

WYROK

z dnia 18 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2022 r. przez wykonawcę CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie przy ul. Obrońców Modlina 16 (30-733 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Nowohuckiej 1 (31-580 Kraków)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sutco-Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach przy ul. Hutniczej 10 (40-241 Katowice) oraz Sutco

RecyclingTechnik GmbH z siedzibą w Bergish Gladbach przy Britanniahutte 14 (51469 Bergish Gladbach, Republika Federalna Niemiec), zgłaszających przystąpienie do udziału

w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., 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:

Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego na „Centrum Recyklingu Odpadów Komunalnych w Krakowie” Zakład Recyklingu Tworzyw Sztucznych - instalacja przygotowania odpadów tworzyw sztucznych do recyklingu, numer sprawy: TZ/EG/2/2022, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 lutego 2022 r., pod numerem 2022/S 036-092382.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 20 czerwca 2022 r. wykonawca CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, podjętych w postępowaniu, polegających na:

- odrzuceniu oferty odwołującego;
- zaniechaniu udostępnienia dokumentów o które wnioskował odwołujący;
- dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Sutco-Polska Sp. z o.o. (Lider); Sutco RecyclingTechnik GmbH (Partner) (zwanego dalej jako: „Konsorcjum Sutco”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a doszło do nadużycia prawa do weryfikacji przesłanki rażąco niskiej ceny, a następnie odrzucenia oferty, mimo że brak było podstaw do jakichkolwiek wątpliwości co do przyjętej ceny przez odwołującego jako adekwatnej do złożonego zamówienia i doprowadzenia do sytuacji wyboru oferty Konsorcjum Sutco mimo, że oferta odwołującego była korzystniejsza;

2) art. 239 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Sutco jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy przy uwzględnieniu oferty odwołującego - oferta odwołującego była ofertą korzystniejszą;

3) art. 74 ust. 2 Pzp przez zaniechanie udostępnienia wnioskowanych dokumentów, w tym m.in. wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum Sutco;

4) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 107 ust. 2 Pzp w zw. z treścią SWZ - pkt VI. 1) i 2) przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia/wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania że zaoferowane separatory optyczne oraz przenośniki nie są prototypami.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie zamawiającemu dokonania:

- uchylecia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- udostępnienia dokumentacji złożonej przez Konsorcjum Sutco zgodnie z żądaniem odwołującego z dnia 10 czerwca 2022 r.;
- dokonania wezwania do uzupełnienia/wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania że zaoferowane separatory optyczne oraz przenośniki nie są prototypami.

Odwołujący oświadczył, że złożył ważną ofertę w postępowaniu, zaś nieuzasadnione jej odrzucenie prowadzi do pozbawienia go możliwości pozyskania zamówienia. Zamawiający odrzucił bowiem także ofertę wykonawcy Ekotechnika, zatem w sytuacji unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, oferta odwołującego stanie się ofertą najkorzystniejszą. Zaskarżona czynność ma także mieć wpływ na wynik postępowania

- zamawiający bowiem wybrał jako najkorzystniejszą ofertę najdroższą - zatem uwzględnienie odwołania pozwoli na zmianę wybranego wykonawcy (i jednocześnie pozwoli zamawiającemu na zmniejszenie kosztów realizacji projektu o ponad 6 milionów złotych).

W pierwszej części uzasadnienia odwołujący opisał uwarunkowania postępowania. W tym kontekście wskazał, że zamawiający prowadzi postępowanie, które jest funkcjonalnie związane z postępowaniami:

- a) „Centrum Recyklingu Odpadów Komunalnych w Krakowie” - budowa Zakładu Recyklingu Tworzyw Sztucznych - TZ/EG/1/2022 (postępowanie zostało unieważnione); b
 - b) „Centrum Recyklingu Odpadów Komunalnych w Krakowie” - instalacja recyklingu folii PE - TZ/EG/3/2022, efektem realizacji wszystkich trzech zamówień ma być wybudowanie zakładu recyklingu tworzyw sztucznych. W ramach postępowania wskazanego w pkt a) (TZ/EG/1/2022) miała zostać wybudowana hala, w której zostaną zamontowane instalacje - instalacja przygotowania odpadów tworzyw sztucznych do recyklingu (będąca przedmiotem niniejszego postępowania) oraz instalacja recyklingu folii PE - postępowanie wskazane w pkt b) (TZ/EG/3/2022). Aktualnie:
- postępowanie w zakresie budowy hali jest prawomocnie unieważnione i kolejne nie zostało ogłoszone;
 - w postępowaniu w zakresie instalacji recyklingu folii nie dokonano wyboru wykonawcy.

Tym samym odwołujący wskazał na brak uzasadnienia do narzucania dużego tempa postępowania i wyznaczania wykonawcom skrajnie krótkich terminów na dokonywanie uzupełnień czy wyjaśnień w zakresie treści oferty. Wezwanie do wyjaśnień w zakresie „rażąco niskiej” ceny zamawiający wystosował do odwołującego w dniu 28 kwietnia 2022 r., wyznaczając termin złożenia wyjaśnień na dzień 6 maja 2022 r. Odwołujący zwracał się o wydłużenie tego terminu, jednak zamawiający odmówił. Istotnym dla całościowej oceny sytuacji jest sposób prowadzenia postępowania przetargowego w okresie przed złożeniem oferty oraz dokonywanie zmian w zakresie wymaganej dokumentacji do sporządzenia oferty. Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający w reakcji na jego wniosek usunął opisane w odwołaniu wymaganie złożenia części dokumentacji wraz z ofertą - co umożliwiło mu złożenie oferty w postępowaniu. Biorąc pod uwagę informacje pozyskane w toku postępowania w sprawie KIO 1221/22, KIO 1234/22 analogiczna sytuacja miała miejsce wobec wykonawcy Ekotechnika - decyzja o złożeniu oferty zapadła po dokonaniu ww. zmian. W ocenie odwołującego jak pokazuje obecna sytuacja, jego przewidywania wyrażone w treści pytania były całkowicie słuszne - gdyby nie dokonano wnioskowanej zmiany, w postępowaniu złożona zostałaby jedna oferta - Konsorcjum Sutco. Tym samym dokonując oceny postępowania zamawiającego należy wziąć pod uwagę wyżej wskazany kontekst - w ocenie odwołującego wskazujący na to, że celem zamawiającego było doprowadzenie do wyboru oferty Konsorcjum Sutco - czy to w drodze takiego ukształtowania treści SWZ, że będzie to jedyna oferta w postępowaniu czy później prowadzonych czynności wobec innych ofert - w taki sposób że zostaną one odrzucone. Marginalnie tylko według odwołującego należało wskazać, że historia udziału firmy Sutco w postępowaniach publicznych wskazuje, że w ogromnej większości przypadków postępowania w których bierze ona udział są postępowaniami gdy jej oferta jest jedyną złożoną ofertą z ceną bliską granicy możliwości finansowych zamawiających. Odwołujący wyjaśnił, że zidentyfikował co najmniej 15 postępowań przetargowych w okresie ostatnich 3 lat, w których oferta Sutco była jedyną ofertą, bądź oferty konkurencji zostały odrzucone, przy czym np. w postępowaniu „Rozbudowa i automatyzacja linii technologicznej sortowni odpadów komunalnych Barycz w Krakowie. Numer referencyjny: TZ/EG/3/2017” pozyskało zamówienie również składając jedyną ofertę w postępowaniu (co potwierdza TED 2017/S 209-433216).

W dalszej kolejności odwołujący odniósł się do działań zamawiającego wobec jego oferty. W tym zakresie odwołujący wyjaśnił, że został wezwany do złożenia wyjaśnień „rażąco niskiej” ceny. Analizując treść wezwania, wskazał, że:

- zamawiający wskazał, że cena oferty odwołującego budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia (co należy rozumieć jako całość zamówienia);
- skierowane do odwołującego wezwanie w żaden sposób nie wskazywało, która cena (z jakich powodów, w jakim zakresie) budzi wątpliwości zamawiającego i co powoduje, że są to wątpliwości tego rodzaju, że powodują obawy co do możliwości wykonania przedmiotu

zamówienia. Biorąc pod uwagę wskazane - ogólnie - przez Zamawiającego zakresy, tj.: Tabela „Dokumentacja projektowa” poz. „Projekt technologiczny” - cena odwołującego stanowiła 87% średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, zaś wartość tej pozycji (liczona wg cen średnich) to 4% wartości przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego 13% różnica

w tej pozycji przekłada się na 0,52% wartości przedmiotu zamówienia.

Tabela „Maszyny i urządzenia” poz. „Rozdrabniarka odpadów” - cena odwołującego stanowiła 86% średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, zaś wartość tej pozycji (liczona wg cen średnich) to 6% wartości przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego 14% różnica w tej pozycji przekłada się na 0,84% wartości przedmiotu zamówienia.

Tabela „Maszyny i urządzenia” poz. „Sterowanie wraz z instalacją sterowania i automatyki wraz z szafami sterowniczymi” - cena odwołującego stanowiła 58% średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, zaś wartość tej pozycji (liczona wg cen średnich) to 6% wartości przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego 42% różnica w tej pozycji przekłada się na 2,52% wartości przedmiotu zamówienia.

Tabela „Maszyny i urządzenia” poz. „Konstrukcje stalowe i pomosty” - cena odwołującego stanowiła 38% średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, zaś wartość tej pozycji (liczona wg cen średnich) to 8% wartości przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego 62% różnica w tej pozycji przekłada się na 4,96% wartości przedmiotu zamówienia.

Tabela „Usługi” poz. „Montaż instalacji” - cena odwołującego stanowiła 45% średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, zaś wartość tej pozycji (liczona wg cen średnich) to 6% wartości przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego 55% różnica w tej pozycji przekłada się na 3,3% wartości przedmiotu zamówienia.

Łącznie zatem różnice, które rzekomo budziły wątpliwości zamawiającego - na poziomie „co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia” obejmowały 12,14% wartości zamówienia

- przy czym zwrócić należy uwagę, że pośród wymienionych w ofercie 17 pozycji cena odwołującego przewyższa średnią arytmetyczną w 12 przypadkach, a jest niższa od średniej w 5 przypadkach. Odwołujący wskazał, że cena jego oferty była najbardziej zbliżona do średniej arytmetycznej wszystkich ofert i odbiega od tej średniej o zaledwie 3,76%.

W ocenie odwołującego analiza okoliczności związanych wezwaniem jak i jego treści była w pełni uzasadniona w niniejszym postępowaniu, gdyż - z jednej strony wyrok KIO wskazany w uzasadnieniu decyzji zamawiającego nie jest prawomocny i na dzień składania odwołania nie minął jeszcze termin do złożenia skargi, - z drugiej zaś rozstrzygnięcie to nie może stanowić podstawy do orzekania w sprawie niniejszej, gdyż orzeczenie to nie dotyczy najdalej idących konsekwencji w postaci odrzucenia oferty (co pozbawia odwołującego możliwości pozyskania zamówienia), które to konsekwencje na moment wydawania tamtego rozstrzygnięcia jeszcze nie nastąpiły. Skutek nadużycia prawa - w postaci rzekomego wezwania do wyjaśnień „rażąco niskiej” ceny - nastąpił w momencie odrzucenia oferty odwołującego. W ocenie Odwołującego taki skutek był zaplanowany już od samego początku, w celu wyboru oferty Konsorcjum Sutco - zawierającej cenę rażąco wysoką.

W kolejnym fragmencie uzasadnienia odwołujący wskazał na pozorny - w jego ocenie - charakter wezwania zamawiającego i nadużycie prawa. Odwołujący wyjaśnił, że Powyższe fakty wskazywały na pozorny charakter wezwania zamawiającego w kontekście badania rażąco niskiej ceny oraz realny cel tego wezwania w postaci doprowadzenia do odrzucenia oferty odwołującego - co jest nadużyciem prawa. Zdaniem odwołującego analiza treści przepisu wskazuje, że jego celem jest prowadzenie weryfikacji ceny, która wydaje się rażąco niska i powoduje wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. To stanowisko zostało także wskazane w treści wezwania zamawiającego. Wobec tego, że pojęcie „rażąco niska cena” nie posiada definicji legalnej, należy dokonać jego wykładni. Zgodnie z rozumieniem językowym słowo rażąco należy rozumieć:

„1. «rzucający się w oczy» 2. «o ujemnych cechach, zjawiskach itp.: wyraźny, bardzo duży»”

- <https://sjp.pwn.pl/sjp/razacy;2514202.html>

„1. nieprzyjemny, zwłaszcza dla oczu; 2. o cechach ujemnych: wyraźny, bardzo duży” - Zatem zgodnie z ww. definicjami słownikowymi różnica ceny powinna być wyraźna, rzucająca się w oczy, bardzo duża.

Odnosząc się do powyższego oraz powołując się na stanowisko doktryny i orzecznictwo, odwołujący stwierdził, że można przyjąć konsekwentnie, iż dla uznania ceny za rażąco niską konieczne jest to aby różnica tej ceny w stosunku do innych była bardzo duża, rzucająca się w oczy. W ocenie odwołującego taka okoliczność w niniejszej sprawie nie wystąpiła - cena ofertowa odwołującego zarówno jako całość była najbardziej zbliżona do średniej arytmetycznej wszystkich ofert w postępowaniu (różnica wynosi zaledwie 3,76%), jak również poszczególne ceny jednostkowe wskazane w formularzu ofertowym są cenami najbardziej zbliżonymi do średnich cen wszystkich ofert w postępowaniu.

Odnosząc się do poglądu zamawiającego odwołującego się do cen jednostkowych,

odwołujący podkreślił, że:

- cena w postępowaniu ma charakter ryczałtowy - co powoduje że dla uzyskania wynagrodzenia konieczna jest realizacja całości przedmiotu zamówienia,
- zamówienie ma charakter „zaprojektuj i zbuduj” - zatem oczywistym jest że wszelkie założenia dokonane na etapie ofertowania mogą podlegać zmianom i ostatecznie szczegółowy i kompletny przedmiot zamówienia zostanie określony po zatwierdzeniu projektów wykonawczych.

Tym samym w ocenie odwołującego, biorąc pod uwagę obiektywne okoliczności i racjonalny punkt widzenia, brak było podstaw do przyjęcia że jakakolwiek cena ofertowa (całościowa czy częściowa) odwołującego mogła wydawać się rażąco niska i prowadzić do wzbudzenia wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia.

Powołując się na okoliczności sprawy odwołujący stwierdził, że zamawiający dysponował pełną wiedzą, iż odwołujący w momencie składania oferty nie będzie dysponował szczegółowymi danymi na poziomie wynikającym z wykreślonych wymagań. Odwołujący bowiem wyraźnie wskazał w treści swojego wniosku, że bez usunięcia tych wymagań nie będzie w stanie złożyć oferty a wykonanie takich opracowań zajmie mu ok. 3 miesiące. Zamawiający miał pewność że to dzięki usunięciu tych wymagań odwołujący złożył ofertę - zatem miał także pewność, że tych szczegółowych danych na dzień złożenia oferty nie posiadał. Odwołujący skonstatował, że zamawiający wzywając go o wyjaśnienia - rzekomo dotyczące rażąco niskiej ceny - w istocie zastawił na niego pułapkę, gdyż wiedział, że nie posiada szczegółowych danych i nie będzie w stanie przedstawić satysfakcjonujących zamawiającego wyjaśnień (w szczególności w krótkim terminie) - gdyż ich przedstawienie w istocie wymagałoby posiadania przygotowanych informacji i dokumentów, które zostały usunięte z wymagań. Do takiego wniosku (że wezwanie było pułapką) doprowadziła odwołującego także sekwencja zdarzeń:

- wezwanie zostało skierowane w dniu 28 kwietnia późnym popołudniem - a zatem przed tzw. „długim weekendem” z wyznaczeniem terminu złożenia wyjaśnień na 6 maja - co miało stworzyć pozór adekwatnego terminu, przy faktycznie maksymalnym jego skróceniu;
- zamawiający odmówił przedłużenia wyznaczonego terminu, pomimo braku jakiegokolwiek presji na termin rozstrzygnięcia postępowania (ważność ofert do 25 lipca 2022 r., brak nawet wszczętego postępowania obejmującego budowę hali),

wskazując na to, że w istocie zamawiający nie dążył do uzyskania jakichkolwiek wyjaśnień, a jedynie uzasadnienia dla uznania, że została spełniona przesłanka umożliwiająca odrzucenie oferty odwołującego z powodu niesatysfakcjonujących zamawiającego wyjaśnień. Takie stanowisko potwierdzały w ocenie odwołującego dalsze fakty:

- zamawiający w żadnym punkcie decyzji o odrzuceniu oferty nie wskazał, która z cen ofertowych odwołującego w jego ocenie jest rażąco niską i ta różnica jest na tyle znacząca, że powoduje uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia;
- zamawiający nie próbował podjąć jakichkolwiek dalszych działań - wezwać odwołującego do dodatkowych wyjaśnień, uzupełnień itp.

Odwołujący wskazał, że wezwanie do dodatkowych wyjaśnień czy uzupełnień złożonych wyjaśnień jest możliwe i w pełni zasadne - w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że wezwanie z dnia 28 kwietnia ma charakter ogólny i nie wskazuje szczegółowo jakie elementy oferty i w jakim zakresie budzą wątpliwości zamawiającego. Tym samym zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień, które uważał za niewystarczające mógł wezwać o ich uzupełnienie, wskazując konkretne elementy których wyjaśnienia oczekuje. Brak takiego wezwania oraz jednoczesny brak wskazania w decyzji którą/które ceny i w jakim zakresie zamawiający uznał za rażąco niską wskazuje, że w istocie ta okoliczność nie była przedmiotem troski zamawiającego - a jedynie dążył on do uzyskania formalnych podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

W opinii odwołującego wskazane powyżej okoliczności potwierdzały, że wezwanie do wyjaśnień z dnia 28 kwietnia miało charakter „pułapkowy” - zamawiający w swojej decyzji w istocie krytykował całość oferty odwołującego i starał się stworzyć wrażenie, że była ona całkowicie nieprofesjonalna i nie odpowiadała wymaganiom przetargu.

Odwołujący wskazał, tytułem przykładów elementy składające się na treść wezwania, które w jego opinii miały potwierdzać okoliczność, że zamawiający pod pozorem wyjaśnień rażąco niskiej ceny żądał informacji, z których zrezygnował zmieniając SWZ.

W podsumowaniu kwestii rażąco niskiej ceny i odniesienia się do sytuacji rynkowej odwołujący wyjaśnił, że praktyka rynkowa potwierdza pogląd o pozorności wezwania i

ukierunkowaniu go na odrzucenie jego oferty. Powołanie się odwołującego na jego wieloletnie doświadczenie na rynku publicznym miało wskazać, że zamawiający nie wzywają do wyjaśnień pod pozorem badania rażąco niskiej ceny w sytuacji gdy ceny ofertowe są zbliżone do siebie. W postępowaniach o podobnym przedmiocie zamówienia:

- postępowanie obejmujące „Rozbudowę (modernizację) RIPOK (SPOK) Korzyścienko o instalację linii sortowania odpadów wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną” - nr sprawy 3/ZP/2021 - dokonano wyboru oferty której cena odbiega o 8,8% od średniej ceny ofert, w toku postępowania nie prowadzono wyjaśnień „rażąco niskiej ceny”,
- postępowanie obejmujące „Dostawę i montaż linii technologicznej wraz z zaprojektowaniem i budową hali sortowni, infrastruktury towarzyszącej, ścieżki edukacyjnej oraz przebudową i rozbudową istniejącego placu na odpady budowlane z przeznaczeniem na plac na bioodpady i polepszacz glebowy, w ramach projektu pn. „Rozbudowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów Nowy Dwór Sp. z o.o.” - nr ref.: ZP/ZZO/4/2022 - dokonano wyboru oferty której cena odbiega o 18,2% od średniej ceny ofert, w toku postępowania nie prowadzono wyjaśnień „rażąco niskiej ceny”.

W ocenie odwołującego miało wskazywać, że różnica na poziomie poniżej 4% średniej ceny ofert w żaden sposób nie uzasadniała przyjęcia, że cena taka jest rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia.

Na to, że w istocie przeprowadzenie procedury wyjaśnień „rażąco niskiej ceny” było pozorne i służyło uzyskaniu formalnej podstawy do odrzucenia oferty odwołującego wskazywała, w opinii tego wykonawcy, także treść pisma zawierającego uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty. Zamawiający w treści pisma miał zdaniem odwołującego koncentrować się na jego

krytyce jako rzekomo podmiotu nieprofesjonalnego i krytyce sposobu konstruowania oferty

oraz modelu współpracy z podmiotami trzecimi - pomimo braku jakichkolwiek wezwań do wyjaśnień w tym zakresie - bez wskazania jakichkolwiek okoliczności w zakresie rzekomo „rażąco niskiej” ceny oferty odwołującego. Z treści uzasadnienia jasno wynikało, że zamawiający swoją decyzję opiera na domniemaniach i domysłach, co do których zamawiający nie podjął działań mających na celu wyjaśnienia tych okoliczności a skupił się na uzyskaniu uprawnienia do odrzucenia oferty.

Odwołujący wskazał, że w przedłożonych wyjaśnieniach odniósł się do wszystkich elementów ceny ofertowej. Wobec braku wskazania przez zamawiającego czego konkretnie dotyczą jego „wątpliwości”, odwołujący stwierdził, że przedstawił wyjaśnienia w jego ocenie potwierdzające, że nie może być mowy o rażąco niskiej cenie jego oferty. Ponadto działania polegające na odrzuceniu oferty z ceną najbardziej zbliżoną do średniej cen ofertowych odwołujący nie był w stanie uznać za racjonalne, leżące w interesie publicznym i będącego realizacją zasad prawa zamówień publicznych. W szczególności zwrócił uwagę, że działania zamawiającego doprowadziły do dokonania wyboru oferty rażąco drogiej - o ponad 6 milionów złotych droższej, w sytuacji gdy zamawiający ze względu na brak środków finansowych zmuszony był unieważnić postępowanie na halę w której ma się mieścić instalacja będąca przedmiotem niniejszego postępowania a Miasto Kraków zmuszone jest podnosić pobierane od mieszkańców opłaty za odbiór odpadów komunalnych.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do kwestii niezgodności oferty z SWZ odwołujący wyjaśnił, że odnosząc się do wskazanej jako podstawa odrzucenia oferty kwestii rzekomej niezgodności oferty z warunkami zamówienia, należało uznać, że stwierdzenie takie było przedwczesne i dokonane z naruszeniem zapisów SWZ. Zamawiający przewidział bowiem, że przedmiotowe środki dowodowe w zakresie, który wskazał jako podstawa odrzucenia oferty podlegają wyjaśnieniom i uzupełnieniom. Zamawiający nie wezwał odwołującego do wyjaśnień i uzupełnień w tym zakresie, co czyni stwierdzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia przedwczesnym. Odnosząc się do kwestii merytorycznej, odwołujący wskazał, że jego oferta była zgodna z warunkami zamówienia, urządzenia nie są prototypami i po wezwaniu do wyjaśnień i uzupełnień środków dowodowych przedstawi dowody potwierdzające, że zastosowane urządzenia nie mają charakteru prototypów.

Jeśli chodzi o zarzut odnoszący się do zaniechania udostępnienia wyjaśnień Konsorcjum Sutco, odwołujący wyjaśnił, że w dniu 10 czerwca 2022 r. zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie wszystkich podmiotowych środków dowodowych, wezwań i odpowiedzi (zwłaszcza w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny) złożonych przez Konsorcjum Sutco oraz kompletnej oferty technicznej Konsorcjum Sutco z uwzględnieniem załącznika nr 9 do SWZ (podpunkty b, c oferty technicznej) wraz z innymi wymaganymi dokumentami. Dokumenty te stanowią istotny element pozwalający na ocenę prawidłowości dokonanego wyboru oferty Konsorcjum Sutco jako najkorzystniejszej i zaniechanie ich udostępnienia narusza prawo odwołującego do skorzystania ze środka odwoławczego wobec decyzji wyborowej w tym zakresie. Zamawiający nie udostępnił

odwołującemu żądanych dokumentów. Zaniechanie to po raz kolejny utwierdziło odwołującego w przekonaniu, że działania zamawiającego były ukierunkowane na wybór rażąco drogiej oferty Konsorcjum Sutco, gdyż uniemożliwia on weryfikację tej oferty zgodnie z regulami prawa zamówień publicznych.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Sutco-Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz Sutco RecyclingTechnik GmbH z siedzibą w Bergish Gladbach.

W dniu 11 lipca 2022 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt. 4) i 5) Pzp, w związku z tym, że odwołujący powołał się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie o sygn. akt. KIO 1221/22, KIO 1234/22 wniesionego przez odwołującego, a także czynności jakie podważa zostały usankcjonowane przez Izbę, ewentualnie oddalenia odwołania; oraz
- w pozostałym zakresie tj. pkt. 5 i 6 odwołania o oddalenie odwołania jako bezzasadnego, w tym również oddalenie odwołania w zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp;
- zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów zastępstwa prawnego.

W dniu 13 lipca 2022 r. także wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe, w którym przedstawił argumentację dla wniosku o nieuwzględnienie odwołania, gdyż czynności podjęte przez zamawiającego w postępowaniu były prawidłowe.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sutco-Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz Sutco RecyclingTechnik GmbH z siedzibą w Bergish Gladbach (zwanego dalej: „przystępującym” lub nadal: „Konsorcjum Sutco”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

Tym samym Izba oddaliła wnioski odwołującego i przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2), 3), 4) i 5) Pzp.

Zgodnie z art. 528 pkt 4) Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego. Jak wynika z treści ww. przepisu odwołujący nie może ponownie składać odwołania w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powołując się na te same okoliczności faktyczne. Wydanie orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, opartego na określonych okolicznościach faktycznych wywołuje skutek w postaci stanu powagi rzeczy osądzonej, który stanowi negatywną przesłankę procesową.

Skład orzekający ustalił, że odwołujący w dniu 4 maja 2022 r. wniósł odwołanie wobec czynności wezwania go do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która została dokonana w dniu 28 kwietnia 2022 r. Odwołanie zostało oznaczone sygn. akt KIO 1221/22. Izba wyrokiem z dnia

25 maja 2022 r. oddaliła powyżej wskazane odwołanie.

Przekładając powyższe ustalenia na przedmiotową sprawę Izba stwierdziła, że co prawda znaczna część argumentacji odwołującego w obecnej sprawie stanowiła bezpośrednie powielenie argumentacji podniesionej przy okazji sprawy o sygn. akt KIO 1221/22 i odwołujący w niniejszej sprawie powołał się w znacznym zakresie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie odwołania wniesionego przez niego i oznaczonego sygn. akt KIO 1221/22, dotyczącego tego samego postępowania, jednakże taka okoliczność nie jest przesłanką odrzucenia odwołania. Przesłanka odrzucenia odwołania zawarta w art. 528 pkt 4) Pzp wskazuje na powoływanie się przez odwołującego wyłącznie na te same okoliczności, natomiast w przedmiotowej sprawie odwołujący oprócz szerokiego odniesienia się do wcześniejszej sprawy i przytoczenia w zdecydowanej większości tych samych okoliczności, jednak w uzasadnieniu odwołania podał także inne okoliczności, które odnosiły się do uzasadnienia odrzucenia jego oferty, czyli do czynności odrzucenia jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Tym samym nie można było uznać, że odwołujący w zakresie czynności badania jego oferty w kontekście rażąco niskiej ceny powołał się wyłącznie na te same okoliczności co w sprawie wcześniejszej. W przywołanej przez odwołującego argumentacji pojawiły się jednak pewne elementy, które należało uznać jako inne okoliczności w porównaniu z wcześniejszą sprawą, które przesądziły, że odwołanie należało skierować do merytorycznego rozpoznania, abstrahując w tym miejscu uzasadnienia od jakości i zasadności tych okoliczności.

Z podobnych względów skład orzekający nie znalazł powodów do odrzucenia odwołania na podstawie przesłanki określonej w art. 528 pkt 5) Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono powyżej Izba oddaliła odwołanie oznaczone sygn. akt KIO 1221/22, które dotyczyło czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i siłą rzeczy nie rozstrzygała kwestii prawidłowości czynności odrzucenia oferty odwołującego w kontekście rażąco niskiej ceny. Ponadto Izba ustaliła, że w odwołaniu właściwym dla przedmiotowej sprawy zostały przywołane pewne okoliczności, które odnosiły się do czynności odrzucenia jego oferty i nie były tożsame z okolicznościami podniesionym przy okazji wcześniejszej sprawy. W związku z tym w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba zdecydowała się rozpoznać odwołanie w zakresie odnoszącym się do czynności odrzucenia oferty odwołującego, mając na uwadze argumentację podaną w odwołaniu, a odnoszącą się do tej czynności.

Nie można było także uznać, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony lub zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Skoro Izba zdecydowała się rozpoznać odwołanie w zakresie dotyczącym czynności odrzucenia oferty odwołującego w odniesieniu do argumentacji podanej w odwołaniu i odnoszącej się do tej czynności, to nie można było uznać, że odwołujący był podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania, ponieważ złożył ofertę w postępowaniu i czynność odrzucenia dotyczyła jego oferty. Ponadto czynność odrzucenia oferty odwołującego nastąpiła w dniu 10 czerwca 2022 r., zatem odwołanie dotyczące tej czynności wniesione w dniu 20 czerwca 2022 r., należało potraktować jako wniesione w terminie określonym w ustawie.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 1 lipca 2022 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę odwołującego wraz z załącznikami;
- wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 28 kwietnia 2022 r. skierowane do odwołującego w trybie art. 224 ust. 1 Pzp;
- odwołanie wniesione przez odwołującego w dniu 4 maja 2022 r. od czynności wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
- wyjaśnienia z dnia 6 maja 2022 r. w zakresie rażąco niskiej ceny, złożone przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28 kwietnia 2022 r.;
- pismo z dnia 10 czerwca 2022 r. zawierające informację wraz z uzasadnieniem w zakresie odrzucenia oferty odwołującego;
- pismo z dnia 21 czerwca 2022 r. skierowane do odwołującego w odpowiedzi na jego wniosek o udostępnienie dokumentów dotyczących oferty przystępującego;

- 2) załączoną do odwołania tabelę postępowań Sutco;
- 3) dokumenty złożone na rozprawie przez zamawiającego:
 - opracowanie zawierające porównanie składników cenotwórczych w poszczególnych ofertach do średniej arytmetycznej złożonych ofert;
 - opracowanie zawierające porównanie treści wyjaśnień ceny złożonych przez odwołującego oraz wykonawcę Ekotechnika;
 - opracowanie odnoszące się do oferty odwołującego wskazujące wyszczególnienie zakresu czynności realizowanych przez podwykonawców oraz osobiście przez odwołującego.

Izba ustaliła co następuje

Pismem z dnia 28 kwietnia 2022 r. odwołujący został wezwany na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia istotnych części składowych ceny oferty, które w ocenie zamawiającego budziły wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

W dniu 4 maja 2022 r. odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na wezwaniu odwołującego do wyjaśnień istotnych części składowych ceny oferty. W odwołaniu został podniesiony zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp przez wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy brak jest podstaw do uznania, że istnieją wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia powyższego zarzutu, zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp przez wyznaczenie terminu do złożenia wyjaśnień jako terminu zbyt krótkiego, uniemożliwiającego rzetelne przygotowanie odpowiedzi. Odwołanie zostało zarejestrowane pod sygn. akt KIO 1221/22.

Pismem z dnia 6 maja 2022 r. odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny. W treści wyjaśnień odwołujący wskazał m. in., że w związku z faktem złożenia w dniu 4 maja 2022 r. odwołania na czynność zamawiającego, polegającą na wezwaniu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wyjaśnienia zawarte w dalszej części pisma zostały złożone z ostrożności procesowej i z jednoczesnym zastrzeżeniem, że zamawiający nie powinien: dokonywać ich analizy, prowadzić żadnych czynności na ich podstawie, udostępniać ich innym osobom, podejmować decyzji w postępowaniu do momentu rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego.

Wyrokiem z dnia 25 maja 2022 r. Izba oddaliła odwołanie oznaczone sygn. akt KIO 1221/22. Odwołujący nie wniósł skargi na ww. orzeczenie.

W dniu 10 czerwca 2022 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Z treści uzasadnienia wynikało, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i ust. 6 Pzp, gdyż odwołujący nie wykazał, iż zaoferowane przez niego części składowe oferty nie są rażąco niskie i gwarantują możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;
- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż odwołujący nie wykazał, iż zaoferowane przez niego urządzenia (5 szt.), tj. separatory optyczne (najważniejsze urządzenia w całym ciągu technologicznym) nie są prototypami. Zamawiający wskazał, że za jakość (czystość materiałową) odpadów pozyskiwanych na instalacji odpowiadają przede wszystkim separatory optyczne, a co za tym idzie zaproponowanie rozwiązań prototypowych (niesprawdzonych dla danego rodzaju odpadów) spowoduje brak pewności uzyskania wymaganej (koniecznej) jednorodności i czystości materiałowej folii PE przekazywanej do recyklingu. W treści uzasadnienia zamawiający podniósł, m. in. że w treści wskazanego przez odwołującego załącznika nr 2 nie została wykazana ani jedna lokalizacja wskazująca na to, że oferowany model separatora optycznego już został wykorzystany i funkcjonuje - co potwierdzałoby, iż nie jest prototypem. Ponadto informacja o istnieniu wskazanego przez wykonawcę do zastosowania typu urządzenia nie znajdowała także potwierdzenia w katalogu producenta tego urządzenia. Również w przypadku proponowanych przenośników odwołujący poinformował, że zaproponowane w ofercie rodzaje i typy przenośników zostaną

uruchomione we wrześniu 2022 r., co stało w sprzeczności z obowiązkiem zaoferowania rozwiązań sprawdzonych, a nie nigdy wcześniej nie instalowanych w konkretnej instalacji.

Pismem z dnia 21 czerwca 2022 r. zamawiający poinformował odwołującego, że w odpowiedzi na wniosek z dnia 10 czerwca 2022 r. w zakresie udostępnienia oferty wykonawcy Konsorcjum Sutco, przesyła odwołującemu dokumenty, które odtajnił w dniu 9 czerwca 2022 r., natomiast pozostałe dokumenty niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa zostały przesłane w dniu 15 czerwca 2022 r. oraz w poprzedniej korespondencji.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 224 ust. 6 Pzp - Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.;
- art. 17 ust. 1 pkt 2 Pzp - Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.;
- art. 8 Pzp - 1. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.
- 2. Termin oznaczony w godzinach rozpoczyna się z początkiem pierwszej godziny i kończy się z upływem ostatniej godziny.
- 3. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w godzinach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu godziny, w której to zdarzenie nastąpiło.
- 4. Termin obejmujący dwa lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze.
- 5. Dniem roboczym nie jest dzień uznany ustawowo za wolny od pracy oraz sobota.;
- art. 5 k.c. - Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.;
- art. 239 Pzp - 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
- 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.;
- art. 74 ust. 2 Pzp - Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:
 - 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,
 - 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.;
- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- art. 107 ust. 2 Pzp - Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Jak wynikało z wcześniejszej części uzasadnienia Izba nie zdecydowała się odrzucić odwołania na podstawie art. 528 pkt 4) Pzp wychodząc z założenia, że odwołujący w zakresie przedmiotowego odwołania nie powołał się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie odwołania oznaczonego sygn. akt KIO 1221/22, jednakże należało wskazać, że te okoliczności, na które powołał się odwołujący przy okazji tego odwołania były w znacznym zakresie identyczne z tymi, które zostały powołane przy okazji wcześniejszej sprawy. W zasadzie całość stanowiska odwołującego w przedmiotowej sprawie odnosiła się do okoliczności wezwania z dnia 28 kwietnia 2022 r. Zasadność wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny była badana przez Izbę w ramach orzeczenia z dnia 25 maja 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1221/22. Izba w przedmiotowym wyroku oddaliła odwołanie kwestionujące czynność wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień z dnia 28 kwietnia 2022 r. tym samym czynność tą należało uznać za prawidłową. Ponadto Izba ustaliła, że odwołujący nie wniósł skargi do sądu na przedmiotowe orzeczenie.

W związku z powyższym w przedmiotowej sprawie Izba nie miała żadnych możliwości prawnych w zakresie ponownego rozstrzygnięcia, co do zasadności czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Tym samym Izba w pełnej rozciągłości przyjęła i podtrzymała ustalenia poczynione przy okazji sprawy oznaczonej sygn. akt KIO 1221/22.

Jak słusznie wskazał przystępujący odwołujący podniósł jako uzasadnienie stawianych przez siebie zarzutów mających prowadzić do wzruszenia czynności odrzucenia jego oferty m. in. następujące argumenty:

- a) brak zasadności wezwania ze względu na brak różnic cenowych pomiędzy cenami ofert złożonych w postępowaniu, a tym samym „nadużycie prawa” przez zamawiającego poprzez wystosowanie do odwołującego wezwania do wyjaśnień ceny;
- b) charakter ryczałtowy wynagrodzenia a zatem brak podstawy do żądania wyjaśnień w zakresie części składowych ceny;
- c) rezygnacja przez zamawiającego w trakcie udzielania odpowiedzi na pytania z przedstawiania wraz z ofertą szczegółowych rozwiązań technicznych, a w konsekwencji brak podstaw do żądania szczegółowych wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny na etapie po złożeniu ofert („zastawienie pułapki na odwołującego” por. akapit 1 str. 10 odwołania);
- d) zbyt krótki termin na udzielenie odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień ceny.

Wszystkie ww. okoliczności faktyczne zostały rozstrzygnięte w wyroku w sprawie KIO 1221/22, w którym Izba jednoznacznie wskazała, że czynność wezwania odwołującego do udzielenia wyjaśnień była prawidłowa:

Ad. a) Na wstępie zaznaczenia wymaga, że w sprawie nie jest sporne, że Zamawiający wezwał do wyjaśnień ceny wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak też, że wszyscy wykonawcy złożyli wyjaśnienia ceny w określonym przez Zamawiającego terminie, co zostało stwierdzone na rozprawie przez Zamawiającego i przyznane przez Odwołujących. Oznacza to, że złożenie wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie było możliwe.

Następnie zauważenia wymaga, że żaden z Odwołujących nie zakwestionował, iż elementy składowe ceny ich ofert, co do których Zamawiający wymagał wyjaśnień, nie są elementami istotnymi. Oznacza to, że w tym aspekcie nie ma sporu pomiędzy stronami. Spór dotyczy tego, czy w okolicznościach analizowanej sprawy, Zamawiający mógł powziąć wątpliwości co do możliwości należytego wykonania zamówienia za podane w ofertach ceny elementów wskazanych w wezwaniach do wyjaśnień i mogły się one wydawać Zamawiającemu rażąco niskie, a w konsekwencji mógł skierować do wykonawców wezwanie do ich wyjaśnień, a jeśli tak, to czy określił na ich złożenie termin, który był realny.

Zauważenia wymaga, że ww. przepis 224 ust. 1 Pzp nie precyzuje okoliczności, które mogą powodować po stronie zamawiającego wątpliwości, a jedynie wskazuje na to, że w sytuacji, gdy takie poweźmie, m.in. co do cen istotnych części składowych, które w jego ocenie mogą stwarzać zagrożenie, że przedmiot zamówienia nie zostanie wykonany zgodnie m.in. z postawionymi przez niego wymaganiami, jest obowiązany zażądać od wykonawców wyjaśnień. Oznacza to, że Zamawiający mając m.in. na uwadze dokonaną przez siebie

analizę cen na rynku, własne doświadczenie przy udzielaniu podobnych zamówień, ceny złożonych w postępowaniu ofert, a przede wszystkim specyfikę zamówienia, dokonuje oceny pozyskanych ofert w aspekcie możliwości należytego wykonania umowy za podane w nich ceny i - w razie powzięcia w tym zakresie wątpliwości - występuje do wykonawców o wyjaśnienia tych cen.

Ze stanowiska Zamawiającego oraz przedłożonych na rozprawie przez niego tabel porównawczych wynika, że Zamawiający powziął wątpliwości co do tych elementów składowych ceny ofert Odwołujących, co do których uznał, że są istotne, a których różnice w cenach w poszczególnych ofertach przekraczały 10%. W sprawie nie zostało wykazane, aby w okolicznościach analizowanej sprawy, zważywszy na przedmiot zamówienia, ten poziom różnic cen w odniesieniu do istotnych elementów ceny, nie uprawdopodobniał uzasadnionych wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości należytego wykonania zamówienia.

W związku z powyższym należy uznać, że Zamawiający nie naruszył przepisu 224 ust. 1 Pzp występując do Odwołujących o wyjaśnienia istotnych elementów cen ich ofert.;

Ad. b) Tak więc to, że zostało przewidziane przez Zamawiającego wynagrodzenie ryczałtowe, nie oznacza, że poszczególne istotne elementy ceny nie mogą być przez niego badane pod względem ich realności. Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, podobnie jak kalkulacja ceny oferty przez wykonawcę, następuje bowiem niezależnie od określonego w SWZ rodzaju wynagrodzenia. Wykonawca, jako profesjonalista, także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, kalkulując cenę oferty, powinien uczynić to rzetelnie, z uwzględnieniem w szczególności przedmiotu zamówienia, jego zakresu i sposobu jego realizacji, zaś zamawiający dokonując oceny oferty, w sytuacji gdy poweźmie wątpliwości w tym zakresie, uruchamia procedurę wyjaśnień.;

Ad. c) Nadto nie zostało wykazane, aby treść tych wezwań, wskazywała na inny cel ich skierowania do wykonawców, niż wynikający z ww. przepisu. Nie zostało bowiem wykazane przez Odwołujących, aby rodzaj oczekiwanych przez Zamawiającego informacji wykraczał poza przedmiot zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołujących, okoliczność, iż Zamawiający w marcu 2022 r., na wystąpienie jednego z wykonawców zrezygnował z obowiązku złożenia przez wykonawców już na etapie składania ofert niektórych dokumentów, wymienionych w rozdziale VI pkt 1 lit. b), c), d), f), g), i) SWZ, na co wskazuje dowód w postaci odpowiedzi Zamawiającego na pytania, złożony przez Odwołującego i Zamawiającego, nie oznacza, że żądany zakres wyjaśnień pozostaje bez związku z postanowieniami SWZ. Jak zostało bowiem wykazane przez Zamawiającego i co wynika z § 2 ust. 1 pkt 4 powyżej przedstawionego wzoru umowy, a co w swojej argumentacji obydwaj Odwołujący pomijają, nie tyle doszło do całkowitego zrezygnowania z tych dokumentów, ile do przesunięcia w czasie obowiązku ich złożenia. Zgodnie bowiem ze zmienioną SWZ obowiązek ten został przeniesiony na etap po zawarciu umowy z wybranym wykonawcą, a ich dostarczenie ma nastąpić w terminie 10 dni roboczych od dnia podpisania umowy. W sytuacji zatem, gdy każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu liczy na to, że to jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, musi uwzględniać także to, że to na nim będzie spoczywał obowiązek przedłożenia tych dokumentów, co oznacza, że musi być na to przygotowany.;

Ad. d) Nie zostało zatem wykazane przez Odwołujących, aby cel wezwań był inny, niż to wynika z ich treści, jak też aby termin na ich złożenie był nierealny.

Nie zostało także wykazane, aby Zamawiający przygotował i przeprowadzał postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, czy równego traktowania wykonawców, jak też w sposób nieproporcjonalny.

Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do wyjaśnień istotnych elementów ceny ich ofert oraz wykazał, że wezwania dotyczyły tych elementów, co do których występowały różnice w cenach ofert przekraczające przyjęty przez niego pułap. W wezwaniach zostało wskazane, w jakim zakresie Zamawiający oczekuje wyjaśnień. Wszyscy wykonawcy udzielili wyjaśnień w określonym terminie.

Podsumowując, kwestia prawidłowości wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny została ostatecznie przesądzona w ramach orzeczenia z dnia 25 maja 2022 r. (wydanego w sprawach połączonych oznaczonych sygn. akt KIO 1221/22, KIO 1234/22), tym samym także argumentacja odwołującego, stanowiąca de facto powtórzenie stanowiska tego wykonawcy zaprezentowanego przy okazji tamtej sprawy, nie mogła zostać uznana za prawidłową i prowadzić do uwzględnienia odwołania.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego Izba mogła jedynie zweryfikować złożone przez odwołującego wyjaśnienia oraz to czy stanowiły one podstawę do odrzucenia oferty przez zamawiającego, mając na uwadze argumentację podniesioną w odwołaniu.

Odwolujący tymczasem skupił się przede wszystkim na ponownym kwestionowaniu już raz rozstrzygniętych zagadnień, zamiast na wykazaniu, że złożone wyjaśnienia są wystarczające dla oceny, że oferta odwołującego nie zawierała rażąco niskiej ceny. W przedmiotowej sprawie skład orzekający stwierdził, że spośród całej argumentacji zaprezentowanej w odwołaniu, do czynności odrzucenia oferty odwołującego odnosiły się w zasadzie cztery ogólnikowe zdania, w ramach których odwołujący wskazał, że:

- Zamawiający w żadnym punkcie decyzji o odrzuceniu oferty nie wskazał, która z cen ofertowych Odwołującego w jego ocenie jest rażąco niską i ta różnica jest na tyle znacząca, że powoduje uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia;
- Zamawiający nie próbował podjąć jakichkolwiek dalszych działań - wezwać Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień, uzupełnień itp.;
- Zamawiający w treści pisma koncentruje się na krytyce Odwołującego jako rzekomo

podmiotu nieprofesjonalnego i krytyce sposobu konstruowania oferty oraz modelu

współpracy z podmiotami trzecimi - pomimo braku jakichkolwiek wezwań do wyjaśnień w tym zakresie - bez wskazania jakichkolwiek okoliczności w zakresie rzekomo „rażąco niskiej” ceny oferty Odwołującego.;

- Z treści uzasadnienia jasno wynika, że Zamawiający swoją decyzję opiera na domniemaniach i domysłach, co do których Zamawiający nie podjął działań mających na celu wyjaśnienia tych okoliczności a skupił się na uzyskaniu uprawnienia do odrzucenia oferty.

Na podstawie tak ogólnikowych i gołosłownych stwierdzeń nie można było uznać słuszności stanowiska odwołującego. Po porównaniu uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego zaprezentowanego przez zamawiającego w piśmie z dnia 10 czerwca 2022 r. z argumentacją odwołującego przytoczoną powyżej, Izba nie miała żadnych wątpliwości co do słuszności stanowiska zamawiającego.

Właściwie jedyny dość konkretny wniosek odwołującego wynikający z jego stanowiska sprowadzał się do stwierdzenia, że zamawiający powinien ponownie wezwać go do wyjaśnień ceny. W kontekście powyższego wniosku Izba przyjęła za słuszną argumentację zamawiającego, który wskazał, że zgodnie z jednolitą linią orzecniczą przyjmuje się, że biorąc pod uwagę, iż wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.), a także mając na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do wykonawcy jednokrotnie. Zamawiający może wezwać ponownie do złożenia wyjaśnień tylko tego wykonawcę, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który uchylając się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawienia dowodów, złożył wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy. Powtórne wezwanie jest zatem możliwe, jeśli złożone wyjaśnienia rodzą u zamawiającego kolejne wątpliwości, na przykład gdy treść wyjaśnień jest niejasna dla zamawiającego i oczekuje on doprecyzowania niektórych zagadnień. Kolejne wezwania do wyjaśnień tego samego zakresu informacji, przy niestarannej postawie wykonawcy uznać należy za dokonywane z naruszeniem art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp. Innymi słowy, brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie art. 224 ust. 1 Pzp. Tym samym Izba doszła do przekonania, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zamawiający nie miał żadnych podstaw do ponownego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Ponadto odwołujący wnioskował na rozprawie, aby szerzej spojrzeć na przedmiotową sprawę uznając, że nadużycie prawa w okolicznościach niniejszej sprawy dotyczyło całości instytucji badania rażąco niskiej ceny. Odnosząc się do wniosku odwołującego Izba doszła do przekonania, że oferta odwołującego słusznie została odrzucona. Skład orzekający stwierdził, że każde wezwanie dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny skierowane do wykonawcy, które nie zostało unieważnione przez Izbę lub sąd w wyniku złożonego przez wykonawcę środka ochrony prawnej lub które nie zostało unieważnione przez zamawiającego, skutkuje obowiązkiem wykazania przez tego wykonawcę, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Taka sama reguła wystąpiła również w przedmiotowym przypadku. Odwołujący został wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i tym samym po jego stronie pojawił się obowiązek wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Ponadto Izba na mocy wyroku w sprawie KIO 1221/22 potwierdziła zasadność ww. wezwania. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie dopatrzyła się nadużycia prawa w procesie badania oferty odwołującego, ponieważ zgodność z przepisami czynności wezwania z dnia 28 kwietnia 2022 r. została potwierdzona wcześniejszym orzeczeniem, co oznaczało, że odwołujący na obecnym etapie powinien skupić się na kwestionowaniu

czynności odrzucenia jego oferty w kontekście uzasadnienia podanego przez zamawiającego. Tymczasem strategia procesowa przyjęta przez odwołującego, opierająca się na ponownym kwestionowaniu czynności wezwania do wyjaśnień nie mogła znaleźć uznania składu orzekającego.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 Pzp.

Jeśli chodzi o zarzut dotyczący niezgodności oferty odwołującego z SWZ, Izba ustaliła, że zamawiający w informacji z dnia 10 czerwca 2022 r. wskazał, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż odwołujący nie wykazał, że zaoferowane separatory optyczne (najważniejsze urządzenia w całym ciągu technologicznym) nie są prototypami. Zamawiający, podobnie jak w przypadku uzasadnienia odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę, wskazał okoliczności, którymi się kierował podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego z ww. powodu - m.in. brak potwierdzenia zgodności z SWZ, brak istnienia wskazanego przez wykonawcę typu urządzenia w katalogu producenta. Jak słusznie zauważył przystępujący, odwołujący poza ogólnym zaprzeczeniem i wskazaniem na zasadność wezwania do uzupełnienia wyjaśnień dokumentów, nie odniósł się do argumentów powołanych w informacji o odrzuceniu oferty, ani nawet nie uprawdopodobnił, że takie wezwanie byłoby zasadne. W uzasadnieniu odwołania, odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że jego oferta była zgodna z warunkami zamówienia, urządzenia nie są prototypami i po wezwaniu do wyjaśnień i uzupełnień środków dowodowych przedstawi dowody potwierdzające, że zastosowane urządzenia nie mają charakteru prototypów. Taką argumentację Izba uznała za niewystarczającą. Odwołujący dopiero na rozprawie przedstawił bardziej szczegółowe stanowisko w zakresie przedmiotowego zarzutu, niemniej Izba w całości je pominęła, uznając argumentację w tym zakresie za spóźnioną.

Ponadto Izba przyjęła za własną argumentację zamawiającego, który wskazał, że art. 107 ust. 2 Pzp wprowadza przepis dotyczący obowiązku uzupełniania przedmiotowego środka dowodowego, jeśli nie został on złożony lub złożony przedmiotowy środek dowodowy jest niekompletny. Odwołujący załączył do oferty przedmiotowe środki dowodowe, które nie potwierdziły wymagań zamawiającego. Trudno zatem było uznać, że w tej sytuacji przedmiotowe środki dowodowe nie zostały złożone lub były niekompletne. Przepis art. 107 ust. 2 Pzp, aczkolwiek przewidziany w SWZ, nie służy naprawieniu oferty tylko ewentualnemu uzupełnieniu w przypadku braku lub niekompletności dokumentu. Nie jest dopuszczalne uzupełnianie dokumentów przedmiotowych, jeśli potwierdzają one, że oferta jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że przedmiotowe środki dowodowe nie mogą być uzupełniane, jeżeli na skutek merytorycznej oceny zamawiający uzna, że nie odpowiadają one wymaganiom przedmiotu zamówienia (nie potwierdzają, że wykonawca oferuje produkt lub usługę spełniającą oczekiwania zamawiającego). Dodatkowo należało podkreślić, że w sytuacji zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty ze względu na niewystarczające wyjaśnienia dotyczące ceny oferty wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 stało bezprzedmiotowe, ponieważ zgodnie z art. 107 ust. 3 Pzp, nie stosuje się przepisów dotyczących wezwania w zakresie przedmiotowych środków dowodowych o ile oferta podlega odrzuceniu.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 107 ust. 2

Pzp w zw. z treścią SWZ - pkt VI. 1) i 2).

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia wyjaśnień Konsorcjum Sutco, skład orzekający ustalił, że udostępnienie dokumentów odwołującemu nastąpiło m. in. w następujących terminach: 20 maja 2022 r., 6 czerwca 2022 r. (treść oferty), 15 czerwca 2022 r. (korespondencja prowadzona z Konsorcjum Sutco) oraz 21 czerwca 2022 r. (wyjaśnienia ceny przystępującego). Z poczynionych ustaleń wynikało, że odwołującemu zostały udostępnione wszystkie dokumenty dotyczące oferty i dokumentów składanych w trakcie postępowania przez przystępującego w zakresie, w jakim nie zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa w szczególności, odwołującemu zostały bez części tajnej przekazane: oferta Konsorcjum Sutco, wyjaśnienia ceny oraz podmiotowe środki dowodowe.

Odwołujący upatrywał naruszenia przez zamawiającego art. 74 ust. 2 Pzp jednocześnie nie kwestionując skutecznego częściowego zastrzeżenia przez przystępującego dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do argumentacji przedstawionej w złożonych przez Konsorcjum Sutco wyjaśnieniach tajemnicy przedsiębiorstwa i nie polemizował z podnoszonymi tam okolicznościami wykazującymi spełnienie przesłanek uznania zastrzeżonych informacji w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie zakwestionował również sposobu, w jaki Konsorcjum Sutco zapobiegło ujawnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa oraz złożonych przez tego wykonawcę dowodów. W ocenie Izby,

odwołujący po otrzymaniu w dniu 21 czerwca 2022 r. dokumentów odnoszących się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez przystępującego, mógł podjąć dalsze działania przez wniesienie odwołania na zaniechanie odtajnienia całości wyjaśnień złożonych przez przystępującego lub na zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę. Jak ustaliła Izba odwołujący pomimo otrzymania od zamawiającego żądanych dokumentów nie podjął dalszych kroków w stosunku do oferty przystępującego, co oznaczało, że przedmiotowy zarzut okazał się bezprzedmiotowy.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 74 ust. 2 Pzp.

W konsekwencji oddalenia wszystkich powyżej wskazanych zarzutów potwierdzenia nie mógł znaleźć także zarzut naruszenia art. 239 Pzp. Na marginesie Izba wskazała, że przywołany przez odwołującego art. 239 Pzp dotyczy wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, stąd podniesienie zarzutu w zakresie tego przepisu, przy jednoczesnym niekwestionowaniu w uzasadnieniu odwołania procesu oceny oferty w zakresie przyznanej punktacji w oparciu o zastosowane kryteria oceny ofert, należy uznać za zupełnie chybione.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie złożonego na rozprawie rachunku.

Przewodniczący: