Sygn. akt: KIO 363/22

WYROK

z dnia 7 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2022 roku przez wykonawcę KartGIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawcy MGGP Aero Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - KartGIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego - KartGIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 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 363/22

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający” oraz

„Miasto Stołeczne") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Opracowanie oraz dostarczenie Mapy lokalizacji pni drzew w wersji cyfrowej dla wskazanego obszaru m.st. Warszawy" (znak sprawy: ZP/SW/271/III-125/21) (dalej: Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 19 października 2021 roku pod numerem: 2021/S 203-530486.

W dniu 1 lutego 2022 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku Postępowania.

11 lutego 2022 wykonawca KartGIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący" oraz „KartGIS") wniósł odwołanie od czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na:

1) odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu przyjęcia przez Zamawiającego, że zawiera rażąco niską cenę a wykonawca wezwany do wyjaśnień ceny nie wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska, przy jednoczesnym zaniechaniu przedstawienia pełnego, szczegółowego i konkretnego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

2) zaniechaniu kontynuowania procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty w przypadku, gdyby złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w tym zakresie wraz z dowodami faktycznie budziły wątpliwości Zamawiającego, względnie wymagały uszczegółowienia lub doprecyzowania;

3) wyboru jako najkorzystniejszej oferty MGGP Aero Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej: „MGGP");

4) zaniechaniu wyboru oferty KartGIS jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty KartGIS, pomimo że złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami stanowią potwierdzenie

realności i rzetelności wyceny ofertowej;

2) art. 253 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia pełnego, szczegółowego i konkretnego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego, poprzedzając na lakonicznych stwierdzeniach niepozwalających na stwierdzenie jakimi powodami kierował się Zamawiający odrzucając ofertę;

3) art. 16 pkt 1 oraz 3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania KartGIS do doprecyzowania, ewentualnie dodatkowych wyjaśnień w odniesieniu do złożonych w postępowaniu wyjaśnień i kontynuowania procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty;

4) art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wadliwe wskazanie podstawy prawnej wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a także wadliwe sformułowanie wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny;

5) art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, gdyż w nieuzasadniony sposób została odrzucona oferta Odwołującego i wybrana oferta MGGP;

6) art. 204 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty MGGP, pomimo iż oferta złożona przez Odwołującego w przypadku prawidłowego dokonania czynności oceny ofert winna być oceniona jako najkorzystniejsza w Postępowaniu.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) unieważnienie czynności wyboru oferty MGGP jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

3) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w Postępowaniu;

4) nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, w tym dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z warunkami SWZ w Postępowaniu;

5) ewentualnie nakazanie Zamawiającemu kontynuowania wobec Odwołującego procedury wyjaśnień w zakresie ceny;

6) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w jego ocenie wyjaśnienia z dnia 6 grudnia 2021 roku są kompletne i wyczerpujące, a przedstawione kalkulacje pozwalają na obalenie domniemania, że cena jest rażąco niska tj. potwierdzają, iż cena nie jest rażąco niska.

Zdaniem KartGIS wezwanie z dnia 1 grudnia 2021 roku nie wskazywało precyzyjnie jakie elementy oferty (ceny) w ocenie Zamawiającego budzą jego wątpliwości. Odwołujący podkreślił, że w doktrynie przyjmuje się, że zamawiający wzywając wykonawcę w sposób ogólny nie może oczekiwać, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty. Niezależnie od wad wezwania Odwołujący wskazał, że składając wyjaśnienia z dnia 6 grudnia 2021 roku szczegółowo przedstawił elementy oferty mające wpływ na kalkulację ceny.

KartGIS podniósł, że z charakteru usługi objętej przedmiotem niniejszego Postępowania wynika, iż głównym czynnikiem cenotwórczym są koszty pracownicze. Odwołujący wskazał na wyliczenia zawarte na stronie 2 wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Ponadto KartGIS załączył do odwołania wydruk z kalkulatora wynagrodzeń, w którym zaprezentowano szczegółowe wyliczenie kosztów pracowniczych oraz zestawienie kosztów zawierające szczegółowe rozbicie przyjętego czasu trwania projektu z uwzględnieniem podziału zaangażowania pracowników w poszczególnych miesiącach trwania projektu, a także częściach projektu. W ocenie Odwołującego tym samym zgodnie z treścią wezwania wskazał ponoszone przez siebie koszty pracownicze będące tożsame z kosztem robocizny. Nadto Odwołujący powołał się na możliwość zastosowania obniżenia kosztów związanych z posiadaniem przez KartGIS rozwiązań informatycznych, które opracował i jest ich właścicielem, które służyć mu będą do realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący podniósł, że posiada aplikację GIS, która była wykorzystywana do prac w zakresie zieleni miejskiej na terenie m. st. Warszawa, a zatem terenie tożsamym z obszarem objętym Postępowaniem. Tym samym - zdaniem Odwołującego - nie budzi wątpliwości, iż wykonawcy, którzy nie posiadają na własność podobnej infrastruktury lub muszą ją dopiero nabyć bądź ponosić koszty związane z jej wykorzystywaniem, ponoszą w tym zakresie koszty, które muszą skalkulować w cenie ofertowej.

KartGIS oszacował, że oszczędności z tego tytułu wynoszą w jego ocenie ok. 200 000,00 zł. Odwołujący podniósł, że gdyby dodać „zaoszczędzone" wyżej wymienione koszty do ceny ofertowej KartGIS tj. do kwoty 725 700,00 zł brutto, wówczas oferta wykonawcy wynosiłaby 925 700,00 zł brutto. Oznacza to, że oferta Odwołującego byłaby wyższa o 6 890,00 zł niż oferta wykonawcy MGGP, którego ofertę Zamawiający wybrał, a zatem - w ocenie KartGIS - koszty obydwu ofert są na porównywalnym poziomie.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Miasto Stołeczne nie zarzucało mu, że oferta i wyjaśnienia nie wykazują, że KartGIS nie posiada potencjału technicznego i doświadczenia niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia, co prowadzić powinno do logicznego wniosku, iż Zamawiający nie negował w tym zakresie wyjaśnień i możliwości obniżenia kosztów realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał również, że koszty przedstawione w wyjaśnieniach to

505 185,00 zł (396 185,00 zł + 50 000,00 zł + 59 000,00 zł), co oznacza, że posiada rezerwę w postaci 15% ceny na dodatkowe wydatki związane z realizacją zamówienia, które pozwolą na pokrycie nieprzewidzianych kosztów.

W ocenie Odwołującego trudno dopatrzeć się, gdzie Zamawiający upatruje braku spójności i braku kompletności przedstawionych kalkulacji, szczególnie że Miasto Stołeczne nie uzasadniło tego w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. KartGIS wskazał, że stoi na stanowisku, iż w sytuacji, gdyby faktycznie złożone wyjaśnienia ceny budziły wątpliwości Zamawiającego, czy też potrzebne byłoby dodatkowe uszczegółowienie złożonych wyjaśnień lub ich doprecyzowanie, Zamawiający był uprawniony do wezwania wykonawcy do dalszych wyjaśnień, a takie działanie byłoby w pełni uzasadnione, możliwe i zgodne z treścią ustawy Pzp, Zamawiający jednak nie podjął takich czynności.

Nadto Odwołujący wskazał, że - jego zdaniem - przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty KartGIS, nie spełnia przesłanek z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż jedynie ogólnikowo wskazuje na rzekome wady wyjaśnień.

W dniu 22 lutego 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Zdaniem Zamawiającego zarzuty postawione przez Odwołującego są bezzasadne. Zamawiający wskazał, iż podtrzymuje swoje stanowisko, co do tego, iż oferta KartGIS zawiera rażąco niską cenę i - w ocenie Miasta Stołecznego - brak jest możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, a w konsekwencji wszystkie czynności podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania przetargowego były zgodne z przepisami ustawy Pzp.

Ponadto Zamawiający stwierdził, że argumenty przedstawione przez Odwołującego nie zostały poparte rzetelnymi dowodami, przez co nie przekonały Miasta Stołecznego do uznania, że oferta KartGIS nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jednocześnie, wyjaśnienia otrzymane od Odwołującego nie wzbudziły nowych wątpliwości Zamawiającego i potwierdziły, że ma do czynienia z rażąco niską ceną. Wobec tego, jako, że nie zachodziły ku temu przesłanki, Miasto Stołeczne nie miało obowiązku wzywać ponownie Odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień. Zamawiający uznał, iż wyjaśnienia złożone przez KartGIS, w piśmie z dnia 6 grudnia 2021 roku oraz w treści odwołania, w żaden sposób nie dowodzą, że przyjęte przez niego ceny są realne.

Wykonawca MGGP Aero Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej: „Przystępujący") wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił MGGP Aero Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postę-

powania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu, w której zaoferował zrealizowanie zamówienia za cenę w wysokości 725 700,00 zł brutto. Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 1 225 000,00 zł.

Pismem z dnia 1 grudnia 2021 roku Zamawiający skierował do KartGIS wezwanie o następującej treści: „na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w celu ustalenia czy oferta wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaoferowana przez Wykonawcę cena całkowita oferty w kwocie 725 700,00 zł brutto jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania, a również średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W związku z powyższymi wątpliwościami, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny całkowitej brutto zamówienia, w szczególności w zakresie wskazanym w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp oraz złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub części składowych ceny (m.in. koszt pracowników, koszt robocizny, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, wysokość zysku, który Wykonawca założył na etapie kalkulacji oferty itp.)”.

Odwołujący udzielił wyjaśnień w dniu 6 grudnia 2021 roku, w których wskazał wyliczenia dotyczące ceny określonej w ofercie. Odwołujący odniósł się do kosztów zatrudniania pracowników tj. wskazał, że łączny koszt pracodawcy wynosi 7 831,20 zł (na osobę), co przy średniej liczbie godzin pracy w miesiącu (168h) daje stawkę godzinową w wysokości 46,61 zł/h. Ponadto KartGIS zaznaczył, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia ok. 8 500 rbh (roboczogodzin) zatrudniając do realizacji zamówienia min. 6 pracowników w zależności od potrzeb i pracochłonności przy inwentaryzacji i przetwarzaniu wyników. Odwołujący podał zakładany zysk na poziomie 10% wartości zamówienia oraz określił, że na zakup niezbędnych materiałów do realizacji zamówienia planuje przeznaczyć ok. 50 000.00 zł. Ponadto KartGIS przedstawił sprzęt, oprogramowanie oraz know-how, które zamierza wykorzystać w projekcie.

W dniu 1 lutego 2021 roku Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty MGGP oraz odrzuceniu oferty złożonej przez KartGIS. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Miasto Stołeczne wskazało, że odrzuciło ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp ze względu na to, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający podniósł, że wyjaśnienia złożone przez KartGIS w toku postępowania są niespójne, brak jest przedstawienia pełnej kalkulacji ceny ofertowej oraz składowych cen, ponadto brak jest zobrazowania przyjętych założeń do kalkulacji. Przedstawione wyjaśnienia nie prowadzą wprost do obliczenia ceny ofertowej ani nie wyjaśniają założeń kalkulacji.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Mając na uwadze, że złożone wyjaśnienia stanowią podstawę dla Zamawiającego do oceny prawidłowości zaoferowanej ceny, oczywistym jest, że wyjaśnienia te powinny być wyczerpujące, w tym zawierające uzasadnienie zaoferowanej ceny, w tym wskazanie okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej a nie innej ceny oraz przede wszystkim potwierdzające jej realny charakter. Niewątpliwie z treści art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wynika, że nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o tę przesłankę będzie również sytuacja gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W

tym miejscu podkreślenia wymaga, że same wyjaśnienia nie są wystarczające, ustawodawca przesądził bowiem że muszą być one poparte dowodami zostawiając jednocześnie wykonawcy swobodę w ich doborze.

Izba uznała wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny za nierzetelne, niewyczerpujące i nieuzasadniające ceny podanej w ofercie. Odwołujący nie wykazał Zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska, pomimo ziszczenia się ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w ofercie KartGIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wyjaśnienia z dnia 6 grudnia 2021 roku cechowały się dużym poziomem ogólności, nie wskazywały na wyliczenie wszystkich elementów wpływających na zaoferowaną cenę i nie zawierały dowodów pozwalających obalić domniemanie rażąco niskiej ceny. Ponadto wskazane w wyjaśnieniach czynniki kosztowe nie sumują się do ceny oferty.

W ocenie Izby wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia były uzasadnione. Zamawiający słusznie wskazał, że po zapoznaniu się z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny, nadal nie posiada wiedzy na temat poszczególnych składników ceny oraz sposobu jej obliczania. Miasto Stołeczne podkreśliło, że KartGIS w żaden sposób nie udowodnił, że jest właścicielem oprogramowania i aplikacji mobilnej oraz profesjonalnego sprzętu pomiarowego, które może wykorzystać do wykonania zamówienia. Ponadto Odwołujący powołał się na listę płac, która nie została dołączona do wyjaśnień oraz wskazał, że przedstawione wyliczenia w zakresie kosztów zatrudnienia, które - w ocenie Miasta Stołecznego - są nieprecyzyjne i nie uzasadniają wysokości zaproponowanej ceny. Nadto zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego czas realizacji przedmiotu umowy określił na 8500 roboczogodzin (metody szacowania wyliczeń, źródła informacji itp.), co sprawia, że obliczenia są abstrakcyjne. Odwołujący przedstawił sprzęt, oprogramowanie oraz know-how, które zamierza wykorzystać w projekcie i które, w jego ocenie, daje oszczędność na kwotę 200 000 zł netto przy czym nie poinformował w jaki sposób uwzględnił tę kwotę przy szacowaniu ceny końcowej. Zamawiający podkreślił również, że Odwołujący oszacował zakładany zysk na poziomie 10% wartości zamówienia, a także określił wydatek na koszty materiałowe w kwocie 50 000 zł. Miasto Stołeczne słusznie zauważyło, że po zsumowaniu przedstawionych w wyjaśnieniach części składowych ceny wynika, że kwoty te nie sumują się do łącznej ceny ofertowej 725 700 zł i są dużo niższe. Ponadto Izba wskazuje, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał istnienia infrastruktury, przy pomocy której zaoszczędzi w zakresie kosztów organizacyjnych związanych z obsługą Zamawiającego. W szczególności KartGIS nie uwzględnił kosztów administracyjnych projektu oraz kosztów zarządzania projektem. Ponadto Przystępujący słusznie zauważył, że Odwołujący dopiero w odwołaniu wskazał na uwzględnienie w cenie ofertowej „rezerwy" w wysokości 15% ceny na dodatkowe wydatki związane z realizacją zamówienia oraz koszt zakupu map. Powyższe potwierdza, że Odwołujący uzupełnia wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny na etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, co w ocenie Izby nie może być wzięte pod uwagę.

Izba podzieliła stanowisko wyrażone przez Zamawiającego i Przystępującego, zgodnie z którym dowody złożone wraz z odwołaniem jak i dowody złożone na rozprawie w postaci kalkulatora opłat za dane geodezyjne i kartograficzne oraz tabeli obrazującej jak wpływa zastosowanie metody KartGIS na realizację zamówienia i koszty z tym związane należy uznać za spóźnione. W ocenie Izby przedmiotowe dowody powinny zostać załączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Izba wskazuje, że postępowanie dowodowe w toku postępowania odwoławczego nie może prowadzić do uzupełniania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym niedopuszczalne jest przedkładanie dowodów, które powinny zostać dostarczone uprzednio zamawiającemu wraz z tymi wyjaśnieniami. Kognicja Izby ogranicza się bowiem do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione (por. wyrok KIO z dnia 24 lutego 2020 roku sygn. akt KIO 262/20).

Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 3 grudnia 2018 roku (sygn. akt V Ca 795/18, niepubl.) zaznaczył, że rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 roku (obecnie 244 ust. 1 ustawy Pzp), skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. W związku z tym, w przedmiotowym zakresie, Izba ocenia treść wyjaśnień, jakimi dysponował zamawiający oraz czynność ich oceny przez zamawiającego, nie zaś dodatkowe wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego (skarżącego) przed Izbą. Składanie przez skarżącego dopiero na rozprawie dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie przed KIO nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny nie może być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani przez sąd. Informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą (por. wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2019 roku o sygn.

akt KIO 2332/19 oraz wyrok KIO z dnia 6 listopada 2020 roku o sygn. akt KIO 2687/20).

Izba stwierdziła, że wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający określił jasno, w jakim zakresie chciałby uzyskać wyjaśnienia tj. w szczególności w zakresie kosztów pracowników, koszty robocizny, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, wysokości zysku, który wykonawca założył na etapie oferty itp.). Wezwanie było precyzyjne i zawierało wskazanie elementów w odniesieniu, do których Zamawiający oczekuje dostatecznie szczegółowych wyjaśnień lub kalkulacji.

Nadto Izba wskazuje, że treść zawiadomienia z dnia 1 lutego 2022 roku potwierdza, iż została wskazana podstawa faktyczna i prawna odrzucenia oferty Odwołującego. Uzasadnienie faktyczne decyzji odrzucenia oferty KartGIS jest pochodną złożonych wyjaśnień, które były lakoniczne i niewystarczające do wykazania, że cena nie jest rażąco niska, a ponadto zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający w takim zakresie jakim było to możliwe opisał, że w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach brak jest pełnej kalkulacji oferty, brak jest założeń przyjętych do kalkulacji, brak jest składników ceny, które prowadziłyby do obliczenia całkowitej ceny ofertowej. Miasto Stołeczne podkreśliło, że przedstawione wyjaśnienia są niespójne i nie prowadzą wprost do obliczenia ceny ofertowej, co - zdaniem Izby - jednoznacznie potwierdza, że wyjaśnienia są niewyczerpujące i nierzetelne. Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że uwzględnienie danego zarzutu może mieć miejsce wyłącznie w przypadku ustalenia, że dane naruszenie ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania, co w niniejszym przypadku nie miało miejsca.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Odwołującego do doprecyzowania, ewentualnie złożenia dodatkowych wyjaśnień, w ocenie Izby ponowne wezwanie nie było zasadne wobec braku zachowania staranności przez Odwołującego przy składaniu pierwotnych wyjaśnień w zakresie ceny. Izba podziela stanowisko zawarte w orzecznictwie KIO, zgodnie z którym jest ono dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości do wyjaśnienia. W ocenie Izby nie można natomiast prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia niekompletne, nierzetelne czy niepotwierdzające prawidłowości ceny, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie (por. wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2017 roku o sygn. akt KIO 686/17). Ponadto kolejne wezwanie wykonawcy do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez sugerowanie wykonawcy jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Wobec powyższego gdy wykonawca przedkłada ogólnikowe, pobieżne wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny niepoparte żadnymi dowodami, Zamawiający nie ma obowiązku sanowania oferty tego wykonawcy i wzywania go w nieskończoność do doprecyzowania kwestii, które powinny zostać wyjaśnione w pierwotnym piśmie.

Odnosząc się do wadliwego wskazania przez Zamawiającego podstawy prawnej w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny, Izba uznała ten zarzut za bezzasadny. Izba wskazuje, że kluczowe znaczenie ma sama treść wezwania. Niepodanie w wezwaniu przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie może mieć większego znaczenia, gdyż wykonawca ma obowiązek zastosować się do treści wezwania. W stanie faktycznym niniejszej sprawy Miasto Stołeczne w wezwaniu z dnia 1 grudnia 2021 roku wskazało wprost na art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi ogólną podstawę do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a następnie przytoczyło treść przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a zatem twierdzenia Odwołującego wydają się całkowicie nieuzasadnione.

Mając na uwadze powyższe Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania i orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 zd. 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący: .....