Sygn. akt: KIO 3583/23

WYROK

z dnia 15 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez odwołującego M. N. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „CHYBO-TEX" M. N. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Łódź przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego A. S. i B. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „CIS" S.C. A. S., B. S. w Łasku przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1-3

p.z.p. (zarzut nr 1),

2. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu w części II postępowania:

   2.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

   2.2. odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego A. S. i B. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „CIS" S.C. A. S., B. S. w Łasku jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p.)

   2.3. powtórzenie badania i oceny ofert,

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Miasto Łódź i:

   3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego M. N. prowadzącą działalność

gospodarczą pod firmą „CHYBO-TEX" M. N. w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego Miasta Łódź na rzecz odwołującego M. N. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „CHYBO-TEX" M. N. w Łodzi kwotę 18 600,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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:

U z a s a d n i e n i e

wyroku z dnia 15 grudnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 3583/23

Zamawiający Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi działający jako podmiot wykonujący zadania centralnego zamawiającego ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź, prowadzi

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: "Kompleksowe oczyszczanie dróg w sezonie zimowym i letnim na terenie Miasta Łodzi w okresie od dnia zawarcia umowy, nie wcześniej niż od 01.04.2023 r. do dnia 30.06.2025 r.", podzielone na części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 lutego 2023 r. pod nr 2023/S 036-105882. Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 27 listopada 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w części II postępowania – rejon III – obszar Polesie, Śródmieście wniósł wykonawca M. N. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „CHYBO-TEX" M. N. ul. Zagrodowa 10/12, 93-354 Łódź (dalej zwana „odwołującym").

We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu

następujące zarzuty (pisownia oryginalna):

1. zaniechania ujawnienia pełnych wyjaśnień złożonych przez wykonawców

Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Handlowo-Usługowe „CIS" s.c. A. S., B. S. ul. Warszawska 42, 98-100 Łask w zakresie rażąco niskiej ceny, czym zamawiający naruszył art. 18 ust. 1, 2, 3 Pzp,

2. zaniechania odrzucenia oferty wykonawców Przedsiębiorstwo Produkcyjno-

Handlowo-Usługowe „CIS" s.c. A. S., B. S. ul. Warszawska 42, 98-100 Łask, co w konsekwencji spowodowało wybranie tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę oraz złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, czym zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz 224 ust. 6 Pzp;

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez A. S. i B. S. prowadzące działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „CIS" S.C. A. S., B. S. w Łasku, dalej zwane także jako „wykonawcy CIS" (dotyczy zarzutu nr 1) oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowienia czynności badania i oceny ofert z pominięciem oferty wykonawców CIS (dotyczy zarzutu nr 2). Wniesiono także o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu poniesionych

kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunku przedstawionego na rozprawie, a także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w odwołaniu, na okoliczności tam podniesione.

W uzasadnieniu odwołania, w zakresie który został merytorycznie rozpoznany przez Izbę (zarzut nr 2 z petitum odwołania), odwołujący wskazał co następuje. Nieadekwatnie niska do przedmiotu zamówienia, a tym samym rażąco niska cena zaoferowana przez wykonawców CIS, zdaniem odwołującego może wynikać z: 1) nieuwzględnienia przy szacowaniu ceny ofertowej wszystkich obowiązków nałożonych przez wykonawcę w dokumentacji postępowania, w szczególności w zakresie dysponowania na potrzeby realizacji zamówienia konkretną liczbą i rodzajem pojazdów i sprzętu: a) wykonawcy CIS nie uwzględnili w kalkulacji ceny ofertowej kosztów amortyzacji sprzętu i pojazdów, kosztów zakupu sprzętu i pojazdów (np. w postaci spłacanych rat), kosztów najmu, dzierżawy sprzętu i pojazdów w ilości niezbędnej do realizacji niniejszego zamówienia, b) wykonawcy CIS nie uwzględnili w kalkulacji ceny ofertowej kosztów bieżącej eksploatacji pojazdów i sprzętu poza samym paliwem: kosztów ubezpieczeń, przeglądów, wymiany płynów eksploatacyjnych, bieżących napraw, 2) nieuwzględnienia przy szacowaniu ceny ofertowej wszystkich koniecznych do poniesienia kosztów utrzymania pracowników: a) wykonawcy CIS nie uwzględnili w kalkulacji ceny ofertowej kosztów pracodawcy brutto – brutto (pełnego kosztu zatrudnienia pracownika), b) wykonawcy CIS nie uwzględnili w kalkulacji niezbędnej na potrzeby realizacji zamówienia liczby etatów, c) wykonawcy CIS nie uwzględnili kosztów ochrony osobistej pracowników (np. ubranie), 3) nieuwzględnienia przy szacowaniu ceny ofertowej wszystkich koniecznych do poniesienia kosztów administracyjnych - wykonawcy CIS nie uwzględnili kosztów działalności gospodarczych: kosztów pracowników administracyjnych, kosztów utrzymania biura, kosztów mediów, czynszu/podatków za lokal, w którym znajduje się biuro/siedziba firmy.

Uwzględniając lapidarność i ogólnikowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w piśmie z dnia 9 sierpnia 2023 r., odwołujący wskazuje, że złożone wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 2 sierpnia 2023 r. nie są poparte dowodami. W szczególności wykonawcy CIS nie złożyli: faktur zakupowych lub umów potwierdzających ceny zakupu podstawowych materiałów do realizacji zamówienia tj. piasku i chlorku sodu, faktur zakupowych/umów potwierdzających koszty zakupu paliwa, dokumentów potwierdzających koszty utrzymania i eksploatacji floty pojazdów i urządzeń, przykładowych chociażby umów z pracownikami fizycznymi, czy dokumentów potwierdzających wysokość przyjętych kosztów pośrednich, kosztów administracyjnych, kosztów prowadzenia działalności gospodarczej.

Odwołujący zaryzykuje także stwierdzenie, że kalkulacja wykonawców jest ogólna, nie poparta dowodami, nieweryfikowalna. Zamawiający nie jest w stanie na podstawie przedstawionych kalkulacji ustalić: a) czy założenia do kalkulacji są zgodne z dokumentacją postępowania, b) czy wykonawca ujął w kalkulacji wszystkie niezbędne koszty realizacji zamówienia, c) w jaki sposób wykonawca wyliczył stawki jednostkowe, d) nie wiadomo jak do kalkulacji została wyliczona stawka za km (tyczy się wszystkich kosztów: sprzętu, ludzi, materiałów, kosztów administracyjnych, kosztów wywozu odpadów), e) czy wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę. Ponadto wykonawcy CIS nie wskazali w sposób precyzyjny składowych kosztów innych/pośrednich/administracyjnych/kosztów prowadzenia działalności gospodarczej.

W ocenie odwołującego wykonawcy usług utrzymania dróg bardzo często powołują się na to, że posiadają zapasy piasku czy chlorku sodu z poprzednich zamówień czy poprzednich sezonów. Jeśli wykonawcy CIS w swoich wyjaśnieniach powołują się na takie zapasy, powinni uwzględnić koszty zakupu tych materiałów i przedstawić stosowne faktury zakupowe. Wykonawcy takich dokumentów nie złożyli. Ponadto, należy uwzględnić w kalkulacji ceny ofertowej koszty przekazywania odpadów zebranych/powstałych w toku realizacji zamówienia do instalacji/kompostowni. Wykonawcy CIS nie uwzględnili kosztów przekazywania odpadów, nie przedstawili kalkulacji tych kosztów, nie złożyli dokumentów potwierdzających wysokość tych kosztów. Natomiast jakiekolwiek metody/formy oszczędności, systemy kontrolowania wydatków/kosztów/ryzyk winny być przez wykonawców CIS wykazane w złożonych wyjaśnieniach (co do ich istnienia oraz co do wpływu na cenę ofertową). Odwołujący zaryzykuje stwierdzenie, że wykonawcy CIS tego nie zrobili, tj. nie wykazali w złożonych wyjaśnieniach istnienia tych systemów/metod/form i ich wpływu na cenę ofertową. Jak również wykonawcy CIS nie wskazali w sposób precyzyjny i wiarygodny, jaki jest założony przez nich zysk przy realizacji

zamówienia.

Dalej odwołujący wskazał, że przy założeniu, że wyjaśnienia ceny złożone przez wykonawców CIS, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 2 sierpnia 2023 r., były ogólnikowe, gołosłowne, niepoparte dowodami, zamawiający nie był uprawniony aby kolejnym wezwaniem żądać od wykonawców przedstawienia dowodów na poparcie twierdzeń przedstawionych w pierwszych wyjaśnieniach, a zobligowany był wykonawców, którzy nie przedstawili dowodów na poparcie swoich twierdzeń, wyeliminować z postępowania poprzez odrzucenie ich oferty. Kwestia wyjaśniania czy zaoferowana przez wykonawcę cena lub koszt nie mają charakteru rażąco niskiego, uregulowana została w art. 224 p.z.p. Przepis ten, nie określa jednak czy przewidziana nim procedura może zostać zastosowana wielokrotnie czy też jest to możliwe jedynie jeden raz.

Odpowiedzi w tym zakresie należy szukać w orzecznictwie, w wyroku z 15.07.2021 r., sygn. akt: KIO 1707/21, Izba wskazała, że "celem udzielanych Zamawiającemu wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do wystąpienia rażąco niskiej ceny. Wobec tego, aby wyjaśnienia spełniły swoją rolę, powinny być wyczerpujące, konkretne, rzeczowe i zawierać stosowne dowody, w zakresie okoliczności, na które Odwołujący się powołuje. Mając na uwadze, że co do zasady takie wezwanie kierowane jest do wykonawcy jednokrotnie, wyjaśnienia powinny być udzielone w taki sposób, aby przekonać zamawiającego co do prawidłowości zaoferowanej ceny. W orzecznictwie Izby podkreśla się bowiem, że ponowne skierowanie wezwania jest możliwe tylko w sytuacji, gdy zamawiający ma wątpliwości co do pierwotnie udzielonych wyjaśnień, są one dla niego w jakimś zakresie niejasne, niejednoznaczne albo wzbudzają wątpliwości, których zamawiający nie miał na wcześniejszym etapie postępowania". W wyroku z 09.06.2021 r., sygn. akt: KIO 1166/21, wskazano, że "Ponowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej nie ma charakteru automatycznego, czy też bezrefleksyjnego. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie, ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jest możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które zamawiający nie zapytał. Wówczas gdy te wyjaśnienia i dowody (na pierwsze wezwanie) zrodziłyby po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia. Kolejne wezwanie wykonawcy nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia wykonawcy w sposób nieuprawniony - z naruszeniem zasady równego traktowania - kolejnej możliwości złożenia wyjaśnień, gdy ten skutkiem przykładowo niestarannego działania złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty". Ponadto, nie bez znaczenia w sprawie pozostaje stanowisko wyrażone w "Prawo zamówień publicznych. Komentarz", H. N., M. Winiarz (red.), Warszawa 2021, s. 705.

Odwołujący podsumował, iż mając na względzie wyżej przywołane stanowiska, w przedmiotowej sprawie możliwe było ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 p.z.p., o ile wykonawca ten swoją dotychczasową odpowiedzią w pełni sprostał pierwotnemu wezwaniu, a jedynie pewne elementy wyjaśnień były niejasne i wymagały doprecyzowania. Złożenie przez wykonawców CIS ewentualnych dowodów na poparcie pierwotnych wyjaśnień dopiero w odpowiedzi na kolejne wezwanie zamawiającego powinno zostać uznane za nieskuteczne.

Odwołujący dodał, że w załączeniu przedstawia swoje wyjaśnienia w zakresie ceny, celem wykazania a contrario ogólnikowości i niekompletności wyjaśnień złożonych przez

wykonawców CIS. Wyjaśnienia objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, odwołujący podtrzymuje zastrzeżenie i argumentację zastrzeżenia na potrzeby postępowania odwoławczego.

W dniu 11 grudnia 2023 r. zamawiający przekazał Izbie odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że uwzględnia je w części dotyczącej zarzutu nr 1 (naruszenia art. 18 ust. 1-3 p.z.p. poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu pełnych wyjaśnień złożonych przez wykonawców CIS) i wnosi o oddalenie w zakresie zarzutu nr 2 (naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz 224 ust. 6 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców CIS jako oferty zawierającej rażąco niską cenę), zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1 - 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców A. S. i B. S. prowadzące działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „CIS” S.C. A. S., B. S. ul. Warszawska 42. 98-100 Łask (dalej zwane „przystępującym”). Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., zaś odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Ponadto, oświadczeniem zawartym w odpowiedzi na odwołanie zamawiający uwzględnił zarzut nr 1 z petitum odwołania, wobec czego przystępujący nie wniósł sprzeciwu. Zatem na podstawie art. 522 ust. 4 p.z.p. Izba była zobligowana umorzyć postepowanie odwoławcze w tym przedmiocie, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji wyroku.

Skład orzekający ustalił, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną

prawną zaistniałych okoliczności faktycznych sprowadzając oś sporu do weryfikacji przez Izbę czy nie doszło w postępowaniu do wyboru oferty przystępującego, który zdaniem odwołującego złożył wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, które nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, co w konsekwencji powoduje konieczność stwierdzenia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 p.z.p.).

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty złożonej przez przystępującego oraz powtórzenie badania i oceny ofert.

Na wstępie należy zaznaczyć, że ustawodawca uregulował obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który zaoferował rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w dwóch normach – w art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz w art. 224 ust. 6 p.z.p., który stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Omawiane przepisy dopełniają się, ponieważ negatywna ocena wyjaśnień wykonawcy (art. 224 ust. 6 p.z.p.) skutkuje odrzuceniem oferty na kanwie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. Zatem sankcja odrzucenia oferty jest bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego uregulowaną w art. 224 ust. 1 i 2 p.z.p., a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 224 ust. 5 p.z.p. – obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Celem postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia – procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. W ramach odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien przedłożyć wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny. Wyjaśnienia wykonawcy powinny

zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 224 ust. 5 p.z.p.), ponieważ brak właściwego udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Okręgowego w Warszawie, gdzie w wyroku z dnia 25 listopada 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 113/21, wskazano: „W myśl art. 224 ust. 1 nPzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 224 ust. 5 nPzp, to wykonawca ma obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. (…) To wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. W przypadku niewykazania przez wykonawcę powyższych kwestii uzasadnione jest zaś przyjęcie, że oferta przez niego przedstawiona zawiera rażąco niską cenę lub koszty. Przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. (…) Zamawiający powinien mieć możliwość pełnej weryfikacji złożonych wyjaśnień, zaś w niniejszej sprawie nie było to możliwe z uwagi na brak inicjatywy dowodowej wykonawcy w tym zakresie. Izba słusznie zatem wskazała w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że wykonawca – obecnie skarżący -nie sprostał obowiązkowi wyrażonemu w art. 224 ust. 5 nPzp i nie wykazał realności ceny.” (tożsamo Sąd Okręgowy w Warszawie w wyrokach: z dnia 23.04.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 18/21, z dnia 24.11.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 87/21, z dnia 18.02.2022 r. sygn. akt: XXIII Zs 138/21, wyrok z dnia 06.10.2022 r. sygn. akt: XXIII Zs 102/22).

Jak również trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 65/22: „To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Jednocześnie wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka

sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (por. KIO w wyroku z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 722/16). Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Tymczasem odwołujący udzielił ogólnikowych wyjaśnień, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów na potwierdzenie podniesionych w wyjaśnieniu argumentów. Niedostateczne wyjaśnienia stanowią podstawę odrzucenia oferty, gdyż same wyjaśnienia, a tym bardziej zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia można uznać za niezłożone, ponieważ to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień (wyr. KIO z dnia 4 czerwca 2013 r., o sygn. akt 1187/13). Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90

ust. 3 dPzp, obecnie art. 224 ust. 6 nPzp w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie.”.

Zgodnie z materiałem procesowym zamawiający, prowadząc postępowanie wyjaśniające prawidłowość skalkulowania ceny przez przystępującego, wzywał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień: 1) w dniu 2 sierpnia 2023 r. – w odpowiedzi na wezwanie złożono wyjaśnienia z dnia 9 sierpnia 2023 r. 2) w dniu 28 września 2023 r. – w odpowiedzi na wezwanie złożono wyjaśnienia z dnia 4 października 2023 r. wraz z dwoma załącznikami (faktura VAT i oferta). Co istotne, w pierwszym wezwaniu żądano udzielenia wyjaśnień w zakresie wyszczególnionym przez zamawiającego (pkt 1-8 wezwania z dnia 02.08.2023 r.) i złożenia dowodów („(…) Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny (…) Załączone na poparcie wyjaśnień dowody (o których mowa w niniejszym piśmie), winny potwierdzać realność wykonania, zgodnie z SWZ, przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę.”).

Jak trafnie zauważył odwołujący (pkt II str. 7 odwołania), do pierwszych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępujący nie załączył żadnych dowodów. Przystępujący na str. 3-4 wyjaśnień z dnia 9 sierpnia 2023 r. wskazał dostępne jemu okoliczności, które miały wpływać na możliwość zaoferowania ceny na przyjętym poziomie, jednakże nie zdecydowano się na złożenie jakiegokolwiek dowodu w tym przedmiocie. Zaś jak zaznaczył Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 31 sierpnia 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 71/21 „Złożenie dowodów odnoszących się do przyjętych założeń kalkulacyjnych stanowi konieczny element w procedurze wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Ustawodawca w treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp [obecnie art. 224 ust. 1 p.z.p. – przyp. Izba] bezpośrednio wskazał na konieczność złożenia wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów. Biorąc pod uwagę, że wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności

(art. 355 § 2 k.c.) winno się badać sprawę na potwierdzenie realności poszczególnych cen, do których zobowiązany ma dołączyć dowody.”.

W szczególności, że obowiązek złożenia dowodów nie wynika tylko z norm p.z.p., ale dodatkowo zaakcentowano go w wezwaniu skierowanym do przystępującego, którego treścią był on związany. Natomiast w zakresie stanowiska, że sama kalkulacja jest dowodem, Izba wyjaśnia, że oświadczenie wykonawcy zawarte w wyjaśnieniach kalkulacji ceny stanowi wyłączenie dowód tego, że osoba podpisana pod takim dokumentem złożyła oświadczenie w nim zawarte. W żadnej mierze nie jest to dowód na posiadanie indywidulanych, sprzyjających przystępującemu czynników wpływających na cenę, pozwalających na zaoferowanie kwoty wskazanej w ofercie. Jak wskazano w wyżej zacytowanych orzeczeniach, wykonawca ma obowiązek złożenia adekwatnych i miarodajnych dowodów, co oznacza obowiązek przedstawienia wraz z wyjaśnieniami ceny materiału dowodowego potwierdzającego okoliczności w nim zawarte. Innymi słowy, obowiązek dowodowy determinowany jest treścią wyjaśnień i jeżeli wykonawca powołuje się w nich na konkretny czynnik cenotwórczy, dostępny wyłącznie jemu, to powinien złożyć dowód w tym zakresie (przykładowo wskazanie okoliczności rabatu/upustu na paliwo skutkuje koniecznością złożenia dokumentu taki rabat udowadniającego).

Normy p.z.p. nie określają nawet przykładowego katalogu dowodów, ponieważ jest on zależny od danego stanu faktycznego, istotnym zaś jest, aby złożone dowody właściwie potwierdzały treść danych wyjaśnień kalkulacji ceny. W tym zakresie także zamawiający nie zastąpi przystępującego – abstrahując od tego, czy w ramach zasad naczelnych p.z.p. zachowania równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zamawiający powinien zastępować któregoś z wykonawców – ponieważ dowody na indywidualne, szczególne warunki dostępne przedsiębiorcy siłą rzeczy posiada tylko ten podmiot. Dlatego to wykonawca powinien właściwie opisać i udowodnić przyjęty sposób kalkulacji ceny w ramach okoliczności prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny wykonawcy, gdzie wskazuje się na korzystne warunki, indywidualnie dostępne danemu przedsiębiorcy, co ma bezpośrednie przełożenie na wartość poszczególnych składników cenowych. I o ile cena za utylizację odpadów, którą można zweryfikować na podstawie aktu prawa miejscowego przedłożonego przez zamawiającego, może zostać uznana za prawidłową, to już dowody na właściwe oszacowanie kosztów pracy, sprzętu czy materiałów wykonawca powinien złożyć samodzielnie.

Skład orzekający zgadza się z zamawiającym, że w kalkulacji wskazano koszty pracy, koszty waloryzacji uwzględnia wzór umowy (§ 9 ust. 17 pkt 2), a kalkulacja przystępującego jest dość szczegółowa (w zakresie kosztów pośrednich należało dopytać przystępującego, co uczynił zamawiający w pkt 5 wezwania z dnia 28.09.2023 r.) , co jednak nie zmienia faktu, że przystępujący nie zdecydował się, pomimo treści art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 p.z.p., podjąć nawet próby wykazania okoliczności wskazanych w kalkulacji. W normach tych nie rozróżniono także nałożonych na wykonawcę obowiązków w związku ze stopniem skomplikowania przedmiotu zamówienia, więc argumentacja przystępującego, że jego zdaniem mając na względzie dość prosty przedmiot zamówienia, kalkulacja będzie wystarczającym dowodem na brak ceny rażąco niskiej, nie ma odzwierciedlenia w wyżej wymienionych przepisach p.z.p.

Dalej Izba wskazuje, że podzieliła stanowisko odwołującego, iż w ustalonym stanie rzeczy zamawiający nie był uprawniony do kierowania do przystępującego kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień i przyjmuje za własną argumentację wskazaną w pkt IX str. 7-11 odwołania, w tym w szczególności, że przedstawienie przez przystępującego wyjaśnień bez jakichkolwiek dowodów powinno skutkować eliminacją tej oferty z przetargu, a nie kierowaniem drugiego wezwania (ponawiania wezwania w zakresie obowiązku złożenia właściwych dowodów, którego nie dopełniono). Mając na uwadze treść tego wezwania (vide str. 8 stanowiska procesowego przystępującego, utajnione przez zamawiającego wezwanie z dnia 28.09.2023 r. znajdujące się w aktach sprawy) wystosowanie drugiego wezwania doprowadziło do

prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie składu orzekającego przystępujący zbagatelizował treść pierwszego i drugiego wezwania – których nie zakwestionował w ramach środków ochrony prawnej, nie formułował wobec nich wątpliwości i nie wnioskował o doprecyzowanie, i był związany ich treścią – nie przedstawiając dowodów na pierwsze wezwanie i nie dokonując odpowiedzi na wszystkie wątpliwości zamawiającego zawarte w drugim wezwaniu. Zatem znalazło potwierdzenie w materiale dowodowym, że nie wyjaśniono w sposób właściwy kosztów amortyzacji sprzętu i pojazdów, tu nie wyszczególniono nawet co dokładnie zawarto w kosztach pośrednich kalkulacji, brak jest kosztów bieżącej eksploatacji pojazdów i kosztów nazwanych przez odwołującego kosztami organizacyjnymi/administracyjnymi (pkt I ppkt 1 lit. a i b, ppkt 3 lit. a ze str. 7 odwołania).

Skład orzekający zaznacza, że to w interesie przystępującego było, aby złożone przez niego wyjaśnienia były wyczerpujące i niebudzące dalszych wątpliwości, a także poparte dowodami, których wymagał zamawiający. Przystępujący temu obowiązkowi nie sprostał, w szczególności w zakresie drugie wezwania uchylił się od konkretnej odpowiedzi, jednocześnie nie kwestionując w ramach środków ochrony prawnej tego wezwania. W tej sytuacji, istniały podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy przez zamawiającego, z uwagi

na niewykazanie, że przedłożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Startujące w przetargu podmioty są profesjonalistami, stąd składane przez nie wyjaśnienia powinny cechować się szczególną starannością. Niespełnienie tego warunku powoduje, że ponoszą one negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń – niewykazania, że proponowana cena nie jest rażąco niska. Zamawiający jasno i precyzyjnie wskazał jakich wyjaśnień oczekuje (str. 1 wezwania z dnia 28.09.2023. r.), a przystępujący uchylił się od podania informacji, które miały stanowić podstawę do weryfikacji jego wyjaśnień (str. 1-2, akapit dotyczący pkt 1 i pkt 5, odpowiedź na wezwanie przystępującego z dnia 04.10.2023 r.). Natomiast jak zasadnie argumentowano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 czerwca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 68/22, „Przypomnieć przy tym należy, iż owe wyjaśnienia są sformalizowaną instytucją prawną z art. 224 Pzp. Obowiązkiem wykonawcy do którego zamawiający kieruje żądanie w trybie art. 224 ust. 1 Pzp jest przy tym wyjaśnienie tylko tych kwestii, o które zamawiający pyta. Z kolei zamawiający oceniając wyjaśnienia przedstawione przez danego wykonawcę ma zweryfikować, czy otrzymał przekonywujące odpowiedzi na pytania, które zadał.”, czego w tym postępowaniu zabrakło. Udzielenie przez przystępującego tego rodzaju odpowiedzi, które nie rozpraszają w wątpliwości wyrażonych przez zamawiającego i nie zawierają informacji, których udzielenia zamawiający żądał, nie może stanowić o prawidłowym wypełnieniu obowiązku, o którym mowa w art. 224 ust. 5 p.z.p., co oznacza, że zaistniały jednoznaczne podstawy do odrzucenia oferty przystępującego zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że przystępujący nie sprostał obowiązkowi wyrażonemu w art. 224 ust. 5 p.z.p. i nie udowodnił realności swojej ceny, zatem jego oferta powinna zostać przez zamawiającego odrzucona na postawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p. Z przedstawionych przez przystępującego wyjaśnień nie sposób wywieść, aby obalono domniemanie zaoferowanie ceny rażąco niskiej w zakresie prawidłowej kalkulacji wynagrodzenia. Wyjaśnienia przystępującego są niewystarczające, zamawiający, który wystosował do przystępującego dwukrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień, oczekiwał przedłożenia szczegółowych założeń, jakie przystępujący, który jest profesjonalnym podmiotem działającym na rynku usług oczyszczania dróg, przyjął na etapie kalkulowania swojej oferty. Zamawiający, który nie otrzymał wymaganych przez siebie dowodów w pierwszym wezwaniu do wyjaśnień ceny, nie miał uzasadnionych podstaw do formułowania kolejnego wezwania do przystępującego i już na tym etapie powinien odrzucić jego ofertę. Przystępujący, pomimo otrzymania dwukrotnej szansy na wyjaśnienie swojej ceny, przedłożył wyjaśnienia o charakterze niepełnym, które nie uzasadniały podanej w ofercie kwoty i budzą dalsze, uzasadnione wątpliwości w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji postępowania.

Do wyjaśnień, wbrew obowiązkowi udowodnienia realności ceny i wbrew treści wezwania zamawiającego z dnia 2 sierpnia 2023 r., którym przystępujący był związany, nie przedłożono żadnych dowodów.

Na marginesie można zaznaczyć, że dowody złożone na drugie wezwanie tj. faktura VAT (dowód nr 1) w żaden sposób nie dokumentuje faktycznego całkowitego poziomu danych kosztów, w szczególności w czasie trwania całego zamówienia. Z jej treści nie wynika również, aby przystępujący posiadał upusty, czy też był związany stałymi umowami o współpracy, co pozwala mu uzyskać konkretne świadczenia po określonej cenie, w dodatku niższej niż ta, którą muszą zapłacić konkurenci. Przystępujący nie przedstawił też żadnej umowy lub przynajmniej listu intencyjnego związanego z tymi kosztami, które potwierdzałyby, że ma on zagwarantowane określone ceny przez cały czas realizacji umowy. Nie ulega więc wątpliwości, że dokument ten nie mógł zostać uznany za wykazujący prawidłowe, rynkowe skalkulowanie tego kosztu przez skarżącego. W ocenie Izby jest to przykładowy dokument związany z działalnością firmy, na miesiąc przed składaniem ofert, którego nie powiązano z kalkulacją tej oferty. Natomiast oferta (dowód nr 2) jest sprzeczna ze stanowiskiem, że zawarte w niej materiały przystępujący posiada na stanie. Wykonawca posiada właściwe zasoby (czego nie udowodniono) albo będzie je kupował, jeżeli zaś częściowo je posiada, a częściowo zamierza je zakupić, to aby zweryfikować tę okoliczność należało jednoznacznie wskazać ile materiału przystępujący zamierza kupić (w kalkulacji mamy podaną cenę za tonę, bez wskazania konkretnej ilości), a ile już posiada (tu wskazano wartość, ale nie podano jaką kwotę za te materiały przyjęto w wycenie). Takie elementarne braki czynią kalkulację nieweryfikowalną, a do tego gołosłowną. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest wskazać co spowodowało jej obniżenie, jak również podać jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie. Zamawiający powinien mieć bowiem możliwość pełnego sprawdzenia złożonych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, co nie było to możliwe z uwagi na brak wystarczającej inicjatywy dowodowej przystępującego w tym zakresie, co skutkuje przyjęciem, że oferta zawiera cenę rażąco niską.

Izba postanowiła dopuścić i przeprowadzić dowód ze złożonego przez zamawiającego zestawienia kosztów pracy i ofert

za piasek, jednakże dokumenty te okazały się nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Samo zestawienie kosztów pracy dokonane przez zamawiającego nie udowadnia, że przystępujący posiada takie warunki, tutaj mamy tylko oświadczenie z kalkulacji. Zaś oferta piasku nie jest w żaden sposób związana ze złożonymi w przetargu wyjaśnieniami kalkulacji ceny, których dotyczy odwołanie. W szczególności, że przystępujący złożył własną ofertę, co do której Izba wypowiedziała się we wcześniejszej części uzasadnienia. Dokumenty te nie mogły także stanowić samoistnej podstawy do stwierdzenia, że oferowana cenę jest realna. Zwłaszcza, że przystępujący co do zasady nie wykazał braku rażąco niskiej ceny w złożonej przez siebie ofercie.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, że w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na nieprawidłowy wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wybrano ofertę przystępującego, która powinna zostać odrzucona przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący: