

WYROK

z dnia 18 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2018 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Otoria Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Spóroku** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego w Elblągu**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego w Elblągu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Metal Technics Polska s.c. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się kwotę 18 600 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset sto złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 1751/18

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ei**blągu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego w Elblągu prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp”, „ustawa”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na ”Dostawę wyposażenia do czterech pracowni w Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego w ramach projektu "Modernizacja szkolnictwa zawodowego w Elblągu" - Część II.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 kwietnia 2018 r. pod numerem 2018/S 052-114847.

W dniu 24 sierpnia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze w części II zamówienia oferty złożonej przez wykonawcę Metal Technics Polska s.c. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 31 sierpnia 2018 r. wykonawca Otoria sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Spóroku wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania oraz zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Metal Technics Polska s.c. M.J. M.M z siedzibą w Warszawie;
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Metal Technics Polska s.c.,
- zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy oferta wykonawcy Metal Technics zawiera rażąco niską cenę i wykonawca nie udzielił wyjaśnień obalających domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny;

- art. 91 ust. 1 ustawy poprzez nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Metal Technics Polska s.c. jako najkorzystniejszej;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- odrzucenia oferty Metal Technics jako zawierającej rażąco niską cenę;

- wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych ofert złożonych w części II postępowania przez wykonawców.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu w części II zostały złożone trzy oferty: Oferta nr 3 wykonawcy Abplanalp sp. z o.o. z ceną brutto 769 272,75, oferta nr 8 wykonawcy Metal Technics - cena brutto 512 787 zł oraz oferta nr 17 wykonawcy Otoria Sp. z o.o. Sp. k. - cena brutto 987 793,20.

Wskazał, iż wybór oferty wykonawcy MT poprzedzony został wezwaniem tego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W treści wezwania Zamawiający precyzyjnie określił jakich wyjaśnień oczekuje od wykonawcy, zażądano też złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Powodem wystosowania wezwania była znacząca rozbieżność ceny oferty wykonawcy MT od średniej ceny pozostałych ofert oraz wartości ustalonej przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca złożył w dniu 2 lipca 2018 r. pismo z dnia 29 czerwca 2018 r. stanowiące wyjaśnienie w zakresie rażąco niskiej ceny. W bardzo ogólnikowym wyjaśnieniu wykonawca nie przedstawił żadnych okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy. Powołał się jedynie na wieloletnie doświadczenie, dobre wypracowane warunki handlowe, duże ilości zamawianych urządzeń. Wykonawca nie uściślił, jaki wpływ na jakie elementy zamówienia mają te okoliczności, nie złożono żadnej szczegółowej kalkulacji, jak również nie przedstawiono żadnych dowodów na poparcie tych argumentów.

Ponadto Odwołujący wskazał, że wybrany wykonawca w postępowaniu zaoferował wydłużenie terminu gwarancji do 36 miesięcy, zamiast wymaganych minimalnych 24 miesięcy. Okoliczność ta powinna nieść za sobą w ocenie Odwołującego, znaczne podniesienie ceny oferty ze względu na konieczność wykupu u producentów dłuższych gwarancji. Jedynym dodatkowym dokumentem mającym w ocenie firmy MT potwierdzać możliwość wykonania zamówienia w zaoferowanej cenie jest przedstawienie zdjęć z własnej strony internetowej, które nie uwzględniają parametrów urządzeń, pokazują jedynie ceny z własnej strony internetowej - przy czym dłużownica z pozycji 7 nie została wcale uwzględniona w wyjaśnieniach.

Odwołujący wskazał również, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przedstawione przez firmę MT w pozycji 1 czyli Obrabiarka do metalu - tokarka uniwersalna z odczytem cyfrowym z wyposażeniem budzą duże wątpliwości, gdyż tego typu obrabiarka o wymaganych przez Zamawiającego parametrach jest szacowana na rynku ok. 100 000,00 zł, co dokładnie pokazują oferty firmy Abplanalp sp. z o.o. której 1 szt. obrabiarki opiewa na kwotę brutto 113 078100 zł oraz firmy Otoria Sp. z o.o. Sp. k. której obrabiarka opiewa na kwotę brutto 158 122,00 zł. Wymagania Zamawiającego w zakresie prędkości wrzeciona, skok posuwu

poprzecznego w zakresie 0,0075 — 0,3 mm/obr, zakresu prędkości obrotowych min. 50 maksymalna prędkość min. 2240 obr/min, zakresu gwintu DP 480 16 nie dają możliwości zaoferowania tokarki "uniwersalnej" MTP. Jednocześnie prócz obrabiarki pozycja ta zawiera szereg wyposażenia dodatkowego, którego cena rynkowa to koszt kilku tysięcy złotych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Zdaniem Odwołującego wykonawca MT nie wywiązał się z tego obowiązku w sposób, który mógłby przekonać Zamawiającego, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Konstrukcja przepisów zawartych w art. 90 pozwala na postawienie tezy, iż zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień należy rozumieć jako przyjęcie domniemania, że cena oferty jest rażąco niska. Zamawiający nie może zatem przyjąć jakiegokolwiek odpowiedzi wykonawcy jako dowód obalający tezę o złożeniu oferty z rażąco niską ceną. Ciężar wykazania, iż tak nie jest, spoczywa na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy, co obecnie wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 2. Może on wykorzystać to wezwanie do obalenia domniemania w drodze złożenia odpowiednich wyjaśnień. Jak stwierdził SO w Warszawie w wyroku z 5 stycznia 2007 r. (V Ca 2214/06, niepubl.), nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem sądu, „intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu instytucji wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy PZP było danie oferentowi możliwości uchronienia się przed odrzuceniem oferty z uwagi na podejrzenie zamieszczenia w niej rażąco niskiej ceny”. Takie stanowisko wynika pośrednio z art. 90 ust. 3, a zupełnie jednoznacznie z ust. 4 (tak m.in. Babiarz, Komentarz, s. 429; Pieróg, Komentarz, s. 328). Skutkiem tego jest obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone, albo swoją lakonicznością i brakiem wskazania obiektywnych czynników potwierdzą, iż przyjęte domniemanie rażąco niskiej ceny jest zasadne. Podobne zdanie wyrażała wielokrotnie KIO, podnosząc w wyrokach, iż wykonawca powinien złożyć wyczerpujące wyjaśnienia i udowodnić realność zaferowanej ceny (np. wyr. z 23.12.2008 r., KIO/UZP 1443/08, Legalis) oraz udowodnić, że jego cena jest wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności, wykonawca nie będzie ponosił strat (wyr. z 28.1.2010 r., KIO/UZP 1746/09, Legalis).

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 września 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający stwierdził, iż jego działanie było zgodne z obowiązującymi przepisami prawa i nie naruszało podnoszonych przez Odwołującego zasad zamówień publicznych. Podkreślił, że przeprowadzając postępowanie wykonał wszystkie obowiązki wynikające w przepisów Pzp oraz skorzystał z przysługujących mu uprawnień, a wszystkie jego czynności

były wykonywane rzetelnie i w sposób zgodny z przepisami ustawy pozwoliły na wybór oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp stwierdził, iż wykonawca MT w założonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach wskazał na elementy, które miały wpływ na cenę i potwierdził, że zaoferowana cena zawiera wszystkie koszty i wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Do wyjaśnień wykonawca, który jest jednocześnie producentem zaoferowanych urządzeń, załączył wydruk ze swojego katalogu zawierający poglądowe maszyny wraz z cenami, zastrzegając jednocześnie, że dostarczone Zamawiającemu będą miały parametry dostosowane do wymagań Zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że wykonawca MT wskazał w wyjaśnieniach na wieloletnie doświadczenie, które pozwala na nienakładanie dużych marż, posiadanie własnego serwisu, wypracowane warunki handlowe z firmami spedycyjnymi. Dodatkowo poinformował, że z uwagi na dużą ilość zamawianych urządzeń mógł zaproponować atrakcyjne stawki na urządzenia i uwzględnić rabat dla Zamawiającego. Powyższe w ocenie Zamawiającego potwierdzało, że zaoferowana przez wykonawcę MT cena nie jest rażąco niska.

Zamawiający stwierdził ponadto, iż Odwołujący nie sprecyzował jakimi wadami obarczone są wyjaśnienia, a jedynie odesłał do brzmienia i wykładni przepisów ustawy.

Reasumując Zamawiający wskazał, że oferta wykonawcy MT została wybrana zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron i uczestników postępowania oraz dowody złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba stwierdziła ponadto, iż do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden z wykonawców. Zgłoszone zostało przystąpienie przez Metal Technics Polska s.c. z siedzibą w Warszawie, niemniej nie mogło ono zostać uznane za

Sygn. akt KIO 1751/18

skuteczne. Nie dopuszczono zatem tego wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego do postępowania po stronie Zamawiającego.

Podkreślić należy, że Pzp nie wiąże żadnych skutków prawnych z wniesieniem zgłoszenia przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie korespondencji e-mail. Zgodnie bowiem z treścią art. 185 ust. 2 ustawy, zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Złożenie przystąpienia wyłącznie w formie korespondencji e-mail oznacza niezachowanie wymaganej przepisami formy, w konsekwencji prowadzi także do wniosku, że przystąpienie nie zostało złożone w ustawowym, trzydniowym terminie.

Odnosząc się do informacji zawartej w wiadomości e-mail odnośnie braku możliwości złożenia przystąpienia w formie elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym za pośrednictwem platformy e-PUAP wskazać należy, iż powyższe nie zostało w żaden sposób udowodnione przez Przystępującego. Przystępujący nie dołączył do powyższej wiadomości żadnych dowodów na okoliczność nieprawidłowego działania systemu e-PUAP. Wykonawca ten nie dołączył zrzutów ekranu potwierdzających podnoszoną okoliczność, ani żadnego raportu o awarii systemu. Za dowód taki nie mógł natomiast zostać uznany zrzut ekranu ze strony <https://www.uzp.gov.pl/kio/aktualnosci/utrudnienia-we-wnoszeniu-ogloszen-do-kio-poprzez-platforme-epuap> z informacją o niemożności wnoszenia odwołań za pośrednictwem e-PUAP, bowiem powyższa informacja była aktualna na dzień 9 sierpnia 2018 r., natomiast zgłoszenie przystąpienia w niniejszej sprawie miało miejsce w dniu 4 września 2018r.

Izba uwzględniła ponadto opozycję Odwołującego co do skuteczności przystąpienia wykonawcy MT z uwagi na brak prawidłowego pełnomocnictwa dołączonego do przystąpienia. Z pełnomocnictwa wynikało bowiem iż r.pr. K.J. jest uprawniony w szczególności do reprezentowania wykonawcy Metal Technics Polska s.c. przed wszystkimi sądami powszechnymi I i II instancji, Sądem Najwyższym, Wojewódzkim Sądem Administracyjnym, organami egzekucyjnymi, organami administracji rządowej oraz samorządu terytorialnego. Brak było natomiast wskazania uprawnienia dla r. pr. K.J., tj. osoby podpisującej przystąpienie do reprezentacji przed Krajową Izbą Odwoławczą. Pełnomocnictwo z 18 marca 2015 r. nie zawiera upoważnienia dla tej osoby do zastępowania spółki przed Krajową Izbą Odwoławczą. Izba nie jest ani bowiem żadnym z podmiotów wskazanych w treści pełnomocnictwa.

Izba ustaliła:

I. Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1 015 591 zł.

II. W postępowaniu na II część zamówienia zostały złożone:

Sygn. akt KIO 1751/18

- oferta Odwołującego – 987.793,20 zł;
- oferta Metal Technics s.c. – 512.787,00 zł;
- oferta Abplanalp sp. z o.o. – 769.272,75 zł.

III. Średnia arytmetyczna wszystkich ofert: 765.617.65 zł.

IV. Oferta wykonawcy MT była niższa o 30 % zarówno od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek ustalonej przez Zamawiającego oraz od średniej arytmetycznej wszystkich ofert.

V. Zamawiający pismem z dnia 25 czerwca 2018 r. wezwał wykonawcę MT, na podstawie art. 90 Pzp, do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny wskazując, iż cena jego oferty była niższa o 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Wykonawca Metal Technics s.c. w piśmie z dnia 29 czerwca 2018 r. odpowiadając na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że:

- a) jest dostawcą tego typu maszyn z wieloletnim doświadczeniem. Wskazał, że na rynku istnieje od ponad 7 lat, dzięki czemu zdobył zaufanie wielu klientów, co pozwala mu na nienakładanie dużych marż na maszyny;
- b) ze względu na dużą ilość zamawianych urządzeń może zaproponować atrakcyjne stawki na zaproponowane maszyny;
- c) posiada bardzo dobrze wypracowane warunki handlowe z firmami spedycyjnymi i dlatego może pozwolić sobie na niskie koszty transportu;
- d) posiada własny serwis na terenie całego kraju;
- e) przy zakupie większej ilości sztuk jest w stanie pozwolić sobie na rabat dla Zamawiającego;
- f) nie korzysta z usług żadnych podwykonawców ani osób trzecich co nie naraża firmy na dodatkowe koszty;
- g) cena zawiera wszystkie koszty i wymagania Zamawiającego określone w SIWZ;

Do wyjaśnień załączył zdjęcia i ceny poglądowe maszyn, wyjaśniając iż urządzenia zostaną dostosowane do wymogów zawartych w SIWZ i będą robione na specjalne zamówienie.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 90 ust. 1 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z kolei w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od 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 (art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp).

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 Pzp). Ponadto stosownie do treści art. 90 ust. 3 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.

W pierwszej kolejności Izba zauważyła, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spełniły się obie przesłanki wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień z uwagi na okoliczność, iż cena zaoferowana przez Odwołującego była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen złożonych w postępowaniu ofert oraz od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Stwierdzić należy, iż ustawodawca w art. 90 ust. 2 Pzp wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia

wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie Zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację robót, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwa, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje, były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy skład orzekający uznał, iż wykonawca MT nie sprostował obowiązkom wskazanym powyżej. Zauważyć należy, iż część 2 zamówienia obejmowała dostawę wyposażenia do Pracowni Obróbki Ubytkowej Mechanicznej w Metalu, tj. obrabiarki do metalu - tokarki uniwersalne z odczytem cyfrowym z wyposażeniem, szlifierki do płaszczyzn, frezarki do uzębień, szlifierki do wałków i otworów, szlifierki ostrzałka, wiertarki promieniowej i dłutownicy oraz ich montaż, uruchomienie, szkolenie w zakresie przedmiotu dostawy, oznakowanie urządzeń zgodnie z „Podręcznikiem wnioskodawcy i beneficjenta programów polityki spójności 2014-2020 w zakresie informacji i promocji” i zapewnienie serwisu w okresie gwarancji dla wyposażenia, które wymaga serwisowania.

W związku z powyższym stwierdzić należało, że skoro przedmiotem zamówienia są dostawy, to głównym kosztem jest cena nabycia produktów. Wykonawca MT winien zatem przedstawić w wyjaśnieniach dane dotyczące m.in. ceny poszczególnych urządzeń będących przedmiotem dostawy, koszty dotyczące serwisu oferowanych urządzeń, a także kalkulacje kosztu transportu wraz z ich doręczeniem w miejsce wskazane, jak również koszty pracownicze ponoszone w związku z realizacją zamówienia.

Wykonawca MT w udzielonych wyjaśnieniach przedłożył co prawda Zamawiającemu zdjęcia katalogowe urządzeń wraz z ich ceną, jednakże jak wynikało z treści wyjaśnień były to jedynie zdjęcia poglądowe, bowiem jak wskazał wykonawca MT urządzenia będą robione na specjalne zamówienie. Z powyższego wynikało więc, iż powyższe urządzenia to nie urządzenia zaoferowane Zamawiającemu w ofercie. Wykonawca MT nie przedstawił ponadto, mimo oświadczenia, iż urządzenia zostaną dostosowane do wymagań określonych treścią

SIWZ żadnych wyjaśnień odnośnie kosztów związanych z takim dostosowaniem, nie wskazał o ile cena wskazana w katalogu wzrosła.

Wskazać przykładowo należy, iż z dołączonej do wyjaśnień karty katalogowej wynika, iż wykonawca MT w wyjaśnieniach uwzględnił tokarkę do metalu model 410x1000 mm, która wyceniona została na ok. 22.683 zł. Jak wskazał jednak Przystępujący i co potwierdził Zamawiający, powyższa tokarka nie spełnia jednak wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ. Aby tak się stało konieczne było dostosowanie jej do wymagań SIWZ, co też wynikało z pisma wykonawcy MT. Odwołujący w złożonych na rozprawie dowodach wykazywał, iż cena tokarki która wymagania Zamawiającego spełnia wynosi ok. 100.000 zł. Izba stwierdziła więc, że w tym zakresie istniały wątpliwości odnośnie ceny oferowanych urządzeń, a brak szczegółowych wyjaśnień odnośnie kosztów związanych z dostosowaniem zaoferowanych urządzeń do wymagań SIWZ uniemożliwiał Zamawiającemu ocenę, czy zaoferowana przez wykonawcę cena jest ceną realną. Wykonawca MT nie przedstawił również żadnych wyjaśnień związanych kosztem przeprowadzenia szkoleń odnośnie obsługi oferowanych urządzeń, nie wyjaśnił też okoliczności dotyczących kosztów serwisu gwarancyjnego, jak również nie przedstawił żadnych dowodów na podnoszoną w wyjaśnieniach kwestię rabatów. Nie wskazał jakiej wysokości rabaty może zaoferować ani na jakie urządzenia. W konsekwencji powyższych ustaleń, skład orzekający uznał, iż wyjaśnienia wykonawcy MT były zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że rzetelnie oszacował on swoją ofertę. Wykonawca wskazał bowiem okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, tj. wieloletnie doświadczenie, dobre wypracowane warunki handlowe, duże ilości zamawianych urządzeń, a także okoliczność posiadania własnego serwisu i możliwość zaoferowania Zamawiającemu rabatów. Nie przedstawił natomiast, w jaki sposób czynniki te wpływają na obniżenie ceny i nie podał wartości, o jakie mógł obniżyć cenę w związku z wykazanymi okolicznościami.

Wskazane przez wykonawcę MT czynniki są jedynie ogólnymi stwierdzeniami, niepopartymi konkretnymi kwotami, o jakie mógł on obniżyć cenę. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. MT nie wykazał przy tym, iż wskazane wyżej okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują innym wykonawcom. Wieloletnie doświadczenie, wypracowane warunki handlowe są okolicznościami dotyczącymi również innych wykonawców, stąd też trudno przyjąć, iż okoliczności te są właściwe jedynie dla wykonawcy MT.

Izba wskazuje, że wykonawca nie wykazał także żadnych kosztów pracowniczych związanych z wykonaniem zamówienia, okoliczność ta została w jego wyjaśnieniach całkowicie pominięta. W wyjaśnieniach powinien natomiast wskazać wszelkie obiektywne czynniki, odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia, konkretne okoliczności, które będą dla niego źródłem przychodów lub obniżenia kosztów lub które będą uprawniały Zamawiającego do oceny, że zaoferowana cena nie

stwarza ryzyka niewykonania umowy przez wykonawcę. Wykonawca MT zobowiązany został w sposób jednoznaczny wykazać Zamawiającemu, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a wykonanie umowy będzie dla niego opłacalne, tzn. że wykonawca będzie w stanie pokryć wszystkie koszty związane z realizacją całości przedmiotu zamówienia z kwoty wynagrodzenia uzyskanego z tego tytułu od Zamawiającego, przy jednoczesnym zachowaniu reguł rynkowych, przepisów prawa, terminu realizacji zamówienia oraz warunków zawartych w dokumentacji przetargowej i podpisanej umowie.

Wykonawca ten w złożonych wyjaśnieniach nie zdołał obalić domniemania rażąco niskiej ceny. Przepis wynikający z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W podobnym sposób wypowiada się norma wynikająca z art. 90 ust. 3 ustawy, która stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Tym samym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MT, a naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania. Jednocześnie poziom ogólności złożonych wyjaśnień nie pozwala ustalić, czy w cenie skalkulowane zostały wszystkie elementy przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a więc czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. Jest to jednak związane z wadliwością złożonych wyjaśnień dotyczących ceny oferty, zatem bezpośrednią podstawą odrzucenia tej oferty jest okoliczność, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie wykazano bowiem, że cena ta nie jest rażąco niska.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018r., poz. 972).

Przewodniczący: