

Sygn. akt: KIO 797/21

WYROK
z dnia 21 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 maja 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 r. przez **wykonawcę S. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MOTORPOL S. F. z siedzibą w Lubinie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego 3 Regionalną Bazę Logistyczną z siedzibą w Krakowie**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę S. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MOTORPOL S. F. z siedzibą w Lubinie i**
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MOTORPOL S. F. z siedzibą w Lubinie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. Zasądza od wykonawcy S. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MOTORPOL S. F. z siedzibą w Lubinie na rzecz zamawiającego 3 Regionalnej Bazy Logistycznej z siedzibą w Krakowie kwotę 150 zł 00 gr (słownie: sto pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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 – 3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa technicznych środków materiałowych do podwozi pojazdów specjalnych” (numer postępowania 7/2021). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 grudnia 2020 r., za numerem 2020/S 244-603916.

W dniu 15 marca 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca S. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MOTORPOL S. F. z siedzibą w Lubinie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty — w zakresie zadania nr 4 i 5 oferty wykonawcy Dachy Polska sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie – dalej Wykonawca Dachy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp, poprzez nieodrzućenie oferty Wykonawcy Dachy na zadanie 4 i 5 pomimo, że oferta ta w przedmiotowym zakresie zawiera rażąco niską cenę;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Dachy na zadanie nr 4 i 5, której to złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie, w jakim Wykonawca ten - działając w celu, uzyskania zamówienia i uniemożliwienia uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę - zaniżył przyjęte w ofercie koszty (których de facto nie wykazał), niezbędne do realizacji zamówienia, uzyskując niższą cenę za te elementy w stosunku do cen zaoferowanych przez Odwołującego;
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, poprzez nieodrzućenie oferty Wykonawcy Dachy dot. zadania nr 4 i 5 pomimo zaistnienia podstaw faktycznych i prawnych do wykluczenia tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu, wobec wprowadzenia Zamawiającego w błąd w skutek przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji mających w tej sprawie istotny wpływ na decyzje Zamawiającego dokonanych w trakcie czynności oceny ofert w zakresie zadania nr 4 i 5, wyrażające się w sklasyfikowaniu tej oferty jako najkorzystniejszej dla tych zadań wg. ustalonego kryterium oceny ofert (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp).

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Dachy jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 4 i 5,

2) odrzucenia oferty Wykonawcy Dachy na zadanie nr 4 i 5,

3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert

względnie

- unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Dachy jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 4 i 5,

- wykluczenie Wykonawcy Dachy w postępowaniu dotyczącym ofert dot. zadania 4 i 5,

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci uiszczanego wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego w tym postępowaniu w wysokości 3.600 zł oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że mając poważne wątpliwości co do ceny złożonej przez Wykonawcę Dachy oferty na zadanie nr 4 i 5 zwrócił się do Zamawiającego o zbadanie rzeczowej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Powołał się na wyrok KIO z dnia 14 maja 2019 r., sygn. akt: KIO 776/19, wyrok KIO z dnia 24 lipca 2017 r., sygn. akt: KIO 1379/17, wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2019 r., sygn. akt: KIO 2640/18, wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2019 r., sygn. akt: KIO 2678/18. Zamawiający w rzeczonym postępowaniu zwrócił się do Wykonawcy Dachy o wyjaśnienie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Wykonawca ten, formalnie wyjaśnienia takie przedstawił. W sprawie Odwołujący zgłosił do Zamawiającego okoliczności świadczące jednoznacznie o zaniżeniu oferty Wykonawcy Dachy. Przedstawione Zamawiającemu argumenty, poparte dowodami obrazują niezbitcie sposób działania tego nierzetelnego Wykonawcy. W formularzu ofertowym dla zadania nr 4, 5 Wykonawca ten zaoferował odpowiednio pod poz. 201 i 202 oraz 151 i 152 zbiornik paliwa lewy/prawy cenę sprzedaży rażąco niską uzyskując tym samym zdecydowaną przewagę w końcowej wartości oferty. Zdaniem Odwołującego w tych pozycjach Wykonawca Dachy z góry założył, że ich nie zrealizuje. To zaś pociągnie za sobą obciążenie karą umowną — lecz co ważne tylko i wyłącznie od wartości niezrealizowanej części umowy. Na potwierdzenie tej tezy Odwołujący przedstawił Zamawiającemu jak ten Wykonawca zastosował taki sam mechanizm w innych podobnych postępowaniach. Taką możliwość

„dopuszcza” w tym postępowaniu sam Zamawiający. Odwołujący przywołał treść par. 10 ust. 1 lit. a) oraz par. 11 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy. Odwołujący podniósł, że Wykonawca w tej części zamówienia, której nie chce zrealizować (względnie nie może z przyczyn obiektywnych np. braku artykułu) oferuje rażąco niską cenę. W ten sposób niewykonanie umowy nie rodzi dla niego znacznych dolegliwości, albowiem naliczona z tego tytułu kara jest niska i do tego „wkalkulowana” w cenę oferty. Wszystko to wpisuje się w kategorię czynu nieuczciwej konkurencji. Czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem, czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, która podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej jakimi są dobre obyczaje. Jest to podobnie jak dawna uczciwość kupiecka, czy cywilistyczne zasady współżycia społecznego zbiory norm niepisanych wyznaczające reguły egzystencji w danej społeczności, jak tajemnica korespondencji, zakaz lichwy. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd. Przywołał wyrok KIO z dnia 7 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1042/20. Za czyn taki może uchodzić określenie cen jednostkowych towarów, których dany Wykonawca nie może dostarczyć, pod kątem jak najmniej dolegliwych dla niego skutków (tu kar umownych). Nie ulega wątpliwości, że taka postawa Wykonawcy wypełnia znamiona z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Co ważne, Odwołujący w roku 2019 przewidując, że może zabraknąć na rynku tego typu zbiorników podjął decyzję o uruchomieniu produkcji zbiorników paliwa wg oryginalnej dokumentacji w cenie zdecydowanie wyższej niż cena podana w formularzu wykonawcy Dachy. Biorąc powyższe pod uwagę aktualnie Odwołujący jest jedynym podmiotem, który posiada fabrycznie nowe zbiorniki paliwa na stanie magazynowym. W takiej sytuacji należy zauważyć, że zdaniem Odwołującego w ramach tego zamówienia Wykonawca Dachy w ogóle nie powinien składać oferty, albowiem nie dysponuje rzeczonym asortymentem. Niedobór ten posunął tego Wykonawcę do „nieuczciwych” praktyk. Pobocznie Odwołujący wskazał, że w ostatnim czasie ogólnie przyjętą praktyką w podobnych postępowaniach stało się, że wyłonieni nieuczciwi wykonawcy zaniżają w sposób znaczny część asortymentu dla nich niedostępnego; nie dostarczają go i płacą kary umowne adekwatnie niskie, wliczone w kalkulację pozostałych pozycji. Co w ogólnym rozrachunku pozostaje bez negatywnych konsekwencji. Poprzez takie działanie i niekonkurencyjne praktyki uczciwi wykonawcy, którzy zainwestowali duże środki o pozyskanie kluczowych pozycji poszukiwanych przez Zamawiających nie mają szans być konkurencyjnym w postępowaniach bo ich oferty niestety są cenowo wyższe. W związku z takim działaniem Odwołujący jest przekonany, że

Zamawiający nie pozyska kluczowej pozycji jaką jest zbiornik paliwa (sztuk 22) od tego Wykonawcy. Analogiczna sytuacja ma miejsce w zadaniu nr 4 poz. 117 (ramka okna przedniego). Tu również Odwołujący jest aktualnie jedynym podmiotem, który posiada w ofercie przedmiotowy produkt (uruchomiony w końcu działalności producenta pojazdu w dużej ilości za zdecydowanie wyższą cenę, co się przekłada na taki poziom ceny). W takiej sytuacji przedmiot ten nie będzie mógł być przedmiotem dostawy ze strony tego Wykonawcy. Stąd rażąco niska cena ww. asortymentu podana przez Dachy będzie determinowała niską karę umowną z tytułu nierealizowania umowy w tej części. Powołał się na wyrok KIO z dnia 27 listopada 2018 r., sygn. akt: KIO 2325/18. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia Wykonawcy Dachy w żadnej mierze nie można zakwalifikować jako potwierdzenie, ani nawet jako choćby uprawdopodobnienie, że zastosowana cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia tego Wykonawcy sprowadzają się do wydruków ze stanu magazynowego tego Wykonawcy, że rzekomo towar taki posiada. Nie przedkłada jednak na potrzeby poparcia tego twierdzenia dowodu ich nabycia, w szczególności ceny nabycia. Oprócz lakonicznych twierdzeń Dachy załącza print screeny stron internetowych różnych podmiotów, z których niewiele wynika, co najwyżej, że np. poz. 211a przegub kpl. dwukrzyżakowy Honker jest niedostępny (jakie więc ma to znaczenie do oferowanej przez ww. Wykonawcę ceny za ten produkt?). W jakiej faktycznej kwocie Wykonawca oferowane towary nabył, ewentualnie nabędzie nie sposób odgadnąć (podaje ogólnikowo że ma dostęp do towarów po cenach hurtowych). Jakie są czynniki cenotwórcze też nie wiadomo (marża to wachlarz 12-77%). Z przedłożonych wyjaśnień nie sposób odczytać, jaka jest marża tego Wykonawcy, koszty związane z nabyciem oferowanych towarów. Co więcej Wykonawca ten oferuje je Zamawiającemu, choć — skoro przedstawia preent screeny sklepów internetowych potencjalnych sprzedawców — wychodzi na to w ogóle ich nie posiada. W rzeczonym piśmie Wykonawca nie tylko nie uzasadnił, ale i nawet nie ujawnił ani jednego z elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Powołał się na wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2012 r., sygn. akt: KIO 2712/12, wyrok KIO z dnia 17 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 262/09. Odpowiedź Wykonawcy nie może być powierzchowna. Aby można ją było potraktować jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości Wykonawca ten zobowiązany był do złożenia wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. W sprawie wyjaśnienia te nie tylko nie rozpraszają wątpliwości, co do rynkowego charakteru ceny oferty, ale wręcz przeciwnie świadczą dobitnie, że przyjęte w niej składowe na potrzeby złożenia oferty są nierealne. Nie sposób odgadnąć, w jakiej cenie towary te mogą zostać dostarczone do Zamawiającego. Tylko konkretne wyjaśnienia i dowody przedstawione przez wykonawcę (w szczególności składniki cenotwórcze, np. oszczędność metody wykonania zamówienia, koszty pracy, koszty odbioru,

koszty transportu) pozwalają na obiektywną ocenę czy cena oferty jest rażąco niska. Rolą wykonawcy jest ujawnienie m.in. wysokości swoich kosztów, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, a także uzasadnienie dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Informacji takich próżno było szukać w rzeczonych wyjaśnieniach Wykonawcy Dachy. Znamienne w tym postępowaniu jest to, że mimo że Odwołujący w piśmie z dnia 25 stycznia 2021 r. wskazał konkretne pozycje towarów oferty Wykonawcy, które budzą poważne wątpliwości to Zamawiający - zwracając się o wyjaśnienie kwestii rażąco niskiej ceny ofert na zadanie nr 4 i 5 - kwestię tę w ogóle pominął (nawet nie próbował badać zasygnalizowanego problemu). Wręcz przeciwnie, to Odwołujący zadał sobie trud i zwrócił się do innych Zamawiających (34 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Rzeszowie i 31 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zgierzu) o wskazanie faktycznych problemów z dostawą towarów o rażąco niskiej cenie ofertowej. Odwołujący wskazał, że ustawa pzp przyznała zamawiającemu instrument umożliwiający weryfikację wyjaśnień (na wypadek gdyby napotkał trudności w ich analizie), a mianowicie art. 21 ust. 4 ustawy pzp przewiduje powołanie na tę okoliczność biegłych. Jeśli Zamawiający miał problem z odczytaniem wyjaśnień tego Wykonawcy powinien był skorzystać z wiedzy fachowca. Odwołujący zauważył, że każda cena lub koszt, które wydają się rażąco niskie, muszą jednocześnie budzić wątpliwości co do możliwości prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia i tym samym zawsze zachodzą obie kumulatywne przesłanki badania realności. Prawidłowe wykonanie należy przy tym rozumieć jako wykonanie zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz z prawem powszechnie obowiązującym. Niepodołanie choćby jednemu z tych obowiązków ze względu na zbyt niską cenę lub zbyt niski koszt oznacza, że cena lub koszt zostały skalkulowane wadliwie i będą uznane za rażąco niskie. Badaniu pod kątem realności ceny podlega nie tylko oferta, której cena całkowita budzi wątpliwości zamawiającego, lecz także oferta, której część składowa została wyceniona w sposób powodujący powstanie tych wątpliwości. Skutkiem braku wiarygodnego wyjaśnienia ceny składowej będzie przesądzenie, iż wywarła ona wpływ na cenę całkowitą, powodując jej rażąco niski charakter.

Dodatkowo Odwołujący zarzucił, że Wykonawca Dachy podlegał wykluczeniu z uwagi na treść art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp. Odwołujący zauważył, że w piśmie z dnia 25 stycznia 2021 r. zasygnalizował Zamawiającemu, że jest jedynym posiadaczem magazynowym towarów z poz. 201 i 202 (zbiornik lewy / prawy) z zadania nr 4 oraz poz. 151 i 152 (zbiornik lewy / prawy) z zadania nr 5, a także z poz. 117 (ramka okna przedniego) z zadania 4. W wyjaśnieniach z dnia 5 lutego 2021 r. Wykonawca nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego, że dysponuje, czy że choćby ma możliwość nabyć

te produkty na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Zatem bezsprzecznie wprowadził w błąd Zamawiającego w tym obszarze. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy pzp, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 355 par. 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Ponadto, zgodnie z art. 355 par. 2 Kodeksu cywilnego należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, składającego ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Wykonawca Dachy był więc zobowiązany do dochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega też wątpliwości, że złożone przez tego Wykonawcę informacje (w tym treść formularza cenowego oraz wyjaśnienia) wprowadzające w błąd Zamawiającego miały istotny wpływ na podejmowane decyzje w postępowaniu. Pobocznie wskazał, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien dawać gwarancję prawidłowego wykonania umowy. Wykonawcy, którzy w przeszłości nie wykazali się odpowiednią rzetelnością, mogą nie zostać dopuszczeni do udziału w postępowaniu, ponieważ ustawodawca uznał, że stanowią oni realne zagrożenia dla prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zasadnym jest ich wykluczenie (tak KIO w wyroku z dnia 12 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2302/20). Wszystko to dobitnie świadczy o zaistnieniu podstaw do wykluczenia Wykonawcy Dachy. Zaniechania Zamawiającego w tym postępowaniu powodują, że doszło do wyboru Wykonawcy podlegającemu wykluczeniu z mocy art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp.

Zamawiający w dniu 17 maja 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W złożonym piśmie oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy

dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 15 grudnia 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.).

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 (ustawa z dnia 11 września 2019 r., t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.), Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania w dniu 16 marca 2021 r. W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami oraz odpowiedź na odwołanie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie postawionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z wnioskiem o wszczęcie postępowania wartość szacunkowa w zadaniu 4 wynosiła: 495 229,91 zł netto, tj. 609 132,70 zł brutto, natomiast w zadaniu 5: 114 686,30 zł netto, tj. 165 046,72 zł brutto.

Wykonawca Dachy zaoferował wykonanie zamówienia w zadaniu 4 (Tśm do podwozia HONKER RWT Rzeszów SR Lublin) na kwotę: 317 667,18 złotych brutto, w tym poz. 201 (zbiornik paliwa lewy) i 202 (zbiornik paliwa prawy): 210,00 zł netto, poz. 117 (ramka okna przedniego): 530,00 zł netto, natomiast w zadaniu 5 (Tśm do podwozia HONKER RWT Żurawica) na kwotę: 106 843,34 złotych brutto, w tym poz. 151 (zbiornik paliwa lewy) i 152 (zbiornik paliwa prawy): 210,00 zł netto.

Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia w zadaniu 4 na kwotę: 354 773,21 zł brutto, w tym poz. 201 i 202: 650,00 zł netto, natomiast w zadaniu 5 na kwotę: 111 902,35 zł brutto, w tym poz. 151 i 152: 650,00 zł netto.

W dniu 28 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Dachy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny m.in. zadania 4 i 5 w trybie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy pzp. Zamawiający wskazał, że zaoferowane przez Wykonawcę ceny w zakresie zadań 4 i 5 są niższe niż wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług ustalona przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust 1 i 2 ustawy Pzp o: Zadanie nr 4 - 47,85 %, Zadanie nr 5 - 35,27 %. Zamawiający wskazał również: *„Ważnym jest określenie, czy całkowita wartość oferty przeznaczona przez Wykonawcę na realizację, zawiera wszystkie koszty niezbędne do wykonania całości zadania, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Istotnym jest, aby Wykonawca udowodnił czy przedstawiona w ofercie kwota przeznaczona na realizację zamówienia, jest kwotą realną, pozwalającą na realizację zamówienia z należytą starannością. Czy nie pozwoli na realizację przedmiotu zamówienia poniżej kosztów własnych Wykonawcy, co może skutkować brakiem wygenerowania zysku. Wykonawca zobowiązany jest do wskazania, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie.”*

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca Dachy wyjaśnił: *„oferowany Państwu asortyment jest sprzedawany przez naszą firmę na bieżąco i nie ma problemu z jego dostępnością, a w przypadku Zadania nr 4,5 dodatkowo towar w większości posiadamy na stanie magazynowym. Przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z SIWZ, a zaproponowana w ofercie cena jest realna, gwarantująca właściwą jakość przedmiotu zamówienia i możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją. Do sporządzenia kalkulacji cenowej, stanowiącej podstawę złożenia naszej oferty przyjęte zostały przez nas hurtowe ceny rynkowe, powiększone o niezbędne koszty towarzyszące, takie jak koszty magazynowania i transportu (Załącznik 1) i nie ma tutaj mowy o rażąco niskiej cenie. Dodam, że przez lata współpracy z dostawcami wypracowaliśmy znaczne rabaty od cen detalicznych na zakup części. Jeżeli chodzi o wysokość zaproponowanych przez nas cen,*

jak wynika to z protokołu z otwarcia ofert, są one niższe od średniej arytmetycznej złożonych ofert w zakresie zadania nr 4 jedynie o 5,52 % i zadania nr 5 jedynie o 2,31 %. Natomiast różnica ponad 30% w porównaniu do wartości zamówienia przyjętej przez Zamawiającego w zakresie Zadań nr 4, 5, 10 spowodowana jest najprawdopodobniej faktem, że przy szacowaniu wartości zamówienia zastosowano ceny detaliczne, które to ceny z reguły są nawet od 30 do ponad 80 % i więcej wyższe od cen hurtowych. Do szczegółowej kalkulacji przyjęto aktualne ceny zakupu, zakładając marże handlowe na poziomie cen hurtowych wynoszących od 12,20 % do 77,27 % (Załącznik 2 - wyciąg z kalkulacji szczegółowej ceny dla zadania nr 4; Załącznik 3 - wyciąg z kalkulacji szczegółowej ceny dla zadania nr 5; Załącznik 4 - wyciąg z kalkulacji szczegółowej ceny dla zadania nr 10). Na potwierdzenie realności i wiarygodności cen zakupu przyjętych do sporządzenia kalkulacji, przedstawionych w Załączniku 2 (wyciąg z kalkulacji szczegółowej ceny dla zadania nr 4), dołączamy następujące dowody:

Załączniki 2.1 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 48,19% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 32,65% marży handlowej.

Załączniki 2.2 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 60,51% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 27,77% marży handlowej.

Załączniki 2.3 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 52,85 niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 32,50% marży handlowej.

Załączniki 2.4 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 58,98% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 52,75% marży handlowej.

Załączniki 2.5 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 47,54% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 47,54% marży handlowej.

Załączniki 2.6 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 46,44% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 32,91% marży handlowej.

Załączniki 2.7 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 57,26% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 37 50% marży handlowej.

Załączniki 2.8 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 35,24% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 19 42% marży handlowej.

Załączniki 2.9 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 66,70% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 48 74% marży handlowej.

Załączniki 2.10 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 75,20% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 32 71% marży handlowej.

Załączniki 2.11 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 50,58% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 13,97% marży handlowej.

Załączniki 2.12 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 66,19% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 28 95% marży handlowej.

Załączniki 2.13 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 61,85% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 23 05% marży handlowej.

Załączniki 2.14 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 67,98% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 59,31% marży handlowej.

Załączniki 2.15 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 53,39% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 27,78% marży handlowej.

Załączniki 2.16 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 53,20% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 24,00% marży handlowej.

Załączniki 2.17 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 60,32% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 16,67% marży handlowej.

Załączniki 2.18 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 44,06% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 20,00% marży handlowej.

Na potwierdzenie realności i wiarygodności cen zakupu przyjętych do sporządzenia kalkulacji, przedstawionych w Załączniku 3 (wyciąg z kalkulacji szczegółowej ceny dla zadania nr 5), dołączamy następujące dowody:

Załączniki 3.1 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 46,15% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 35,38% marży handlowej.

Załączniki 3.2 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 59,00% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 30,77% marży handlowej.

Załączniki 3.3 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 48,91% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 48,91% marży handlowej.

Załączniki 3.4 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 60,21% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 51,11% marży handlowej.

Załączniki 3.5 a - pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 76,69% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 76,69% marży handlowej

Załączniki 3.6 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 43,91% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 12,50% marży handlowej.

Załączniki 3.7 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 39,31% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 23,41 % marży handlowej.

Załączniki 3.8 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 35,24% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 19,42% marży handlowej.

Załączniki 3.9 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 51,32% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 51 ,32% marży handlowej.

Załączniki 3.10 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 64,31% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 42,31 % marży handlowej.

Załączniki 3.11 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 42,31% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 42,31% marży handlowej.

Załączniki 3.12 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 45,04% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 12,20% marży handlowej.

Załączniki 3.13 a — pokazują, że nasza cena zakupu dla pozycji nr jest o 69,52% niższa od ceny detalicznej, co pozwoli uzyskać 17,69% marży handlowej.”

W załączniku nr 1 do wyjaśnień Wykonawca przedstawił koszty transportu.

W załączniku nr 2 i 3 Wykonawca przedstawił marżę handlową dla wybranych pozycji zadania nr 4 i 5 oraz ceny zakupu i ceny detaliczne.

W załączniku nr 4a i 5a Wykonawca przedstawił stany magazynowe dla pozycji wykazanych w załącznikach nr 2 i 3.

W załączniku nr 4b i 5b Wykonawca wykazał ceny detaliczne pozycji wskazanych w załączniku nr 2 i 3, poprzez załączenie zrzutów ze stron internetowych.

Pismem z dnia 25 stycznia 2021 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że w jego ocenie w poz. 202 i 202 zadania 4 oraz poz. 151 i 152 zadania 5 Wykonawca Dachy zaoferował rażąco niską cenę i zwrócił się z wnioskiem aby Zamawiający wezwał Wykonawcę Dachy do wyjaśnienia ww. pozycji w zakresie ceny i ich dostępności.

Z pisma z dnia 20 stycznia 2021 r. wynika: „Oświadczamy, że firma Autobox Sp. z o.o. z siedzibą w Starachowicach, jako właściciel marki HONKER oraz licencji, dokumentacji technicznej, oprzyrządowania udzieliła cesji firmie GRUPA MCC Sp. z o.o. na produkcję elementów składowych do pojazdów HONKER. W ramach posiadanych uprawnień Grupa MCC wyprodukowała zbiorniki do samochodu HONKER zgodnie z technologią i homologacją właściciela marki. Produkcję uruchomiono na zlecenie firmy MOTORPOL Lubin, która jest aktualnie jedynym właścicielem wszystkich wyprodukowanych zbiorników paliwa do

pojazdów HONKER wykonanych na podstawie oryginalnej dokumentacji przeznaczaniem na OE.”

Izba ustaliła, że Odwołujący zwrócił się do zamawiającego 34 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Rzeszowie oraz do zamawiającego 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Zgierzu z zapytaniem czy Wykonawca Dachy dostarczył w ramach realizowanych umów zbiorniki paliwa do pojazdu HONKER.

Pismem z dnia 25 stycznia 2021 r. zamawiający 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Zgierzu odpowiedział, że: *„wykonawca który wygrał zadanie nr 9 nie dostarczył towaru wymienionego w pozycjach oferty nr 208, 209, 210 i 211. Zapytany o przyczyny nie dostarczenia towaru, nie udzielił odpowiedzi.”*

Pismem z dnia 27 stycznia 2021 r. zamawiający 34 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Rzeszowie odpowiedział, że: *„DACHY POLSKA Sp. z o.o., będąca Wykonawcą, łączącej ją z 34 Wojskowym Oddziałem Gospodarczym w Rzeszowie, umowy nr 146/2020, na dostawę części zamiennych do pojazdów HONKER, TARPAN, LUBLIN, naruszyła postanowienia ww. umowy, nie dostarczając wbrew jej postanowieniom następujących pozycji asortymentowych: 1) zbiornik paliwa prawy do HONKER, 2) zbiornik paliwa lewy do HONKER.”*

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp.

Zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy pzp, *„jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:*

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.”

Stosownie do art. 90 ust. 1a ustawy pzp, „w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, 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.”

W myśl art. 90 ust. 3 ustawy pzp „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.”

Artykuł 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że Odwołujący wywodził zaoferowanie rażąco niskiej ceny przez Wykonawcę Dachy w zakresie zadania 4 i 5 z przedstawienia w kalkulacji cenowej w poz. 117, 201 202 (zadanie 4) oraz poz. 151 i 152 (zadanie 5) niższej ceny niż poczynił to Odwołujący oraz z założenia Odwołującego, iż Wykonawca Dachy nie posiada asortymentu, o którym mowa w tych pozycjach. Na etapie postępowania Odwołujący zasygnalizował swoje przypuszczenia Zamawiającemu domagając się skierowania do Wykonawcy Dachy wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ww. pozycji formularza. Zamawiający wzywając Wykonawcę Dachy do wyjaśnień odniósł się wyłącznie do wyjaśnienia globalnej ceny oferty w zadaniach 4 i 5 z uwagi na ich niższą wartość od szacunkowej wartości zamówienia nie wymagając odniesienia się do kwestionowanych przez Odwołującego pozycji formularza, w czym Odwołujący upatruje naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Z drugiej strony Odwołujący podnosił, że złożone na

wezwanie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są ogólnikowe i lakoniczne. Uzasadnienie złożenia wyjaśnień niewystarczających potwierdzających rażąco niską cenę Odwołujący opierał na okolicznościach faktycznych dotyczących wyłącznie cen jednostkowych podważanych produktów. Przedstawione twierdzenia Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie z kilku powodów.

Po pierwsze, z uwagi na zaoferowanie przez Wykonawcę Dachy całkowitej ceny oferty w zadaniach 4 i 5 niższej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług Zamawiający był zobowiązany zwrócić się do Wykonawcy Dachy o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. Na uwagę zasługuje okoliczność, iż treść wezwania miała ogólny charakter, wskazywała na konieczność wyjaśnienia jaki czynnik spowodował zaoferowanie ceny niższej od wartości zamówienia, nakazywała wykazanie zysku i złożenia dowodów, w pozostałym zakresie właściwie sprowadzała się do przytoczenia przepisów ustawy pzp. W ocenie Izby złożone przez Wykonawcę Dachy wyjaśnienie było adekwatne do treści wezwania, bezpośrednio nawiązywało do okoliczności w nim podniesionych, dlatego też Izba uznała je za wystarczające dla potwierdzenia realności zaoferowanych cen. Przede wszystkim Wykonawca odniósł się do czynników, które spowodowały znaczącą różnicę pomiędzy ceną oferty w zadaniach 4 i 5 a wartością jaką szacował Zamawiający. Jak zauważył Wykonawca Dachy wynikało to z przyjęcia przez Zamawiającego cen detalicznych a nie hurtowych, dostępnych wykonawcom działającym stale w branży odpowiadającej dostarczonym produktom. Nie ma racji Odwołujący, że przedstawione dowody do niczego się nie odnoszą. Wykonawca przedstawił kalkulacje przykładowych cen jednostkowych produktów w poszczególnych zadaniach wykazując przyjętą marżę, cenę zakupu detaliczną i hurtową. Potwierdzeniem przyjętych cen są dowody – zrzuty ze stron internetowych obrazujących ceny detaliczne produktów oraz stany magazynowe prezentujące ceny dostępne Wykonawcy. W ten sposób Wykonawca wyjaśnił przyczynę jaka w jego ocenie mogła spowodować różnicę pomiędzy cenami ofertowymi, a cenami przyjętymi przez Zamawiającego dla ustalenia wartości zamówienia. Co istotne Wykonawca wskazał, że większość produktów wymaganych do dostarczenia w zadaniu nr 4 i 5 jest na jego stanach magazynowych, na potwierdzenie załączając zrzuty ekranu z magazynu Wykonawcy. Przedstawił także, że realizacja zamówienia umożliwi Wykonawcy wypracowanie zysku. Zaznaczył uwzględnienie w cenie kosztów transportu asortymentu i załączył dowód według jakich stawek zostały one obliczone. W ocenie Izby złożone wyjaśnienia potwierdzają zaoferowanie cen realnych, gwarantujących wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami. Wykonawca odniósł się do aspektów zasygnalizowanych przez Zamawiającego w wezwaniu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Wykonawca Dachy nie był zobowiązany do

wykazywania realności cen kwestionowanych przez Odwołującego pozycji asortymentowych, ponieważ taki obowiązek nie wynikał z treści wezwania. W tym stanie rzeczy nie sposób zarzucić Wykonawcy złożenia wyjaśnień niewystarczających, potwierdzających rażąco niską cenę bazując na twierdzeniu o braku wykazania okoliczności niezawartych w wezwaniu. Co więcej, Izba ustaliła, że Zamawiający z tożsamyh przyczyn zwrócił się o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny do dziewięciu innych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu na ceny niższe niż 30% wartości zamówienia, w tym do Odwołującego, co potwierdza, że szacunek odbiegał od cen oferowanych obecnie na rynku w branży odpowiadającej przedmiotowi zamówienia. Wynika to również z okoliczności, że całkowite ceny ofert złożonych w zadaniu 4 i 5 są na zbliżonym poziomie.

Odnosząc się następnie do twierdzenia, że ceny w poz. 117, 201, 202 (zadanie 4) oraz w poz. 151 i 152 (zadanie 5) są rażąco niskie podkreślić należy, że opiera się ono wyłącznie na porównaniu cen Wykonawcy Dachy i Odwołującego oraz na założeniu, że Wykonawca Dachy zaniżył ceny asortymentu, którego w ocenie Odwołującego nie posiada. Odwołujący nie powołał innych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłową wycenę części składowych ceny. Oczywiście, jak słusznie podniósł Odwołujący zgodnie z art. 537 pkt 2 ustawy pzp: *„Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.”* Niemniej jednak, dyspozycja wskazanego artykułu nie zwalnia Odwołującego z powołania okoliczności faktycznych, z których wywodzi skutki prawne. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia z dnia 5 marca 2021 r. Sygn. akt KIO 451/21, w którym zauważono, że *„Stąd wprowadzony w art. 537 pkt 1 i 2 npzp szczególny rozkład ciężaru dowodu w odniesieniu do kwestii rażąco niskiej ceny, nie zmienia reguły, że w pierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Zatem odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Przy czym nie może to sprowadzać się do twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.”* Abstrahując od powyższego Odwołujący dopiero na rozprawie zaprezentował argumentację dotyczącą możliwości skierowania ponownego wezwania Wykonawcy Dachy do wyjaśnienia ww. pozycji asortymentowych, przy czym w odwołaniu nie został sformułowany w tym zakresie zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy pzp, dlatego też Izba uznaje powyższe twierdzenia za spóźnione. Za niezasadne uznać należy także twierdzenie,

że Zamawiający powinien być na skutek otrzymanych od Odwołującego informacji wezwać Wykonawcę Dachy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny co do kwestionowanego towaru już w pierwszym piśmie dot. rażąco niskiej ceny. Pomijając, że argumentacja taka wynika pośrednio z treści uzasadnienia odwołania to brak jest po pierwsze prawidłowo postawionego zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy pzp, jak również wykazania przez Odwołującego, że sporne elementy stanowią istotne części składowe ceny całej oferty w zadaniach 4 i 5 i powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący był zobowiązany wykazać, że elementy składowe ceny, które mają charakter istotny, są tak niskie, że obiektywnie powinny wzbudzić wątpliwości co do ich realności. Na rozprawie Odwołujący akcentował wyłącznie, że istotność wywodzi z możliwości nie dostarczenia towarów przez Wykonawcę Dachy, gdyż zdarzenia takie miały miejsce w innych postępowaniach, a Odwołujący jest obecnie jedynym wykonawcą posiadającym wymagany towar na stanie magazynowym. Izba zaznacza, że subiektywne odczucia Odwołującego w jakich miałyby wyrażać się ta istotność nie stanowią jednak prawidłowej interpretacji „istotnych części składowych ceny”. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 20 kwietnia 2021 r., sygn. akt: KIO 909/21: *„W świetle tego przepisu dla powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień nie jest wystarczające, że jakikolwiek element oferty budzi wątpliwości co do realności wyceny, przepis ten wprost stanowi, że dotyczy to tylko elementów istotnych. Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.”* Odnosząc istotność do wartościowego udziału w przedmiocie zamówienia to podważane towary stanowią w zadaniu 4 – 0,81% wartości całego zadania, a w zadaniu 5 – 2,9% wartości całego zadania trudno zatem twierdzić, że ich wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny. Przechodząc natomiast do ich merytorycznego szczególnego znaczenia dla realizacji zamówienia to wskazać należy, że formularze w każdym zadaniu zawierały po kilkadziesiąt różnych pozycji asortymentowych i ich znaczenie dla wykonania zamówienia jest na tym samym poziomie, dlatego też nieuprawnionym byłoby uznać, że kwestionowane elementy są tak istotne, że należałoby je zbadać pod względem rażąco niskiej ceny.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że cena oferty i kwestionowanych pozycji asortymentowych Wykonawcy Dachy w zadaniu 4 i 5 nie wykazywała cech ceny rażąco niskiej i w

konsekwencji Izba uznała zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp za nieuzasadnione.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp.

Zarzut nie potwierdził się.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp: *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”*

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 z późn. zm.): *„Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.”*

Na wstępie wskazania wymaga, że art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawa pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy UZNK. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 UZNK czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Jak wskazuje się w doktrynie pojęcie „sprzeczności z prawem” należy rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednio zastosowanie umową międzynarodową. Natomiast dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Co istotne, dla wykazania czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest nie tylko ustalenie, że działanie przedsiębiorcy jest sprzeczne z prawem czy dobrymi obyczajami ale również stwierdzenie, że działanie to narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że Odwołujący wywodził, iż Wykonawca Dachy celowo zaniżył ceny jednostkowe w poz. 117, 201 i 202 (zadanie 4)

oraz w poz. 151 i 152 (zadanie 5), aby uzyskać korzystniejszą całkowitą cenę ofertową w tych zadaniach, pomimo że nie posiada towaru wskazanego w ww. pozycjach asortymentowych, a w przypadku ich niedostarczenia zapłaci niewielkie kary umowne. Zaznaczenie wymaga, że odmiennie od zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, w przypadku zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp ciężar dowodu leżał po stronie Odwołującego. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, aby Wykonawca Dachy dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, a właściwie nie udowodnił, że działanie mogące mieć charakter czynu nieuczciwej konkurencji w ogóle miało miejsce.

Odwołujący na potwierdzenie swojej argumentacji przedstawił przede wszystkim oświadczenia dwóch innych zamawiających, zgodnie z którymi Wykonawca Dachy nie dostarczył w ramach realizowanych umów w 2020 r. kwestionowanych pozycji asortymentowych. Izba wskazuje, że powyższe nie dowodzi, że w niniejszym postępowaniu będzie miała miejsce taka sytuacja. Wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oświadczył, że asortyment jest sprzedawany przez Wykonawcę na bieżąco i nie ma problemu z jego dostępnością. Zamawiający nie wymagał w postępowaniu dodatkowego potwierdzenia, że oferowane produkty są w posiadaniu wykonawców czy też są dla nich dostępne. W tym zakresie Zamawiający bazował jedynie na oświadczeniu wykonawców w formularzu oferty: *„Oświadczamy, że dostarczymy przedmiot zamówienia zgodny opisem przedmiotu zamówienia oraz z wymaganiami określonymi w WET (załącznik nr 3 do SIWZ).”* Wykonawca Dachy złożył takie oświadczenie, tym samym Zamawiający nie był uprawniony wbrew twierdzeniom Odwołującego do wystąpienia do Wykonawcy z wezwaniem o przedstawienie jakichkolwiek dokumentów potwierdzających, że Wykonawca sporny asortyment dostarczy. W tym zakresie Zamawiający był związany postanowieniami SIWZ. Odnosząc się natomiast do dowodu w postaci oświadczenia firmy MCC sp. z o.o., że Odwołujący jest aktualnie jedynym właścicielem wyprodukowanych przez tą firmę zbiorników paliwa do pojazdów HONKER to po pierwsze nie oznacza, że Wykonawca nie mógł wcześniej nabyć takich zbiorników i posiadać je na stanie magazynowym, po drugie nie potwierdza, że Wykonawca ten nie dostarczy ich zgodnie z wymaganiami biorąc pod uwagę, że aktualność oświadczenia była na dzień 20 stycznia 2021 r. Jak już zostało wskazane, niższa cena kwestionowanych pozycji asortymentowych w ofercie Wykonawcy Dachy względem zaoferowanych przez Odwołującego nie determinuje stwierdzenia, że ceny te są rażąco zaniżone, a to w celu poniesienia niższych kosztów związanych z ewentualnym odstąpieniem od tej części umowy. Jednocześnie spóźnione są podnoszone przez Odwołującego twierdzenia dotyczące postanowień we wzorze umowy - kar umownych za odstąpienie liczonych od niezrealizowanej części umowy, które w konsekwencji prowadzą w

ocenie Odwołującego do wystąpienia w postępowaniu nieuczciwych praktyk. Odwołujący na etapie ogłoszonego postępowania był uprawniony do wystąpienia do Zamawiającego o zmianę treści SIWZ w tym zakresie, czego jednak nie uczynił, a więc czynienie z tego zapisu zarzutu nie jest możliwe na obecnym etapie. Zaznaczenia wymaga, że odrzucenie oferty, jako czynność wywołująca daleko idące negatywne konsekwencje dla wykonawcy, jest możliwe wyłącznie wtedy gdy przesłanki odrzucenia spełniły się w sposób niewątpliwy i pewny. W ocenie Izby, mając na względzie powyższe okoliczności, nie można stwierdzić czy działanie, które opisuje Odwołujący w ogóle miało miejsce w niniejszym postępowaniu, dlatego też tym bardziej nie można zarzucić Wykonawcy Dachy dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji. Argumentacja Odwołującego opierała się na spekulacjach i przypuszczeniach i jako taka nie uzasadnia w ocenie Izby uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, w tym art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp.

W konsekwencji zarzut nie potwierdził się, bowiem został oparty na tożsamy okolicznościach faktycznych jak poprzednie zarzuty odwołania.

Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. i) Dyrektywy 2014/24/UE: „4. Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: (...) i) jeżeli wykonawca podjął kroki, aby nienależycie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia.”

W myśl art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”

W pierwszej kolejności wskazać należy, że podanie nieprawdziwych informacji stanowi samodzielną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Artykuł 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp obejmuje nieumyślne wprowadzenie w błąd, które może nastąpić przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. W przypadku art. 24 ust. 1 pkt 17 działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna, czyli niedbalstwo lub lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy,

gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Zaznaczenia wymaga, że stwierdzenie w art. 24 ust. 1 pkt 17: „istotny wpływ na decyzje zamawiającego” wskazuje na wszystkie decyzje zamawiającego. Co więcej, pkt 17 wprost wskazuje, że złożenie informacji powinno mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, a więc chodzi tu o wszelkie decyzje, a nie jedynie wybór oferty najkorzystniejszej. Analizując w tym zakresie przepis art. 57 Dyrektywy nie sposób nie zauważyć, iż stanowi on o wpływie na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia (wyboru najkorzystniejszej oferty), a nie na wszystkie decyzje zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, iż przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ma za zadanie wyeliminować z postępowania wykonawców nieuczciwych, którzy chcą niekorzystnie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez zamawiającego. Aby uchylić się od sankcji wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 wykonawca musi wykazać, że nieprawdziwa informacja (wprowadzająca zamawiającego w błąd) została złożona w postępowaniu w sposób całkowicie niezawiniony lub, że nieprawdziwa informacja pozostała bez wpływu na decyzje zamawiającego.

Przede wszystkim zaznaczyć należy, że Wykonawca Dachy nie przedstawił w swojej ofercie oraz wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny informacji nieprawdziwych. Odwołujący oparł zarzut na twierdzeniu, że Wykonawca Dachy wprowadził Zamawiającego w błąd, gdyż zaoferował produkty, których w jego ocenie nie posiada, a w wyjaśnieniach w ogóle się do nich nie odniósł, nie wykazał realności cen jednostkowych za kwestionowany asortyment. Jak już zostało wskazane Wykonawca Dachy nie był zobowiązany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny konkretnych pozycji asortymentowych, gdyż takie wymaganie nie wynikało z wezwania. Natomiast co do możliwości dostarczenia spornego towaru to kwestia ta nie została udowodniona, dlatego też nie można Wykonawcy Dachy przypisać wprowadzenia w błąd Zamawiającego, a tym bardziej zastosować sankcji wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp 2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę w wysokości 150,00 zł na podstawie biletu kolejowego złożonego przez Zamawiającego na rozprawie.

Izba nie znalazła podstawy do zasądzenia Zamawiającemu kosztów dojazdu na rozprawę w wysokości 150,00 zł związanych z koniecznością zakupu biletu powrotnego na podstawie oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie. Zgodnie z § 5 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.): *„Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami”, zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę.”* Mając na względzie, że Zamawiający nie złożył do akt sprawy biletu powrotnego czy spisu kosztów Izba nie mogła zasądzić Zamawiającemu ww. kosztów dojazdu na podstawie złożonego oświadczenia. Zamawiający nie złożył innych rachunków czy spisu kosztów poza biletem kolejowym na kwotę 150,00 zł, które to koszty Izba zasądziła zgodnie z sentencją orzeczenia.

Przewodniczący: