Sygn. akt: KIO 1663/21

Wyrok
z dnia 5 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Andrzej Niwicki

Protokolant:Łukasz Listkiewicz
Rafał Komoń

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2021 r. przez wykonawcę **J. Z., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka**w postępowaniu prowadzonym przez **Szkołę Główną Handlową w Warszawie, Aleja Niepodległości 162, 02-554 Warszawa,**
przy udziale wykonawcy **W. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ" W. B., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1.oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z.** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1663/21

Uzasadnienie

Zamawiający: Szkoła Główna Handlowa w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji poniżej równowartości kwoty określonej w art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 ze zm.) na „Sukcesywny odbiór oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych, gromadzonych przez Szkołę Główną Handlową w Warszawie" - dalej jako: „Postępowanie". Nr referencyjny postępowania ADZP.25.6.2021, Nr ogłoszenia w BZP: 2021/BZP 00025410

Odwołujący – J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą:Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Lekaro wniosła odwołanie wobec odrzucenia oferty LEKARO w Postępowaniu, a w konsekwencji wyboru oferty "wykonawcy BYŚ — W. B. jako najkorzystniejszej,

Czynnościom tym zarzuca naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. art. 16 pkt 1 PZP przez bezpodstawne odrzucenie oferty LEKARO z uwagi na stwierdzenie, iż złożone przez LAKARO wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, podczas gdy złożone przez LEKARO wyjaśnienia były dostosowane do treści wezwania oraz potwierdzały, że cena oferty LEKARO ma charakter rynkowy i umożliwia prawidłową realizację przedmiotu zamówienia,

Wykonawca wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

unieważnienie czynności odrzucenia oferty LEKARO, unieważnienie czynności wyboru oferty BYŚ — W. B. jako najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty LEKARO, oraz ewentualnie:

dokonanie ponownego wezwania LEKARO do doprecyzowania wyjaśnień złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji przyjęcia, że pierwotne wyjaśnienia nie rozwiały wszystkich wątpliwości Zamawiającego związanych z rażąco niską ceną.

Odwołujący zaznacza, że gdyby nie odrzucenie, jego oferta uplasowałaby się na pierwszym miejscu.

LEKARO stoi na stanowisku, iż złożone wyjaśnienia powinny doprowadzić Zamawiającego do przekonania, że zaoferowana przez LEKARO cena z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia jest ceną realną i rynkową, umożliwiającą prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Uzasadniając stanowisko odwołujący wskazał, co następuje.

Pismem z 7 maja 2021 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, wskazując iż cena złożonej oferty wydaje się rażąco niska. Wskazał, iż wątpliwości wynikają z rozbieżności cen jednostkowych wynikających z szacowania Zamawiającego w stosunku do cen zaoferowanych w ofercie.

W odpowiedzi, pismem z 13 maja 2021 r. LEKARO złożyło wyjaśnienia.

26 maja 2021 r., w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, zamawiający poinformował LEKARO o odrzuceniu jego oferty, wskazując iż LEKARO zaoferowało realizację przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską.

Wskazując na pojęcie rażąco niskiej ceny odwołujący stwierdził, że podstawę wątpliwości Zamawiającego co do występowania w ofercie ceny rażąco niskiej było porównanie ceny zaoferowanej do szacunkowej wartości zamówienia.

Okoliczność ta wynika wprost z pisma z 7 maja 2021 r., w którym Zamawiający wezwał LEKARO do złożenia wyjaśnień, wskazując iż cena elementów wskazanych w treści pisma w złożonej ofercie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług.

W zakresie szacunkowej wartości zamówienia podkreślić trzeba, że może ona stanowić punkt odniesienia wyłącznie wówczas, jeżeli została ustalona w sposób należyty. Weryfikacją tego elementu jest zaś przede wszystkim konfrontacja z ogółem cen zaoferowanych w postępowaniu. W orzecznictwie wskazuje się, że jeżeli kryterium odniesienia się do szacunkowej wartości zamówienia nie jest obiektywne, przy ustaleniu rażąco niskiej ceny, należy porównywać przede wszystkim ceny złożonych ofert.

Wskazać należy, iż Zamawiający w sposób całkowicie błędny ustalił szacunkową wartość zamówienia, zatem nie może być ona miernikiem dla czynienia ustaleń w zakresie rażąco niskiej ceny. Pierwszeństwo należy dać zatem porównaniu cen zaoferowanych przez innych oferentów, przy czym ewentualne różnice tych cen, występujące na dopuszczalnym pułapie, mogą wynikać ze zwykłej konkurencji występującej na rynku.

Rozbieżności pomiędzy wartością szacunkową zamówienia a zaoferowanymi w Postępowaniu cenami jednoznacznie wskazują, iż Zamawiający przeszacował wartość zamówienia. Oszacował bowiem wartość zamówienia na kwotę 599.020,00 zł, podczas gdy cztery z pięciu złożonych ofert zawierają ceny zdecydowanie niższe od szacunków.

Abstrahując od całkowicie błędnie oszacowanej wartości zamówienia, co — jak wynika z pisma Zamawiającego z 7 maja 2021 r. — miało decydujący wpływ na wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, LEKARO podkreśla, że złożone wyjaśnienia potwierdzały możliwość wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Wyjaśnienia pozostawały adekwatne do wątpliwości Zamawiającego, które w gruncie rzeczy wynikały z porównania oszacowanej błędnie wartości zamówienia do ceny zaoferowanej przez Wykonawcę.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach potwierdził, że cena oferty spełnia wszystkie wymogi postawione w SIWZ i OPZ wraz z załącznikami, zakłada wymaganą technologię bez obniżania jakości wykonywanych prac,
oferta zakłada wynagrodzenia dla pracowników zgodnie z ustawą PZP w wysokości co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę wraz z kosztami pracy, zapewnia zysk firmy na poziomie zgodnym z kalkulacją, zapewnia zatrudnienie przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę do 5 pracowników zaangażowanych w odbiór, załadunek, nadzór i sprawozdawczość, w cenie oferty uwzględniono wszystkie wymagane wywozy, udostępnienie w ramach przewidzianej ceny za odbiór pojemników, koszt transportu oraz utylizacji odpadów.

Następnie Odwołujący wyraźnie i jednoznacznie pozytywnie odpowiedział na postawione przez Zamawiającego pytania co do tego czy:

a)wyposaży Zamawiającego w sprawne, estetyczne, czyste, szczelne (zwłaszcza na odpady bio) oraz odpowiednio oznakowane pojemniki i kontenery na odpady?

b)czy odpady będą odbierane zgodnie z wyznaczoną częstotliwością i potrzebami zgłaszanymi przez Zamawiającego?

c)czy odpady będą odbierane selektywnie przez specjalnie przystosowane do tego pojazdy (wg wskazanych frakcji)?

d)czy Wykonawca będzie uprzątał rozsypane (rozlane) odpady oraz odbierał odpady leżące poza pojemnikami (kontenerami), w sytuacji niezachowania częstotliwości lub niepodstawienia odpowiedniego pojemnika (kontenera)?

e)czy realizacja usług będzie odbywała się z zachowaniem wszystkich obowiązujących norm oraz przepisów prawnych w tym zakresie (zwłaszcza zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz z zakresu ochrony środowiska)?

Jednocześnie LEKARO złożyło Zamawiającemu kalkulację zaoferowanych cen jednostkowych, wyszczególniając elementy wymagane przez Zamawiającego i przedstawiając konkretne wartości liczbowe w odniesieniu do wymaganych pojemników. Zatem „rozbiło" poszczególne elementy formularza ofertowego (formularza cenowego) na czynniki pierwsze i wskazano jakie elementy i w jakim wymiarze składają się na cenę ofertową.

Jednocześnie wskazało elementy z art. 224 ust. 3 pkt 1 - 8 PZP, które wpłynęły na możliwość zaoferowania korzystnej ceny, przy czym wydaje się iż Zamawiający przedmiotowe elementy wyjaśnień pominął. LEKARO zatem za uzasadnione i konieczne uznał przytoczenie czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez LEKARO ceny, które to czynniki opisane zostały wyraźnie w piśmie LEKARO z dnia 13 maja 2021 r.

Tu odwołujący wskazał na posiadanie własnych instalacji, możliwość wykorzystania zamortyzowanych pojemników / możliwość wykorzystania zamortyzowanych pojazdów, wzrost cen sprzedaży papieru oraz szkła, co umożliwia firmie uzyskanie dodatkowego wpływu ze sprzedaży surowców wtórnych, koszty pracy, wieloletnie i bogate doświadczenie w realizacji tożsamych zamówień co pozwala m.in. na szereg optymalizacji kosztowych.

W podsumowaniu złożonych wyjaśnień wskazał, że cena zaoferowana przez niego za wykonanie zamówienia jest ceną rynkową, umożliwiającą prawidłowe wykonanie zamówienia, jak również zakładającą osiągnięcie zysku. Cena ustalona została w sposób realny, odzwierciedlający ponoszone koszty i nakłady na wykonanie zamówienia, a złożone wyjaśnienia w całej rozciągłości potwierdzały możliwość wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.

Zamawiający z niezrozumiałych powodów, nie nadal właściwego znaczenia okolicznościom podnoszonym przez LEKARO w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty oparł się na przyjętych przez siebie założeniach oraz wynikających z nich domniemaniach i całkowicie zignorował informacje wynikające z wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego. Z uzasadnienia decyzji Zamawiającego można wywieść, iż:

a) powodem odrzucenia oferty był brak przedstawienia dowodów. Tymczasem, zgodnie z orzecznictwem KIO, brak złożenia dowodów na potwierdzenie wyjaśnień dotyczących ceny nie skutkuje samoistnym odrzuceniem oferty w sytuacji, gdy z ich treści można wyczytać takie informacje, które tłumaczą sposób kalkulacji zaoferowanej ceny.

b) powodem odrzucenia oferty był brak przedstawienia skąd wzięły się wartości przedstawione w załączonej przez LEKARO kalkulacji. Tymczasem, Zamawiający wymagał jedynie przedłożenia kalkulacji, a nie dokładnego wskazania

„skąd wzięły się wartości wymienione w kalkulacji, szczególnie iż Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty w ogóle nie kwestionuje przyjętych przez LEKARO wartości, nie zarzuca braku rzetelności w sporządzeniu kalkulacji.

Nie można tracić z pola widzenia, że w orzecznictwie podkreśla się, iż nie można doprowadzić do tego, by wezwanie z art. 90 ust. 1 ustawy pzp stało się narzędziem dającym poręczny pretekst do łatwej eliminacji wykonawców z postępowania, choć ich oferty są poważne.

Załączono dokumenty powołane w treści uzasadnienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odnosząc się do zarzutów oraz argumentacji podniesionej w odwołaniu, stwierdził, że wskazane zarzuty są bezpodstawne i nie mogą podlegać uwzględnieniu.

Wskazał, że nie sposób zgodzić się z Odwołującym odnośnie zarzutu rzekomej nieprawidłowej podstawy do wdrożenia procedury wyjaśniającej przy zastosowaniu miernika szacunkowej wartości zamówienia. Odwołujący formułuje tezy o nieprawidłowej, bo nieopartej na rozeznaniu rynku szacowanej wartości zamówienia. Szacowanie wartości zamówienia w sprawie nastąpiło przez rozeznanie przez Zamawiającego rynku wykonawców w drodze konkretnego zapytania skierowanego do 6 profesjonalnych podmiotów świadczących usługi stanowiące przedmiot postępowania z prośbą o wypełnienie przygotowanej przez Zamawiającego tabeli i odesłanie do dnia 27 stycznia 2021r. Wniosek został wysłany do firm REMONDIS, LEKARO, MPO, SUEZ, PUHETMAN oraz BYŚ. Otrzymał od 3 podmiotów szacunkową wycenę us (MPO, SEUEZ i BYŚ).
Podkreślenia wymaga, co pomija Odwołujący, że nawet przyjęcie metody, porównania jego ceny do cen złożonych ofert, powoduje, że Zamawiający byłby zobligowany do wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, co obrazuje zestawienie tabelaryczne ujęte w piśmie.

Zatem niezależnie od przyjętej metody, Odwołujący winien był zostać wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co też zostało wykonane.

Odwołanie z 31 maja br. nie jest właściwym miejscem do kwestionowania podstawy wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w postaci porównania cen do szacowanej wartości zamówienia. Kwestionowanie podstawy wezwania Zamawiającego już po odrzuceniu oferty jest działaniem spóźnionym i stanowi odpowiedź na tezę: skoro zamawiający odrzucił moją ofertę, to ja zakwestionuję całą procedurę, nie tylko ocenę złożonych wyjaśnień i informacji. Także z odpowiedzi Odwołującego z 13 maja br. nie wynika, że podstawa wezwania jest niewłaściwie przyjęta. Odwołujący wskazuje wyłącznie, że jego cena nie jest rażąco niska. To w konsekwencji powoduje, że zarzut odnoszący się do błędnego przyjęcia jako podstawy wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest całkowicie nieuzasadniony i nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut odnośnie bezprawnego odrzucenia oferty mimo wyczerpujących w ocenie Odwołującego wyjaśnień. W treści wezwania Zamawiający wskazał szczegółowo, jakich wyjaśnień od Odwołującego wymaga, tj.: wskazał które konkretnie elementy formularza cenowego podlegają wyjaśnieniu, zażądał wyjaśnienia czy w zaoferowanych cenach jednostkowych Odwołujący uwzględnił wskazane w piśmie czynniki i elementy, wskazał wprost na żądanie przedstawienia kalkulacji zaoferowanych cen jednostkowych, wskazał wprost na żądanie przedstawienia dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oraz zażądał wskazania i wyjaśnienia, czy do ustalenia poszczególnych pozycji cenotwórczych zastosowanie mają elementy wymienione w art. 224 ust. 3 pkt 1-8 ustawy Pzp.

Przedmiotowe wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny spełnia zatem w pełni wymagania ukształtowane w orzecznictwie w postaci obowiązku Zamawiającego formułowania wezwań konkretnych, precyzyjnych, i szczegółowych.

Tylko na marginesie Zamawiający wskazuje, że wzywał do złożenia wyjaśnień, a nie potwierdzenia zaoferowanej ceny, co w wieli miejscach czyni Odwołujący. Gdyby istotą wyjaśnienia rażąco niskiej ceny było potwierdzanie, że zaoferowana przez wykonawców w postępowaniu cena jest prawidłowa, instytucja ta straciłaby sens. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący wyjaśnienia zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w treści odwołania zawarł wszystkie informacje zawarte także w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny jako ogólnodostępne i już niezastrzeżone. Wobec tego Zamawiający odniósł się szczegółowo do tez zawartych w odwołaniu o prawidłowości wyliczenia ceny, w tym do przedstawionej kalkulacji, w opracowaniu stanowiącym dowód nr 5. Jak wynika, z opracowania Zamawiającego, wyliczenia Odwołującego są nie tyle rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia a wręcz są to ceny nierealistyczne i nieadekwatne do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia i są to ceny poniżej rzeczywistych kosztów rynkowych. To powoduje, że Zamawiający nie mógł uwzględnić wyjaśnień jako wiarygodnych i potwierdzających prawidłowość zaoferowanej ceny.

Odwołujący wskazuje także w odwołaniu, że wyjaśnienia są kompletne, bo odnoszą się do wszystkich elementów, o które wzywał Zamawiający. Szczególne miejsce w tym zakresie zajmuje powoływanie się na posiadanie własnych instalacji, przy czym w żadnym miejscu Odwołujący nie wyjaśnia, na czym polega i jaki sposób powyższe przekłada się na zaoferowaną cenę. Tezy stanowią w przeważającej mierze powielenie materiału informacyjnego zamieszczonego na stronie internetowej Odwołującego. Mimo, że obowiązkiem Odwołującego było wyjaśnienie zaoferowanej ceny i omówienie elementów cenotwórczych przesądzających o prawidłowości i realności wyliczonej ceny, czego w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący zaniechał, Zamawiający dokonał rzetelnej analizy przekazanych informacji. Z przeprowadzonej analizy rynku wynika, iż większość profesjonalnych podmiotów realizujących przedmiot zamówienia polegający na sukcesywnym odbiorze oraz zagospodarowaniu odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych jest w posiadaniu takich instalacji z uwagi na dodatkową możliwość uzyskaniu dochodu. W żadnym miejscu nie został przedstawiony żaden dowód na potwierdzenie tezy o wpływie tej okoliczności na zaoferowaną cenę.

Zamawiający dokonał analizy potencjalnych zysków bądź strat dla poszczególnych frakcji. Na podstawie dostępnych cenników zawartych na stronach internetowych (dowód nr 6) dokonano szacowania ceny uwzględniającej odzysk – recykling i odsprzedaż pozyskanego asortymentu, z czego wynikają wprost straty dla Odwołującego (dowód 7). Zamawiający podkreśla, że do Odwołującego należało udowodnienie, że zaoferowana przez niego cena jest realna i dobrze skalkulowana. Skoro Odwołujący przedstawił jedną tabelę, która w ocenie Zamawiającego nie ma waloru merytorycznego, gdyż nie została poparta dowodem, a dodatkowo zarówno w treść wyjaśnień jak i tezy zawarte w

odwołaniu sprowadzają się do:

1) potwierdzenia, że cena jest dobrze skalkulowana i uwzględnia wszystkie elementy zawarte w opz (choć Zamawiający wezwał do wyjaśnienia ceny, nie jej potwierdzenia);

2) potwierdzenia, że posiadane instalacje pozwalają na zagospodarowanie wszystkich rodzajów odpadów będących przedmiotem zamówienia a w rezultacie maksymalne wykorzystanie mocy przerobowych i znaczne obniżenie kosztów zagospodarowania odpadów,

3) potwierdzenia możliwości wykorzystania zamortyzowanych pojemników i pojazdów gdzie informacja o ich zużyciu i amortyzacji wykazana jest dopiero w Odwołaniu, podczas gdzie jednym z wymagań Zamawiającego jest odbiór odpadów komunalnych przez specjalnie przystosowane do tego pojazdy, co w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Odwołujący potwierdził, wskazując, że „odpady będą odbierane selektywnie przez specjalistyczne pojazdy";

4)wskazania, że wzrost cen sprzedaży papieru i szkła umożliwia Odwołującemu uzyskanie dodatkowego wpływu ze sprzedaży surowców wtórnych oraz

5)omówienia wieloletniego i bogatego doświadczenia Odwołującego w realizacji tożsamych zamówień co pozwala na szereg optymalizacji kosztowych,

brak było podstaw by Zamawiający uznał przedstawione wyjaśnienia za wystarczające. Zamawiający podkreśla, że Odwołujący nie przedstawił nie tylko dowodów, ale także nie przedstawił nawet szczegółowych informacji i ich wpływu na wyliczenie ceny, mimo, że Zamawiający wymagał podania nawet innych kosztów ujętych w cenie oferty wraz z podaniem rodzaju kosztów i ich wysokości (tej wielkości, mimo jej wymagania nie ma zawartej w tabeli stanowiącej kalkulację Odwołującego). Parafrazując, Odwołujący w sposób ogólny na 4 stronach wyjaśnień (zwielokrotnionych w odwołaniu) przedstawił wyłącznie ogólne informacje dotyczące działalności Odwołującego, jednak nie przedstawił w żadnym miejscu informacji o realnym (mierzalnym, kosztowym, liczbowym) wpływie na realizację przedmiotu zamówienia i nie odpowiedział na wezwanie dotyczące wyszczególnienia konkretnych kosztów. Co więcej Zamawiający wskazuje, że Odwołujący ma świadomość konieczności przedstawienia powyższych żądanych i wymaganych przez Zamawiającego informacji. Na str. 6 wyjaśnień z dnia 13 maja br. Odwołującego, zawierającego uzasadnienie dla zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazuje, jakie informacje są w jego posiadaniu, w tym je wymienia .

Tymczasem, w dokumentach przekazanych Zamawiającemu poza ogólnymi informacjami, bez wyjaśnienia i wyliczenia ich wpływu na cenę zaoferowaną za realizację zamówienia, nie ma ani żadnych dowodów ani żadnych informacji szczegółowych w tym względzie.

Co więcej, skoro Odwołujący, jak sam wskazuje jest tak doświadczonym podmiotem w realizacji zamówienia oraz profesjonalistą na rynku zamówień publicznych, wie także, jakie ciążą na nim obowiązki w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zestawiając zatem przekazane informacje przez Odwołującego z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień, z których wprost wynikał obowiązek przedstawienia konkretnych danych liczbowych nie sposób przyjąć, że Odwołujący przedmiotowemu obowiązkowi sprostał.

Odnosząc się do kwestii odnośnie braku potrzeby składania dowodów potwierdzających tezy zawarte w wyjaśnieniach odnośnie rażąco niskiej ceny, Zamawiający wskazuje w pierwszej kolejności, że kilkukrotnie w wezwaniu do złożenia wyjaśnień artykułował konieczność przedstawienia dowodów. Zamawiający wskazał również brak dowodów jako jedną z podstaw faktycznych odrzucenia oferty.

W świetle zaprezentowanych argumentów, nie zasługują na potwierdzenie odwołania, że dowody dotyczące wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie były w okolicznościach sprawy niezbędne, jak również że Zamawiający nie zakwestionował kalkulacji i tym samy potwierdził jej rzetelność. W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający w sposób konkretny i zrozumiały wskazał, że podstawę odrzucenia oferty stanowiło zarówno brak dowodów, jak i kalkulacja, która nie stanowi wiarygodnego dowodu skalkulowanej ceny oferty z uwagi na poziom ogólności informacji.

W jaki bowiem sposób Zamawiający miał dokonać oceny rzetelności wyjaśnień bez żadnego dowodu na poparcie choćby jednej tezy czy danej wskazanej w tabeli.

Zamawiający wskazuje jednocześnie, że z samej treści wyjaśnień wynika, że Odwołujący musi być w posiadaniu dowodów i, że są one niezbędne do potwierdzenia przekazanych ogólnych informacji, skoro na str. 5 wyjaśnień oświadczył o braku jego zgody na udostępnienie osobom trzecim jakichkolwiek dokumentów, informacji i danych przekazanych (bez względu na formę). W szczególności nie wyraża zgody na udostępnienie 1) całości korespondencji, danych, materiałów, informacji, ofert oraz wyjaśnień jaką przekazał w okresie od 1 stycznia 2015 r. do. Dotyczy to zwłaszcza oferty i wyjaśnień złożonych, w tym kalkulacji, w postępowaniu prowadzonym w trybie niniejszego przetargu / …/.

Wskazane elementy stanowią przedkładane dowody w innych sprawach, co potwierdza ponownie świadomość Odwołującego w zakresie obowiązku ich złożenia w procedurze wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W okolicznościach natomiast niniejszej sprawy żadnego ze wskazanych dowodów Odwołujący do swoich wyjaśnień nie dołączył.

W ocenie Zamawiającego z przedstawionych wyjaśnień nie sposób wyczytać niczego więcej poza doświadczeniem Odwołującego w realizacji tożsamych przedmiotowo zamówień. Odwołujący nie przedstawił żadnych wyliczeń poza tabelą, nie wskazał na żadną metodologię, nie zawarł żadnych wartości liczbowych, które Zamawiający mógłby uwiarygodnić np. analizą rynku (co zresztą i tak Zamawiający starał się przeprowadzić w dowodach nr 6 i 7). Sam Odwołujący wskazuje, że posiada informacje odnośnie liczby pojazdów i kontenerów czy kwot uzyskiwanych ze sprzedaży surowców. Zamawiający jednak w żadnym miejscu ani wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ani w treści odwołania danych liczbowych nie odnajduje.

Z literalnego brzmienia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wynika, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Przepis ten zatem należy interpretować analogicznie do obwiązującego w poprzednim stanie prawnym art. 90 ust. 3 ustawy, w odniesieniu do którego utrwalone zostało stanowisko prezentowane w judykaturze. Podkreślenia ponownie wymaga, że Zamawiający wskazał w treści wezwania

do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny elementy, w odniesieniu do których wymagał przedstawienia wyjaśnień wraz z dowodami, a Odwołujący temu wymaganiu nie sprostał. W żadnym bowiem miejscu składanych wyjaśnień Odwołujący nie zawarł konkretnych informacji stanowiących odpowiedź na wymaganie Zamawiającego (poza wysokością marży) oraz nie dołączył dowodów, a jedynie napisał ogólnie o prowadzonej przez siebie działalności. Zamawiający zatem oświadcza, że tak ogólne wyjaśnienia bez dowodów nie mogły leżeć u podstaw przyjęcia ich jako wyczerpujących i wystarczających do uznania, że cena nie jest rażąco niska, a staranność w formułowaniu stanowiska przez Odwołującego wysoka.

Zamawiający zauważa także, że obowiązek dowodzenia realności zaoferowanej w postępowaniu ceny wynika nie tylko z obowiązujących przepisów prawa, ale także z utrwalonego orzecznictwa.

Odnosząc się do żądania ewentualnego w zakresie wezwania do doprecyzowania wyjaśnień złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny, z uwagi na przyjęcie, że pierwotne wyjaśnienia nie rozwiały wszystkich wątpliwości Zamawiającego związanych z rażąco niską ceną, Zamawiający wskazuje, że podjęcie takiego działania byłoby w jego ocenie nieuprawione. Odwołujący zdaje się zapominać, że z ugruntowanego orzecznictwa wynika jednoznacznie, że Zamawiający uprawniony jest do ponownego wezwania wykonawcy wyłącznie w przypadku gdy treść wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny było nieprecyzyjne i nie zawierało wskazania elementów, w odniesieniu, do których Zamawiający oczekuje dostatecznie szczegółowych wyjaśnień lub kalkulacji. W żadnym wypadku procedura nie może prowadzić do złożenia przez wykonawcę właściwie całkiem nowych wyjaśnień. Konsekwencją takiego wezwania byłoby oczywiste naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę przedmiotowe wyjaśnienia Odwołującego to zgodzić należy się ze stanowiskiem Zamawiającego, że wyjaśnienia były tak ogólne, że należałoby mieć na względzie nie ich uszczegóławianie, ale ponowienie ponownego wezwania o złożenie wyjaśnień. Ponadto żadna z zasygnalizowanych w wyjaśnieniach okoliczności nie została poparta przez Odwołującego jakimikolwiek dowodami. Do wyjaśnień nie załączono żadnych dowodów, a zostały one załączone w pewnym zakresie dopiero do odwołania, co należy uznać jednoznacznie za spóźnione i jako takie nie podlegały ocenie Izby.

Skoro Odwołujący w odpowiedzi na szczegółowe wezwanie nie udzielił Zamawiającemu żadnych konkretnych informacji, skierowanie kolejnego, uzupełniającego wyjaśnienia wprost naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji. Ani bowiem w treści pisma zawierającego wyjaśnienie w zakresie rażąco niskiej ceny, ani w treści odwołania nie zostało wskazane, że treść wezwania do złożenia wyjaśnień była niezrozumiała. To natomiast powoduje, że Zamawiający nie jest uprawniony do ponownego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Załączono powołane w treści dokumenty: w tym własne analizy.

Przystępujący po stronie Zamawiającego „BYŚ" W. B., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa, wniósł o oddalenie odwołania. Złożył pismo zawierające argumentację analogiczną do przedstawionej przez zamawiającego.

W trakcie rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska na piśmie i do protokołu.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny sprawy jest niesporny i wobec obszernego przedstawienia go w stanowiskach stron, w szczególności w pismach procesowych tj. odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz stanowisku pisemnym przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, kolejne opisanie tego stanu jest zbędne.

Jako że Izba związana jest zakresem zarzutów odwołania, w sprawie niniejszej nie może być rozpatrywana ocena, bez sformułowanego zarzutu, a podnoszona przez odwołującego, poprawności dokonanej przez zamawiającego czynności wyceny wartości przedmiotu zamówienia. Relacje tej wielkości w stosunku do ceny ofert są oczywiste i oparte także na przepisach prawa co do okoliczności prowadzenia określonych procedur. Mając przy tym na uwadze, że niezależnie od ustawowego obowiązku, w gestii zamawiającego leży ocena w konkretnej sprawie, czy uzasadnione jest przeprowadzenie procedury wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny lub jej istotnych elementów, bezprzedmiotowe jest rozważanie problemu oszacowania wartości zamówienia. W konsekwencji istota sprawy polega na ocenie czynności odrzucenia oferty odwołującego „na postawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) – złożone wyjaśnienia (bez dowodów) nie uzasadniają podanej w ofercie ceny." (cyt. Z pkt III sentencji pisma z dnia 26 maja 2021 r. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty).

Niesporne jest, że zamawiający miał prawo i podstawy wezwania wykonawców, w tym odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co też zostało wykonane.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach skupił się na potwierdzeniu, że jego cena nie jest rażąco niska i jest ceną rynkową. Niesporne jest, że w treści wezwania zamawiający wskazał szczegółowo, jakich wyjaśnień od odwołującego wymaga, wskazał które konkretnie elementy formularza cenowego podlegają wyjaśnieniu, zażądał wyjaśnienia czy w zaoferowanych cenach jednostkowych odwołujący uwzględnił wskazane w piśmie czynniki i elementy, wskazał wprost na żądanie przedstawienia kalkulacji zaoferowanych cen jednostkowych, wskazał na żądanie przedstawienia dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oraz zażądał wskazania i wyjaśnienia, czy do ustalenia poszczególnych pozycji cenotwórczych zastosowanie mają elementy wymienione w art. 224 ust. 3 pkt 1-8 ustawy Pzp.

Można zatem przyjąć, że wezwanie do złożenia wyjaśnień zawiera sprecyzowanie oczekiwań co do sposobu ich udzielenia także w zakresie treści. Jest także niesporne, że żądaniem objęte było także dostarczenie dowodów potwierdzających argumentację, a jedynym dokumentem mogącym być uznanym za dowód jest kalkulacja własna – tabela w treści wyjaśnień. W tym zakresie, także dotyczącym kalkulacji brak jest jakichkolwiek dowodów uwiarygadniających przedstawione informacje. Izba przyznaje rację zamawiającemu, który wskazał na brak konkretnego wskazania źródeł i zasad ponoszenia opisywanych kosztów. Teza odwołania o braku potrzeby i celowości lub możliwości złożenia takich dowodów staje się błędna wobec przedstawienia w toku rozprawy szeregu dokumentów mogących mieć znaczenie w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez zamawiającego, a którego wynik jest obecnie kwestionowany przez odwołującego.

Przypominając jedynie, że ciężar dowodu w przedmiotowej sprawie obciąża wykonawcę należy stwierdzić, że wykonawca temu ciężarowi nie podołał, co samo w sobie oznacza spełnienie przesłanki odrzucenia oferty na cytowanej podstawie prawnej wobec nie obalenia tzw. domniemania ceny rażąco niskiej.

W powiązaniu z powyższym skład orzekający stwierdził, że opracowania zamawiającego, jakkolwiek mające znaczny walor poznawczy i zapewne przydatne w toku dalszej działalności instytucji, nie zostały uznane za dowody przesądzające o uznaniu ceny oferowanej przez odwołującego za rażąco niską. Taka bowiem konkluzja wynika z dowiedzionych braków w wyjaśnieniach złożonych na żądanie zamawiającego.

Wobec powyższego zarzut naruszenia („naruszenia" dodane przez KIO jako oczywista omyłka pominięcia wyrazu) przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych nie potwierdził się w rozpoznawanej sprawie. Mając powyższe na uwadze, orzeczono, jak w sentencji.

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

Przewodniczący: ……..