruntu pod utwardzenie placu, wykonanie podbudowy (w tym: kliniec - 50 cm, piasek, cement), zamontowanie krawężników dookoła placu manewrowego.

Ponadto proszę o podanie nazwy producenta zaoferowanego systemu zarządzania i rozliczania.”

Odpowiedzią z tego samego dnia Przystępujący przedłożył stosowne wyjaśnienia.

Pismem z dnia 29 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Przystępującego.

Uzasadnienie prawne:

Zarzut nr 1:

Zgodnie z 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.

Jak stanowi art. 224 ust. 2 ustawy PZP w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Art. 224 ust. 3 ustawy PZP wskazuje, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 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, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym według art. 224 ust. 4 ustawy PZP 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.

Według art. 224 ust. 5 ustawy PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 ustawy PZP 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. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy rozważyć, co oznacza termin „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08 przepisy ustawy PZP nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne częściowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. sygn. akt KIO 592/13 zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1562/11 wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzezoną różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „UZP”} dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa PZP wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt

odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Z art. 224 ust. 6 ustawy PZP wynika norma prawna, zgodnie z którą, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, oferta ta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną. Obecnie obowiązująca regulacja odzwierciedla interpretację poprzednio obowiązującego art. 90 ust. 3, który literalnie stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oczywiście było bowiem, że za takie „potwierdzenie”, które niezwykle rzadko wprost wynika ze złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, należy również poczytać sytuację, gdy nie potwierdzają one, że cena oferty nie jest rażąco niska. De lege lata nie może być zatem wątpliwości, że niewykazanie przez wezwanego do wyjaśnień wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska mieści się w zakresie hipotezy normy prawnej dotyczącej oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którą w takiej sytuacji, zgodnie z dyspozycją tej normy, zamawiający obowiązany jest odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP).

Należy przy tym podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 ustawy PZP, konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)]. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06, postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Według art. 513 pkt 1 i 2 ustawy PZP odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Stąd dla skutecznego zakwestionowania wyboru oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, konieczne a zarazem wystarczające jest wykazanie, że zamawiający nieprawidłowo ocenił te wyjaśnienia. W konsekwencji również Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia, które zostały złożone zamawiającemu przez wezwanego wykonawcę, uzasadniły należycie cenę jego oferty.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień o nowe okoliczności uzasadniające cenę oferty oraz zgłosić na ich poparcie dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

W konsekwencji odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, o ile może ograniczać się do kwestionowania zaakceptowania przez zamawiającego złożonych mu przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, o tyle wymaga skonkretyzowania okoliczności faktycznych, które wskazują na to, że czynność ta była nieprawidłowa. Innymi słowy w takim układzie procesowym treścią zarzutu podlegającego rozpoznaniu przez Izbę są sprecyzowane w odwołaniu zastrzeżenia co do treści złożonych wyjaśnień, czyli dlaczego nie uzasadniają one możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

W ramach podniesionych w odwołaniu zastrzeżeń Odwołujący obstawiał m. in. przy tym, że dla wykazania wynikających ze złożonych wyjaśnień okoliczności (np. otrzymywania przez Przystępującego korzystniejszych ofert niż inne podmioty funkcjonujące na rynku elektromobilności) winny zostać przedłożone dodatkowe dowody. Dodatkowo zdaniem Odwołującego oświadczenia Przystępującego złożone w części opisowej wyjaśnień są nie wystarczające dla obalenia domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Takie stanowisko nie zasługuje jednak na aprobatę, gdyż rygor dowodowy, który ustawa PZP nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie PZP. Zwrócić przy tym należy uwagę na to, że w wezwaniu Zamawiający wyraźnie wskazał, że „wykonawca może powołać każdy dowód, który w jego ocenie stanowi poparcie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach”. Z tych względów nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawca udowodnił brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które jego

zdaniem uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Za taki dowód uznać również należy kosztorys ofertowy oraz oświadczenia własne wykonawcy – powyższe wynikało wprost z treści wezwania Zamawiającego.

W orzecznictwie przyjmuje się ogólną zasadę „jakie wezwanie, takie wyjaśnienia”, tj. zakres wyjaśnień nie powinien być węższy niż wezwanie, a wykonawca powinien odpowiedzieć na wszystkie pytania zadane przez zamawiającego w wezwaniu lub poruszone tam zagadnienia. Z drugiej strony jednak ogólnikowość wezwania nie może bezwarunkowo obciążać wykonawcy, który w sposób naturalny - nie posiadając wskazówek ze strony zamawiającego, w jakim kierunku mają iść wyjaśnienia (jakim konkretnym elementom ma poświęcić szczególną uwagę i na jakie okoliczności przedstawić konkretne dowody, konstruuje wyjaśnienia w taki sposób i o takiej szczegółowości, w jaki uzna za odpowiadający wezwaniu.

W niniejszej sprawie wezwanie Zamawiającego oprócz wylistowania kilku pozycji kosztowych, których potwierdzenia ujęcia w cenie ofertowej oczekiwał Zamawiający, odnosiło się do treści art. 224 ust. 3 ustawy PZP i nie wskazywało dalszych, konkretnych wątpliwości, jakie powziął Zamawiający w stosunku do ceny oferty Przystępującego. Przystępujący w odpowiedzi udzielił wyjaśnień, które rzeczywiście nie są nadmiernie rozbudowane, jednak wskazują na główne powody obniżenia ceny oraz poparte są załączonym do nich dowodem, a przede wszystkim odpowiadają w sposób adekwatny na wezwanie Zamawiającego.

W ocenie Izby zawarte w złożonych wyjaśnieniach oświadczenia i kalkulacje kosztorysowe były wystarczającymi dowodami na potwierdzenie prawidłowości skalkulowania ceny, przy uwzględnieniu treści wezwania jakie zostało sformułowane przez Zamawiającego. O ile oczywiście jest, że tak złożone wyjaśnienia obejmujące kalkulację stanowią dokument pochodzący od wykonawcy, o tyle nie pozbawia to go automatycznie jakiegokolwiek mocy dowodowej. Kalkulacje i oświadczenia jak każdy dowód podlegają bowiem ocenie. Tymczasem Odwołujący, przyjmując zbyt formalistyczne podejście co do braku możliwości traktowania ich jako dowodów, błędnie uważa, że na ich podstawie nie jest możliwe zweryfikowanie oferty pod kątem realności ceny. Zdaniem Izby prawidłowa, a zatem pogłębiona analiza treści złożonych Zamawiającemu wyjaśnień, które obejmują kalkulację ceny oferty, prowadzi do wniosku, że Przystępujący zadośćuczynił treści wezwania i obalił ciężące na nim domniemanie ceny rażąco niskiej.

Oceny tej nie zmienia brak wskazania w pozycji 21 i 22 kosztorysu konkretnego modelu oferowanej stacji ładowania. Wskazać należy, co było niesporne między stronami, że Zamawiający nie wymagał wskazania konkretnego modelu stacji. Co więcej, jak wskazywał w przedkładanych wyjaśnieniach Przystępujący, jest on producentem stacji ładowania, co oznacza, że produkowane stacje może dowolnie konfigurować tak, by spełniały one wymagania Zamawiającego. Brak wskazania konkretnego modelu nie ma więc znaczenia dla weryfikacji realności zaoferowanej ceny, gdyż Zamawiający takich informacji nie wymagał.

Dodać należy, że Przystępujący w wyjaśnieniach wielokrotnie powołuje się na okoliczność, że jest producentem stacji ładowania i nie musi ponosić kosztów związanych z wynajmowaniem określonych rozwiązań na zewnątrz. Zdaniem Izby jest to okoliczność wydatnie wpływająca na możliwość obniżenia ceny, a ciężko oczekiwać by została ona poparta dowodem innym, niż oświadczenie własne. Co więcej, jak wskazywał Zamawiający, zweryfikował on tę okoliczność poszukując odpowiednich informacji w Internecie.

Przystępujący wskazał więc na szczególną okoliczność powodującą możliwość obniżenia kosztów, która to okoliczność ma charakter indywidualny. Co warte podkreślenia, Odwołujący w ramach własnych wyjaśnień zakłada skorzystanie z podwykonawstwa, co obala podnoszone przez niego twierdzenia, że Przystępujący nie wykazał okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia.

Nie są także uprawnione twierdzenia Odwołującego, że Przystępujący nie uwzględnił w zaoferowanej cenie kosztów ściągnięcia hummusu i wybrania gruntu pod utwardzenie placu, wykonania podbudowy (w tym kliniec – 50 cm, piasek, cement) oraz zamontowania krawężników dookoła placu manewrowego. W dodatkowych wyjaśnieniach Przystępujący potwierdził, że ww. prace zostały ujęte w ramach zaoferowanej ceny, a Zamawiający nie wymagał treścią wezwania nic poza stosownym oświadczeniem.

Co więcej, przedstawiony przez Przystępującego kosztorys został opracowany przez niego samodzielnie. Nie jest to wzór narzucony przez Zamawiającego czy też wynikający z dokumentacji przetargowej. Z tego względu należy uznać, że nie musi on zawierać szczegółowego rozbicia wszystkich pozycji, które są w jego ramach ujęte. Nie można zapominać, że wynagrodzenie w ramach analizowanego zamówienia ma charakter ryczałtowy. Oznacza to, że

znaczenie w kontekście ceny rażąco niskiej ma przede wszystkim cena globalna za realizację zamówienia. Oczywiście, ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego, nie wyłącza możliwości badania poszczególnych istotnych elementów składowych ceny, jednak Zamawiający nie opisał w tym względzie żadnych szczególnych wymagań. Zgodnie z Rozdziałem 19.4 SWZ cena musi zawierać również wszystkie koszty związane z realizacją zadania, wynikające z SWZ, ale również te, które w SWZ nie zostały ujęte, a są niezbędne do wykonania Zamówienia. Z tego względu uznać należy, że przedłożony przez Przystępującego kosztorys miał jedynie na celu wykazanie rzetelności poczynionych kalkulacji, jednak nie można uznać, że musiał wskazywać na każdą najdrobniejszą nawet pozycję kosztową. Dodatkowo, w ramach wykazywanych kosztów Przystępujący zakładał również koszty pośrednie, w których mogą zawierać się koszty wprost niewymienione w ramach kosztorysu.

Podsumowując, Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia Przystępującego i słusznie uznał, że brak było podstaw do odrzucenia jego oferty, a zatem zarzut odwołania należało oddalić. Odwołujący błędnie twierdził, że wyjaśnienia Przystępującego nie były wystarczające. Głównym argumentem, dla którego Izba odmówiła zasadności twierdzeń Odwołującego jest utarte już w orzecznictwie stanowisko, że treść wezwania do wyjaśnień ma znaczenie dla oceny wypełnienia przez wykonawcę obowiązku wykazania realności zaoferowanej ceny. Nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany. W takiej sytuacji nie sposób przypisać Przystępującemu zaniechania obowiązku udzielenia rzetelnych wyjaśnień zaoferowanej ceny.

Zarzut nr 2:

Wskazać należy, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem odrzucenie oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP możliwe jest jedynie w sytuacji jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia.

Odwołujący w ramach powołanej argumentacji snuje jedynie pewne przypuszczenia, których jednak w żaden sposób nie wykazuje. W żadnym miejscu oferty Przystępującego nie zostało wskazane, że oferuje on model Terra 124 CC. Tym samym nie można uznać również, że zaoferował on stację ze stali nierdzewnej malowanej proszkowo, a nie jak wymagał tego Zamawiający, w obudowie aluminiowej lakierowanej proszkowo.

Powyższa okoliczność jest wystarczająca dla oddalenia postawionego zarzutu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o §2 ust. 2 pkt 1 w zw. z §8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: