

Sygn. akt: KIO 1889/21

WYROK
z dnia 22 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2021 r. przez wykonawcę: **TESPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - 1 Regionalną Bazę Logistyczną w Wałczu**

przy udziale wykonawcy: **KenBIT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) 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 1889/21

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - 1 Regionalna Baza Logistyczna w Wałczu (dalej: „zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę - pogwarancyjne naprawy awaryjne i przeglądy radiostacji M3SR serii 4100, xT-452, XK-2900, XK-2500, odbiorników ET-458 i pokrewnych oraz systemów antenowych do nich; nr sprawy: 108/2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od progów unijnych, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 252-637964 w dniu 28 grudnia 2020 r.

W dniu 15 czerwca 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez KenBIT.

W dniu 25 czerwca 2021 r. przez wykonawcę: **TESPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** (dalej „odwołujący”) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie, wobec podjętych w postępowaniu a niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego oraz wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez KenBIT.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył w szczególności następujące przepisy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasady uczciwej konkurencji wyrażające się w niezasadnym odrzuceniu oferty odwołującego pomimo, że oferta ta zawiera cenę prawidłowo skalkulowaną, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, uwzględniającą wszelkie koszty niezbędne do należytego wykonania zamówienia oraz zasady legalizmu przez dokonanie wyboru oferty KenBIT, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Na wstępie przywoływał postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) odnoszące się do ceny oferty. Jednocześnie zwracał uwagę, że w związku z wątpliwościami odwołującego w zakresie sposobu opisanego obliczenia ceny, zamawiający na etapie SIWZ udzielił wyjaśnień, że ceną ofertową jest cena wynikająca z sumy wykonania usług we wszystkich latach tzn. suma cen za 1 rbh realizacji napraw pogwarancyjnych awaryjnych u wykonawcy i użytkownika oraz cen przeprowadzenia przeglądu podstawowego określonych radiostacji. Potwierdza to konstrukcja formularza ofertowego.

Ponadto zauważył, że w dniu 14 maja 2021 r. zamawiający, celem ustalenia czy cena całkowita oferty (a nie ceny za poszczególne pozycje formularza ofertowego) zawiera rażąco niską cenę, wezwał go do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących zaoferowanej w ofercie ceny. Zamawiający zwrócił się do odwołującego w dalszej części pisma z prośbą o szczegółowe wyjaśnienie sposobu skalkulowania ceny (a nie jej poszczególnych składowych) i wykazanie, że jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie, wykazując poziom lub wielkość zysku. Przypomniał, że ceną ofertową według zamawiającego jest suma wykonania usług we wszystkich latach tzn. suma cen za 1 rbh realizacji napraw pogwarancyjnych awaryjnych u wykonawcy i użytkownika oraz cen przeprowadzenia przeglądu podstawowego określonych radiostacji.

W jego ocenie, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, złożył dość obszerne i szczegółowe wyjaśnienia, poparte dowodami, odnoszące się do każdej ze sformułowanej przez zamawiającego wątpliwości. W piśmie z 19 maja 2021 r. zapewnił przede wszystkim, że jest w stanie wykonać usługę pogwarancyjnych napraw awaryjnych i przeglądów radiostacji po wskazanej cenie całkowitej oferty. Wyjaśnił również na czym polega różnica między ofertą cenową, na podstawie której zamawiający dokonywał szacowania wartości zamówienia i ceną usług obowiązującą w poprzedniej umowie a ceną zaoferowaną przez odwołującego

w postępowaniu. Złożył szczegółowe wyjaśnienia w zakresie: wątpliwości zamawiającego dotyczących ilości godzin przewidzianych na przeprowadzenie przeglądów, kosztów pracy pracowników oraz kosztów dojazdu do poszczególnych obiektów, realności cen gwarantujących wykonanie usług w sposób należyty i zgodny z wymaganiami zamawiającego, przyczyn obniżenia ceny i stopień jego wpływu na obniżenie ceny, sposobu

kalkulacji ceny oferty, która pozwala na realizację zamówienia i wypracowanie zysku dla firmy, zaoferowania wykonania przeglądów niezależnie i bez konieczności zlecenia wykonania napraw gwarancyjnych, listy osób do dyspozycji zatrudnionych na umowy o pracę mogących wykonywać zamówienie. Wyjaśnienia te zostały poparte dowodami.

Z kolei drugie wezwanie (z dnia 2 czerwca 2021 r.) dotyczyło jedynie dwóch aspektów: wyjaśnienia czy koszty bezpośrednie, wydziałowe i ogólnozakładowe odnoszą się tylko

do kosztów związanych z wykonaniem niniejszej umowy, czy dotyczą całej działalności firmy; wskazania jakie czynniki i w jakiej wysokości wchodzi w skład kosztów opisanych jako koszty wydziałowe, bezpośrednie i ogólnozakładowe. W odpowiedzi odwołujący potwierdził, że szacunek kosztów bezpośrednich, wydziałowych i ogólnozakładowych odnosi się do kosztów związanych z wykonaniem niniejszej umowy oraz załączył szczegółową kalkulację kosztów bezpośrednich, wydziałowych i ogólnozakładowych.

Tym samym w ocenie odwołującego niesłuszne jest twierdzenie w informacji o odrzuceniu, że przedstawił on niewystarczające, niekompletne, zbyt ogólnikowe wyjaśnienia, a tym samym nie wykazał w sposób dostateczny, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zwrócił uwagę, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej utrzymuje się pogląd, zgodnie z którym oceny wyjaśnień dokonuje się m.in. w kontekście treści wezwania zamawiającego, zgodnie z zasadą - jakie pytanie, taka odpowiedź. Analiza treści obu wezwań prowadzi do wniosku, że miały one dość skonkretyzowany charakter i zamawiający oczekiwał wyjaśnienia określonych, jasno sprecyzowanych okoliczności. W ocenie odwołującego, sprostął on oczekiwaniom zamawiającego odnosząc się do każdej wyrażonej wątpliwości oddzielnie.

Odwołujący cytował treść wezwania zamawiającego i dowodził, że odniósł się do wszystkich wątpliwości sformułowanych w treści pisma. Niezrozumiałe w jego ocenie jest zatem, z jakich powodów zamawiający uznał jednak, że nadesłane wyjaśnienia potwierdziły, że zaoferowana przez odwołującego cena jest rażąco niska. Zamawiający w informacji odniósł się do kosztów przeglądów (będące częścią składową oferty), które zostały wycenione na 1 zł stwierdzając, że odwołujący nie uprawdopodobnił, że jest w stanie wykonać przeglądy za tą cenę a tym samym, że jego oferta w tym zakresie jest realna do wykonania. Zamawiający stwierdził także, że wykonawca nie przedstawił żadnego wyliczenia matematycznego, pozwalającego na jednoznaczne ustalenie elementów składowych oferty w tej części. W tym miejscu odwołujący przypomniał po raz kolejny, że cenę oferty w postępowaniu stanowiła cena wynikająca z sumy wykonania usług we wszystkich latach tzn. suma cen za 1 rbh realizacji napraw pogwarancyjnych awaryjnych u wykonawcy i

użytkownika oraz cen przeprowadzenia przeglądu podstawowego określonych radiostacji. Sposób obliczenia ceny wynikał z kolei z rozdz. XVI pkt 6 SIWZ. Zatem w ramach tak rozumianej ceny oferty wykonawca winien był uwzględnić wszystkie koszty i składniki niezbędne do wykonania zamówienia. I w ramach tak rozumianej ceny oraz wyjaśnień składanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykazał, że koszty i składniki niezbędne do wykonania zamówienia zostały uwzględnione. Co istotne odwołujący, wbrew twierdzeniom zamawiającego, nie był zobowiązany do przedstawienia wyliczenia matematycznego, pozwalającego na jednoznaczne ustalenie elementów składowych oferty w tej części.

Odwołujący przypomniał, że zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podobnie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający nie wykazał, że cena oferty (rozumiana przez niego jako suma wykonania usług we wszystkich latach tzn. suma cen za 1 rbh realizacji napraw pogwarancyjnych awaryjnych u wykonawcy i użytkownika oraz cen przeprowadzenia przeglądu podstawowego określonych radiostacji) jest rażąco niska. W treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający wskazał, że złożone wyjaśnienia stanowią swego rodzaju założenia biznesowe, które nie odzwierciedlają sposobu zbudowania cen za usługę przeglądu. Tymczasem zdaniem odwołującego zasadą jest, że cena oferty jest wynikiem przede wszystkim założeń biznesowych, które muszą mieścić się w granicach dozwolonych przez zamawiającego. Tak też było w przypadku tego postępowania, gdzie odwołujący, bazując na swoim doświadczeniu oraz będąc w zgodzie z dokumentacją postępowania zaoferował cenę, która nie tylko pozwoli mu na zrealizowanie w sposób należyty zamówienia, ale i zapewni mu osiągnięcie zysku. Okoliczność tę potwierdził w składanych zamawiającemu pismach, w odpowiedzi na jego wezwanie.

Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego oparł się, uzasadniając swoją decyzję, przede wszystkim na założeniu: „Ponieważ cena całkowita postępowania nie jest ceną ryczałtową to niemożliwe jest ewentualne pokrywanie kosztów czy strat w ramach innych wykonywanych usług”. Tymczasem zamawiający pomija fakt, że za prawidłową wycenę oferty odpowiada wykonawca, podejmując właśnie w dużej mierze decyzje biznesowe (uwzględniające pewne ryzyka), biorąc pod uwagę nie tylko konieczność zapewnienia należytego wykonania zamówienia, ale i osiągnięcie zadowalającego zysku. Przyjmując pewne założenia na etapie kalkulowania ceny odwołujący uwzględnił również określony

w rozdz. XVI SIWZ sposób obliczenia ceny oraz udzielane na etapie SIWZ wyjaśnienia. Zamawiający skupił się przede wszystkim na cenie przeglądów, tymczasem usługi te nie stanowią istoty tego zamówienia, a jedynie niewielki jego ułamek. Z doświadczenia wynika, że przypadki zlecenia usługi przeglądu występują sporadycznie. Ich wartość jest praktycznie zerowa przy rocznych kosztach napraw, które oscylują na poziomie kilkuset tysięcy złotych. Zgodzić należy się z zamawiającym, że to on decyduje o ilości przeglądów, niemniej jednak wykonanie ich leży po stronie wykonawcy. Realizując przedmiotowe zamówienie odwołujący gwarantuje jego należyte wykonanie, osiągając przy tym zysk (wykazany w wyjaśnieniach), nawet gdy zleconych przeglądów będzie dużo.

Na koniec powyższych rozważań wskazał, że ceną rażąco niską, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO jest cena oderwana od realiów rynkowych, która nie pokrywa kosztów realizacji zamówienia, a zatem nie pozwala wykonawcy na jego należyte wykonanie bez poniesienia straty. Z kolei ocena tej okoliczności powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych. Jak wynika ze stanu faktycznego sprawy, cena zaoferowana przez niego jest ceną realną, za którą możliwe jest należyte wykonanie zamówienia i osiągnięcie zysku na poziomie założonym przez odwołującego. Stąd też decyzja zamawiającego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty - jest niezasadna.

Odwołujący stwierdził również, że całokształt wskazanych wyżej okoliczności wskazuje jednoznacznie, że zamawiający naruszył reguły równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W stosunku do odwołującego nie dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiej ceny, uznając że nie sprostął obowiązkom, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Pominięcie przez zamawiającego tych istotnych okoliczności, na które wskazuje w odwołaniu, prowadzi do zachwiania równowagi konkurencyjnej w postępowaniu, zamówienie bowiem otrzymuje wykonawca, którego oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą. Takie działanie wprost narusza również dyspozycję art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca: **KenBIT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129) - dalej „ustawa Pzp z 2019 r.” w dniu

19 lipca 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Przystępujący, na posiedzeniu w dniu 20 lipca 2021 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe, prezentujące jego stanowisko w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią oferty odwołującego złożonej w postępowaniu, treścią wezwań kierowanych do niego w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz odpowiedzią na nie, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią zamawiającego na odwołanie, treścią pisma procesowego złożonego przez KenBIT, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129).

Z uwagi na powyższe, Izba wydając wyrok w postępowaniu odwoławczym, wszczętym na skutek odwołania wniesionego w dniu 25 czerwca 2021 r., zastosowała przepisy ustawy Pzp z 2019 r.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp z 2019 r., skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył ofertę w postępowaniu. Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez KenBIT, a odrzucił ofertę odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, zamawiający

będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył najkorzystniejszą ofertę.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania

o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale III SIWZ przedmiotem zamówienia są pogwarancyjne usługi serwisowe oraz naprawy i przeglądy radiostacji M3SR serii 4100, XT-452, XK2900, XK-2500, odbiorników radiowych ET-458

i pokrewnych oraz systemów antenowych do nich, realizowane w latach 2021, 2022, 2023.

Izba ustaliła ponadto, że zgodnie z Rozdziałem XVI pkt 6 SIWZ całkowita cena ofert musi obejmować w kalkulacji wszystkie koszty i składniki, niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

Z kolei w projekcie umowy, który określał zasady świadczenia i rozliczania usług (załącznik nr 2 do SIWZ) zamawiający przyjął, że wykonane usługi będą rozliczane na podstawie cen jednostkowych, wskazanych przez wykonawcę w formularzu oferty. Zamawiający nie określił jaka ilość usług jest przewidziana w kolejnych latach. Ich realizacja będzie następowała w przypadku wystąpienia awarii, zaś naprawy zgłoszonych uszkodzeń będą wykonywane każdorazowo na podstawie zleceń zamawiającego. Zamawiający ustalił, że decyzja o zleceniu napraw (także przeglądów) podejmowana będzie po przeprowadzeniu analizy ekonomicznej i przesłaniu przez wykonawcę protokołu defektacji, w którym dokona analizy powstałego uszkodzenia. (§3 ust. 2 umowy, §5 ust. 2, 5, 6 i 7 umowy). W §3 ust. 2 zamawiający sprecyzował, że wartość jednej roboczogodziny i wykonania przeglądów obejmuje wszystkie koszty związane z wykonywaniem pogwarancyjnych napraw awaryjnych i przeglądów.

Z kolei w Rozdziale XVIII SIWZ opisano kryteria, którymi będzie kierował się zamawiający przy wyborze oferty. Cena była jednym z kryteriów o wadze 70%.

Izba ustaliła także, że zapisy SIWZ odnoszące się do sposobu obliczenia ceny oferty, jak też kryteriów oceny ofert były przedmiotem wyjaśnień treści SIWZ. Zamawiający w dniu 14 kwietnia 2021 r. odpowiadając na pytania wykonawców, udzielając odpowiedzi na pytanie dotyczące sposobu obliczenia ceny tzn. wskazanie jej elementów składowych podkreślił, że oczekuje wskazania przez wykonawców ceny 1 rbh pracy u użytkownika i u wykonawcy oraz ceny przeprowadzenia przeglądu u użytkownika, obejmujących wszystkie koszty związane odpowiednio z wykonywaniem pogwarancyjnych napraw awaryjnych i przeglądów radiostacji. Wskazał również, że to na wykonawcy ciąży obowiązek podania odpowiedniej ceny, gwarantującej należyte wykonanie zamówienia, w której ujęte będą wszystkie koszty jakie wykonawca poniesie w związku z realizacją usługi. Zamawiający w tej odpowiedzi zaznaczył także, że w tabelach Formularza ofertowego zawarł składniki cenotwórcze, które należy ująć przygotowując ofertę, a jeżeli wykonawca przewiduje jeszcze inne koszty, które są niezbędne do realizacji zamówienia, to należy uwzględnić je odpowiednio w cenie. Z kolei na pytanie: jaka cena oferty będzie brana pod uwagę przy ocenie ofert udzielił odpowiedzi, że w przypadku cenowego kryterium będzie to łączna suma kosztów rozumiana jako suma pozycji od 1 do 4 formularza oferty.

Dalej Izba ustaliła, że odwołujący złożył ofertę, w której suma cen jednostkowych, służąca do oceny złożonych ofert wynosiła 707,00 zł., przy czym zaoferował on w każdym roku realizacji umowy: (1) cenę jednej roboczogodziny u użytkownika brutto 470,00 zł.; (2) cenę jednej roboczogodziny u wykonawcy brutto 235,00 zł.; (3) cenę podstawowego przeglądu radiostacji UKF XT452U8, XT4410 i pokrewnych -1 zł.; (4) cenę podstawowego przeglądu radiostacji KF XK2500, XK2900, XT4100 i pokrewnych - 1 zł.

Zamawiający w toku badania ofert ustalił, że cena podana w ofercie jest niższa o 89,60% od wartości zamówienia, a także o 73,85% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w wyniku czego podjął decyzję o wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej przez niego ceny. Zamawiający podniósł między innymi, że budzi jego wątpliwości fakt zaoferowania ceny przeglądu radiostacji na poziomie 1 zł, podczas gdy wykonawca winien realizować przedmiotowe usługi u użytkownika, przy udziale osób wskazanych w wykazie osób. Zwrócił uwagę, zlecenie realizacji przeglądów może występować niezależnie i bez konieczności zlecenia wykonania napraw awaryjnych. Zamawiający wymagał określenia jaki czas realizacji (ilość godzin) na przeprowadzenie przeglądów wykonawca przyjął w swojej kalkulacji, wyjaśnienia jakie są koszty pracy pracownika/ów oraz jakie koszty dojazdów do poszczególnych obiektów przyjęte zostały przez odwołującego w kalkulacji dla określenia cen przeprowadzenia przeglądów dwóch

typów radiostacji (UKF i KE). Poprosił również o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny, które wyczerpująco wskazywać będą wszystkie aspekty mające wpływ na zaoferowaną cenę oraz zobowiązał do wskazania tych elementów, które spowodowały obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazane czynniki wpłynęły na jej obniżenie.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący złożył pismo z 19 maja 2021 r., w którym uzasadniał, że na podstawie dotąd obowiązującej umowy przeglądy rozliczane były nie na podstawie ilości przepracowanych godzin ale na podstawie ilości dokonanych przeglądów i taki sam sposób szacowania wartości usługi przyjął w złożonej ofercie. Powołał się na dotychczasowe doświadczenie, iż tego typu usługi mają charakter sporadyczny, co potwierdzają następujące dane: w roku 2020 przeglądów przeprowadzono 6, w roku 2019 - 5 a w roku 2018 - 0 przeglądów. Z uwagi na fakt, iż przeglądy stanowiły znacznie mniejszą część przedmiotu postępowania, wprowadzone zmiany organizacyjne pozwolą praktycznie do zera wyeliminować potrzebę zlecenia samych przeglądów, które o ile zaistnieje taka potrzeba wykonane zostaną w ramach promocji. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach przyznał,

że sposób kalkulacji całkowitej ceny oferty wynika z zastosowanej konstrukcji ceny oferty zawartej w SIWZ. Cena ta składa się z 4 elementów (rodzaje usług), ale jego zdaniem decydujący wpływ przy wyborze oferty mają tylko dwa elementy składowe: 1 i 2 czyli cena u użytkownika i u wykonawcy, określone w stawkach 1 rbh, które występują jako usługi powszechne i są najistotniejszą częścią zamówienia oraz są najbardziej cenotwórcze, gdyż zależą od ilości przepracowanych godzin. Natomiast elementy 3 i 4, jak wskazuje jego doświadczenie, występowały dotychczas sporadycznie (porównanie z okresem realizacji w trakcie trwania poprzedniej umowy). W ślad za tym idzie rezultat w postaci niewielkiego udziału w wartości przedmiotu zamówienia. W dalszej części pisma przyznał, że to przyjęte przez niego założenia pozwalają na zaoferowanie potencjalnie zleconych przeglądów w ramach promocji za 1 zł., a ewentualne koszty pokryte zostaną z zysku ze zleconych napraw w ramach przedmiotu umowy.

Izba ustaliła także, że pismem z 15 czerwca 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez KenBIT.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że w świetle wyżej przytoczonych zapisów SIWZ oraz wzoru umowy, nie może budzić wątpliwości, że po pierwsze nie została przez zamawiającego określona ilość poszczególnych czynności (napraw i przeglądów), które zostaną zleczone w czasie trwania przedmiotowej umowy, a tym samym realizacja umowy i jej zakres w niniejszym przypadku uzależnione były od wystąpienia określonych zdarzeń

przyszłych i niepewnych (awarii), jak też od indywidualnych potrzeb zamawiającego, który nie sprecyzował w szczególności ile przeglądów zamierza zlecić wykonawcy wyłonionemu w przetargu. W konsekwencji nie można zgodzić się z odwołującym, że przyjęty przez niego na potrzeby tego postępowania sposób kalkulacji ceny bazował na wymaganiach zamawiającego określonych w SIWZ. Nie sposób też zaakceptować stanowiska, zgodnie z którym kalkulacja w zakresie ceny oferty mogła opierać się na podstawie doświadczenia odwołującego w realizacji takich samych lub podobnych usług oraz przyjętych przez niego założeniach biznesowych. Jediną podstawą dla określenia poszczególnych cen jednostkowych są bowiem zapisy SIWZ i wzoru umowy, a te nie pozostawiały wątpliwości, że w każdej cenie jednostkowej, zgodnie z którą rozliczane będą poszczególne usługi należy uwzględnić wszystkie koszty i składniki, niezbędne do wykonania danego elementu składającego się na to zamówienie.

Założenia odwołującego, który opierając się na swoich doświadczeniach w realizacji poprzednich umów dla zamawiającego przyjął, że liczba zleconych przeglądów jest marginalna (jak wynikało z dowodu złożonego na rozprawie w okresie obowiązywania poprzedniej umowy tj. w latach 2018 – 2020 zlecono ich 7) były o tyle błędne, że jak oświadczył zamawiający, w ramach umowy zawartej w tym postępowaniu zamierza zlecić ich znacznie więcej, niż to miało miejsce w poprzednim okresie. W konsekwencji tych nieprawidłowych założeń które, co po raz kolejny należy podkreślić, nie wynikały także z zapisów SIWZ, w której nie określono ilości przeglądów, odwołujący nie może mieć gwarancji, że owe zwiększone koszty spowodowane koniecznością wykonania znacznie większej ich liczby, mogłyby zostać pokryte w ramach innych wykonywanych usług. Jak sam przyznał jego kalkulacja opierała się na założeniu, że cenę przeglądu pokryje z zysku z wykonanych przez siebie napraw.

Nie do zaakceptowania jest także stanowisko odwołującego, który zarzucał zamawiającemu, że ten oceniał realność ceny wykonania jednego przeglądu, w sytuacji gdy usługi te nie stanowią istoty tego zamówienia, a jedynie niewielki jego ułamek. Odwołujący nie może bowiem opierać swoich założeń co do sposobu realizacji zamówienia, a w konsekwencji w zakresie kalkulacji ceny oferty na swoich doświadczeniach z których ma wynikać,

że przypadki zlecenia usługi przeglądu występują sporadycznie. Jak przyznał odwołujący to zamawiający decyduje o ilości przeglądów i to wyłącznie od niego zależy ile ich zleci w trakcie obowiązywania umowy. Słusznie zatem zamawiający oczekiwał, aby sporządzając kalkulację wykonawca, nie mając wiedzy jaka będzie liczba zleceń (zarówno przeglądów, jak i awarii), a znając jedynie poziom budżetu zamawiającego, wycenił każdą czynność z uwzględnieniem wszystkich kosztów i elementów, składających się na daną usługę.

Bez znaczenia, w ocenie Izby, jest okoliczność, że do oceny ofert zamawiający przyjął cenę, rozumianą jako sumę wykonania usług we wszystkich latach tzn. sumę cen za 1 rbh realizacji napraw pogwarancyjnych awaryjnych u wykonawcy i użytkownika oraz cen przeprowadzenia przeglądu podstawowego określonych radiostacji. Te zasady odnosiły się bowiem wyłącznie do oceny oferty w ramach kryterium. Nie przesądza to automatycznie, że suma tych cen jednostkowych stanowi cenę oferty w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, iż w tym zamówieniu zamawiający przyjął kosztorysowy sposób rozliczenia, gdyż łączna cena oferty będzie zależna od ilości usług faktycznie wykonanych i będzie iloczynem cen jednostkowych i ilości faktycznie zrealizowanych, poszczególnych składających się na nią elementów.

Izba nie podzieliła również argumentacji odwołującego w części odnoszącej się do złożonych przez niego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że nieprawdziwe są twierdzenia, jakoby odwołujący nie był zobowiązany do przedstawienia wyliczenia matematycznego, pozwalającego na jednoznaczne ustalenie elementów składowych oferty w odniesieniu do poszczególnych cen jednostkowych z formularza ofertowego, w tym przedstawienia w jaki sposób kalkulował cenę za wykonanie przeglądu, a zamawiający odnosił się jedynie do ceny oferty jako całości. Przypomnieć należy w tym miejscu fragment wezwania (pismo z 14 maja 2021 r.) w którym zamawiający jednoznacznie wskazał, że budzi jego wątpliwości między innymi fakt zaoferowania ceny przeglądu radiostacji na poziomie 1 zł, podczas gdy wykonawca winien realizować przedmiotowe usługi u użytkownika, przy udziale osób wskazanych

w wykazie osób. Zwrócił też odwołującemu już na tym etapie uwagę, iż zlecenie realizacji przeglądów może występować niezależnie i bez konieczności zlecenia wykonania napraw awaryjnych. Zamawiający sprecyzował w sposób jasny i jednoznaczny swoje wymagania co do tego, aby odwołujący określił jaki czas realizacji (ilość godzin) na przeprowadzenie przeglądów przyjął w swojej kalkulacji, podał jakie są koszty pracy pracownika/ów oraz jakie koszty dojazdów do poszczególnych obiektów przyjęte zostały przez odwołującego w kalkulacji przy określeniu cen przeprowadzenia przeglądów dwóch typów radiostacji (UKF i KE). Poprosił również o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny, które wyczerpująco wskazywać będą wszystkie aspekty mające wpływ na zaoferowaną cenę oraz zobowiązał do wskazania tych elementów, które spowodowały obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazane czynniki wpłynęły na jej obniżenie. Wbrew zatem twierdzeniom odwołującego nie można zamawiającemu zarzucić, że sformułował swoje wezwanie w taki sposób, że z jego treści nie wynikało, że oczekuje odniesienia się do tego konkretnego elementu świadczonych usług tj. kosztów przeglądów.

Z treści wezwania jednoznacznie wynikało podania jakich informacji zamawiający oczekuje od odwołującego, w tym między innymi stwierdzono, że to właśnie cena w wysokości 1 zł. za przegląd budzi wątpliwości, stąd zamawiający oczekiwał, że odwołujący złoży wyjaśnienia w tym przedmiocie.

Izba podziela również ocenę zamawiającego, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia potwierdziły, że zaoferowana przez niego cena za wykonanie przeglądów jest rażąco niska. Przypomnieć w tym miejscu należy, że zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który został wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Aby mogły być przez zamawiającego ocenione pozytywnie powinny zatem przede wszystkim odpowiadać na pytania zamawiającego, być wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia (w tym wypadku usług składających się na to zamówienie), zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Zamawiający słusznie doszedł do wniosku, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie potwierdziły, że koszty przeglądów (będące częścią składową oferty), wycenione na 1 zł. zawierały wszystkie niezbędne koszty realizacji zamówienia. Wykonawca nie uprawdopodobnił, że jest w stanie wykonać przeglądy za wskazaną kwotę, a zatem że cena w tym zakresie nie jest rażąco niska. Wykonawca nie przedstawił również żadnego wyliczenia matematycznego, odnoszącego się do tego składnika ceny, które pozwoliłyby ustalić w jaki sposób skalkulował ten element na tak niskim poziomie.

Zgodzić się należy również z oceną, że w sytuacji w której zakres zamówienia opisany jest w sposób, który nie gwarantuje wykonawcy z jakich usług i w jakiej ilości będzie składało się faktyczne wykonanie zamówienia i jakie będą rzeczywiste, indywidualne potrzeby zamawiającego, wykonawca nie może powoływać się wyłącznie na swoje doświadczenia

w realizacji poprzednich zamówień dla zamawiającego. Jeśli zatem wykonawca nie uzyskał gwarancji zrealizowania konkretnych usług, czy też że pewne usługi nie będą zrealizowane powinien skalkulować cenę każdej z usług, będących częścią składową oferty w taki sposób, aby ta była realna, i zawierała w sobie wszystkie koszty wykonania danej usługi i przewidywany zysk. Tymczasem sam odwołujący w treści złożonych wyjaśnień przyznał, że koszty przeglądów pokryje z zysku za zlecane mu w tym zamówieniu awarie, a cenę przeglądów

(z racji tego, że zlecane są sporadycznie) traktuje jako swoistą „promocję” dla zamawiającego.

Zresztą, na co zwrócił uwagę zamawiający i przystępujący, odwołujący dotychczas kalkulował cenę przeglądów na poziomie, który znacznie odbiegał od cen wskazanych

w formularzu oferty dla tego postępowania. Z dowodów przedłożonych przez przystępującego, załączonych do pisma procesowego wynika, że w poprzednio organizowanym postępowaniu (umowa zawarta na lata 2018 - 2020) cena za jeden przegląd, zgodnie ze złożoną przez odwołującego w postępowaniu ofertą wynosiła 2 500,00 zł. Odmienną wycenę zaprezentował także, odpowiadając na wniosek zamawiającego z prośbą o szacunkową wycenę przedmiotowych pozycji (dowód zamawiającego - pismo odwołującego z 10 grudnia 2020 r.). Znając, jak sam twierdził zakres i specyfikę zamówienia, które zamierzał wszcząć zamawiający, zaproponował za wykonanie przeglądów cenę jednostkową od 2 700,00 zł. w roku 2021 do 3 100,00 zł. w roku 2023. Jakkolwiek zrozumiałe jest stanowisko, że odpowiadając na pismo zamawiającego, którego celem było jedynie poznanie cen rynkowych i oszacowanie wartości zamówienia, odwołujący nie chciał podawać rzeczywistej ceny, którą zaproponuje w postępowaniu z uwagi na możliwą konkurencję, to jednak trudno jest wytłumaczyć tak znaczną rozbieżność w poziomie cen przyjętych w poprzednim postępowaniu, w stosunku do obecnie organizowanego zamówienia.

Potwierdza to tezę, że wykonawca kalkulując ceny za przegląd, oparł się bezzasadnie na założeniu, że zamawiający wzorem lat poprzednich ograniczy ilość przeglądów w związku z czym ich ewentualny koszt będzie pokryty z zysku z realizacji innych usług. Rozumowanie to jest chybione. Wykonawca nie może przewidzieć jakie będą w tym postępowaniu potrzeby zamawiającego, a zamawiający nie był zobowiązany, wbrew twierdzeniom odwołującego, przedkładać dowodów na potwierdzenie, że zapewni odpowiednią ilość zleceń napraw, ograniczając ilość przeglądów.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zamawiający zasadnie podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego. Dokonał bowiem prawidłowej oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, uznając że odwołujący nie sprostął obowiązkom, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji niezasadne są także zarzuty odwołującego, że zamawiający naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający zasadnie podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego i udzielił zamówienia przystępującemu, którego oferta była zgodna z SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, 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. poz. 2019 ze zm.) oraz §8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,

ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania
(Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący :