

Sygn. akt: KIO 2414/20

**WYROK**  
**z dnia 15 października 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2020 r. przez wykonawcę: **MMCITÉ4 Sp. z o.o., ul. Broniewskiego 64, 43-300 Bielsko-Biała**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Urząd Miasta i Gminy w Skawinie, ul. Rynek 1, 32-050 Skawina,**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:
  - a) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: K. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Kształtowania Terenów Zielonych DOL-EK K. D. z siedzibą w Tarnowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp,**
  - b) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,****
- 2. w pozostałym zakresie zarzutów oddala odwołanie,**
- 3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Urząd Miasta i Gminy w Skawinie, ul. Rynek 1, 32-050 Skawina, i:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **MMCITÉ4 Sp. z o.o., ul. Broniewskiego 64, 43-300 Bielsko-Biała** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zasądza kwotę **9 969 zł 50 gr** (słownie: dziewięć tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt dziewięć złotych pięćdziesiąt groszy) od zamawiającego: **Urząd Miasta i Gminy w Skawinie, ul. Rynek 1, 32-050 Skawina** na rzecz wykonawcy: **MMCITÉ4 Sp. z o.o., ul. Broniewskiego 64, 43-300 Bielsko-Biała** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej i dojazdu na posiedzenie.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Krakowie**.

**Przewodniczący: .....**

Sygn. akt: KIO 2414/20

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Urząd Miasta i Gminy w Skawinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Dostawa małej architektury na ulicę Batorego w Skawinie - II przetarg.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 542668-N-2020.

W dniu 17 września 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez K. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. D. Zakład Kształtowania Terenów Zielonych „DOL-EK” z siedzibą w Tarnowie (zwany dalej „DOL-EK”). W tym samym dniu Zamawiający powiadomił wykonawców o tej czynności.

Wykonawca MMCITÉ4 Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej wniósł odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zaskarżonej czynności Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 186 ust. 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DOL-EK, wbrew żądaniu zawartemu w odwołaniu złożonym przez Odwołującego w dniu 20 lipca 2020 r. i w całości uwzględnionym przez Zamawiającego, co doprowadziło do ponownej oceny ofert i ponownego złożenia wyjaśnień przez DOL-EK na wezwanie Zamawiającego oraz w efekcie do zmodyfikowania przez niego opisu przedmiotów objętych ofertą w odniesieniu do pierwotnie złożonej oferty, bowiem wykonawca przedłożył dwa zestawy różnych kart technicznych, dotyczących tych samych produktów, wykraczając poza dopuszczalne wyjaśnienia treści oferty, co doprowadziło do uzupełnienia treści oferty o nowe, niewyrażone w niej na dzień otwarcia ofert treści (np. dane dot. surowców, kotwienia, masy, wymiarów oraz jakości oferowanych przedmiotów);
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DOL-EK w sytuacji, gdy złożył on ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nawet mimo dwukrotnie złożonych wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny nie sprostął ciężarowi dowiedzenia, iż cena jego oferty nie jest rażąco niska, ponieważ z twierdzeń wykonawcy nie wynika, jakie czynniki i w jakim stopniu wpływają na tak niską cenę, co w efekcie doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez wykonawcę DOL-EK;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez niewykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy DOL-EK, który w wyniku rażącego niedbalstwa udzielonymi informacjami wprowadził Zamawiającego w błąd, a które to informacje miały istotny wpływ

na podjęcie decyzji przez Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. zapewnienia, że przedmiot oferty spełnia wymagania określone w SIWZ pomimo, że przedstawione pismem z dnia 4 września 2020 r. Zamawiającemu karty techniczne oferowanych produktów stanowią bezpośrednie przepisanie postanowień Opisu Przedmiotu Zamówienia, zaś większość oferowanych przedmiotów wymienionych w karatach technicznych produktów nie jest przedstawiona w katalogu cen złożonym do akt przez wykonawcę DOL-EK, co w efekcie doprowadziło do nieodrzczenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, a w dalszej kolejności do podjęcia zaskarżonej czynności;

- 4.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez nieodrzczenie oferty DOL-EK w sytuacji, kiedy złożył on ofertę, której treść nie odpowiadała SIWZ, tj. kosz na odpadki (KO-44b) oferowany przez DOL-EK nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ, dotyczących wysokości kosza, a mimo to Zamawiający wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą,
- 5.art. 24aa ust. 1 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez zaniechanie zbadania oferty wybranej jako najkorzystniejsza pod kątem spełniania przesłanek do wykluczenia, pomimo złożenia oświadczenia przez wykonawcę DOL-EK, że oferta przez niego złożona spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, co stanowiło oświadczenie wprowadzające w błąd Zamawiającego przez rażące niedbalstwo ww. wykonawcy, ponieważ oświadczenie to było niezgodne z rzeczywistością, gdyż część przedmiotów objętych ofertą i formularzem cenowym z dnia 26 maja 2020 r. na dzień otwarcia ofert nie spełniała wymagań określonych w SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę DOL-EK, jako niespełniającej wymogów określonych w SIWZ lub zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz kosztami zastępstwa przez pełnomocnika, według przedstawionego zestawienia kosztów wraz z uiszczoną opłatą skarbową od pełnomocnictwa oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wymienionych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności powołane w treści odwołania.

Odwołujący wyjaśnił, że w niniejszej sprawie składał już odwołanie do Izby, podnosząc podobne zarzuty – w sprawie o sygnaturze akt: KIO 1684/20, w której postępowanie zostało umorzone postanowieniem z dnia 31 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1684/20, z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości i nieskuteczne przystąpienie do postępowania przez wykonawcę DOL-EK.

Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez DOL-EK stanowi 54% wysokości oferty złożonej przez Odwołującego, a różnica obu cen wynosi 66 100,20 zł. Zamawiający określił wartość zamówienia na kwotę 128 536,59 zł netto, przy czym na realizację zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę 150 000,00 zł brutto.

W pierwszym odwołaniu dotyczącym czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 13 lipca 2020 r. Odwołujący podnosił zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny oraz niezgodności przedmiotów oferowanych przez DOL-EK z treścią SIWZ, bowiem załączone karty techniczne nie odnosiły się w znacznej części do specyfikacji przedmiotu zamówienia określonej przez Zamawiającego.

Zamawiający w całości uwzględnił podniesione wówczas zarzuty. Pismem z dnia 2 września 2020 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz o powtórzeniu czynności oceny ofert.

Zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawcę DOL-EK do wyjaśnienia ceny oferty oraz złożenia dowodów dotyczących elementów ceny mających wpływ na jej wysokość. W odpowiedzi DOL-EK wskazał m.in., że: w czasie wieloletniej działalności wynegocjował korzystne warunki współpracy z podwykonawcami zajmującymi się ocynkowaniem żeliwa i aluminium oraz że miejsce docelowe montażu przedmiotu zamówienia jest oddalone około godziny jazdy od jego zakładu. Wszelkie czynniki wymienione przez wykonawcę DOL-EK w piśmie z dnia 9 czerwca 2020 r. oraz z dnia 15 września 2020 r. mają jedynie charakter oświadczeń, podczas gdy Zamawiający wezwał do złożenia także dowodów wpływających na kalkulację ceny. Wykonawca DOL-EK załączył „aktualny” cennik wyrobów z 2016 r. Odwołujący podniósł, że faktem powszechnie znanym jest, że od 2016 r. do roku 2020 r. znacznie zmieniły się m.in. koszty pracy, dlatego też ceny produktów sprzed 4 lat nie można uznać za „rynkowe” w 2020 r.

Na ponowne wezwanie w przedmiocie złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny wykonawca DOL-EK odpowiedział pismem z dnia 15 września 2020 r. w którym podtrzymał dalej okoliczności wskazane w piśmie z dnia 9 czerwca 2020 r., w sposób lakoniczny uzupełniając, iż przedstawiony cennik z 2016 r. pozostaje aktualny i ceny nie są zmienione z uwagi na udoskonalenie technologii produkcji, wprowadzeniu nowych maszyn, wzrost wydajności pracy oraz zjawisko „skali”. Odnosząc się do tych wyjaśnień, Zamawiający przyjął je bezrefleksyjnie i nie wyciągnął jakichkolwiek wniosków z powołanych twierdzeń, a analiza przytoczonych wyjaśnień wykonawcy DOL-EK w sposób oczywisty jest sprzeczna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie może się ostać w konfrontacji z podstawowymi zasadami ekonomii. Zdaniem Odwołującego, twierdzenia wykonawcy DOL-EK są absurdalne i wewnętrznie sprzeczne, ponieważ wykonawca zdaje się dowodzić, że w sposób bezpłatny udoskonalił technologie produkcji do takiego poziomu, że aktualne pozostały ceny z 2016 r. Odwołujący wyjaśnił, że każde ulepszenie technologii produkcji wymaga nakładów pieniężnych związanych z testami i próbami nowej technologii, które to koszty w efekcie końcowym są i tak wliczone w cenę gotowego produktu. Podobnie jest z „wprowadzeniem nowych maszyn”, co również wymaga środków pieniężnych na nabycie, leasing, kredytowanie zakupu maszyn. Wszelkie koszty związane z działaniami wymienionymi przez wykonawcę, a które mogą wpływać na niezmiennosć ceny wymagają poczynienia nakładów, o których wykonawca w żaden sposób nie wspomina. Nie można w sposób bezkosztowy wprowadzić do działu produkcji przedsiębiorstwa nowej technologii oraz nowych maszyn. Przedstawiony przez wykonawcę kosztorys również nie wpływa na rzetelność kalkulacji ceny zaoferowanej przez DOL-EK, gdyż został sporządzony jako wynik kalkulacji, a nie z perspektywy określenia ostatecznej ceny ujętej w ofercie. Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że kalkulacje cen przedstawione w kosztorysie nie zgadzają się z cenami wskazanymi w katalogu z 2016 r., który jak twierdzi wykonawca pozostaje aktualny. W żaden sposób nie można zweryfikować poprawności rozliczeń ujawnionych w kosztorysie. Również sprzeczne z uniwersalnymi wskaźnikami ekonomicznymi są wyjaśnienia wykonawcy DOL-EK, iż ceny wymienione w katalogu z 2016 r. pozostają aktualne — powszechnie bowiem wiadomo, że minimalne wynagrodzenie za pracę w odniesieniu do roku 2016 r. wzrosło o kwotę 750,00 zł (w 2016 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosiło 1 850,00 zł, zaś w 2020 r. 2 600,00 zł). Podobnie na przestrzeni roku 2016 i 2020 wzrosła inflacja — pomiędzy wrześniem 2016 r.,

a wrześniem 2020 r. wartość dóbr wynosi 0,91 (tzn. za 1 zł w 2016 r. w 2020 r. można nabyć towarów o wartości 0,91 zł w 2020 r.; wyliczenia na podstawie kalkulatora inflacji opublikowanego na portalu Ministerstwa Finansów <https://www.finance.mf.gov.pl/>). Takie zmiany wymuszają na przedsiębiorcach wzrost cen, bowiem w przeciwnym razie prowadzona działalność byłaby nierentowna. Twierdzenia wykonawcy DOL-EK zawarte w piśmie z dnia 15 września 2020 r. co do rażąco niskiej ceny w żaden sposób nie poddają się kontroli, a sprowadzają się li tylko do sloganów, którym Zamawiający bezkrytycznie dał wiarę, iż cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest ceną rażąco niską.

Wyjaśnień złożonych przez DOL-EK nie sposób uznać za rzetelne i wyczerpujące zwłaszcza w obliczu faktu, że oferta ta jest o prawie połowę niższa, aniżeli oferta Odwołującego. Wykonawca w sposób zdawkowy wskazał hasłowo wyłącznie czynniki, jakie potencjalnie mogłyby wpływać na cenę, lecz nie są one poparte jakąkolwiek kalkulacją kosztów. W ocenie Odwołującego, wykonawca nie sprostął ciężarowi dowodu wykazania, że cena w złożonej przez niego ofercie nie jest ceną rażąco niską.

Wartość przedmiotowego zamówienia została określona na kwotę 128 536,59 zł netto, co stanowi 158 100,00 zł brutto, a więc oferta złożona przez Odwołującego mieści się zarówno w szacunkowej wartości zamówienia oraz w wysokości kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Przypomnieć należy, że Zamawiający wezwał wykonawcę DOL-EK do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. W odpowiedzi na to wezwanie nie sposób doszukać się informacji, które dotyczyłyby kalkulacji kosztów wytworzenia, magazynowania, transportu rzeczy będących przedmiotem zamówienia, uwzględniając zapisy kosztorysu, który nie przedstawia takiej kalkulacji w sposób pełny i wyczerpujący.

W odniesieniu do czynności podejmowanych przez Zamawiającego, związanych z ponowną oceną ofert, Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył dyspozycję art. 87 ust. 1 Pzp, ponieważ wykonawca DOL-EK w piśmie z dnia 4 września 2020 r. przedstawił już inne, niż na wcześniejszym etapie postępowania karty techniczne produktów, wprost wskazujące, że tym razem karty dotyczą już innych produktów, co stanowi naruszenie zasady niezmienności oferty, zasady przejrzystości udzielania zamówienia publicznego oraz równego traktowania uczestników postępowania.

Z zachowania Zamawiającego wynika, że wzywał wykonawcę DOL-EK do wykazania za wszelką cenę, że przedmioty ujęte w złożonej przez niego ofercie są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Wykonawca w tym celu posłużył się wprost przekopowaniem opisu przedmiotu zamówienia, o czym świadczy użycie w kartach technicznych donicy wysokiej i donicy niskiej sformułowania, które bezpośrednio dotyczy opisu przedmiotu, jego wymagań i cech, tj. dno donicy i wkładów „winno” posiadać otwory odpływowe. Wprost świadczy to o tym, że wykonawca nie odnosił się do produktów oferowanych przez siebie, a jedynie za wszelką cenę chciał oświadczyć Zamawiającemu, że oferowane przez niego produkty pozostają zgodne z opisem przedmiotu zamówienia do tego stopnia, że nie zauważył, że przekopowuje tekst dotyczący opisu i wymagań przedmiotu zakreślonych przez Zamawiającego.

Pomimo tego, że wykonawca DOL-EK „naprawił swoje błędy” w ofercie w odniesieniu do parametrów oferowanych przedmiotów, to w dalszym ciągu kosz na odpadki (karta techniczna KOSZ KO-44b wg opisu) nie spełnia wymagań dotyczących wysokości ok. 780 mm - z karty technicznej kosza na odpadki oferowanego przez ww. wykonawcę wynika, że ma on wysokość 730 mm.

Odwołujący wskazał także, że ze złożonego przez wykonawcę DOL-EK cennika wynika m.in., że wykonawca nie ma w swojej ofercie słupka z aluminiową głowicą, zatem albo aktualność cennika, albo zgodność przedmiotów z wymaganiami Zamawiającego — pozostaje nieprawdziwe, co bezsprzecznie powoduje, że Zamawiający poprzez złożenie któregoś z tych oświadczeń został wprowadzony w błąd.

W dalszym ciągu ujawniają się rozbieżności pomiędzy opisem przedmiotów oferowanych przez DOL-EK na stronie internetowej jego przedsiębiorstwa (<http://www.dolek.pl/main/>) a przedmiotami oferowanymi w postępowaniu, co powoduje, że karty techniczne załączone do wyjaśnień z dnia 4 września 2020 r. wprowadzają Zamawiającego w błąd co do masy, wymiarów, kotwienia i właściwości oferowanych produktów. Przedstawione przez wykonawcę DOL-EK karty techniczne w piśmie z dnia 4 września 2020 r. wskazują, że niektóre przedmioty objęte jego ofertą, na skutek wniesionego odwołania, zmieniły swoje wymiary, masę, sposób kotwienia, sposób malowania, surowiec (notabene uszło to również uwadze Zamawiającego, którym takim działaniem został wprowadzony w błąd).

Powyższa okoliczność wskazuje, że wykonawca DOL-EK z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji uzupełnił swoją ofertę o treści, które Odwołujący wskazywał jako niespełniające wymagań określonych w OPZ. Z informacji opublikowanych na stronie internetowej przedsiębiorstwa DOL-EK (por. karty techniczne przedłożone do poprzedniego odwołania) oraz ze złożonych przez niego wyjaśnień wynikają następujące rozbieżności pomiędzy powszechnie oferowanymi przez wykonawcę produktami, a produktami oferowanymi na potrzeby Zamawiającego w niniejszym zamówieniu publicznym:

- Słupki ograniczające zostały wyposażone w głowice aluminiową oraz określono ich wysokość na dokładnie 100 cm - ze strony internetowej wykonawcy wynika, że oferuje słupek wyposażony w głowicę żeliwną oraz o wymiarach 80 cm albo 120 cm, nadto uzupełniono karty techniczne o dane, których nie wskazano w poprzednich wyjaśnieniach.

- Ławka miejska z oparciem - na potrzeby wyjaśnień z dnia 4 września 2020 r. zwiększyła swoją masę o 5 kg jednocześnie zmieniając swoją szerokość o 15 cm oraz zmieniono sposób malowania, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

- Kosz na odpadki - zmienił swoje wymiary z wysokości: 80 cm na 73 cm (co dalej nie spełnia wymogów zakreślonych w opisie przedmiotu zamówienia), szerokości z 32 cm na 38 cm, jednocześnie zmniejszając masę o blisko 10 kg - z 30 kg do ok. 20 kg, zmieniony został również rodzaj drewna.

- Donica wysoka zmieniła swoją średnicę o 1 cm (z 71 cm na 70 cm) oraz wysokość z 53 cm na 70 cm, masę o blisko 10 kg (z 55 kg na ok. 45 kg), zmieniono rodzaj drewna i jego malowania, uzupełniono sposób kotwienia.

Powyższe zmiany oferty — w efekcie będące wynikiem nadmiernego wyjaśniania przez wykonawcę warunków oferty, a dokonywane po dniu otwarcia ofert, jednoznacznie wskazują, że Zamawiający został wprowadzony w błąd na wcześniejszym lub obecnym etapie postępowania. Na dzień otwarcia ofert, oferta wykonawcy DOL-EK nie spełniała wymagań określonych w SIWZ i OPZ, a stało się to dopiero po kolejnym wezwaniu do wyjaśnienia oferty (a w rzeczywistości do zmiany oferty przez dodawanie właściwości odpowiadającym Zamawiającemu poszczególnym przedmiotom oferowanym przez wykonawcę). Wyjaśnienia wykonawcy DOL-EK dotyczące spełniania przez przedmioty przez niego oferowane wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ w sposób bezpośredni wprowadzają w błąd Zamawiającego, bowiem wykonawca na dwóch etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazywał inne parametry oferowanych przedmiotów. Takie działanie nasuwa wniosek, że Zamawiający został wprowadzony w błąd podczas składania wyjaśnień przez wykonawcę, który oferował dwa przedmioty o rozbieżnych parametrach, wzajemnie się wykluczające (np. różne wymiary, różna masa), co pozwala ustalić, że przy okazji złożenia wyjaśnień, tj. z 22 czerwca 2020 r. lub z 4 września 2020 r. Zamawiający został wprowadzony w błąd.

## II. Wskazanie okoliczności prawnych uzasadniających wniesienie odwołania

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w ponownej ocenie ofert naruszył zasadę wynikającą z art. 186 ust. 2 Pzp, która przewiduje, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W niniejszej sprawie, na dzień złożenia oferty, oferta DOL-EK nie spełniała wymagań określonych w SIWZ i OPZ co powoduje, że Zamawiający winien taką ofertę odrzucić, a nie wzywać wykonawcę do wyjaśniania treści oferty, zważywszy, że wykonawca DOL-EK w wyjaśnieniach co do treści oferty wskazywał za każdym razem inne parametry oferowanych przedmiotów. W stanie faktycznym niniejszej sprawy wzywanie wykonawcy po raz wtóry do złożenia wyjaśnień co do treści oferty w istocie sprowadzało się do prowadzenia negocjacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, bowiem po złożonych wyjaśnieniach w znacznym stopniu zmienione zostały specyfikacje oferowanych produktów na takie, które w części (bo w dalszym ciągu nie zgadza się wysokość kosza na odpadki) spełniają wymagania Zamawiającego.

Ponadto, wyjaśnianie treści oferty nie może skutkować wprowadzaniem przez Zamawiającego do oferty nowych, zmienionych danych, które mają wpływ na ocenę ofert. Treść oferty musi być jednoznacznie i w całości sprecyzowana, w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem jej zgodności z treścią SIWZ. Dopuszczalne jest poprawianie i wyjaśnianie znajdujących się w ofercie omyłek tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy dane te są wskazane w ofercie, jednakże doszło do pewnych błędów w ich pisowni, we wskazaniu ilości bądź np. sformułowania zawarte w ofercie są niejasne lub budzą wątpliwości Zamawiającego. Niedopuszczalne jest natomiast poprawianie lub uzupełnianie elementów oferty, których w ogóle w ofercie - do terminu składania ofert - nie zamieszczono.

Przyjęto się również w orzecznictwie Izby, iż jakkolwiek nie jest wykluczone wielokrotne wzywanie na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, to nie jest zasadnym „dopytywanie” wykonawcy w zakresie tego samego elementu oferty. To w interesie wykonawcy leży wykazanie zgodności treści oferty z SIWZ (por. np. wyrok KIO z dnia 3 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2006/16, wyrok z dnia 27 maja 2014 r., sygn. akt: KIO 936/14). Bezsprzecznie w niniejszej sprawie Zamawiający konsekwentnie do tego stopnia „dopytywał” wykonawcę o spełnianie warunków z opisu przedmiotu zamówienia, aż wykonawca wprost przekopiował opis przedmiotu zamówienia do oferowanych produktów.

Wykonawca, K. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Kształtowania Terenów Zielonych DOL-EK K. D. z siedzibą w Tarnowie, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 9 października 2020 r.) podtrzymał swoje stanowisko dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej - złożonej przez wykonawcę K. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Kształtowania Terenów Zielonych DOL-EK, uznając zarzuty odwołania za bezzasadne.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 Zamawiający podniósł, że nie ma miejsca naruszenie art. 186 ust. 2 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy DOL-EK, wbrew żądaniu zawartemu w odwołaniu z dnia 20 lipca 2020 r., które w całości zostało uwzględnione przez Zamawiającego. W wyniku wniesionej przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie o sygn. akt KIO 1684/20, w której w całości zostały uwzględnione zarzuty przedstawione w odwołaniu, Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 31 sierpnia 2020, umorzyła postępowanie na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu dokonał powtórzenia czynności oceny ofert, wobec których wykonawcy mają możliwość podnoszenia zarzutów w postępowaniu odwoławczym, w którym sposób wykonania żądań Odwołującego będzie merytorycznie badany w przedmiotowej sprawie.

Zarzut nr 2, zdaniem Zamawiającego, jest niezasadny, gdyż nie ma miejsca naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy DOL-EK. Zamawiający wyjaśnił, że z uwagi na fakt, że cena oferty firmy DOL-EK, jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, zwrócił się do wykonawcy DOL-EK o wyjaśnienie zaproponowanej ceny oferty za wykonanie przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca DOL-EK wyjaśnił, że jest producentem wyrobów objętych zamówieniem, specjalizuje się w produkcji i montażu wyrobów małej architektury od 1991 roku, a wszystkie wyroby objęte przedmiotem zamówienia, tj. ławki, kosze, słupki, donice, są głównymi wyrobami w ofercie wykonawcy. Wykonawca poinformował, że w czasie wieloletniej działalności wypracował korzystne warunki współpracy z podwykonawcami, a produkcję i montaż wyrobów wykonują pracownicy przy użyciu własnego specjalistycznego sprzętu i specjalnie dostosowanych środków transportu. Wykonawca podkreślił, że dostawa i montaż odbędą się w sprzyjających ze względu na koszty miejscu, tj. w odległości od siedziby firmy wykonawcy, którą jest w stanie pokonać w czasie ok. 1 godziny. Wpływ na zaferowaną cenę oferty ma również fakt, że wykonawca posiada zmagazynowane duże zasoby surowców i półwyrobów potrzebnych do realizacji zamówienia. Wraz z wyjaśnieniami, wykonawca przedstawił kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie kalkulacji indywidualnej, przedstawiając koszty poszczególnych elementów zamówienia, podając koszt materiału, robocizny i sprzętu dla poszczególnych elementów zamówienia. Wykonawca wyjaśnił, że ceny wyrobów, usługi, dostawy i montażu opracowano na podstawie obowiązującego cennika wyrobów i usług. Do wyjaśnień dołączony został cennik usług zatytułowany „MAŁA ARCHITEKTURA. Cennik wyrobów — 2016 r.” wraz z wyjaśnieniem, że cennik ten jest nade obowiązujący u wykonawcy, a fakt nie podnoszenia cen wyrobów przez wykonawcę od 2016 r. związany jest z udoskonalaniem technologii produkcji, wprowadzeniu nowych maszyn, wzrostem wydajności pracy oraz zjawiskiem „skali”, czyli obniżeniem jednostkowego kosztu produktu. Zamawiający wyjaśnił, że przyjął złożone wyjaśnienia, które uznał za wystarczające i nie widział podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzut nr 3, zdaniem Zamawiającego, nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie ma miejsca naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, iż na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy określonych wymagań, wymagał przedstawienia przez wykonawcę: opisów, fotografii, rysunków (w wersji kolorowej), katalogów wszystkich oferowanych produktów. Zamawiający podkreślił, że nie wymagał przedstawienia wszystkich wymienionych dokumentów, tj. opisów i fotografii, rysunków i katalogów, zostawiając wybór wykonawcy do przedłożenia takich dokumentów, które będą zawierały informacje, dotyczące parametrów oferowanych produktów i pozwolą na ocenę spełniania wymagań określonych w SIWZ. Wykonawca przedłożył karty techniczne dla wszystkich oferowanych produktów. Zamawiający nie wymagał przedstawienia katalogu firmowego przedstawiającego ogólną ofertę handlową firmy, a przedstawienie przez wykonawcę z własnej woli tego katalogu nie stanowiło dla Zamawiającego podstawy do porównania jego treści z treścią przedłożonych kart technicznych wyrobów, dlatego Zamawiający uznał ten dokument za zbędny i ocenie poddał jedynie przedstawione karty techniczne. Fakt, że większość oferowanych przedmiotów

wymienionych w kartach technicznych produktów nie jest przedstawiona w katalogu cen firmy DOL-EK, nie miał żadnego znaczenia.

Zarzut nr 4, zdaniem Zamawiającego, nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie ma miejsca naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że Opis przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 6 do SIWZ), przedstawia opis wymagań dla kosza na odpadki, a dodatkowo w Opisie przedmiotu zamówienia zawarta była informacja: „Zamawiający informuje, iż tolerancja dla rozmiarów poszczególnych elementów (czyli wszędzie gdzie wskazano „ok.”) wynosi 10%.” Z powyższego opisu wynika, że Zamawiający wymagał, aby kosz miał wysokość - 780 mm, plus/minus 10%. Wykonawca DOL-EK zaoferował kosz o wysokości 73 cm 730 mm, zatem mieści się on w wyznaczonym przedziale.

Zarzut nr 5, zdaniem Zamawiającego, jest też niezasadny, gdyż nie ma miejsca naruszenie 24aa ust. 1 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że w postępowaniu zastosował tzw. „procedurę odwróconą”, o której mowa w art. 24aa ust. 1 Pzp. Zamawiający, zarówno w SIWZ, jak i ogłoszeniu o zamówieniu poinformował, że postępowanie prowadzone jest na podstawie art. 24aa ust. 1 Pzp. W związku z tym, że oferta złożona przez wykonawcę DOL-EK była pierwsza w rankingu i została oceniona jako najkorzystniejsza, Zamawiający badał tę ofertę pod względem wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający dokonał oceny oferty na podstawie przedłożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów i nie miał żadnych podstaw do uznania, że są one, jak twierdzi Odwołujący, nieprawdziwe i niezgodne z rzeczywistością.

Ponadto, Zamawiający wyjaśnił, że w trakcie pierwotnie przeprowadzonych czynności badania i oceny ofert, w dniu 17 czerwca 2020 r. na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał wykonawcę DOL-EK do złożenia dokumentów — opisów, fotografii, rysunków, katalogów wszystkich oferowanych produktów. W odpowiedzi wykonawca przedstawił „zdjęcia” wszystkich oferowanych wyrobów, na których wykonawca podał wymiary poszczególnych elementów małej architektury. Ponieważ podane przez wykonawcę na poszczególnych zdjęciach informacje nie zawierały wszystkich wymaganych parametrów określonych przez Zamawiającego, w tym m.in. opisu rodzaju konstrukcji, sposobu kotwienia, pozwalających na dokonanie oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów, tj. opisów, fotografii, rysunków, katalogów wszystkich oferowanych produktów. W tym celu, Zamawiający przygotował wzór formularza zawierający opis elementów zamówienia, oczekując od wykonawcy potwierdzenia przy poszczególnych pozycjach elementach małej architektury, poprzez wypełnienie „spełnia/nie spełnia” — dla parametrów charakteryzujących dany element. Wykonawca złożył wyjaśnienia, tj. wypełnił wszystkie pozycje wskazanego formularza w sposób „spełnia”. Na podstawie złożonych dokumentów i złożonych wyjaśnień, Zamawiający ocenił ofertę złożoną przez DOL-EK, jako spełniającą wymogi SIWZ i dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Na czynności wyboru oferty DOL-EK Odwołujący wniósł w dniu 20 lipca 2020 r. odwołanie. Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie, stwierdzając, że badanie i ocena oferty firmy DOL-EK obarczone były wadą. Sposób, w jaki Zamawiający zasugerował wykonawcy złożenie wyjaśnień, poprzez przygotowany przez Zamawiającego formularz, sugerując tym samym formę złożenia wyjaśnień, spowodował, że wykonawca nie opisał osobiście parametrów poszczególnych elementów, a jedynie przy opisie przygotowanym przez Zamawiającego potwierdził wpisując „spełniam”.

W związku z tym, że Zamawiający uznał, że czynności w postępowaniu obarczone są wadą, unieważnił czynności oceny oferty i wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzył wszystkie czynności badania i oceny ofert następujące po otwarciu ofert. W wyniku powtórzenia czynności oceny ofert, za najkorzystniejszą ponownie została uznana oferta wykonawcy DOL-EK.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca, K. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Kształtowania Terenów Zielonych DOL-EK K. D. z siedzibą w Tarnowie nieskutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, gdyż nie przekazał Zamawiającemu i Odwołującemu kopii przystąpienia, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 Pzp. Tym samym ww. wykonawca nie był uczestnikiem niniejszego postępowania odwoławczego.

W przedmiotowym postępowaniu OPZ (opis przedmiotu zamówienia) został zawarty w załączniku nr 6 do SIWZ. W OPZ Zamawiający opisał elementy przedmiotu zamówienia oraz dodatkowo wskazał, że wykonawca zobowiązany jest przedstawić w formie pisemnej do akceptacji Zamawiającego karty techniczne (karty produktów) dla wszystkich elementów małej architektury objętych OPZ, na co najmniej 14 dni przed dniem planowanej dostawy, a zatem na etapie realizacji umowy.

Zgodnie z pkt. 6.1.2 ppkt 2 SIWZ, Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę w trybie art. 24aa Pzp, na wezwanie Zamawiającego, opisów, fotografii, rysunków (w wersji kolorowej), katalogów wszystkich oferowanych produktów.

Na wezwanie Zamawiającego skierowane na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp z dnia 16 czerwca 2020 r. do złożenia dokumentów, wykonawca DOL-EK pismem z 22 czerwca 2020 r. przedłożył Zamawiającemu zdjęcia zaoferowanych wyrobów z adnotacjami wykonawcy odnośnie niektórych parametrów tych wyrobów.

Zamawiający uznał, że powyższe dokumenty nie potwierdzają spełnienia wszystkich wymagań zawartych w OPZ i dlatego skierował do wykonawcy kolejne wezwanie w dniu 30 czerwca 2020 r. do złożenia, tym razem, wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp odnośnie złożonych dokumentów, tj. opisów fotografii, rysunków i katalogów wszystkich oferowanych produktów, uznając, że z przesłanych dokumentów nie wynika jednoznacznie, że zaoferowane elementy są zgodne z warunkami określonymi w specyfikacji. Zamawiający, na potrzeby tego wezwania, opracował tabelę wyrobów z opisem wymaganych parametrów i zwrócił się w wezwaniu „o potwierdzenie zgodności przedmiotowych elementów małej architektury z SIWZ, poprzez wpisanie w tabeli poniżej: „spełnia”, „nie spełnia” w kolumnie dla parametrów charakteryzujących dany element”.

Pismem z dnia 2 lipca 2020 r., wykonawca DOL-EK złożył wyjaśnienia, tj. potwierdził zgodność z SIWZ wszystkich elementów opisanych w tabeli, wpisując we wszystkich pozycjach tabeli słowo „spełnia”. Zamawiający uznał na podstawie tych wyjaśnień, że treść ww. oferty odpowiada treści specyfikacji.

W odniesieniu do wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający pierwsze wezwanie skierował do wykonawcy w dniu 4 czerwca 2020 r., na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp. W wezwaniu Zamawiający oparł się na treści ww. przepisów.

W dniu 9 czerwca 2020 r. wykonawca DOL-EK złożył wyjaśnienie w 8 punktach, do którego załączył cennik wyrobów Mała Architektura Cennik wyrobów – 2016 r.

Pismem z dnia 2 września 2020 r. Zamawiający unieważnił czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Zamawiający postanowił powtórzyć czynności oceny ofert. Jak wynika z treści tego pisma, Zamawiający o przedłożeniu dokumentów tzw. przedmiotowych: opisy, fotografie, rysunki (w wersji kolorowej), katalogi wszystkich oferowanych produktów.

Zamawiający w dniu 2 września 2020 r. po raz drugi na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp zwrócił się do wykonawcy DOL-EK o przedłożenie dokumentów tzw. przedmiotowych: opisy, fotografie, rysunki (w wersji kolorowej), katalogi wszystkich oferowanych produktów.

Pismem z dnia 4 września 2020 r., wykonawca DOL-EK przesłał Zamawiającemu karty techniczne oferowanych wyrobów wszystkich wymaganych elementów.

W dniu 11 września 2020 r. Zamawiający skierował do ww. wykonawcy kolejne wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w odpowiedzi na które wykonawca, pismem z dnia 15 września 2020 r., złożył wyjaśnienia o zbieżnej treści, jak poprzednio (tj. w dniu 9 czerwca 2020 r.), załączając dodatkowo kosztorys z uwzględnieniem robocizny, materiałów i sprzętu.

#### **W danym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej:**

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut dotyczący naruszenia art. 186 ust. 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DOL-EK wbrew żądaniu zawartemu w odwołaniu złożonym przez Odwołującego w dniu 20 lipca 2020 r., które w całości zostało uwzględnione przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 186 ust. 1 Pzp, zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odpowiedź na odwołanie wnosi się w formie pisemnej lub ustnie do protokołu.

Zgodnie z ust. 2 tego artykułu, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący w dniu 20 lipca 2020 r. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 13 lipca 2020 r. Odwołanie zawierało zarzuty podobne, jak w niniejszym odwołaniu. Odwołanie było rozpoznane pod sygn. akt: KIO 1684/20. Postępowanie zostało umorzone postanowieniem KIO z dnia 31 sierpnia 2020 r. ze względu na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości (odpowiedź na odwołanie z dnia 28 lipca 2020 r.), przy nieskutecznym przystąpieniu wykonawcy DOL-EK do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Żądania Odwołującego w odwołaniu z dnia 20 lipca 2020 r. dotyczyły w szczególności zaniechania odrzucenia oferty DOL-EK na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp.

Uwzględniając powyższe odwołanie w całości, zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp, Zamawiający był zobowiązany unieważnić czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonać badania oferty DOL-EK w zakresie przesłanek do odrzucenia tej oferty, w kontekście zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego. Zamawiający mógł zatem odrzucić ofertę lub dokonać czynności uzupełniających badanie tej oferty, jeśli były dopuszczalne na podstawie przepisów ustawy. Gdyby natomiast Zamawiający uznał, że poszczególne czynności wykonane do tej pory w ramach czynności badania oferty DOL-EK były błędne (niezgodne z ustawą Pzp), to powinien je unieważnić, podając jednocześnie uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia, czego Zamawiający nie uczynił. Pismem z dnia 2 września 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców jedynie o unieważnieniu czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Unieważnienie czynności oceny ofert nie jest tożsame z unieważnieniem czynności badania ofert. W ścisłym znaczeniu, ocena ofert obejmuje przyznanie ofertom punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, natomiast badanie ofert jest etapem wcześniejszym, na którym zamawiający wykonuje czynności zmierzające do ustalenia czy nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy.

Tymczasem w niniejszej sprawie Zamawiający w ramach powtórzenia czynności oceny ofert dokonał de facto powtórzenia wszystkich czynności wykonanych uprzednio w ramach badania oferty DOL-EK, nie unieważniając tych czynności. Podkreślić należy, że Zamawiający może unieważnić swoje czynności w postępowaniu, jeśli są one wadliwe. Zamawiający nie może jednak powtarzać tych samych czynności tylko z tego powodu, że unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zapowiedział powtórzenie czynności oceny ofert. Czynności wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 1, ust. 2, ust. 3, ust. 4 Pzp, art. 87 ust. 1, art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp co do zasady mogą być kierowane tylko jeden raz do danego wykonawcy w takim samym zakresie. Unieważnienie wskazanych wyżej czynności i ich powtórzenie może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy zostały one dokonane błędnie, tj. z naruszeniem przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Podkreślić należy, że unieważnienie czynności dokonanych w postępowaniu wymaga podania przez Zamawiającego jasnego uzasadnienia prawnego i faktycznego, gdyż czynność ta podlega każdorazowo zaskarżeniu w postępowaniu odwoławczym przez wykonawcę mającego interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W niniejszej sprawie Zamawiający po „unieważnieniu czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej” w sposób nieuprawniony ponownie wezwał wykonawcę DOL-EK do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, jak również w sposób nieuprawniony wezwał wykonawcę DOL-EK ponownie do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp, nie unieważniając takich samych czynności dokonanych uprzednio na podstawie ww. przepisów.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że Zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie wykonał czynności, zgodnie z żądaniami wykonawcy zawartymi w odwołaniu z dnia 20 lipca 2020 r., które zostało przez Zamawiającego uwzględnione w całości. Jednocześnie Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości wniesienia odwołania wobec unieważnienia (samoistnego) poszczególnych czynności (wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, wezwania w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp), o czym Zamawiający nie poinformował wykonawców. Powtórzenie powyższych wezwań skierowanych do wykonawcy DOL-EK doprowadziło tym samym do nieuprawnionego zdublowania tych czynności, a to w konsekwencji - do złożenia przez wykonawcę DOL-EK

dwóch zestawów różnych kart technicznych dotyczących tych samych oferowanych produktów (w tym np. dane dotyczące surowców, kotwienia, masy, wymiarów oraz jakości oferowanych przedmiotów) oraz dwukrotnego złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny.

Wobec cofnięcia przez Odwołującego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty DOL-EK, której treść nie odpowiadała SIWZ, w zakresie kosza na odpadki (KO-44b) zaoferowanego przez tego wykonawcę co do wymogów dotyczących wysokości kosza, Izba nie rozpoznawała tego zarzutu.

Izba stwierdziła zasadność zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DOL-EK, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nawet mimo dwukrotnie złożonych wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny wykonawca DOL-EK nie sprostął ciężarowi dowodu, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, ponieważ z twierdzeń wykonawcy nie wynika, jakie czynniki i w jakim stopniu wpłynęły na możliwość obniżenia ceny oferty, w stosunku do cen rynkowych.

Zamawiający określił wartość zamówienia na kwotę 128 536,59 zł netto, co stanowi 158 100,00 zł brutto, przy czym na realizację zamówienia Zamawiający zamierza przeznaczyć kwotę 150 000,00 zł brutto. W pkt 2.5 protokołu postępowania stwierdzono, że wartość zamówienia Zamawiający oszacował w dniu 9 kwietnia 2020 r. na podstawie telefonicznego rozeznania rynku oraz podobnych zamówień dokonywanych w latach wcześniejszych.

Wykonawca DOL-EK zaoferował cenę 78 892,20 zł. Odwołujący złożył ofertę z ceną 144 992,40 zł. Trzecia ze złożonych ofert w postępowaniu podlegała odrzuceniu, z uwagi na brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawcę DOL-EK na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp do wyjaśnienia ceny oferty oraz złożenia dowodów dotyczących elementów ceny mających wpływ na jej wysokość.

W odpowiedzi na te wezwania wykonawca DOL-EK wyjaśnił, że w czasie wieloletniej działalności wynegocjował korzystne warunki współpracy z podwykonawcami zajmującymi się ocynkowaniem żeliwa i aluminium, że miejsce docelowe montażu przedmiotu zamówienia jest oddalone około godziny jazdy od jego zakładu. Wszelkie czynniki wymienione w piśmie z dnia 9 czerwca 2020 r. oraz z dnia 15 września 2020 r. mają charakter ogólnych jedynie oświadczeń, które nie zostały w żaden sposób wykazane ani udowodnione. Do wyjaśnień wykonawca załączył cennik wyrobów z 2016 r., wskazując, że jest to cennik nadal aktualny, pomimo istotnego wzrostu kosztów w przeciągu ostatnich 4 lat (m.in. kosztów pracy). Wykonawca wskazał, że ceny są niezmienione od 2016 r. z uwagi na udoskonalenie technologii produkcji, wprowadzenie nowych maszyn, wzrost wydajności pracy oraz zjawisko „skali”.

Izba w pełni podzieliła stanowisko Odwołującego, że każde ulepszenie technologii produkcji wymaga nakładów pieniężnych związanych z testami i próbami nowej technologii, które to koszty podlegają wliczeniu do ceny gotowego produktu. Podobnie, nakładów finansowych wymaga wprowadzenie do procesu produkcji „wprowadzenie nowych maszyn”. Wszelkie koszty związane z działaniami wymienionymi przez ww. wykonawcę, które mogą wpływać na niezmienność ceny, wymagają nakładów, co jest sprzeczne z oświadczeniami złożonymi przez wykonawcę DOL-EK.

Wykonawca załączył do wyjaśnień kosztorys, który nie dowodzi jednak rzetelności kalkulacji ceny zaoferowanej przez DOL-EK. Jak słusznie zauważył Odwołujący, kalkulacja przedstawiona w kosztorysie nie zgadza się z cenami wskazanymi w katalogu z 2016 r. przedstawionym przez wykonawcę. W wyjaśnieniach wykonawcy DOL-EK nie sposób doszukać się informacji, które dotyczyłyby kalkulacji kosztów wytworzenia, magazynowania, transportu wyrobów będących przedmiotem zamówienia, uwzględniając zapisy kosztorysu, który nie przedstawia takiej kalkulacji w sposób pełny i wyczerpujący.

Wyjaśnień złożonych przez DOL-EK nie sposób uznać za rzetelne i wyczerpujące, w szczególności biorąc pod uwagę, że cena tej oferty jest o około połowę niższa od drugiej oferty i od wartości zamówienia. Wykonawca w wyjaśnieniach jedynie hasłowo wskazał czynniki, jakie potencjalnie mogłyby mieć wpływ na cenę, lecz nie zostały one poparte jakąkolwiek kalkulacją kosztów.

Celem postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny jest ustalenie faktów potwierdzających, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewnia prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na wymierne wartości ekonomiczne.

Wykonawca DOL -EK nie sprostął ciężarowi wykazania (art. 90 ust. 2 Pzp), że cena w złożonej przez niego ofercie nie jest ceną rażąco niską.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy DOL-EK z postępowania, który w wyniku rażącego niedbalstwa udzielonymi informacjami wprowadził Zamawiającego w błąd, a które to informacje miały istotny wpływ na podjęcie decyzji przez Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, poprzez zapewnienie, że przedmiot oferty spełnia wymagania określone w SIWZ. Odwołujący nie wykazał, że przedstawione pismem z dnia 4 września 2020 r. karty techniczne oferowanych produktów zawierają informacje nieprawdziwe, w tym z tego względu, że większość oferowanych przedmiotów wymienionych w ww. karatach technicznych produktów nie jest przedstawiona w katalogu cen złożonym przez wykonawcę DOL-EK.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 24aa ust. 1 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez zaniechanie zbadania oferty wybranej jako najkorzystniejsza pod kątem przesłanek do wykluczenia, pomimo złożenia przez wykonawcę DOL-EK oświadczenia, że oferta przez niego złożona spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, co stanowiło oświadczenie wprowadzające w błąd Zamawiającego w wyniku rażącego niedbalstwa. Odwołujący nie wykazał, że powyższe oświadczenie wykonawcy DOL-EK było niezgodne z rzeczywistością, gdyż część przedmiotów objętych ofertą i formularzem cenowym z dnia 26 maja 2020 r. na dzień otwarcia ofert nie spełniała wymagań określonych w SIWZ. Fakt, że oferowane przez wykonawcę DOL-EK przedmioty odbiegają od opisu przedmiotów oferowanych na stronie internetowej jego przedsiębiorstwa nie dowodzi, że wykonawca DOL-EK wprowadził w błąd Zamawiającego co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ, bowiem nie został złożony do akt sprawy dowód na to, że ww. wykonawca nie miał możliwości zaoferowania wyrobów dostosowanych do wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ.

W ramach powtórzonych przez Zamawiającego czynności badania i oceny oferty DOL-EK Zamawiający nie wzywał wykonawcy do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Złożone przez wykonawcę DOL-EK dokumenty wraz z pismem z dnia 4 września 2020 r. były przedstawione w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 Pzp. Izba nie stwierdziła zatem naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, co nie oznacza jednak

braku naruszenia opisanymi powyżej działaniami Zamawiającego zasady przejrzystości udzielania zamówienia publicznego oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady niezmienności treści złożonej oferty.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący: .....**