

Sygn. akt: KIO 3421/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Ryszard Tetzlaff

Protokolant:

Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2024 r. przez wykonawcę: P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Transbud Kruszywa P. N., ul. Nowowiejskiego 18, 84-240 Reda w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia

uczestnik po stronie zamawiającego – INFRATECH Sp. z o.o. Sp.k., ul. Młyńska 7, 86-200 Chełmno oraz Z. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EKOL-KOT Systemy Grzewcze, ul. Wosia Budzysza 7, 80-612 Gdańsk

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust.1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, że wystąpiły przesłanki do wezwania Wykonawcy o udzielenia szczegółowych wyjaśnień w przedmiocie istnienia prawdopodobieństwa, że cena oferty w części IV zamówienia zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w dokumentach zamówienia (oznaczonego w odwołaniu nr I pkt 1 tiret pierwszy dotyczy części IV).

2. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust.1 w zw. z art. 224 ust.

2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, że wystąpiły przesłanki do wezwania Wykonawcy o udzielenia szczegółowych wyjaśnień w przedmiocie istnienia prawdopodobieństwa, że cena oferty w części V zamówienia zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w dokumentach zamówienia (oznaczonego w odwołaniu nr I pkt 2 tiret pierwszy dotyczy części V).

3. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wprowadzający w błąd i ograniczający dostęp do zamówienia innym podmiotom, które mogłyby przystąpić do wykonania zamówienia w sytuacji prawidłowego zdefiniowania przedmiotu dostawy w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (oznaczonego w odwołaniu nr I pkt 2 tiret trzeci dotyczy części V).

4. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

5. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Transbud Kruszywa P. N., ul. Nowowiejskiego 18, 84-240 Reda i

5.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000, 00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Transbud Kruszywa P. N., ul. Nowowiejskiego 18, 84-240 Reda tytułem uiszczonego wpisu, jak i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

5.2. zasądza od wykonawcy P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Transbud Kruszywa P. N., ul. Nowowiejskiego 18, 84-240 Reda na rzecz Komendy Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika Zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3421/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, na realizację usługi pn.: „Świadczenie usługi w zakresie eksploatacji systemów ciepłych od źródła ciepła łącznie z grzejnikami w budynkach, w kompleksach wojskowych administrowanych przez Komendę Portu Wojennego Gdynia znajdujących się na terenie m. Gdyni, Dębogórza, Helu i Gdańska”, m.in. część III SOI GDYNIA WITOMINO (Gdynia ul. Strażacka 2-8 kotłownia w budynku nr 10), część IV – Gdynia Pogórze (gm. Kosakowo Dębogórze kotłownia w budynku nr 6, gm. Kosakowo Dębogórze kotłownia w budynku nr 7), część V SOI GDYNIA OKSYWIE (Gdynia ul. Dickmana kotłownia w budynku nr 65), nr postępowania 72/KPW/INFR/2024, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.06.2024 r. pod nr OJ S 2024/S 114-351291 przez: Komenda Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia zwany dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwana dalej: „ustawy” albo „ustawy Pzp” albo „Pzp” albo „P.z.p.”.

Dnia 09.09.2024 r. (za pomocą platformy zakupowej SmartPzp:) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w części III i IV: INFRATECH Sp. z o.o. Sp.k., ul. Młyńska 7, 86-200 Chełmno zwany dalej: „INFRATECH Sp. z o.o. Sp.k.” albo „Infratech” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego do odwołania o sygn. akt: KIO 3421/24”, w części V: Z. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EKOL-KOT Systemy Grzewcze, ul. Wosia Budzysza 7, 80-612 Gdańsk zwany dalej: „EKOL-KOT Systemy Grzewcze” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego do odwołania o sygn. akt: KIO 3421/24”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert w części III i V (a trzecią w części IV) zajęła oferta: Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „Promat” Sp. z o.o., ul. Wejherowska 5c 84-208 Dobrzewino zwany dalej: „Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „Promat” Sp. z o.o.”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert w części IV zajęła oferta: QB-ENERGIA Sp. z o.o., ul. Dworska 13, 80-514 Gdańsk zwany dalej: „QB-ENERGIA Sp. z o.o.”. Jednocześnie, Zamawiający odrzucił w części IV i V ofertę P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Transbud Kruszywa P. N., ul. Nowowiejskiego 18, 84-240 Reda zwany dalej: „Transbud Kruszywa P. N.” albo „Odwolującym w sprawie o sygn. akt: KIO 3421/24”.

W dniu 18.09.2024 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Transbud Kruszywa P. N. wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego z 09.09.2024 r. w części IV i V. Zarzucił: 1. w Części IV zamówienia:

- naruszenie art. 224 ust.1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy poprzez bezpodstawne uznanie, że wystąpiły przesłanki do wezwania Wykonawcy o udzielenia szczegółowych wyjaśnień w przedmiocie istnienia prawdopodobieństwa, że cena oferty w części IV zamówienia zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w dokumentach zamówienia;
- naruszenie art. 224 ust.6 w zw. z art. 28 ustawy poprzez nie zastosowanie trybu samokontroli podjętych czynności i odrzucenie oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy cena oferty odpowiadała wartości rynkowej przedmiotu zamówienia, a Zamawiający miał świadomość, że ustalona przez niego wartość zamówienia rażąco przewyższa wskazana wyżej wartość rynkową i nie dołożył należytej staranności przy szacowaniu tej wartości;

2. w Części V zamówienia:

- naruszenie art. 224 ust.1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy poprzez bezpodstawne uznanie, że wystąpiły przesłanki do wezwania Wykonawcy o udzielenia szczegółowych wyjaśnień w przedmiocie istnienia prawdopodobieństwa, że cena oferty w części IV zamówienia zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w dokumentach zamówienia;
- naruszenie art. 224 ust.6 w zw. z art. 28 ustawy poprzez nie zastosowanie trybu samokontroli podjętych czynności i odrzucenie oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy cena oferty odpowiadała wartości rynkowej przedmiotu zamówienia, a Zamawiający miał świadomość, że ustalona przez niego wartość zamówienia rażąco przewyższa wskazana wyżej wartość rynkową i nie dołożył należytej staranności w ustaleniu tej wartości;
- naruszenie art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy i artstawy z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wprowadzający w błąd i ograniczający dostęp do zamówienia innym podmiotom, które mogłyby przystąpić do wykonania zamówienia w sytuacji prawidłowego zdefiniowania przedmiotu dostawy w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwaną dalej SWZ. Wnosił o: uwzględnienia odwołania i nakazanie dokonania:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego z 09.09.2024 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego dotyczącego części IV i V w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 72/KPW/INFR/2024 oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu;

2. ponownego badania i ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

3. ewentualnie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części V.

Wykonawca w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr: 72/KPW/INFR/2024 na świadczenie usługi w zakresie eksploatacji systemów ciepłych od źródła ciepła łącznie z grzejnikami w budynkach, w kompleksach wojskowych administrowanych przez Komendę Portu Wojennego Gdynia znajdujących się na terenie m. Gdyni - Część IV Gdynia Pogórze - gm. Kosakowo Dębogórze, kotłownia w budynku nr 7 oraz Część V SOI Gdynia Oksywie - Gdynia, ul. Dickmana, kotłownia w budynku nr 65 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Komendę Portu Wojennego Gdynia złożył ofertę na wykonanie usługi w zakresie eksploatacji systemów ciepłych od źródła ciepła do grzejników włącznie w budynku, w kompleksach wojskowych administrowanych przez Komendę Portu Wojennego Gdynia znajdujących się na terenie m. Gdynia, m.in. w podziale na część IV i V, opisaną szczegółowo w petitum niniejszego pisma.

Zamawiający w dniu 16.07.2024 r. opublikował informację o wykazie ofert, które wpłynęły w postępowaniu na świadczenie usług w zakresie eksploatacji systemów ciepłych, m.in. dotyczącej części IV i V zamówienia publicznego. Z analizy wykazu złożonych ofert wynikało, że Wykonawca złożył najkorzystniejsze oferty za wykonanie tych części zamówienia publicznego. (dowód: informacja Zamawiającego o wykazie ofert z 16.07.2024 r.)

Pismem z 25.07.2024 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień w przedmiocie istnienia prawdopodobieństwa, że cena oferty w części IV i V zamówienia zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w dokumentach zamówienia. (dowód: wezwanie Zamawiającego z 25.07.2024 r.)

Wykonawca nie udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z powodu oczywistej bezzasadności dokonanego wezwania. Pismem z dnia 23.08.2024 r. Wykonawca złożył wniosek do Zamawiającego o rozważenie możliwości unieważnienia czynności wezwania z 25.07.2024 r. do udzielenia wyjaśnień dotyczących oferty o udzielenie zamówienia publicznego w części IV i V zamówienia w zakresie rażąco niskiej ceny, ewentualnie o unieważnienie postępowania w części V zamówienia - w całości. (dowód: pismo Wykonawcy z 23.08.2024 r. wraz załącznikiem). Na przedmiotowy wniosek Zamawiający nie udzielił żadnej odpowiedzi.

W dniu 09.09.2024 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę, m.in. o tym, że w związku z brakiem złożenia wyjaśnień na dokonane wezwanie jego oferta dotycząca części IV i V zamówienia podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy jako oferta z rażąco niską ceną.

1. ZARZUTY WSPÓLNE DOTYCZĄCE CZĘŚĆ IV I V ZAMÓWIENIA

1) Zarzut dotyczący naruszenia art. 224 ust.1 w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy.

Oferty dotyczące części IV zamówienia złożyło 4 wykonawców na następujące kwoty: - QB - Energia Sp. z o. o. w Gdańsku - na łączną kwotę 4.895.100 zł,

- Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych PROMAT Sp. z o. o. w Dobrzewinie - na łączną kwotę 6.113.931,90 zł,
- Transbud Kruszywa P. N. w Redzie - na łączną kwotę 4.561.837,20 zł,
- INFRATECH Sp. z o. o. Sp. k. w Chełmnie - na łączną kwotę 4.842.214,36 zł.

Wartość zamówienia w tej części została ustalona przez Zamawiającego w dniu 07.06. 2024 r. na łączną kwotę 6.618.593,30 zł netto, tj. 8.140.870,99 zł brutto. Należy zauważyć, że wszystkie oferty złożone przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w tej części były niższe od wyceny przedmiotu zamówienia dokonanej przez Zamawiającego i były zbliżone wartościowo do oferty Wykonawcy, z wyłączeniem oferty złożonej przez Z.I.T.E. PROMAT Sp. z o. o., który zaoferował cenę nadmiernie wysoką.

Oferta złożona przez Wykonawcę była niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert o kwotę 541.433.66 zł., a wyłączając ofertę Z.I.T.E. PROMAT Sp. z o. o. - oferta Wykonawcy była niższa o jedynie 204.546,65 zł od średniej arytmetycznej pozostałych ofert. Bezsprzeczne powinno być, że cena zaoferowana przez Odwołującego się, przynajmniej w części IV - nie była niższa od średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert, które powinny być uwzględnione w analizie porównawczej.

Z kolei oferty dotyczące części V zamówienia złożyło 3 wykonawców na następujące kwoty:

- Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych PROMAT Sp. z o. o. w Dobrzewinie - na łączną kwotę 8.006.382 zł,
- Transbud Kruszywa P. N. w Redzie - na łączną kwotę 3.909.330,60 zł,
- Ekol Kot Systemy Grzewcze Z. N.. w Gdańsku - na łączną kwotę 6.015.026,40 zł.

Wartość zamówienia w tej części została ustalona przez Zamawiającego w dniu 07.06. 2024 r. na łączną kwotę 7.497.019,20 zł netto, tj. 9.221.333,62 zł brutto. Podobnie, jak w części IV wszystkie oferty złożone przez wykonawców w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego były zdecydowanie niższe od wyceny przedmiotu zamówienia dokonanej przez Zamawiającego.

Oferta złożona przez Odwołującego się była niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert o kwotę 2.067.582,40 zł., a wyłączając ofertę Z.I.T.E. PROMAT Sp. z o. o. (zdecydowanie wygórowana) - oferta Wykonawcy była niższa o 1.052.847,90 zł od średniej arytmetycznej pozostałych ofert.

Należy zwrócić uwagę na okoliczność, iż obowiązek złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w przypadku zajścia procentowej przesłanki nie jest bezwzględny i nie nakłada na Zamawiającego bezwzględnego i automatycznego obowiązku wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, kosztu, czy innych części składowych oferty. W każdym przypadku Zamawiający powinien ocenić, czy okoliczności stanu faktycznego uzasadniają wystosowanie wezwania do złożenia wyjaśnień.

Kwestią kluczową w przedmiotowym stanie faktycznym stało się rażące przeszacowanie wartości zamówienia przez Zamawiającego i to w obszarze obydwu części zamówienia. Przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp przewiduje, że obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień nie dotyczy sytuacji, gdy rozbieżność pomiędzy zaoferowaną ceną a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Taką sytuację mamy w niniejszym postępowaniu. Nie powinien budzić wątpliwości fakt, że wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania została zawyżona, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie, niż wynikałoby to z realiów rynkowych. Oferty pozostałych oferentów ten fakt potwierdzają. Nawet bardzo wygórowana i obarczona błędami oferta złożona przez Z.I.T.E. PROMAT Sp. z o. o. dowodzi, że Zamawiający rażąco przeszacował wartość zamówienia. Jest to „okoliczność oczywista”, o której mowa w cytowanym wyżej przepisie.

Charakter „oczywistej okoliczności” ma również zaoferowanie przez jednego z wykonawców ceny nadmiernie wysokiej. Wykonawca wyjaśnia, iż Z.I.T.E. PROMAT Sp. z o. o. w 2022 r. w toku postępowania o zamówienie publiczne nr: 42/KPW/INFR/2022 złożyła ofertę na kwotę 15.333.416,80 zł na świadczenie usługi w zakresie eksploatacji systemów ciepłych w części Gdynia Oksywie - Gdynia, ul. Dickmana, kotłownia w budynku nr 65, a wybrana została oferta Wykonawcy na łączną kwotę 9.748.637,60 zł.

Stanowisko Wykonawcy w tej sprawie potwierdzają tezy orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz dorobek doktryny. Odwołujący się przywołał w treści wniosku skierowanego do Zamawiającego wyrok KIO z 09.03.2023 r., sygn. akt z którego uzasadnienia wynika, że jeśli różnica pomiędzy cenami ofert, a ustaloną wartością zamówienia wynika z błędnego ustalenia tej wartości przez Zamawiającego, czego ten ma świadomość, w takiej sytuacji należy uznać, że rozbieżność ta wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zamawiający winien wziąć pod uwagę ten aspekt przy rozpatrywaniu kwestii istnienia obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w związku stawy. Unieważnienie czynności wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanych cen na podstawie

zw. stawy będzie możliwe, jeśli Zamawiający stwierdzi, że te wezwania zostały skierowane do wykonawców z naruszeniem przepisów prawa.

Takie unieważnienie czynności będzie mogło nastąpić w ramach tzw. samokontroli Zamawiającego. Wydaje się, że w sytuacji gdy rozbieżność pomiędzy cenami ofert wykonawców, a wartością zamówienia (powiększoną o należny podatek od towarów i usług) będzie wynikać z okoliczności oczywistych (jak np. przeszacowanie wartości zamówienia) to skierowanie do wykonawców wezwań do złożenia wyjaśnień w zw. ustawy nastąpi z naruszeniem tej podstawy prawnej.

W wyroku z 31.05.2016 r., sygn. akt: KIO 820/16, skład orzekający zwrócił uwagę, że zwroty „wydaje się”, czy „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostryimi i należy uznać, że celowo zostały te pojęcia wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaoferowaną cenę rzeczywiście może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego.” Wątpliwości muszą być zatem uzasadnione na gruncie cen rynkowych, które były podstawą ustalania wartości zamówienia.

W wyroku KIO z 30.11.2021 r., sygn. akt: KIO 3357/21 wyrażony został pogląd, że przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy odnosi zaoferowaną cenę do wartości przedmiotu zamówienia. Zgodnie więc z jego treścią ma to być cena „rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W orzecznictwie podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny zaproponowane w innych ofertach, złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej zamawiającego.”

2) Zarzut dotyczący naruszenia art. 224 ust.6 w związku z art. 28 ustawy.

Jedną z zasadniczych czynności podejmowanych przez Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest oszacowanie jego wartości. Zgodnie stawy podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą

starannością. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dochował należytej staranności w prawidłowym ustaleniu wartości zamówienia, w sposób szczególny 9

dotyczący jego części IV i V. Z analizy treści Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego sporządzonego przez Zamawiającego wynika przede wszystkim, że „wartość zamówienia została ustalona w dniu 07.06.2024 r. na podstawie zamówień udzielonych na analogiczny przedmiot zamówienia, zawartych w latach 2021 i 2022” (zapis pkt 3 Protokołu postępowania). Z treści tegoż protokołu wynika również, że nie przeprowadzono wstępnych konsultacji rynkowych oraz nie korzystano również z pomocy ekspertów i doradców co do ustalenia aktualnej wartości rynkowej. Nie skierowano też zapytania cenowego do kilku podmiotów specjalizujących się w tego typu dostawach (dowód: Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego)

Ustalenie przez Zamawiającego wartości zamówienia wyłącznie na podstawie zamówień udzielonych na analogiczny przedmiot zamówienia, zawartych w latach 2021 i 2022 świadczy wyłącznie o niedołożeniu należytej staranności, a wręcz o niedbalstwie Zamawiającego w tej kwestii. Zwrócić uwagę należy na okoliczność, iż zamówienia w tych latach, a szczególnie w roku 2022 (wybuch wojny na Ukrainie, embargo na import węgla) odbywały się w zupełnie innych realiach ekonomicznych, a decydowały o tym przede wszystkim ceny zakupu opału (oleju opałowego - w części IV zamówienia i węgla kamiennego - w części V zamówienia). Ceny zakupu opału były w tym okresie na poziomie o kilkaset procent wyższe, niż obecnie. Okoliczności te zostały udokumentowane przez Wykonawcę w treści wniosku o unieważnienie czynności (postępowania) skierowanego do Zamawiającego przed odrzuceniem oferty. Wykonawca zwracał również uwagę, że pozostałe elementy decydujące o rentowności realizacji zamówienia nie zmieniły się w takim stopniu, aby doprowadzić do ustalenia wartości zamówienia na tak wysokim poziomie.

W ocenie Wykonawcy są to okoliczności oczywiste, które tylko potwierdzają brak profesjonalizmu Zamawiającego i brak należytej staranności w ustaleniu wartości zamówienia i prowadzą do wniosku, że w tej sytuacji Zamawiający nie powinien w taki sposób ustalonej wartości brać pod uwagę jako punktu odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej.

Wykonawca zna doskonale realia eksploatacji kotłowni objętych zamówieniem. Są one obsługiwane przez personel Wykonawcy od 2017 roku. To Wykonawca w okresie eksploatacji tych systemów grzewczych dokonywał ich modernizacji i wymieniał kotły grzewcze.

W tych okolicznościach, a szczególnie po uzyskaniu informacji od Wykonawcy o nie dochowaniu należytej staranności w szacowaniu wartości zamówienia, Zamawiający powinien unieważnić postępowanie i ponownie przeprowadzić szacowanie wartości. Konieczność „poprawienia” tej czynności już na etapie postępowania należałoby rozpatrywać również w kontekście niedochowania należytej staranności, o której mowa w treści sprawy. Dopuszczalne i konieczne w tej sytuacji było samodzielne podjęcie przez Zamawiającego

decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Celem Zamawiającego powinno być dążenie do realizacji zamówienia w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Oferta Wykonawcy nie była ofertą rażąco niską w realiach przedmiotowego postępowania, a ofertą zdecydowanie najkorzystniejszą (około 300.000 zł mniej środków wydatkowanych ze środków publicznych na wykonanie części IV i ponad 2 mln zł mniej na wykonanie części V). To są ogromne pieniądze, które powinny pozostać w budżecie. Zamawiający, w tym kierownik jednostki oraz osoby odpowiedzialne z racji pełnionego nadzoru służbowego za celowe i oszczędne wydatkowanie środków publicznych oraz za właściwe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają możliwość w ramach procesu samokontroli dobrowolnie skorygować popełnione błędy i uchybienia. Doprowadzenie do usankcjonowania bezprawia, polegającego na przyjęciu wartości zamówienia całkowicie nieadekwatnej do warunków rynkowych prowadzi w efekcie do naruszenia dyscypliny finansów publicznych i tworzenia stanu niedopuszczalnej patologii w gospodarowaniu środkami publicznymi.

2. DODATKOWY ZARZUT DOTYCZĄCY CZĘŚCI V ZAMÓWIENIA.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób wprowadzający w błąd i ograniczający dostęp do zamówienia innym podmiotom, które mogłyby przystąpić do wykonania zamówienia. W treści SWZ - w części dotyczącej „Opisu przedmiotu zamówienia - część V” brak jest opisu przedmiotu dostawy. Jedynie w Projekcie umowy, stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ w § 4 ust. 2.1 d) jako obowiązek Wykonawcy wskazano stosowanie paliwa zgodnego z Dokumentacją Techniczną - ruchową kotła, tj. rodzaj, ilość i jakość, w tym: miał spełniający niżej wymienione parametry jakościowe: - kaloryczność - min. 22.000 Kj/kg, - granulacja - 5+25 mm, - wilgotność - < 15%, - siarka - < 0,8%.

Wskazana w treści projektu umowy granulacja opału, tj. „5 - 25” nie odpowiada sortymentowi miału (jak to wskazano w umowie) a ekogroszkowi. Oczywiście powinno być, że zastosowanie opału o podanej w projekcie umowy granulacji do kotłów „Tilgner” w kotłowni budynku nr 65, przy ul. Dickmana jest niemożliwe.

(dowód: - SWZ, - projekt umowy)

Opisanie przedmiotu zamówienia jest jedną z kluczowych czynności w postępowaniu i jest z jednej strony uprawnieniem, z drugiej zaś obowiązkiem zamawiającego, który musi 11

pamiętać o tym, aby w sposób wyczerpujący i kompleksowy przedstawić swoje wymagania, z drugiej uczynić to z

poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Przepis art. 16 ustawy zobowiązuje Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie przede wszystkim przez przyzmat zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Zamawiający na każdym etapie postępowania jest zobowiązany do poszanowania tych zasad i zachowania należytej staranności. Błędne sformułowanie parametrów opalu będącego przedmiotem zamówienia tworzy warunek, który w praktyce może doprowadzić do wykluczenia innych podmiotów z udziału w postępowaniu, co jest istotą naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Należy zwrócić uwagę na to, że jest opis świadczenia niemożliwego do spełnienia. W tym przypadku wystarczy wykazać hipotetyczną możliwość naruszenia tej zasady, wskazując, że są one niedopuszczalne, ponieważ do stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasad określonych stawy nie jest konieczne, ani nawet potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 27.04.2022 r., sygn. akt: KIO 909/22, dokonanie opisu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 ustawy w związku z art. 16 pkt 1 ustawy stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z powyższym zachodzą przesłanki określone w art. 255 ust. 6 ustawy i Zamawiający w tych okolicznościach sprawy powinien przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego unieważnić.

KIO w uchwale z 03.08.2017 r. skazała, że wszelkie wątpliwości odnośnie treści SIWZ zamawiający musi rozpatrywać na korzyść wykonawcy. Zostało to w celnie wskazane w wyroku KIO z 16.04.2015 r. str. 33) „Należy wskazać, że obowiązuje swoista „święta” zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, (...)». Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez zamawiającego”.

Zamawiający w dniu 19.09.2024 r. wezwał (za pomocą platformy zakupowej SmartPzp:) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 20.09.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) INFRATECH Sp. z o.o. Sp.k. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

Zamawiającego w części IV wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: INFRATECH Sp. z o.o. Sp.k.

W dniu 20.09.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) EKOL-KOT Systemy Grzewcze zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w części V wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: EKOL-KOT Systemy Grzewcze.

W dniu 30.09.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania o sygn. akt: KIO 3421/24 do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, wnosząc o odrzucenia odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 3421/24, ewentualnie o jego oddalenie.

- 1) Zarzut dot. cz. IV i V - naruszenie art. 224 ust.1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 poprzez nieuzasadnione wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp zostało przekazane Odwołującemu w dniu 25.07.2024r., więc czas na wniesienie odwołania w zakresie jego zasadności upłynął w dniu 05.08.2024r. (podstawa odrzucenia odwołania: art. 515 ust. 1 pkt 1 ppkt. a);

- 2) Zarzut dot. cz. IV i V - odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art.224 ust. 6 w zw. z art. 28 ustawy Pzp.

W tym miejscu podkreślił, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8) w powiązaniu z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, natomiast Odwołujący w treści odwołania powołał jako podstawę jedynie art. 224 ust. 6 i powołał go z art. 28 ustawy Pzp

Wartość zamówienia została ustalona w dniu 07.06.2024r., a Wykonawca mógł powziąć informację o jej wysokości od dnia publikacji ogłoszenia zamówienia tj. 13.06.2024r. Natomiast Odwołujący wnioskował o podanie tej informacji w dniu 21.08.2024r. i w tym dniu ją otrzymał. Niezależnie, którą datę należy uznać jako właściwą do ustalenia terminu na wniesienie odwołania, to w obydwu przypadkach Odwołujący uchybił terminom wskazanym w ustawie Pzp (podstawa odrzucenia odwołania: art. 515 ust. 3 pkt 1);

- 3) Zarzut dot. cz. V — niewłaściwe (niezgodnie z art. 99 ustawy Pzp) opisanie przedmiotu zamówienia. Publikacja SWZ nastąpiła w dniu 13.06.2024r., wobec czego termin na złożenie odwołania na treść dokumentów zamówienia (SWZ) upłynął w dniu 24.06.2024r. (podstawa odrzucenia odwołania: art. 515 ust. 2 pkt 1). Z ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uzasadnienie:

- 1) Zarzut dot. cz. IV i V- nieuzasadnione wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Podkreślił, iż w niniejszym postępowaniu zaktualizował się obowiązek, wynikający z 224 ust. 1 ustawy PZP w zw. z ust. 2 pkt 1 (dla części IV) oraz pkt 1 i 2 (dla części V), prowadzenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym, zamawiający miał obowiązek wystąpić do Odwołującego z wezwaniem. Niezależnie od powyższego, zamawiający pragnie podkreślić, że z instytucji wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zamawiający może skorzystać zawsze, kiedy ma wątpliwości co do wyceny poczynionej przez Wykonawcę. Zadaniem Wykonawcy jest udzielić odpowiedzi zgodnie z treścią wezwania, a konsekwencją zignorowania wezwania i nie udzielania wyjaśnień jest odrzucenie oferty. Wykonawca decydując się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien mieć tego świadomość.

2) Zarzut dot. cz. IV i V- odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art.224 ust. 6 w zw. z art. 28 ustawy Pzp.

Zamawiający wygenerował wezwanie do Odwołującego wyznaczając termin na złożenie wyjaśnień. Należy podkreślić, iż Odwołujący nie podnosi, że przedmiotowe wezwanie nie otrzymał, wobec czego należy uznać, że świadomie podjął decyzję, aby na wezwanie nie odpowiadać. Uwzględniając powyższe, zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8) w powiązaniu z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący w treści odwołania usiłuje powiązać art. 224 ust. 6 z art. 28 ustawy Pzp, jednak sposób ustalenia wartości zamówienia nie ma żadnego znaczenia wobec bierności Odwołującego w stosunku do wezwania do wyjaśnień wygenerowanego przez zamawiającego.

Nadmienić należy, że zgodnie z art. 35 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia mającego za przedmiot usługi powtarzające się jest rzeczywista łączna wartość kolejnych zamówień tego samego rodzaju, udzielonych w ciągu poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym lub roku obrotowym, z uwzględnieniem zmian ilości lub wartości zamawianych usług lub (...). Opisany sposób szacowania wartości zamówienia opiera się na ilości usług udzielonych w przeszłości z jednoczesnym uwzględnieniem zmiennych związanych z zakresem przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, wybierając tę metodę zamawiający może bazować na danych pochodzących z poprzednio prowadzonych postępowań. Należy zauważyć, iż szacowanie wartości zamówienia w oparciu o art. 35 ust. 1 ustawy Pzp musi uwzględniać zasadę wyrażoną w art. 28 ustawy Pzp, zgodnie z którą podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie 14

wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. Wobec powyższego, chociaż art. 35 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje oszacowanie zamówienia w oparciu o 12-miesięczny okres świadczonego wcześniej, to ww. szacunek jest wyznacznikiem wartości, którą zamawiający powinien dostosować do długości trwania przyszłej usługi. Wobec powyższego skorzystanie, do ustalenia wartości zamówienia, z cen aktualnie trwających umów zostało dokonane zgodnie z obowiązującymi przepisami.

3) Zarzut dot. cz. V — niewłaściwe (niezgodnie z art. 99 ustawy Pzp) opisanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia „w sposób ograniczający dostęp do zamówienia innym podmiotom” (mimo, że w tej części postępowania zostały złożone 3 oferty) i żąda unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 Pzp, jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jako argument podaje błędnie określony w treści opisu przedmiotu zamówienia przedział granulacji miału czyli paliwa, którego należy używać do zasilania kotłów Tilgner. Jednakże, nie wskazuje jaki wpływ powyższe miało na ofertę złożoną przez Niego. Ponadto, nie sposób odnaleźć w treści odwołania wskazania i uzasadnienia interesu prawnego opisanego w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący w treści odwołania nie wskazuje własnego interesu w uzyskaniu zamówienia, ani możliwości poniesienia przez Niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a powołuje się jedynie na interes innych podmiotów, którym zamawiający hipotetycznie ograniczył dostęp do zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że w odniesieniu do dokumentacji postępowania nie wpłynęły jakiegokolwiek wnioski o wyjaśnienie jej treści w tym zakresie, ani żaden z wykonawców nie skorzystał ze środków ochrony prawnej w postaci odwołania na treść SWZ. Profesjonalni wykonawcy, jeśli mieliby problem z ustaleniem ostatecznej treści zobowiązania wynikającego z dokumentów zamówienia, powinni zasygnalizować przedmiotową okoliczność jeszcze przed upływem terminu na składanie ofert. Wobec powyższego, należy uznać zarzut Odwołującego za pozorny, a wskazywaną nieścisłość za mało istotną do sporządzenia właściwej i rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego, zamawiający nie ma podstaw do uznania, że powyższe można kwalifikować jako błąd obligujący do unieważnienia postępowania. Za wyrokiem KIO z 202304-12, sygn. akt. KIO 878/23 podstawą do unieważnienia postępowania jest obarczenie postępowania wadą, przez którą należy rozumieć wyłącznie takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Ponadto, wada taka musi

uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Tym samym błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania. Powyższe wskazuje, iż konieczne jest ustalenie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania, a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów PZP do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 Pzp. Wady te stanowią konsekwencję znaczących uchybień, w stosowaniu

przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez zamawiającego. Nieścisłość w opisie przedmiotu zamówienia polegała na wskazaniu niewłaściwego przedziału jednego z parametrów mialu węglowego tj. granulacji, która mogła sugerować ekogroszek, a nie miał węglowy. Jednakże rodzaj paliwa (czyli właśnie miał węglowy) został wskazany poprawnie i dlatego Wykonawcy nie mieli żadnego problemu z jednoznaczną identyfikacją sortymentu, jakiego należy używać w kotłach. Informacja ta zatem w warunkach przedmiotowego zamówienia nie stanowiła parametru, którego opis skutkował naruszeniem zasad postępowania, prowadzącym do przywoływanego przez Odwołującego realnego zawężenia kręgu podmiotów, które złożyły w tym postępowaniu oferty.

W dniu 30.09.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) EKOL-KOT Systemy Grzewcze złożyło pismo procesowe wnosząc o odrzucenia odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 3421/24 co do części V.

Odnosnie „naruszenia art. 224 ust.1 w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy poprzez bezpodstawne uznanie, że wystąpiły przesłanki do wezwania Odwołującego o udzielenia szczegółowych wyjaśnień w przedmiocie istnienia prawdopodobieństwa, że cena oferty w części V zamówienia zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w dokumentach zamówienia”. Dla aktywizacji obowiązku wynikającego z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp dla zamawiającego, aby wszcząć postępowanie wyjaśniające wystarczające jest już samo podejrzenie rażącego zaniżenia, co też miało miejsce w tym przypadku, ponieważ Przystępujący także otrzymał pismo od Zamawiającego, celem udzielenia wyjaśnień, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący przedmiotowe pismo otrzymał od Zamawiającego w dniu 25 lipca 2024 r. Jeżeli Odwołujący 16

uznał, że przedmiotowe wezwanie w części V od Zamawiającego jest bezpodstawne, to zgodnie z art. 515 ust.1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, winien wnieść odwołanie do dnia 05 sierpnia 2024 r. celem unieważnienia czynności Zamawiającego. Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione w dniu 18.09.2024 r. (data w treści odwołania).

Odnosnie „naruszenia art. 224 ust.6 w związku z art. 28 ustawy poprzez nie zastosowanie trybu samokontroli podjętych czynności i odrzucenie oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy cena oferty odpowiadała wartości rynkowej przedmiotu zamówienia, a Zamawiający miał świadomość, że ustalona przez niego wartość zamówienia rażąco przewyższa wskazana wyżej wartość rynkową i nie dołożył należytej staranności w ustaleniu tej wartości”. Czynność ustalenia wartości zamówienia publicznego, o której mowa w art. 28 ustawy Pzp jest podstawową czynnością dla Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia i spełnia przede wszystkim funkcję proceduralną i weryfikacyjną dla przygotowywanego postępowania. Zgodnie z komentarzem UZP: „Najistotniejsza dla przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest funkcja proceduralna. Ustalona wartość zamówienia, będąca wynikiem oszacowania, określa zakres obowiązków proceduralnych po stronie zamawiającego i przesądza o zastosowaniu właściwej procedury udzielenia zamówienia. W szczególności od wartości zamówienia uzależnione jest miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, terminy na wykonanie czynności w postępowaniu dla Zamawiającego”. Natomiast art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, w wyniku podjętych czynności Zamawiającego, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, został prawidłowo zastosowany przez Zamawiającego. Art. 224 ust. 6 Pzp stanowi: „Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie”, co miało miejsce w tym przypadku.

Odnosnie „naruszenia art. 99 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 ustawy i art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wprowadzający w błąd i ograniczający dostęp do zamówienia innym podmiotom, które mogłyby przystąpić do wykonania zamówienia w sytuacji prawidłowego zdefiniowania przedmiotu dostawy w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwaną dalej SWZ”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 czerwca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr S: 114/2024 pod poz. 351291. Specyfikacja warunków zamówienia została zamieszczona w dniu 13 czerwca 2024 r. pod linkiem Co oznacza, że Opis przedmiotu zamówienia dla wykonawców był znany już 13 czerwca 2024 r., to zgodnie z art. 515 ust.1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący winien

wnieść odwołanie do dnia 24 czerwca 2024 r. Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione w dniu 18.09.2024 r. (data w treści odwołania).

W dniu 30.09.2024 r. (e-mailem) INFRATECH Sp. z o.o. Sp.k. złożyła pismo procesowe wnosząc o odrzucenia odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 3421/24, ewentualnie o jego oddalenie co do części IV.

Konieczność odrzucenia odwołania jako wniesionego z przekroczeniem terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt. 1 lit. a) P.z.p.

Analiza odwołania doprowadza do konkluzji, że podstawową czynnością Zamawiającego, kwestionowaną przez Odwołującego, jest czynność Zamawiającego z dnia 25.07.2024 r., polegająca na wezwaniu Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Ustawy (czyli wyjaśnień w trybie tzw. rażąco niskiej ceny). Odwołujący kwestionuje istnienie po stronie Zamawiającego podstaw prawnych do dokonania powyższej czynności twierdząc, że Zamawiający winien zaniechać skierowania powyższego wezwania, ponieważ rozbieżność pomiędzy ceną oferty Odwołującego, a wartością zamówienia oszacowaną przez Zamawiającego w dniu 07.06.2024 r., wynikała – wedle Odwołującego – z okoliczności oczywistych, które nie wymagały wyjaśnienia.

Odwołujący na gruncie odwołania kwestionuje zatem istnienie podstaw prawnych po stronie Zamawiającego do wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie tzw. rażąco niskiej ceny.

Zwrócił uwagę, że Odwołujący – kwestionując prawidłowość czynności Zamawiającego z dnia 25.07.2024 r. – powinien w tym zakresie skorzystać ze środków ochrony prawnej zagwarantowanych na gruncie Pzp, składając odwołanie. Odwołujący nie tylko nie skorzystał z tego uprawnienia, lecz także nie zwrócił Zamawiającemu uwagi na nieprawidłowość podjętej w powyższym zakresie, czynności, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na złożenie przedmiotowych wyjaśnień, który upływał z dniem 30.07.2024 r., godz. 9:00. Odwołujący wykazał w powyższym zakresie całkowitą bierność, która trwała aż do dnia 23.08.2024 r., kiedy to Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo, w którym wskazał na okoliczności powtórzone obecnie na gruncie odwołania.

Stwierdził, że Odwołujący miał możliwość zakwestionowania czynności Zamawiającego, polegającej na wezwaniu Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w trybie tzw. rażąco niskiej ceny, które miało miejsce w dniu 25.07.2024 r. Termin na złożenie odwołania od powyższej czynności, ustalony w oparciu o brzmienie art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) P.z.p., upłynął bezskutecznie z 05.08.2024 r.

Dlatego też uznał odwołanie za niedopuszczalne, bowiem złożone z przekroczeniem terminu określonego w Ustawie, co uzasadnia konieczność odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 P.z.p.

Z podobną sytuacją mieliśmy do czynienia na gruncie sprawy o sygn. akt: KIO 1804/24. W wydanym na jej kanwie wyroku KIO wskazała, co następuje: „W tej sytuacji, jeśli odwołujący uważał, że zamawiający pismem z dnia 3 kwietnia 2024 r. z naruszeniem ustawy Pzp wezwał go do złożenia wyjaśnień ceny w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, gdyż rozbieżność, o której mowa w tym przepisie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, to powinien kwestionować czynność zamawiającego w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o tej czynności wezwania” (wyrok KIO z 18.06.2024 r., sygn. akt: KIO 1804/24).

Bezasadność zarzutów podniesionych na gruncie odwołania

Odwołujący na gruncie odwołania zarzucił Zamawiającemu (w części IV):

- „naruszenie art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy poprzez bezpodstawne uznanie, że wystąpiły przesłanki do wezwania Wykonawcy o udzielenia szczegółowych wyjaśnień w przedmiocie istnienia prawdopodobieństwa, że cena oferty w części IV zamówienia zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w dokumentach zamówienia;
- naruszenie art. 224 ust. 6 w związku z art. 28 ustawy poprzez nie zastosowanie trybu samokontroli podjętych czynności i odrzucenie oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy cena oferty odpowiadała wartości rynkowej przedmiotu zamówienia, a Zamawiający miał świadomość, że ustalona przez niego wartość zamówienia rażąco przewyższa wskazaną wyżej wartość rynkową i nie dołożył należytej staranności przy szacowaniu tej wartości”.

Przystępujący wskazuje i podkreśla, że cała argumentacja zawarta w odwołaniu sprowadza się do twierdzenia, zgodnie z którym Zamawiający nie miał prawa wzywać Wykonawców biorących udział w postępowaniu w zakresie części IV. ponieważ rozbieżność pomiędzy cenami ofert, a wartością zamówienia, wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Odnosząc się do powyższego, zwrócił uwagę na okoliczność, stosownie do której zasadą sformułowaną na gruncie art. 224 ust. 2 pkt 1 P.z.p. jest wzywanie Wykonawców do udzielenia wyjaśnień w zakresie tzw. rażąco niskiej ceny, w razie zaistnienia przewidzianych na gruncie tego przepisu przesłanek. Przepis powyższy wprowadza bowiem obowiązek prawny zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie odpowiednich wyjaśnień, który aktualizuje się w razie spełnienia hipotezy powyższego przepisu – a więc w sytuacji, w której A) wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania lub B) średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Ustawy, są wyższe o co najmniej 30% od ceny całkowitej oferty. Dopiero w razie gdy Zamawiający stwierdzi, że 19

rozbieżność powyższa wynika z okoliczności oczywistych, aktualizuje się wyjątek od powyższej zasady, pozwalający Zamawiającemu na zaniechanie realizacji powyższego obowiązku.

Wskazać bowiem należy, że „Izba oceniła kwestię istnienia obowiązku skierowania do wykonawcy wezwania do wyjaśnienia ceny w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy. W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że możliwość odstąpienia od wezwania do wyjaśnień w przypadku wystąpienia wskazanej powyżej różnicy między ceną oferty a średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, ma charakter wyjątkowy. Wynika to wprost z brzmienia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który jako zasadę określa obowiązek skierowania do wykonawcy wezwania („zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1”), a jedynie wyjątkowo dopuszcza możliwość zaniechania takiego wezwania („chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”). W związku z tym możliwość odstąpienia od procedury wyjaśniającej nie może podlegać rozszerzającej wykładni. Oznacza to, że zamawiający może z tej możliwości skorzystać, jeśli nie ma żadnych wątpliwości, z czego wynika różnica między zaoferowaną ceną a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu oraz kiedy nie można mieć jakichkolwiek podejrzeń, że powodem wystąpienia takiej różnicy jest nierealność ceny.” (wyrok KIO z 09.03.2023 r. sygn. akt: KIO 459/23).

Możliwość odstąpienia przez zamawiającego od wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie tzw. rażąco niskiej ceny, ma zatem charakter wyjątkowy.

Z takim właśnie wezwaniem wystąpił Zamawiający na gruncie przedmiotowej sprawy. Zwrócić należy uwagę, że wezwanie powyższe skierowane zostało nie tylko do Odwołującego – analogiczne wezwanie Zamawiający wystosował do Przystępującego, który złożył ofertę notabene o cenie na poziomie zbliżonym do ceny oferty Odwołującego (cena oferty Odwołującego: 4.561.837,20 zł; cena oferty Przystępującego: 4.842.214,36 zł). Przystępujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie, złożył obszerne i kompleksowe wyjaśnienia. Działanie Zamawiającego miało zatem charakter konsekwentny; nie sposób zatem przyjąć, że Zamawiający naruszył w powyższym zakresie zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 16 P.z.p.

Skoro Zamawiający powziął wątpliwości co do ceny ofert złożonych przez Wykonawców na gruncie postępowania, Odwołujący nie ma podstaw do kwestionowania powyższych wątpliwości. To Zamawiający – jako gospodarz postępowania – miał prawo do samodzielnej oceny, czy wynikająca rozbieżność pomiędzy zbliżonymi do siebie cenami ofert Wykonawców, a wartością zamówienia, ma dla Niego charakter oczywisty.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na podstawie zamówień udzielonych na analogiczny przedmiot zamówienia, zawartych w latach 2021 i 2022. Jak prawidłowo wskazał Odwołujący – w zakresie części IV. wpłynęły 4 oferty, z których trzy zawierały cenę na porównywalnym poziomie (tj. ceny ofert Przystępującego, Odwołującego oraz Wykonawcy: QBENERGIA Sp. z o.o., który złożył ofertę na kwotę 4.895.100 zł); jedna z ofert – tj. oferta Wykonawcy: Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „PROMAT” Sp. z o.o. została złożona na znacząco wyższym poziomie cenowym (6.113.931,90 zł). Zamawiający mógł zatem mieć wątpliwości, czy jest realne wykonanie przedmiotu zamówienia na kwoty zaproponowane przez trzech Wykonawców, tym bardziej, że poziom cenowy powyższych ofert w sposób znaczący odstawał od poziomu oszacowania Zamawiającego, dokonanego w oparciu o analogiczne zamówienia udzielone w latach ubiegłych

Odwołujący nie może kwestionować powyższej decyzji Zamawiającego, powołując się na subiektywne przesłanki Odwołującego, który samodzielnie ocenił, że oferta Wykonawcy: Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „PROMAT” Sp. z o.o. była „znacząco zawyżona” („Należy zauważyć, że wszystkie oferty złożone przez wykonawców

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w tej części były niższe od wyceny przedmiotu zamówienia dokonanej przez Zamawiającego i były zbliżone wartościowo do oferty Wykonawcy, z wyłączeniem oferty złożonej przez Z.I.T.E. PROMAT Sp. z o.o., który zaoferował cenę nadmiernie wysoką” (str. 5 odwołania), „Oferty pozostałych oferentów ten fakt potwierdzają. Nawet bardzo wygórowana i obciążona błędami oferta złożona przez Z.I.T.E. PROMAT Sp. z o.o. dowodzi, że Zamawiający rażąco przeszacował wartość zamówienia” (str. 6 odwołania)).

Zamawiający, dysponując danymi z poprzednio przeprowadzonych postępowań o analogicznym przedmiocie, a także dysponując ofertą Wykonawcy: Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „PROMAT” Sp. z o.o., której cena odbiegała znacząco od cen ofert pozostałych Wykonawców, mógł zatem powziąć uzasadnione wątpliwości co do realności wykonania przedmiotu zamówienia za cenę zaproponowaną przez Wykonawców. Rozwianiu powyższych wątpliwości służyło wezwanie Wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie tzw. rażąco niskiej ceny.

Na gruncie niniejszej sprawy Odwołujący próbuje w sposób całkowicie nieprawidłowy przerzucić ciężar swojego uchybienia polegającego na zaniechaniu zadośćuczynienia wezwaniu Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie tzw. rażąco niskiej ceny. Brak złożenia przez Odwołującego wyjaśnień w określonym terminie powoduje przy tym, że Zamawiający był związany domniemaniem, że oferta Odwołującego zawierała rażąco niską cenę, ponieważ „Wezwanie wykonawcy przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena jest rażąco niska 21

w stosunku do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji oznacza, iż ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy” (wyrok KIO z 22.07.2021 r., sygn. akt: KIO 1920/21). Odwołujący na gruncie przedmiotowej sprawy nie złożył jakichkolwiek wyjaśnień celem zadośćuczynienia wezwaniu Zamawiającego. Tym samym – nie zdołał on obalić obowiązującego domniemania, że Jego oferta zawiera rażąco niską cenę. W tym stanie rzeczy, Zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 6 P.z.p., dlatego też kwestionowanej czynności Zamawiającego nie sposób niczego zarzucić.

Stanowiska Odwołującego nie potwierdza przywołany na gruncie odwołania wyrok KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 459/23 (cytowany także powyżej). Dotyczył on bowiem sytuacji odwrotnej – tj. sytuacji, w której Zamawiający (a w tamtym wypadku była to Akademia Kaliska im. Prezydenta Stanisława Wojciechowskiego w Kaliszu) zaniechał wezwania jednego z wykonawców biorących udział w postępowaniu do udzielenia wyjaśnień w trybie tzw. rażąco niskiej ceny – powołując się na to, że rozbieżność wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, na gruncie którego Zamawiający wezwał Wykonawców do udzielenia wyjaśnień w powyższym zakresie, co kwestionuje Odwołujący, wskazując, że to wezwanie było niezgodne z prawem.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 Pzp (co najwyżej odrzuceniu podlegają niektóre z zarzutów odwołania o czym w dalszej części uzasadnienia), a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta została odrzucona w części IV i V, w przypadku potwierdzenia się zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności Specyfikacji Warunków Zamówienia zwana dalej: „SWZ”, projektu umowy, oferty Odwołującego, wezwania z 25.07.2024 r. skierowanego przez Zamawiającego do Odwołującego o wyjaśnienia w zakresie podejrzenia zaoferowania 22

ceny rażąco niskiej w części IV i V, pisma Odwołującego z 23.08.2024 r. o unieważnienie czynności wezwania z 25.07.2024 r., jak i informacji z 09.09.2024 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego w części IV i V w związku z brakiem złożenia wyjaśnień na wezwanie z 25.07.2024 r.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego na potwierdzenie okoliczności w nim wskazanych:

- 1) informacja Zamawiającego o wykazie ofert z 16.07.2024 r.,
- 2) wezwanie Zamawiającego z 25.07.2024 r.,
- 3) pismo Wykonawcy z 23.08.2024 r. wraz ze zbiorczym zestawieniem ofert z otwarcia postępowania MEC Sp. z o.o. w Chodzieży,
- 4) protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego,
- 5) SWZ (z przedmiotowego postępowania zaliczona w poczet materiału dowodowego już wcześniej),
- 6) projekt umowy (z przedmiotowego postępowania zaliczona w poczet materiału dowodowego już wcześniej).

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone do pisma procesowego EKOL-KOT Systemy Grzewcze na potwierdzenie okoliczności w nim wskazanych:

- 1) wezwanie Zamawiającego do Odwołującego z 25.07.2024 r.,
- 2) potwierdzenie dat Ogłoszenia i SWZ (ogłoszenie_o_zamowieniu_13062024_09.12.40(1); str.1.daty.SWZ.i.OPZ; str.2.daty.SWZ.i.OPZ).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentację wynikającą z odwołania, przystąpień, odpowiedzi na odwołanie oraz pism procesowych Przystępujących, jak i stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

I. 1. w Części IV zamówienia:

- art. 224 ust.1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że wystąpiły przesłanki do wezwania Wykonawcy o udzielenia szczegółowych wyjaśnień w przedmiocie istnienia prawdopodobieństwa, że cena oferty w części IV zamówienia zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do

możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w dokumentach zamówienia;

- art. 224 ust.6 w zw. z art. 28 Pzp poprzez nie zastosowanie trybu samokontroli podjętych czynności i odrzucenie oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy cena oferty odpowiadała wartości rynkowej przedmiotu zamówienia, a Zamawiający miał świadomość, że ustalona przez niego wartość zamówienia rażąco przewyższa wskazana wyżej wartość rynkową i nie dołożył należytej staranności przy szacowaniu tej wartości;

2. w Części V zamówienia:

- art. 224 ust.1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że wystąpiły przesłanki do wezwania Wykonawcy o udzielenia szczegółowych wyjaśnień w przedmiocie istnienia prawdopodobieństwa, że cena oferty w części V zamówienia zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w dokumentach zamówienia;

- art. 224 ust.6 w zw. z art. 28 Pzp poprzez nie zastosowanie trybu samokontroli podjętych czynności i odrzucenie oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy cena oferty odpowiadała wartości rynkowej przedmiotu zamówienia, a Zamawiający miał świadomość, że ustalona przez niego wartość zamówienia rażąco przewyższa wskazana wyżej wartość rynkową i nie dołożył należytej staranności w ustaleniu tej wartości;

- art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 Pzp i artstawy z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wprowadzający w błąd i ograniczający dostęp do zamówienia innym

podmiotom, które mogłyby przystąpić do wykonania zamówienia w sytuacji prawidłowego zdefiniowania przedmiotu dostawy w treści SWZ.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, przystąpień, odpowiedzi na odwołanie oraz pism procesowych Przystępujących. Niewątpliwie wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego o wyjaśnienia w zakresie podejrzenia zaoferowania ceny rażąco niskiej w części IV i V miało miejsce z 25.07.2024 r. W jego ramach Zamawiający stwierdził, że: „(...) Na mocy art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt. 1) ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, Zamawiający: Komenda Portu Wojennego Gdynia w celu ustalenia czy oferta w części IV i V zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, w zakresie wskazanym w treści niniejszego pisma.

W związku z faktem, że cena oferty w części IV i V jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania, a także w części V od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, zachodzi prawdopodobieństwo, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Wyjaśnienia Wykonawcy mają przede wszystkim:

> potwierdzać:

- 1) zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 ze zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 2) zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,

> zawierać:

- 3) kalkulację ceny 1GJ, wskazującą koszty i opłaty, zgodnie z wyszczególnieniem zawartym w kalkulacji ceny ofertowej,
- 4) dowody potwierdzające koszty zakupu paliwa opałowego, jako kluczowego elementu kształtującego cenę 1 GJ.

Nadmieniam, iż zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. (...). Na niniejsze wezwanie Odwołujący nie udzielił żadnej odpowiedzi. Dopiero 23.08.2024 r. Odwołujący wystosował pismo o unieważnienie czynności wezwania z 25.07.2024 r. w swej treści de facto tożsame z treścią wniesionego odwołania z 18.09.2024 r. W konsekwencji w dniu 09.09.2024 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego w części IV i V w związku z brakiem złożenia wyjaśnień na wezwanie z 25.07.2024 r. Stwierdził, że: „(...) na mocy art. 226 ust. 1 pkt. 8) w powiązaniu z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca, na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp (pismo z dnia 25.07.2024 r.), nie złożył żadnych wyjaśnień. W związku z tym, zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, oferta Wykonawcy, w przedmiotowych częściach, podlega odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną. (...).

Jednocześnie, podkreślając, że nie było sporu co do stanu faktycznego, ale oceny tego stanu przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu pierwszego (oznaczonego w odwołaniu nr I pkt 1 tiret pierwszy dotyczy części IV) i trzeciego (oznaczonego w odwołaniu nr I pkt 2 tiret pierwszy dotyczy części V). Izba uznała w/w zarzuty za podlegające odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt. 3 w związku z art. 515 ust.1 pkt 1 lit. a Pzp.

Niniejsze zarzuty dotyczyły wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej w trybie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, które zostało przekazane Odwołującemu przez Zamawiającego w dniu 25.07.2024r. W konsekwencji zarzut jest spóźniony, gdyż termin na wniesienie odwołania w zakresie zasadności wezwania upłynął w dniu 05.08.2024r. Należy także dodać, że Zamawiający wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień do 30.07.2024 r. Odwołujący wykazał w tym zakresie całkowitą bierność do 23.08.2024 r., gdy złożył do Zamawiającego pismo o unieważnienie czynności wezwania z 25.07.2024 r. Ostatecznie odwołanie zostało wniesione w dniu 18.09.2024 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu piątego (oznaczonego w odwołaniu nr I pkt 2 tiret trzeci dotyczy części V), Izba uznała w/w zarzut za podlegający odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt. 3 w związku z art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Niniejszy zarzut dotyczył Opisu Przedmiotu Zamówienia w cz. V, tj. niewłaściwego, niezgodnego z art. 99 Pzp opisanego przedmiotu zamówienia. Publikacja SWZ (Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 czerwca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr S: 114/2024 pod poz. 351291. Specyfikacja warunków zamówienia została zamieszczona w dniu 13 czerwca 2024 r. pod linkiem nastąpiła w dniu 13.06.2024r. (inaczej mówiąc w tej dacie znany był dla Wykonawców opis przedmiotu zamówienia) wobec czego termin na złożenie odwołania na treść dokumentów zamówienia (SWZ), w tym także projektu umowy upłynął w dniu 24.06.2024r. Zaś, odwołanie zostało wniesione w dniu 18.09.2024 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu drugiego (oznaczonego w odwołaniu nr I pkt 1 tiret drugi dotyczy części IV) i czwartego (oznaczonego w odwołaniu nr I pkt 2 tiret drugi dotyczy części V), Izba uznała w/w zarzuty za podlegające oddaleniu.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że wcześniejsze zarzuty (pierwszy i trzeci) dotyczyły niezasadności wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej i były spóźnione, a w konsekwencji samo wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej z 25.07.2024 r. wystosowane do Odwołującego należy uznać za skuteczne. Wobec braku odpowiedzi na wezwanie z 25.07.2024 r. uległy ziszczeniu się przesłanki wynikające z art. 224 ust. 6 Pzp, zgodnie z którymi oferta podlega odrzuceniu, gdy Wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie: „Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie”. W konsekwencji oferta Odwołującego została zasadnie odrzucona z tej podstawy prawnej.

W dalszej kolejności Izba także zauważa, że odwołaniem nie została objęta podstawa prawna odrzucenia oferty, tj. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, a jedynie art. 224 ust. 6 Pzp. Inaczej mówiąc nie zaskarżona podstawa prawna odrzucenia oferty Odwołującego pozostała w mocy prawnej i uprawomocniła się.

Dodatkowo, Izba wskazuje, że informacje o wysokości wartości szacunkowej zamówienia mógł Odwołujący powziąć (czemu nie zaprzeczył na rozprawie) od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu, tj. 13.06.2024 r. Przy czym, wnioskował o podanie tej informacji w dniu 21.08.2024 r. i w tym dniu ją otrzymał (czemu także nie zaprzeczał na rozprawie), czyli prawie miesiąc po wezwaniu z 25.07.2024 r. do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej. W konsekwencji można nawet przyjąć, że kwestionowanie prawidłowości wyliczenia wartości szacunkowej zamówienia, czyli naruszenia art. 28 Pzp jest spóźnione (na podstawie art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust.3 pkt 1 Pzp).

Izba jednakże nie podziela argumentacji Odwołującego że sytuacja międzynarodowa na tyle się ustabilizowała, że przyjęta wartość szacunkowa zamówienia została przeszacowana. Zgodnie z protokołem „wartość zamówienia została ustalona w dniu 07.06.2024 r. na podstawie zamówień udzielonych na analogiczny przedmiot zamówienia, zawartych w latach 2021 i 2022” (zapis pkt 3 Protokołu postępowania). W ocenie Izby, została ona przyjęta w sposób odpowiedzialny, właśnie z uwzględnieniem istniejących uwarunkowań zewnętrznych, jak i wewnętrznych. Nadto, Odwołujący kwestionował wartość szacunkową zamówienia, ale w żaden sposób nie przedstawił na jakim poziomie powinna taka wartość

szacunkowa zostać oszacowana. Twierdził jedynie że ceny zakupu opału (węgla i oleju opałowego) są niższe. Z tych przyczyn, w ocenie Izby, Zamawiający wybierając metodę szacowania zamówienia mógł bazować na danych pochodzących z poprzednio prowadzonych postępowań. Izba w tym zakresie podzieliła argumentację Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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).

Przewodniczący: