

Sygn. akt: KIO 867/23

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez wykonawcę **NETKOM P. R., ul. Waryńskiego 53a, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Miejska Lubin, ul. Kilińskiego 10, 59-300 Lubin**

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **NETKOM P. R., ul. Waryńskiego 53a, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Miejska Lubin, 59-300 Lubin prowadzi postępowanie udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest Zakup sprzętu komputerowego, czytników e-book oraz elektronicznych translatorów w ramach projektu pn.: „Jesteśmy razem!”, nr ref: BZP.271.1.4.2023, Część 2 – Zakup czytników e-book Nr ogłoszenia w BZP: 2023/BZP 00098727/01 z dnia 16 lutego 2023 roku

Odwołujący: P. R. wniósł dnia 27 marca 2023 roku odwołanie od:

1. zaniechania Zamawiającego polegającego na braku odrzucenia oferty Wykonawcy Alltech sp. j. Z. P., A. P. z siedzibą w Płocku, (Wykonawca Alltech) w Części 2 zamówienia, w sytuacji gdy wyjaśnienia Wykonawcy Alltech dot. kalkulacji cenowej złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie uzasadniały podanej w ofercie ceny, w szczególności pozostawały wewnętrznie sprzeczne, niespójne i ogólnikowe – Wykonawca Alltech nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających możliwość realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę ofertową, ograniczając się wyłącznie do wskazania możliwości uzyskania „specjalnych upustów” oraz „specjalnych cen”, a w konsekwencji nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, co powinno powodować odrzucenie jego oferty,

2. czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Alltech w Części 2 zamówienia, w sytuacji gdy wyjaśnienia Wykonawcy dot. kalkulacji cenowej nie uzasadniały podanej w ofercie ceny, w szczególności pozostawały wewnętrznie sprzeczne, niespójne i ogólnikowe – Wykonawca nie przedstawił dowodów potwierdzających możliwość realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę ofertową, ograniczając się wyłącznie do wskazania możliwości uzyskania „specjalnych upustów” oraz „specjalnych cen”, a w konsekwencji Wykonawca Alltech nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, co powinno powodować odrzucenie jego oferty.

Zaskarżonym czynnościom zarzuca naruszenie :

1. art. 224 ust. 5 i ust. 6 w zw. z ust. 2 pkt. 1) w zw. z ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt. 8, w zw. z art. 266 Pzp poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Alltech w Części 2 zamówienia, w sytuacji gdy wyjaśnienia w konsekwencji nie obalały domniemania rażącej niskiej ceny, co powinno skutkować odrzuceniem oferty,

2. art. 204 ust. 2 pkt. 1 zw. z ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 i art. 224 ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 266 Pzp poprzez ich wadliwe zastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru

oferty Wykonawcy Alltech jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy Alltech powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Alltech w Części 2 zamówienia, jako oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenie oferty Wykonawcy Alltech w Części 2 zamówienia, jako zawierającą rażąco niską cenę,
3. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Alltech jako zawierającej rażąco niską cenę. Zaniechując odrzucenia oferty Zamawiający naruszył przepisy Pzp, co miało istotny wpływ na wynik Postępowania. W konsekwencji Zamawiający dokonał oceny oferty, przyznając jej najwyższą punktację i wybierając jako najkorzystniejszą. Zarzut wyboru oferty Wykonawcy Alltech jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów Pzp jest więc zarzutem wynikowym (wtórnym) w stosunku do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty.(zarzut pierwotny).

II. Rażąco niska cena ofertowa Wykonawcy Alltech

1. Postępowanie wyjaśniające – uwagi ogólne

Wszczęcie postępowania wyjaśniającego z art. 224 ust. 1 lub ust. 2 Pzp tworzy domniemanie, że wycena ofertowa wykonawcy jest rażąco niska, tj. nierealna, niewiarygodna i nie zapewni należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Ciężar obalenia domniemania spoczywa na wykonawcy, w stosunku do którego zostało wszczęte postępowanie wyjaśniające. Wykonawca winien zatem odpowiedzieć na wezwanie Zamawiającego w sposób pełny i wyczerpujący, kompleksowo odnosząc się do zaoferowanej ceny i szczegółowo wyjaśniając przyczyny, z których wynika poziom cenowy przez niego zaoferowany. Wyjaśnienia winny zawierać opis składników cenotwórczych, wraz z dowodami na ich potwierdzenie, aby można było na ich podstawie zweryfikować prawidłowość poczynionych przez wykonawcę założeń cenowych. Wyjaśnienia składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie mogą stanowić „kalkulacji wstępnej”. Wyjaśnienia muszą być wiarygodne, rzetelne, a jednocześnie stanowcze i przekonujące, że cena podana w ofercie jest skalkulowana na konkretnych, wymiernych, przeanalizowanych i pewnych danych

W aktualnym stanie prawnym, 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. Przepis art. 224 ust. 6 Pzp znacząco odmiennie zatem reguluje kwestię odrzucenia oferty niż obowiązujący w poprzednim stanie prawnym art. 90 ust. 3 Pzp2004, który nakazywał

odrzucenie oferty, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzała, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W poprzednim stanie prawnym zamawiający był zatem zobowiązany do odrzucenia oferty wyłącznie w przypadku poczynienia ścisłych ustaleń, że zaoferowana cena lub koszt jest rażąco niska. Aktualnie zamawiający jest natomiast zobowiązany do odrzucenia oferty już w przypadku stwierdzenia, że przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody nie uzasadniają podanej ceny lub kosztu, tj. w przypadku, gdy zamawiający na podstawie udzielonych wyjaśnień i dowodów nie jest w stanie uznać zaoferowanej przez wykonawcę ceny za uzasadnioną. Nowelizacja wzmocniła znaczenie wyjaśnień konkretnych, odnoszących się do elementów kalkulacyjnych oferty i udowodnionych, podkreślając przy tym ciężar dowodowy spoczywający na wykonawcy, którego cena jest poddana w wątpliwość .

2. Postępowanie wyjaśniające

A. Wezwanie Zamawiającego

W dniu 13 marca 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Alltech do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny zaoferowanej w Części 2 zamówienia. Zamawiający wskazał, że celem złożenia wyjaśnień jest ustalenie, czy cena nie jest ceną rażąco niską oraz czy za zaoferowaną cenę Wykonawca Alltech jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia w Części 2 zgodnie ze wszystkimi wymogami określonymi w SWZ. Zamawiający wyjaśnił, że cena ofertowa zaoferowana przez Wykonawcę jest niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, która to wartość ustalona przez Zamawiającego na podstawie analizy i rozeznania cenowego rynku.

B. Wyjaśnienia Wykonawcy Alltech z dnia 16 marca 2023 roku

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dot. kalkulacji ceny zaoferowanej przez Wykonawcę w Części 2 zamówienia, Alltech przesłał pismo, w którym:

- a. zapewnił, że zaoferowana cena ofertowa uwzględnia wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego w SWZ, jest realna i umożliwia wykonanie zamówienia,
- b. oświadczył, że zaoferowana cena wynika m.in. z uzyskania „specjalnych projektowych ofert cenowych”,
- c. oświadczył, że Alltech otrzymał „specjalną pod to postępowanie ofertę techniczno-cenową na 100 szt. czytników e-book” od producenta czytników e-book – firmy InkBOOK, z którym Wykonawca Alltech miał prowadzić długoletnią współpracę, przy czym oferta ta miała obejmować upust na poziomie 20% w stosunku do ceny rynkowej czytników e-book oferowanych przez producenta,
- d. oświadczył, że oszczędność w cenie oferowanej przez Wykonawcę Alltech wynika z wykonywania kilku jednocześnie dostaw sprzętu komputerowego i multimedialnego, co miało pozwolić na wynegocjowanie Wykonawcy Alltech rabatów,

- e. wykazał, że na rynku dostępne są produkty spełniające wymogi Zamawiającego w cenie droższej niż oferowanej przez Wykonawcę Alltech – na poziomie 580,00 złotych brutto,
- f. przedstawił kalkulację cenową realizacji przedmiotu zamówienia, z której wynika, że łączny koszt zakupu i dostawy jednego czytnika e-book, który musi ponieść Wykonawca Alltech wynosi 519,68 złotych brutto (515,37 złotych brutto – koszt zakupu czytnika od producenta plus 4,31 złotych brutto – koszt dostawy),
- g. oświadczył, że ponad 31-letnie doświadczenie w realizacji dostaw sprzętu komputerowego na terenie całej Polski pozwoliło Wykonawcy Alltech wypracować procedury dzięki którym Wykonawca ma możliwość sprawnej realizacji i dostawy sprzętu,
- h. oświadczył, że dysponuje zatrudnionymi na umowę o pracę wykwalifikowanymi pracownikami na stanowiskach serwisowych i monterskich, dzięki czemu możliwe jest ograniczenie zbędnych kosztów przy wykonywaniu zamówienia, co miało przełożyć się na zaoferowaną cenę oferty.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że tak określone wyjaśnienia Wykonawcy Alltech pozostają w wewnętrznej sprzeczności.

Podstawowym argumentem Alltech dla korzystniejszej w stosunku do rynkowej ceny ofertowej, miała być długoletnia współpraca Wykonawcy z producentem czytników e-book – firmą inkBOOK. Współpraca ta miała skutkować przyznaniem Wykonawcy Alltech określonych rabatów (na poziomie 20% ceny rynkowej). Cena sprzedaży czytników e-book zaoferowana Wykonawcy Alltech przez inkBOOK miała przy tym zostać dobrana indywidualnie dla dostaw realizowanych w Części 2 zamówienia. Co jednak istotne, Alltech wskazał, że korzystniejsza w stosunku do rynkowej cena ofertowa Wykonawcy Alltech była wynikiem rabatów udzielonych Wykonawcy Alltech w związku ze skalą realizowanych przez Wykonawcę Alltech dostaw sprzętu komputerowego i multimedialnego. Jakkolwiek doświadczenie życiowe i znajomość zwyczajów rynkowych – co do zasady – potwierdzają trafność argumentu, to twierdzenie, jakoby Alltech realizował dostawy na większą skalę pozostaje całkowicie gołosłowne. Wykonawca nie tylko nie wykazał, że faktycznie realizuje aktualnie dostawy sprzętu komputerowego i multimedialnego, ale nawet nie wymienił przykładowych zamówień czy przykładowych zamawiających, tj. informacji mogących chociaż uprawdopodobnić skalę dostaw realizowanych przez Wykonawcę Alltech.

Co więcej, argument obniżenia ceny ofertowej z uwagi na skalę zamówień nie pozostaje w żadnym związku z argumentem dot. rabatów udzielonych na czytniki e-book przez ich producenta. Te miały bowiem zostać udzielone nie z uwagi na ilość realizowanych dostaw, a z uwagi na długoletnią współpracę kontrahentów. Na marginesie należy przy tym zauważyć, że firma inkBOOK, od której Wykonawca Alltech miał pozyskać czytniki e-book zaoferowane w Części 2 zamówienia jest producentem i dostawcą wyłącznie e-booków i związanych z

nimi akcesoriów. Twierdzenie, że Alltech pozyskuje od firmy inkBOOK w ramach realizowanych dostaw także sprzęt komputerowy lub multimedialny jest co najmniej wątpliwe.

Kolejna nieścisłość w argumentacji Wykonawcy Alltech wynika z porównania ceny oferowanej przez Alltech za dostawę czytników e-book w Części 2 zamówienia z ceną rynkową tych czytników pomniejszoną o kwotę rabatu, który miał zostać przyznany Wykonawcy Alltech. Zgodnie z informacjami dostępnymi na stronie internetowej firmy inkBOOK cena rynkowa czytnika e-book wynosi 549 zł brutto. Cena po rabacie udzielonego Wykonawcy Alltech przez producenta, tj. po rabacie 20%, powinna tym samym wynieść 439,20 złotych brutto. Zgodnie z przedstawioną kalkulacją cenową koszt zakupu jednego czytnika e-book wynosi natomiast 515,37 złotych brutto. Co więcej, nawet gdyby przyjąć, że ceną „wyjściową” do ustalenia rabatu na poziomie 20% była wskazana przez Wykonawcę Alltech cena 580 zł brutto, to po udzielonym rabacie koszt zakupu jednego czytnika e-book Wykonawca powinien skalkulować na poziomie 464 zł brutto. Stąd, twierdzenie jakoby Wykonawca Alltech uzyskał rabat producenta na zakup czytników e-book na poziomie 20% ceny rynkowej czytnika, który to rabat miał być „najwyższym rabatem cenowym w postępowaniu”, jest gołosłowne (brak dowodów), i jawi się jako nieprawdziwe.

Równie ogólnikowe jest wskazanie pozostałych czynników mających spowodować obniżenie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia po stronie Wykonawcy Alltech.

Wykonawca Alltech nie wyjaśnił, jak i w jakim wymiarze posiadane doświadczenie miało przełożyć się na obniżenie kosztów zakupu i dostawy czytników e-book. Szczegółowe wyjaśnienia w tym zakresie mają natomiast o tyle znaczenie, że znaczne doświadczenie w realizacji dostaw sprzętu komputerowego ma większość, jeśli nie wszyscy Wykonawcy, którzy złożyli oferty w Części 2 zamówienia.

Rzecz ma się podobnie z deklaracją Wykonawcy Alltech o obniżeniu ceny ofertowej z uwagi na zatrudnienie na umowę o pracę wykwalifikowanych serwisantów i monterów. Wykonawca Alltech nie wskazał jakie konkretnie koszty mogą zostać obniżone z uwagi na fakt posiadania tak określonej kadry pracowniczej. Mając natomiast na uwadze przedmiot zamówienia, wydaje się, że posiadanie wykwalifikowanych monterów i serwisantów (bliżej nieokreślonych sprzętów) pozostaje bez znaczenia dla kalkulacji kosztowej ceny ofertowej.

informacje zamieszczone na stronie internetowej firmy inkBOOK w zakładce „O nas”: <https://inkbook.pl/news/n/455/Historia> – na fakt profilu prowadzonej działalności i asortymentu oferowanego przez inkBOOK informacje zamieszczone na stronie internetowej firmy inkBOOK w zakładce „Czytniki ebooków”: <https://inkbook.pl/cart/> – na fakt ceny rynkowej (bez upustów) czytnika e-book zgodnego z wymaganiami Zamawiającego

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że treść wyjaśnień zobowiązywała Zamawiającego do odrzucenia oferty Wykonawcy Alltech – „Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny” – tak w wyroku z dnia 16 marca 2021 roku, KIO 600/21. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę Alltech pozostają wewnątrznie sprzeczne, są niekonsekwentne, ogólnikowe i jako takie nie wykazały, że przedstawiona cena ofertowa jest uzasadniona. Do pisma z dnia 16 marca 2023 roku nie zostały załączone żadne dowody potwierdzające wystąpienie okoliczności pozwalających Wykonawcy Alltech na zaoferowanie ceny za realizację przedmiotu zamówienia w Części 2 na poziomie 53.997,00 złotych brutto.

III. Interes odwołującego we wniesieniu odwołania

W Postępowaniu w Części 2 zostało złożonych 7 ofert. Oferta Wykonawcy została oceniona na 99,46 punktów, będąc drugą ofertą w rankingu, tj. kolejną po ofercie Wykonawcy Alltech. Odrzucenie oferty Alltech spowoduje konieczność zbadania oferty odwołującego i w konsekwencji wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający: Gmina Miejska Lubin, wniósł o oddalenie odwołania w całości .

W ocenie Odwołującego czynność wyboru oferty jest nieprawidłowa, ponieważ Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty z uwagi na brak wykazania przez wykonawcę dowodów, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający nie zgadza się z w/w zarzutami.

Wnoszony przez Odwołującego zarzut odrzucenia oferty Wykonawcy Alltech s.j. dotyczy złożenia przez tego Wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, bez przedstawienia dowodów na potwierdzenie zaoferowanej ceny.

Zamawiający zaznacza, iż celem postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny, jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z jego wymaganiem. Np. KIO 1481/21 „Wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca w ramach odpowiedzi na wezwanie powinien przedłożyć wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny. (...)

Należy pamiętać, iż wymaganie wyjaśnień i dowodów wystąpienia rażąco niskiej ceny należy badać i interpretować odrębnie, przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji, a przede wszystkim złożoności procesu realizacji oraz wartości zamówienia. Znacznie odmienne wyjaśnienia i dowody będą oczekiwane przez Zamawiającego w przypadku realizacji przez niego zamówienia na roboty budowlane o dużym stopniu złożoności (cyt. KIO 1481/21), odmienne będą wyjaśnienia i dowody w przypadku specjalistycznej dostawy sprzętu tworzącego park maszynowy, a jeszcze inne przy zamówieniu na świadczenie usług sprzątnięcia nieruchomości (KIO 1863/22 – załącznik do wniosku).

Wyjaśnienia to ważny z punktu widzenia wykonawcy element związany z zagadnieniem rażąco niskiej ceny. Ich celem jest przekonanie zamawiającego, że pomimo zaistniałych wątpliwości, wskazane w ofercie ceny/koszty mają charakter rynkowo akceptowalny, a w konsekwencji oferta nie może zostać odrzucona.

Wyjaśnienia muszą być konkretne i muszą wyczerpująco wskazywać czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów ponoszonych przez Wykonawcę w celu prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Przedmiotem oceny zamawiającego jest tu nie tylko sama cena/koszt na poziomie ogólnym, ale także ich istotne części składowe. Jak zatem formułować wyjaśnienia? Rzeczowo, konkretnie, szczegółowo i w nawiązaniu do liczb. Aby argumentacja okazała się przekonująca, Wykonawca powinien pokazać Zamawiającemu, jak kształtują się koszty realizacji danego zadania, gdzie konkretnie dany wykonawca wygenerować może oszczędności, pozwalające mu zaoferować warunki lepsze niż konkurencja. Twierdzenia wykonawcy powinny zostać poparte dowodami. Nie zawsze będzie to łatwe w przypadku każdego podniesionego argumentu ponieważ przepisy ustawy Pzp, nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach (wyr. KIO 619/19). Wykonawca musi więc, wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie.

Przepis art. 90 ust. 3 Pzp (obecnie art. 224 ust. 6) wymaga od wykonawcy, aby dowody załączone do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdzały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i co nie powoduje jej odrzucenia. Wyjaśnienia muszą przekonywać, że podana przez nich cena rzeczywiście nie jest rażąco

niska, a dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia muszą być konkretne i muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów. (wyr. KIO 1834/19).

W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny rynkowe, przyjętą technologię i organizację robót, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwa, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, koszty transportu rezerwę, zysk.

Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę, którymi mogą być przykładowo uzyskane upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, czy zawarte w samach wyliczeniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk (wyr. KIO 1751/18).

Wykonawca AllTech s.j. o którego odrzucenie oferty wnosi Odwołujący, w dniu 16 marca 2023 r. tj. w wymaganym terminie dla wszystkich wezwanych wykonawców, złożył stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami.

Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego dot. braku dowodów złożonych po stronie Wykonawcy Alltech s.j. w złożonych wyjaśnieniach, jak również złożeniem przez Wykonawcę Alltech wyjaśnień, które są w wewnętrznej sprzeczności.

Zamawiający zauważa, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa czytników e-book, dostawa urządzeń które jest powszechnie dostępne na rynku. Zakup ich przez Wykonawcę, a w następstwie sprzedaż Zamawiającemu, nie wymaga uruchomienia całego łańcucha dostaw i nie wymaga wielu pośredników przy jego sprzedaży. Wykonawca AllTech s.j. jako dowód – podał wytłuszczonym drukiem link do strony internetowej przykładowego sprzedawcy, który oferuje sprzedaż takiego samego urządzenia jak sprzęt zadeklarowany przez Wykonawcę Alltech s.j. w ofercie (pełna specyfikacja sprzętu), jednak po cenie wyższej niż zadeklarowana w ofercie przez Wykonawcę Alltech s.j. W ten sposób, Wykonawca Alltech s.j. poinformował Zamawiającego, iż cena rynkowa tego sprzętu jest wyższa, jednak ceną którą on gwarantuje możliwa jest do zaoferowania po otrzymaniu przez niego rabatu. Tak więc jego cena nie może zawierać znamion rażąco niskiej, skoro na rynku są towary o cenie porównywalnej. Adres podany w linku do strony, Zamawiający potraktował jako dowód, który nie wymagał dodatkowego wydrukowania i dołączenia do wyjaśnień, ponieważ zarówno Zamawiający, jest w stanie samodzielnie zapoznać się z jego treścią.

Następnie Alltech s.j. poinformował Zamawiającego, iż dzięki rabatowi uzyskanemu od producenta w wysokości „rzędu ok. 20 %”, czyli jest to wielkość konkretna podana liczbowo, a nie zapis lakoniczny iż np. „cena obejmuje rabat producenta” deklaruje dostawę wymaganego urządzenia za cenę 539,97 zł za sztukę. Zamawiający, traktuje to określenie wielkości jako dowód potwierdzający, co Wykonawca dowodzi w wyjaśnieniu.

Przedstawienie przez Odwołującego próby kalkulacji obliczenia ceny ofertowej urządzenia dla Wykonawcy Alltech, poprzez m.in. zarzucenie mu przedstawienia w wyjaśnieniach nieprawdziwych informacji dot. przyznanego rabatu przez producenta jest dla Zamawiającego nie do przyjęcia. Wykonawca Alltech oświadczył cyt. „Dzięki specjalnej ofercie otrzymanej od producenta nasza firma otrzymała rabat rzędu ok. 20% jest w stanie sprzedać takie urządzenia w zaoferowanej w postępowaniu cenie 539,97 zł brutto”. Zamawiający nie ma podstaw, aby podważać treść takiego oświadczenia. Wielkość rabatu jest wynikiem rozmów, współpracy i wszelkich innych ustaleń jakie zachodzą na rynku pomiędzy sprzedającym a kupującym, a konkretne wielkości rabatu mogą być elementem tajemnicy handlowej. Zamawiający w tym omawianym przypadku nie wie, jaka jest cena, od której Wykonawca AllTech rozpoczynał negocjacje z producentem. Przywoływanie przez Odwołującego „ceny podanej na stronie internetowej firmy inkBOOK jako ceny rynkowej” tego urządzenia i dokonywanie od tej ceny wszelkich obliczeń, dla wyliczenia ceny oferty dla Wykonawcy AllTech, są też przypuszczeniem Odwołującego, chyba że Odwołujący posiada wiedzę, o wyniku rozmów producenta z jego kontrahentami.

Kolejnym, ważnym elementem wyjaśnień złożonym również przez Wykonawcę AllTech s.j. jest zestawienie kosztów realizacji zamówienia. Zgodnie z zapisem SWZ Rozdział XV pkt 2 cyt. „Cena oferty (w przypadku każdej części) musi obejmować cenę za cały przedmiot zamówienia, należną wartość podatku VAT oraz zawierać wszelkie, dodatkowe koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym koszty opakowania, dostawy, ubezpieczenia i rozładunku.” Kalkulacja kosztów przedstawiona przez Wykonawcę AllTech s.j. zawiera poza ceną oferowanego urządzenia, wyszczególnienie pozostałych kosztów składających się na cenę wykonania zamówienia tj. koszty transportu (bez dodatkowych kosztów wynajmu firmy przewozowej) i zysk, określone konkretną wielkością liczbową, a nie luźnym zapisem, iż np.: „cena uwzględnia przewidywane koszty”. Wyjaśnienia pomimo, iż są krótkie, wskazują na konkretne czynniki mające wpływ na zaoferowaną cenę. W związku z tym w cenie oferty skalkulowane zostały wymagane elementy przedmiotu zamówienia, a więc treść oferty odpowiada treści SWZ.

Ponadto, złożenie przez AllTech s.j. „Zestawienia kosztów realizacji zamówienia” jako elementu treści wyjaśnień w żaden sposób nie może dyskryminować tego wykonawcy, a Zamawiający nie może przyjąć, że to zestawienie nie stanowi dowodu wyjaśnienia

zaoferowanej ceny. Nawet gdyby takie „Zestawienie kosztów realizacji zamówienia” zostało sporządzone przez Wykonawcę Alltech, jako odrębny dokument, nic nie zmieniłoby to w treści złożonych wyjaśnień. Informacje zawarte w treści „zestawienia kosztów” stanowią dowód uzasadnienia rynkowej wyceny oferty Wykonawcy Alltech s.j

Zamawiający nie ma podstaw do uznania, iż wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę Alltech s.j. nie zawierają dowodów. Dowodami mogą być same wyjaśnienia, które w sposób jednoznaczny wyjaśniają wysokość zaoferowanej ceny i dają gwarancje zamawiającemu prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Jednocześnie pamiętać należy, że obowiązkiem, Zamawiającego jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, zaś zgodnie z przyjętym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej odrzucenie oferty ma być ostatecznym środkiem stosowanym przez zamawiającego.

Wykonawca Alltech s.j., uwzględniając powyższe elementy, a składające się na prostą dostawę sprzętu w postaci czytników e-book zawarł wszystkie najważniejsze czynniki kształtujące jego cenę. Wykonawca Alltech s.j. nie ograniczył się jedynie do jednego czynnika, jakim mógłby być rabat otrzymany od producenta, czy też cena jaką otrzymał od producenta, wykazał inne czynniki cenotwórcze. Złożone wyjaśnienia, w tym dowody pozwoliły zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny. Dowody załączone do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdziły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Ponadto dowodem mogą być także same wyjaśnienia, które w sposób prawidłowy i rzetelny wskazują osiągnięcie pułapu cenowej zaoferowanego przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie. Wykonawca w niniejszym postępowaniu wykazał, że cena zaoferowana przez niego nie jest ceną rażąco niską.

Biorąc powyższe pod uwagę wniósł o oddalenie odwołania.

Strony postępowania odwoławczego złożyły oświadczenia na rozprawie.

Odwołujący zakwestionował stanowisko Zamawiającego zawarte w pisemnej odpowiedzi. Ocenia, że Zamawiający nie przeanalizował postawionych zarzutów, a wcześniej czynników ceny wskazanych przez wykonawcę niejako mających wpływ na wysokość ceny, tj.: Współpraca, Efekt skali, Doświadczenie i dysponowanie wykwalifikowanymi pracownikami. Wskazał na niespójność wzajemną elementów, w tym efektu skali, a rabatem, który miałby być udzielony w tym konkretnym postępowaniu.

Zauważył brak uzasadnienia poszczególnych czynników, w szczególności doświadczenia, jak również braku wyjaśnienia w jaki sposób serwisanci i monterzy mogą mieć wpływ na uzyskanie obniżenia ceny. Zauważył, że wykonawca wskazał rabat 20 % bez podania ceny wyjściowej. Z ceny producenta dostępnej w Internecie po uwzględnieniu rabatu cena

produktu byłaby znacząco niższa niż zaoferowana. Zamawiający oparł się wyłącznie na oświadczeniu o przyznanej rabacie bez dowodu. Przypomniał też brak dowodu w wyjaśnieniach co do wszystkich elementów mających mieć znaczenie przy kalkulacji ceny i uzasadniając jej niską wielkość. Podkreślił wymogi ustawy dot. badania ceny.

Stwierdził, że wyjaśnienia wykonawcy słowne zawarte i w tabeli są niespójne, niezgodne z wiedzą ogólną i wyliczeniami przedstawionymi, w tym wysokością zysku i deklarowanym rabatem.

Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w odpowiedzi na odwołanie.

Zauważył, że ustawa nie obliguje do składania odrębnych dowodów, zwłaszcza jeśli same wyjaśnienia mogą być za taki dowód uznane (sygn. akt: KIO 3465/22). Zauważył, że również odwołujący wskazał na możliwość uzyskania ceny niższej od kwestionowanej w tym postępowaniu. Wskazał na to przedmiot działania producenta, który wykracza poza produkcję e-book-ów.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego, a także stanowiska stron przedstawione na piśmie oraz do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Niesporne jest w sprawie, że zamawiający przeprowadził wymagane ustawą postępowanie wyjaśniające w zakresie zaoferowanej przez wykonawcę ceny przedmiotu zaoferowanego z uwagi na ustawowy wymóg przeprowadzenia tego postępowania. Jednocześnie wykonawca nie był obligowany do przedstawienia określonych okoliczności mających uzasadniać realność zaoferowanej ceny, zatem po jego stronie leżał sposób obalenia tak zwanego domniemania ceny rażąco niskiej. W ocenie odwołującego wykonawca nie obalił domniemania, a wskazane czynniki wpływające na możliwość uzyskania korzystnej ceny w szczególności od producenta, wzajemnie nie są skorelowane i budzą wątpliwości. Brak także dowodów na przedstawione okoliczności w wyjaśnieniach.

Skład orzekający zauważa, że istotnie wyjaśnienia nie są obszerne i można je określić jako mogące budzić wątpliwości wobec braku dodatkowych dowodów. W rzeczywistości jednak nie dopatrzone są konkretne sprzeczności w treści wyjaśnień.

Warto zauważyć, że sam odwołujący opierając się na powszechnie dostępnej wiedzy, w tym ogłoszeń producenta, wskazał, że cena przedmiotu zamówienia może być nawet niższa niż deklarowana przez wybranego wykonawcę. Skoro takie ustalenie nie jest sporne, w

konsekwencji niejako niezależnie od postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez zamawiającego w stosunku do wykonawcy, teza o cenie rażąco niskiej nie potwierdziła się. Wobec powyższego stwierdza się, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy wskazanych przez odwołującego w petitum odwołania. Z tego względu orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: