

Sygn. akt: KIO 3005/23

WYROK

z dnia 31 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:

Emilia Garbala

Protokolant:

Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2023 r. przez wykonawcę W i W PLUS sp. z o.o., ul. Ryska 8, 66-400 Gorzów Wielkopolski,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Koszalinie, ul. Partyzantów 15a, 75-411 Koszalin,

przy udziale wykonawcy: Elbud Szczecin sp. z o.o., ul. Hangarowa 2, 70-767 Szczecin, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Elbud Szczecin sp. z o.o. na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Koszalinie, ul. Partyzantów 15a, 75-411 Koszalin, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: W i W PLUS sp. z o.o., ul. Ryska 8, 66-400 Gorzów Wielkopolski, tytułem wpisu od

odwołania,

- 2.2. zasądza od zamawiającego: Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Koszalinie, ul. Partyzantów 15a, 75-411 Koszalin, na rzecz odwołującego: W i W PLUS sp. z o.o., ul. Ryska 8, 66-400 Gorzów Wielkopolski, kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonych 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 (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 3005/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Koszalinie, ul. Partyzantów 15a, 75-411 Koszalin, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Likwidacja nielegalnych składowisk odpadów znajdujących się na nieruchomościach wchodzących w skład Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa na terenie działania KOWR OT w Koszalinie”, numer referencyjny: KOS.WOP.260.7.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 08.08.2023 r., nr 2023/BZP 00345731/01.

W dniu 09.10.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę W i W PLUS sp. z o.o., ul. Ryska 8, 66-400 Gorzów

Wielkopolski (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Elbud Szczecin sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8) i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień (w szczególności, wobec braku przedstawienia jakichkolwiek dowodów, zaniżenia kosztów wykonania zamówienia, pominięcia niektórych kosztów koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia) potwierdza, że ww. oferta zawiera rażąco niskie ceny z przyczyn wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu niniejszego odwołania, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,
- 3) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ponowne wezwanie ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, podczas gdy nie zaszły ku temu przesłanki, a tym samym umożliwienie wykonawcy niejako sporządzenie wyjaśnień odpierających wszelkie zarzuty przytoczone w pierwotnym odwołaniu i co najważniejsze przedstawienie dowodów,
- 4) art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje. „(...) Mając na względzie treść odwołania mojej Mandantki, a także późniejszą bardzo wysoce sugerującą treść wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, nie jest istotą niniejszego odwołania wnikiwe stawianie zarzutów wyjaśnieniom. Oczwistym bowiem jest, że znając zarzuty i mając wprost wskazanie co należy przedstawić, Wykonawca przedłożył wyjaśnienia, tak aby ich analiza spełniała wszelkie wymagania narzucone pierwotnie przed Odwołującym. Musiałby się on wykazać wysokim poziomem indolencji, gdyby nie odpowiedział na wskazane pytania. Jednakże takie wyjaśnienia, w kontekście dalej przywołanych zarzutów winny zostać pominięte. Dopuszczenie ich bowiem stanowi wyraz nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 16 pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Tak sformułowane wezwanie jednoznacznie wskazuje na okoliczność, że ELBUD jest traktowany jako wykonawca priorytetowy, który wolą Zamawiającego ma wygrać zamówienie. To zaś jest nie dopuszczalne w pzp. (...)”

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że zamawiający może ponownie zwrócić się o wyjaśnienia zaoferowanej ceny, tylko i wyłącznie wtedy, gdy wyjaśnienia, które wykonawca złożył za pierwszym razem nie były ogólnikowe i wymijające, lecz merytoryczne. Ponowienie wezwania musi być w sposób szczególny uzasadnione. Nie może stanowić „ratowania” oferty wówczas, gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne. Innymi słowy, brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Podobnie zresztą brak specjalistycznej wiedzy po stronie Zamawiającego na której to brak powołano się w odpowiedzi na odwołanie. Jeśli Zamawiający nie posiadał takiej wiedzy winien był skorzystać przy przeprowadzaniu postępowania z osoby posiadającej specjalistyczną wiedzę, tak jak się dzieje np. przy robotach budowlanych gdzie Zamawiający powołują inspektorów nadzoru budowlanego. Natomiast w przypadku, gdy wykonawca pierwotnie składa wyjaśnienia ogólne, mało rzeczowe, zamawiający ma obowiązek dokonać oceny wyłącznie tych wyjaśnień. A już zupełnie niedopuszczalna jest sytuacja w której to Zamawiający konstruuje ponowne wezwanie do udzielenia wyjaśnień w sposób, który ma dać odpowiedź na zarzuty podstawione wyjaśnieniom w pierwszym odwołaniu. Należy pamiętać, że nie jest rolą Zamawiającego przejęcie od Wykonawcy inicjatywy w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny i kierowanie wezwań „do skutku”. Zamawiający nie może wzywać wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej. Tym samym uznać należy jednoznacznie, że Zamawiający może powtórnie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny, jeśli pierwsze wyjaśnienia są rzetelne, lecz rodzą u zamawiającego nowe wątpliwości. Na przykład, gdy treść wyjaśnień jest niejasna dla zamawiającego i oczekuje on

doprecyzowania niektórych zagadnień. (...)”

Reasumując kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji przez ELBUD, przy jego pierwotnej niestarannej postawie stanowi nic innego jak danie mu drugiej szansy na złożenie wyjaśnień i przewagę nad innymi wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia – albowiem zna on już zarzuty co do swojej kalkulacji. Takie działanie zaś uznać należy za niezgodne z przepisami art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, które prowadzi bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.”

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Elbud Szczecin sp. z o.o.,
- 3) powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 13.10.2023 r. wykonawca Elbud Szczecin sp. z o.o., ul. Hangarowa 2, 70-767Szczecin (dalej: „Przystępujący”)

zgłosił przystąpienie do postępowania

odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 23.10.2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 30.10.2023 r. Przystępujący przedstawił swoją argumentację w sprawie, również wnosząc o oddalenie odwołania.

Obecne na rozprawie Strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest likwidacja nielegalnych składowisk odpadów znajdujących się na nieruchomościach wchodzących w skład Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa na terenie działania KOWR OT w Koszalinie, oznaczonych w ewidencji gruntów, jako działki o wskazanych w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) numerach.

W rozdziale III pkt 9 SWZ Zamawiający wskazał: Wykonawca przygotowując ofertę oprócz prac i obowiązków wynikających z załączonej do postępowania dokumentacji powinien przewidzieć wszystkie koszty i okoliczności, które towarzyszą lub mogą towarzyszyć wykonaniu tego zamówienia i które są konieczne dla prawidłowej jego realizacji.

W cenie oferty należy uwzględnić wszelkie koszty prac i innych czynności zapewniających prawidłową realizację przedmiotu umowy wraz ze sprzętem, zorganizowaniem i utrzymaniem zaplecza technicznego oraz koszty wykonania obowiązków z tytułu rękojmi i gwarancji. Wykonawca powinien przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę składanej oferty. Wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje ryzyko i odpowiedzialność Wykonawcy za prawidłowe oszacowanie wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, a żadne niedoszacowanie, pominięcie, brak rozpoznania czy brak staranności Wykonawcy w obliczeniu wynagrodzenia ofertowego nie może stanowić podstawy do podwyższenia wynagrodzenia, ani do żądania podwyższenia wynagrodzenia.

W rozdziale XII pkt 2 SWZ Zamawiający wskazał: Cena ofertowa/ceny jednostkowe muszą obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wszystkie inne koszty oraz ewentualne upusty i rabaty a także wszystkie potencjalne ryzyka ekonomiczne, jakie mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu umowy, wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia 500.000 zł brutto. W postępowaniu złożono dwie oferty: oferta Przystępujący z ceną - 197 380 zł brutto, oferta Odwołującego z ceną - 561.600,00 zł brutto.

Pismem z dnia 23.08.2023 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnienia w przedmiocie ceny jego oferty, cytując w uzasadnieniu art. 224 ust. 3 ustawy Pzp (z podkreśleniem okoliczności z pkt 4, 6 i 7 tego przepisu) i dodając, „że wyjaśnienia wraz z odpowiednimi dowodami, powinny być szczegółowe i konkretne. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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”.

Pismem z dnia 24.08.2023 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których w szczególności wymienił rodzaje posiadanych pojazdów, wskazał, że będzie potencjalnie wytwórcą i posiadaczem odpadów, podał szacunkowe koszty wykonania usługi dla każdej z lokalizacji odpadów, wskazał, że zamówienie będzie wykonywać 4-osobowa brygada, której wynagrodzenie jest zgodne z obowiązującymi przepisami, dodał, że zamierza w taki sposób ułożyć logistykę parku maszynowego, aby pojazdy wykorzystywać jednocześnie do innych komercyjnych zleceń, dzięki czemu nie będą one „wracać na pusto”. Do ww.

wyjaśnień Przystępujący dołączył dowody w postaci zdjęć leżących odpadów - na potwierdzenie odbycia wizji lokalnej na terenie objętym zamówieniem.

Pismem z dnia 29.08.2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Pismem z dnia 04.09.2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie kwestionując wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Zamawiający uwzględnił odwołanie w części i 14.09.2023 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert. Izba umorzyła więc postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp jako zbędne (postanowienie z dnia 15.09.2023 r. sygn. akt KIO 2614/23).

Pismem z dnia 15.09.2023 r. Zamawiający ponownie wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnienia w przedmiocie ceny jego oferty, wskazując w uzasadnieniu: „Zamawiający chcąc usunąć uchybienia, które zostały popełnione podczas badania ceny, wydającej się rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz mając na uwadze dochowanie należytej staranności w prowadzeniu postępowania wzywa do przedstawienia szczegółowej kalkulacji zarówno kosztów bezpośrednich, tj. liczby, czasu pracy i kosztów pracy osób realizujących przedmiotowe zadanie (z rozbiem na koszty pracy pracowników fizycznych oraz kierowców i operatorów maszyn – jeśli dotyczy), kosztów transportu odpadów znajdujących się na nieruchomościach objętych przedmiotowym postępowaniem, z wykazaniem kosztów transportu z siedziby firmy do miejscowości gdzie zlokalizowane są odpady, a następnie do punktów docelowych gdzie odpady zostaną zutylizowane z uwzględnieniem odległości od siebie ww. punktów, kosztów pracy oraz transportu ciężkiego

sprzętu z siedziby Wykonawcy do miejsca prowadzenia prac (jeśli dotyczy), kosztów pośrednich – związanych np. z kosztami delegacji i zakwaterowaniem pracowników delegowanych do realizacji przedmiotowego zadania i zysku Oferenta. Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia dowodów potwierdzających prawidłowość przedstawionych w kalkulacji założeń w zakresie odbioru i utylizacji odpadów, w postaci zobowiązań podmiotów trzecich do odbioru odpadów w ilości i kwotach przedstawionych przez Oferenta lub rachunków bądź faktur wskazujących na możliwość oddania do utylizacji odpadów w założonych cenach. Ponadto wzywam Wykonawcę do przedstawienia dowodów na rzeczywiste posiadanie pojazdów niezbędnych do prawidłowej realizacji zadania. Zamawiający wnosi o uzupełnienie odpowiedzi o wskazane czynniki, tak, aby miała ona charakter wyczerpujący”.

Pismem z dnia 21.09.2023 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień, dołączył do nich dowody w postaci oferty handlowej kontrahenta, przykładowych cenników z innych ofert handlowych i zestawienia posiadanego sprzętu, a całość zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 27.09.2023 r. Zamawiający ponownie (po raz trzeci) wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty wskazując w uzasadnieniu: „wzywam do uzupełnienia przedstawionych wyjaśnień o podpisaną przez osobę upoważnioną ze strony Państwa kontrahenta ofertę handlową (stanowiącą załącznik nr 1 do wyjaśnień) oraz przedstawienia dowodów na rzeczywiste posiadanie sprzętu niezbędnego do prawidłowej realizacji zadania, wskazanego w załączeniu nr 2 do przedmiotowych wyjaśnień”.

Pismem z dnia 29.09.2023 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia o treści: „W odpowiedzi na wezwanie na do ponownych wyjaśnień w kwestii posiadanych pojazdów poniżej jeszcze raz wykaz pozycji możliwych do realizacji tego zadania. Jesteśmy faktycznym i jedynym posiadaczem i użytkownikiem wszystkich tych pozycji. W wyjaśnieniach złożonych wcześniej stwierdziliśmy, iż do całościowej likwidacji tych składowisk będziemy potrzebować maksymalnie 10 dni roboczych. Faktycznie będąc bardzo szczegółowym musimy dodać tu jeszcze koszt licencji transportowych, koszt systemu Via Tol i koszt ubezpieczenia OC i AC pojazdów. W zupełności przez te 10 dni roboczych wystarczą nam maksymalnie trzy, cztery pozycje poniżej. Wyliczając proporcjonalnie wszystkie powyżej składowe, koszt jednego auta na 10 dni roboczych w miesiącu jest bardzo znikomy do kosztów realizacji całego zadania i szacujemy, iż wach się na ok. 600 zł netto. Reasumując należy doliczyć jeszcze ok. 2400 zł netto. Odnosząc się precyzyjnie do Państwa wezwania dołączamy na dowód przykładowe skany naszych dowodów rejestracyjnych. Mamy nadzieję, że te wyjaśnienia w całości wyczerpują sporne kwestie”.

Pismem z dnia 04.10.2023 r. Zamawiający ponownie poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy

Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika

z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług,

zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. 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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający mają prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W zależności od konkretnych okoliczności faktycznych konieczność ponownego wezwania może wynikać przede wszystkim z braku

szczegółowego sformułowania pierwotnego wezwania, czego konsekwencją są również nie dość szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy, jak też może dotyczyć sytuacji, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które jedynie w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia.

W niniejszej sprawie pierwsze wezwanie Zamawiającego z dnia 23.08.2023 r. rzeczywiście ograniczało się do przytoczenia treści art. 224 ust. 3 ustawy Pzp (z podkreśleniem okoliczności z pkt 4, 6 i 7 tego przepisu), niemniej jednak należy zwrócić uwagę na dwie kwestie.

Po pierwsze, ogólne wezwanie nie zwalnia wykonawcy z obowiązku złożenia wyjaśnień, które będą potwierdzać realność ceny jego oferty. Wykonawca oczywiście nie ma w takim wypadku podstaw do tego, by domyślać się, jakie konkretne czynniki wzbudziły wątpliwości zamawiającego i dlatego jego wyjaśnienia mogą się do tych akurat czynników nie odnosić, skoro zamawiający ich nie sprecyzował. Niemniej jednak, w przypadku takiego ogólnego wezwania wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia w takim zakresie, jaki sam uznaje za istotny dla wyliczenia ceny oferty i w tym zakresie wyjaśnienia te powinny być szczegółowe, rzetelne, spójne oraz poparte dowodami. Innymi słowy: nawet jeśli zamawiający w wezwaniu nie sprecyzuje kwestii wymagających wyjaśnień i wykonawca sam będzie musiał zdecydować, które okoliczności wpływają na sposób wyliczenia ceny jego oferty w takim stopniu, że powinny zostać wyjaśnione, to w zakresie tych właśnie okoliczności jego wyjaśnienia powinny być szczegółowe, rzetelne, spójne oraz poparte dowodami. Jeżeli po uzyskaniu takich wyjaśnień zamawiający uzna, że jakaś kwestia w dalszym ciągu wymaga doprecyzowania lub uzupełnienia, powinien wezwać wykonawcę do sprecyzowania lub uzupełnienia tej właśnie kwestii. Jeżeli natomiast wyjaśnienia są ogólne, niespójne, nie dające obrazu, skąd wzięła się taka a nie inna cena oferty i nie są poparte dowodami, zamawiający nie ma podstaw do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień i dawania w ten sposób temu wykonawcy „drugiej szansy”.

Jak już wyżej wskazano, w niniejszej sprawie Zamawiający skierował do Przystępującego ogólne wezwanie, niemniej jednak Przystępujący nawet w zakresie tych informacji, które sam uznał za istotne, nie przedstawił rzetelnych wyjaśnień. Przykładowo Przystępujący:

- wymienił rodzaje posiadanych pojazdów, ale nie wskazał, ile ich posiada w zakresie każdego rodzaju, ile zamierza użyć do wykonania zamówienia, jakie przewiduje koszty transportu odpadów (np. zakładany kilometraż, koszty paliwa, ewentualne rabaty, ilość kursów, koszty pracy kierowców),
- wskazał, że będzie potencjalnie wytwórcą i posiadaczem odpadów, ale nie wskazał, jakie ma to znaczenie dla sposobu wykonania zamówienia i dla ceny oferty,
- podał szacunkowe koszty wykonania usługi dla każdej z lokalizacji odpadów, ale bez wskazania podstaw wyliczenia tych kosztów, czyli bez wskazania, skąd wzięły się w tych wyjaśnieniach takie a nie inne kwoty, z jakich wyliczeń one wynikają, jakie założenia przyjął do ich wyliczenia,
- wskazał, że zamówienie będzie wykonywać 4-osobowa brygada, której wynagrodzenie jest zgodne z obowiązującymi przepisami, ale nie wskazał wysokości tego wynagrodzenia, jak też nie wskazał, jaki przewidywany przez niego organizacyjny sposób wykonania zamówienia pozwala zakładać, że 4-osobowa brygada wystarczy do realizacji tego zamówienia,
- wskazał, że zamierza w taki sposób ułożyć logistykę parku maszynowego, aby pojazdy wykorzystywać jednocześnie do innych komercyjnych zleceń, dzięki czemu nie będą one „wracać na pusto”, ale nie podał, na czym polega ta logistyka, czyli w jaki sposób zapewni, że pojazdy „nie będą wracać na pusto”, a jednocześnie nie ucierpi na tym realizacja przedmiotowego zamówienia, jak też nie wskazał, w jaki sposób wpłynie to na cenę oferty.

W tym stanie rzeczy, mimo nawet ogólnego wezwania z dnia 23.08.2023 r., nie można uznać, że Przystępujący sprostał obowiązkowi złożenia szczegółowych, rzetelnych i spójnych wyjaśnień, które pozwalałyby Zamawiającemu na skierowanie kolejnego wezwania, tym razem już tylko w zakresie koniecznym do doprecyzowania czy uzupełnienia jakiejś kwestii. W istocie w pierwszych złożonych przez Przystępującego wyjaśnieniach wszystko wymaga doprecyzowania i uzupełnienia, bo przedstawione w nich informacje nie dają żadnej wiedzy, w jaki sposób została wyliczona cena oferty i że cena ta pozwala na należyte wykonanie zamówienia. Należy przy tym podkreślić, że nie jest rolą zamawiającego domyślać się, co legło u podstaw wyliczenia ceny oferty i jaki miało wpływ na jej wysokość. Obowiązek wykazania powyższego spoczywa na wykonawcy, co wynika z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp.

Po drugie, należy zauważyć, że nawet w ogólnym wezwaniu z dnia 23.08.2023 r., zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający żądał złożenia dowodów wpisując to żądanie wytłuszczonym drukiem. Tymczasem Przystępujący złożył jako „dowody” zdjęcia leżących odpadów na potwierdzenie odbycia wizji lokalnej na terenie objętym zamówieniem. „Dowody” te zatem w żaden sposób nie potwierdzają prawdziwości informacji zawartych w wyjaśnieniach, a w efekcie –

prawidłowości wyliczenia ceny oferty. Składając wyjaśnienia o treści wskazanej powyżej Przystępujący powinien był więc dołączyć jako dowody przykładowo: dokumenty potwierdzające dysponowanie określonymi pojazdami, dostęp do rabatów przy zakupie paliwa (o ile ma taki dostęp), zanonimizowane umowy o pracę, dokumenty potwierdzające wykonywanie komercyjnych zleceń, których charakter i

lokalizacja pozwolą na pogodzenie transportu z realizacją niniejszego zamówienia oraz na obniżenie ceny, umowy z kontrahentami, w tym ze wskazaną w wyjaśnieniach „specjalistyczną firmą, która to podstawia swoje kontenery i wywiezie to do miejsca utylizacji”, umowy /oferty handlowe/ cenniki od firm zajmujących się utylizacją. Przy czym należy zauważyć, że żądanie złożenia dowodów na potwierdzenie wiarygodności składanych wyjaśnień, nie tylko wynika z art. 224 ust.1 ustawy Pzp, ale także jasno zostało wskazane z wezwaniu Zamawiającego z dnia 23.08.2023 r. Brak złożenia jakichkolwiek dowodów (bo jak już wyżej wskazano - zdjęcia leżących odpadów nie są dowodami potwierdzającymi cenę oferty) również dyskwalifikował wyjaśnienia Przystępującego i nie dawał Zamawiającemu podstaw do kierowania do Przystępującego kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień.

Już tylko na marginesie należy zauważyć, że Przystępujący nawet w odpowiedzi na drugie, skonkretyzowane już wezwanie z dnia 15.09.2023 r. nie przedstawił wszystkich wymaganych informacji i dowodów. Przykładowo w wezwaniu tym Zamawiający wprost wskazał: „Ponadto wzywam Wykonawcę do przedstawienia dowodów na rzeczywiste posiadanie pojazdów niezbędnych do prawidłowej realizacji zadania”, a Przystępujący do odpowiedzi z dnia 21.09.2023 r. dołączył jedynie zestawienie posiadanego sprzętu bez dowodów na jego posiadanie. Dopiero w odpowiedzi na trzecie wezwanie z dnia 27.09.2023r. przedstawił skany dowodów rejestracyjnych pojazdów. Izba rozumie przy tym, że oferta Przystępującego jest jedyną mieszczącą się w budżecie Zamawiającego, co zapewne motywowało Zamawiającego do „walki” o jej utrzymanie w postępowaniu, ale fakt ten nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku przestrzegania przepisów ustawy Pzp, w tym przepisów nakazujących odrzucenie oferty wykonawcy, który nie wykazał realności ceny swojej oferty.

Nie można także zgodzić się z argumentacją Zamawiającego odnoszącą się do etapu ustalania wartości szacunkowej zamówienia, kiedy to jedna ze złożonych w ramach rozpoznania cenowego ofert handlowych opiewała na kwotę zbliżoną do obecnej ceny oferty Przystępującego. Po pierwsze, nie jest zasadne powoływanie się obecnie na tamtą ofertę handlową, gdyż zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp podejrzenie ceny rażąco niskiej ustala się w stosunku m.in. do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT, a wartość szacunkową zamówienia Zamawiający ustalił ostatecznie na wyższym poziomie. Po drugie, po wezwaniu do złożenia wyjaśnień realność ceny oferty ocenia się właśnie na podstawie tych wyjaśnień wraz z dowodami. Jak już wyżej wskazano, nie jest rolą Zamawiającego samodzielne poszukiwanie wytłumaczenia, dlaczego cena danej oferty nie jest rażąco niska. To wykonawca, który złożył tę ofertę i został wezwany do złożenia wyjaśnień, ma wykazać realność tej ceny, a Zamawiający w oparciu o złożone wyjaśnienia i dołączone do nich dowody ocenia, czy oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 lub art. 226 ust. 1

pkt 8 ustawy Pzp, czy nie.

W niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że wyjaśnienia Przystępującego z dnia 24.08.2023 r. bez dowodów, nie dawały Zamawiającemu podstaw do kierowania do Przystępującego kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień, jak też nie dawały podstaw do uznania, że cena oferty Przystępującego nie jest rażąco niska. Oznacza to, że Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W związku z tym Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca

KIO 3005/23