Sygn. akt: KIO 4525/24

WYROK
z dnia 9 stycznia 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska
Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 stycznia 2025 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 grudnia 2024 roku** przez wykonawcę **TRONUS POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Bemowo w Warszawie**

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Nowa Szkoła Sp. z o.o. z Łodzi na podstawie art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;

2.kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnicę Bemowo w Warszawie** w następujący sposób**:**

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **223,35 zł** (słownie: dwustu dwudziestu trzech złotych trzydziestu pięciu groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem kosztów podróży, a także kwotę **17 zł 00 gr** (słownie: siedemnastu złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;

2.2.zasądza od Zamawiającego – **Miasta Stołecznego Warszawy - Dzielnicy Bemowo w Warszawie** na rzecz Odwołującego **- TRONUS POLSKA Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 840 zł 35 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy ośmiuset czterdziestu złotych trzydziestu pięciu groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem kosztów wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów podróży.

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**.

Przewodnicząca:

……

KIO 4525/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Bemowo w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") pn. „Dostawa pomocy dydaktycznych oraz wyposażenia dodatkowego do nowo budowanego przedszkolna przy ul. Siemiatyckiej 2 w Dzielnicy Bemowo m. st. Warszawy". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Dz.U. S: 131/2024 w dniu 08.07.2024 r., numer ogłoszenia: 404873-2024.

Dnia 2 grudnia 2024 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca TRONUS POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie dalej jako „Odwołujący".

Zamawiającemu zarzucano naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1)art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy Nowa Szkoła sp. z o.o. z Łodzi (dalej: Nowa Szkoła), pomimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu ze względu na to, że wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także pomimo iż wykonawca ten nie dowiódł tego, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Nowa Szkoła, pomimo iż oferta ta jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego ujętymi
w Specyfikacji Warunków Zamówienia;

3)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Nowa Szkoła, pomimo iż oferta tego Wykonawcy powinna być odrzucona
i w konsekwencji oferta ta nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza przy ustalonych w SWZ kryteriach oceny ofert.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:
1)unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2)dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
3)odrzucenia oferty wykonawcy Nowa Szkoła.

Zawiadomienie o czynnościach Zamawiającego zaskarżonych odwołaniem Odwołujący otrzymał w dniu 21.11.2024 r. drogą elektroniczną. Tym samym termin do złożenia odwołania został zachowany. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia
w zakresie doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania, oferta złożona przez Odwołującego mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą w tych częściach. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku w wyniku decyzji Zamawiającego, polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Nowa Szkoła. Ocena wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę na wezwanie w trybie art. 224 ustawy Pzp została dokonana w sposób nieprawidłowy. Zamawiający bezpodstawnie uznał,
że wyjaśnienia te pozwalają na uznanie, że wykonawca dowiódł, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Potwierdzenie zarzutów odwołania prowadzić będzie do sytuacji, w której oferta Odwołującego byłaby jedyną nie podlegającą odrzuceniu ofertą. Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia. Dodatkowo Odwołujący zaznaczył, że oferta wykonawcy BitWork M.S., której także dotyczyło domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny, została w dniu 21.11.2024 r. odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp po tym, gdy wykonawca ten zwrócił się o zwrot wadium.

Zarzut nr 1

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców do złożenia wyjaśnień w tym trybie jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Dodatkowo zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp, jeżeli cena całkowita jest mniejsza o 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT lub od średniej arytmetycznej wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp, wezwanie wykonawcy do wyjaśnień jest obligatoryjne.

Taka sytuacja zaszła w postępowaniu zaszła w stosunku ofert wykonawców BitWork oraz Nowa Szkoła.

Oferta Bitwork zawierała cenę brutto 199.242,33 zł. Stanowi ona jedynie 25,26% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT (788.737,50 zł). Stanowi ona jednocześnie jedynie 53,18%średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert (374.679,43 zł brutto).

Oferta Nowej Szkoły zawierała cenę brutto 170.000,00 zł. Stanowi ona jedynie 21,55% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT (788,737,50 zł). Stanowi ona jednocześnie jedynie 45,37% średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert (374.679,43 zł brutto).

Wobec ofert obu wykonawców powstało domniemanie tego, że zawiera ona rażąco niską cenę, a więc cenę, która nie daje możliwości prawidłowego, rzetelnego i uczciwego wykonania przedmiotu zamówienia. Stopień zaniżenia cen w ofertach BitWork, a zwłaszcza Nowej Szkoły, powodował, że występowały aż dwie przesłanki nakazujące Zamawiającemu obligatoryjne wezwanie tych wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Różnice te są tak znaczące, że powodują poważne wątpliwości co do tego, czy za zaoferowane ceny wykonawcy BitWork i Nowa Szkoła byliby w stanie wykonać zamówienie
w sposób należyty i zgodny z SWZ.

Pierwotnie przy badaniu i ocenie ofert Zamawiający zaniechał całkowicie wzywania firm BitWork i Nowa Szkoła do wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp. To spowodowało,
że Odwołujący zmuszony był zaskarżyć decyzję odwołaniem z dnia 07.10.2024 r.
W toku postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3663/24 Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił odwołanie w całości. Do postępowania odwoławczego nie przystąpiła ani BitWork, ani Nowa Szkoła. Nie było więc złożenia sprzeciwu od uwzględnienia odwołania. W związku z tym Izba postanowieniem z dnia 22.10.2024 r. umorzyła w całości postępowanie odwoławcze. Zamawiający z kolei zobowiązany był powtórzyć czynności badania ofert zgodnie z żądaniami odwołania.

W toku powtórnej oceny ofert Zamawiający dopuścił się po raz kolejny istotnych naruszeń ustawy Pzp, mających

wpływ na wynik postępowania. Dotyczą one nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 224 ustawy Pzp przez firmę Nowa Szkoła. Zarzuty odwołania nie dotyczą badania i oceny oferty firny BitWork, gdyż oferta ta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wezwał wykonawcę Nowa Szkoła do wyjaśnień ceny pismem z dnia 07.11.2024 r. Wezwanie miało charakter szczegółowy. Wskazywało kwestie, które Nowa Szkoła miała przedstawić w wyjaśnieniach, w tym jakie czynniki cenotwórcze powinny być wykazane w kalkulacjach, jak i że powinny być poparte dowodami:

„Wykonawca ma obowiązek wykazać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W udzielanych wyjaśnieniach (zaleca się w postaci kalkulacji kosztów) i składanych dowodach dotyczących wyliczenia ceny (po uwzględnieniu kosztów transportu, ustawienia oraz ewentualnego montażu, wywozu i utylizacji opakowań związanych z dostawą) należy

w szczególności wykazać elementy, które mają wpływ na zaoferowaną cenę Oferty.

W wyjaśnieniu prosimy o przedstawienie sposobu ich wyceny."

Dodatkowo w wezwaniu Zamawiający wskazał zestawienie pozycji asortymentowych, dla których wyjaśnienia i dowody miały dla niego najistotniejsze znaczenie:

„W wyjaśnieniach proszę o uwzględnienie w szczególności pozycji nr: 1, 2, 6, 11, 17, 18, 19, 24, 28, 32, 33, 36, 58, 71, 72, 87, 93, 95, 98, 100, 111, 114 oraz 144 z Wykazu pomocy dydaktycznych oraz wyposażenia dodatkowego przedszkola przy ul. Siemiatyckiej 2 stanowiącego załącznik nr 1 do Opisu przedmiotu zamówienia."

Termin do złożenia wyjaśnień był co najmniej wystarczający do ich przygotowania i przedstawienia – został wyznaczony do dnia 15.11.2024 r., czyli obejmował 8 pełnych dni kalendarzowych (w tym 5 pełnych dni roboczych).

Analiza wyjaśnień z dnia 08.11.2024 r. prowadzi do wniosku, że złożone przez Nową Szkołę wyjaśnienia były ogólnikowe, niekompletne, fragmentaryczne i przez to nie obaliły domniemania tego, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zostały one przez Zamawiającego ocenione nieprawidłowo, zarówno w stosunku do wymagań art. 224 ustawy Pzp, jak i w stosunku do treści wezwania. Wyjaśnienia tego wykonawcy pomijały szereg zagadnień, które mają niezwykle istotny wpływ na ocenę tego, czy jest w ogóle możliwa prawidłowa i rzetelna realizacja przedmiotu zamówienia za cenę ujętą w ofercie Nową Szkołę. Wyjaśnienia nie zawierają kalkulacji czynników cenotwórczych wymienionych w wezwaniu, takich jak koszty wytworzenia lub zakupu towarów i ich składowe, koszty transportu, ustawienia oraz ewentualnego montażu, wywozu i utylizacji opakowań związanych z dostawą. Wyjaśnienia nie zawierały też żadnych szczególnych informacji czy dowodów, które odnosiłyby się do prawidłowości wyceny towarów ujętych w pozycjach 1, 2, 6, 11, 17, 18, 19, 24, 28, 32, 33, 36, 58, 71, 72, 87, 93, 95, 98, 100, 111, 114 oraz 144 opisu przedmiotu zamówienia. To istotne uchybienie, gdyż wezwanie do wyjaśnień wprost wskazywało, że dla Zamawiającego szczególnie istotne było uzyskanie informacji i dowodów potwierdzających prawidłowość ceny oferty w odniesieniu do tych pozycji asortymentowych. Złożone przez Nową Szkołę wyjaśnienia składają się niemal wyłącznie z ogólnych oświadczeń tego przedsiębiorcy odnoszących się do okoliczności takich, jak:

(i)wieloletnie doświadczenie na rynku i posiadanie bazy dostawców z wynegocjowanymi cenami,

Nowa Szkoła w wyjaśnieniach powołuje się na ponad 30-to letnie doświadczenie w branży i wiele zrealizowanych zamówień. Miało to pomóc wykonawcy zbudować sieć zaufanych dostawców i preferencyjne warunki handlowe, a także zapewnić płynność finansową.

Wyjaśnienia nie przedstawiają jednak żadnych dowodów na to, że faktycznie Nowa Szkoła ma posiadać sieć takich dostawców, na to, jakie warunki handlowa ma ona zagwarantowane u ew. takich dostawców. Przez to brak jest wykazania ew. wpływu takich okoliczności na możliwość zaoferowania ceny takiej, jak w ofercie. Szczególnie dobrze widać to na przykładzie towarów, gdzie w wyjaśnieniach Nowa Szkoła wskazuje, że mają być zrealizowane na specjalne zamówienie. Brak jest dowodów potwierdzających możliwość realizacji za ujętą w ofercie cenę dla żadnego z tych towarów .

Brak też dowodów na posiadanie przez wykonawcę płynności finansowej, a także ew. związku takiej okoliczności z cenami ujętymi w ofercie. Odwołujący zauważa też, że płynność finansowa nie jest pochodną czasu trwania spółki. Fakt trwania spółki od roku 1992 nie stanowi potwierdzenia posiadania dobrej płynności finansowej.

(ii)własne zaplecze produkcyjne (w odniesieniu do niektórych pozycji asortymentowych)

Nowa Szkoła wskazała w tym zakresie m.in., że dysponuje własną linię produkcyjną m.in. dla towarów *„produkty szwalnicze, lalki szmaciane, podusie i poduchy, materace, kształtki i tory piankowe, suche baseny, drewniana pomoce edukacyjne, kąciki zabaw"*. Okoliczność ta jednak pozbawiona jest dowodu na faktyczne posiadanie takiego zakładu. Brak też wykazania wpływu ew. posiadania takiego zakładu na obniżenie kosztów produkcji tego rodzaju towarów i możliwość ich zaoferowania i prawidłowego wykonania za ceny ujęte w ofercie. Argument ten pozostaje więc zupełnie gołosłowny.

(iii)własne zaplecze magazynowe i posiadanie zapasów magazynowych

W wyjaśnieniach Nowa Szkoła oświadczyła, że posiada własne przestrzenie magazynowe, co ma przekładać się na obniżenie kosztów przechowywania i transportu. Ponadto obniżenie kosztów ma być możliwe poprzez tworzenie zapasów magazynowych, co miałoby sprzyjać szybszej realizacji zamówienia, jak i uniezależnienia jego kosztów od ryzyka wahań kursów walut.

Powyższe okoliczności pozbawione są jednak dowodu, zarówno posiadania takich magazynów i posiadania zapasów towarów takich, jak ujęte w ofercie. Brak przede wszystkim jednak dowodu na to, jak takie czynniki – jeśli faktycznie istnieją po stronie tego wykonawcy – przekładają się na możliwość obniżenia cen w przedmiotowym przetargu. Powoduje to, że wyjaśnienia w tym zakresie pozbawione są możliwości jakiejkolwiek weryfikacji. Opierają się one wyłącznie na oświadczeniu samego wykonawcy.

(iv) udzielenie Zamawiającemu rabatów cenowych.

Jest oczywiste, że w celu konkurowania o zamówienie wykonawcy mogą starać się obniżyć swoje ceny ofertowe. Natomiast sposób przedstawienia zagadnienia rabatów przez Nową Szkołę zostało przedstawione w sposób pretekstowy. Udzielenie znacznego rabatu na poszczególne pozycje nie może prowadzić do oferowania towarów poniżej ich właściwej wartości rynkowej, w tym poniżej kosztów wykonania towaru i towarzyszących mu w danym zamówieniu kosztów. To powoduje, że nie wystarczy powołać się na udzielenie rabatu od normalnej ceny danego produktu u wykonawcy. Wykonawca powinien wykazać, że mimo tego jest w stanie prawidłowo zrealizować zamówienie w pełnym zakresie (także uwzględniając czynniki) i jednocześnie osiągnąć w ramach takiej transakcji zysk.

W złożonych przez Nową Szkołę wyjaśnieniach brak jest jakiegokolwiek dowodu na to, że pomimo ujęcia w ofercie wielokrotnie bardzo znacznych rabatów na pozycje asortymentowe firma ta może zrealizować te dostawy w sposób pełny, zgodny z SWZ, a także przynajmniej
z zachowaniem co najmniej minimalnego zysku. Ustawa Pzp nie pozwala bowiem na stosowanie praktyk dumpingowych, zmierzających do pozbywania się nadmiarów magazynowych towarów poniżej ich właściwej ceny.

Wszystkie te kwestie zostały przedstawione wyłącznie w ramach twierdzeń samego wykonawcy, bez dowodów. Ale nawet, gdyby zostały one przez wykonawcę udowodnione, to nie przedstawiają one żadnej wartości dla oceny tej oferty w kontekście art. 224 ustawy Pzp. Nie są to bowiem okoliczności, które w jakikolwiek sposób wyróżniałyby Nową Szkołę na tle pozostałych wykonawców funkcjonujących w tej branży. Nie są to przymioty, które dostępne są wyłącznie tej firmie i pozwalałyby osiągnąć przewagę konkurencyjną tak znaczną, aby umożliwiała wykonanie zamówienia za tak zaniżoną cenę. Jak wskazuje orzecznictwo KIO
i Sądów powszechnych odnoszące się do zagadnienia rażąco niskiej ceny tego rodzaju okoliczności nie stanowią obiektywnych czynników, które potwierdzają prawidłowość kalkulacji ceny wykonawcy: wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 8 listopada 2007 r.,
X Ga 294/06, wyrok KIO z dnia 18 września 2018 r., KIO 1751/18, wyrok KIO z 6 czerwca 2016 r., KIO 800/16; wyrok KIO z dnia 20.08.2021 r., KIO 2249/21, wyrok KIO z dnia 08.09.2021 r., KIO 2031/21).

Wyjaśnienia Nowej Szkoły w żaden sposób nie wykazały tego, jaki konkretnie miałby być wpływ tych czynników na możliwość realizacji zamówienia za tą cenę, zgodnie ze wszystkimi wymaganiami SWZ. Wyjaśnienia te także nie wskazały na możliwość uzyskania przez Nową Szkołę jakiegokolwiek zysku z realizacji tego zamówienia.

Wyjaśnienia zostały uzupełnione przez dodaną kalkulację, która cenami jednostkowymi, które były podane już w ofercie, przedstawia dodatkowo „ceny rynkowe/katalogowe" za poszczególne pozycje. Brak jednak jakiegokolwiek dowodu co do tego, czy faktycznie są to rynkowe/katalogowe ceny takich towarów. Ma to szczególne znaczenie dla pozycji, które według samych wyjaśnień Nowej Szkoły są produktami na specjalne zamówienie (co przeczy zresztą temu, aby mogły mieć one ustalone ceny rynkowe, a tym bardziej katalogowe). Dla tych pozycji, ujętych w wyjaśnieniach jako *„produkty na specjalne zamówienia"* brak jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że rzeczywiście Nowa Szkoła dysponuje w tym zakresie możliwością zamówienia i zakupu towarów zgodnych
z SWZ, za ceny ujęte w ofercie. Są w tym zakresie pozycje, dla których Zamawiający w wezwaniu wskazał, że szczególnie co do nich oczekuje złożenia wyjaśnień. To powoduje, że wyjaśnienia nie zawierały żadnych istotnych informacji zwłaszcza dla pozycji 2, 17, 18, 19, 111, 144, co czyni je tym bardziej wadliwymi w świetle treści wezwania.

Nowa Szkoła w wyjaśnieniach przedstawia też argument, że*„zaoferowane przez Spółkę w/w postępowania przetargowego ceny wyrobów są typowymi cenami oferowanymi przez Spółkę na rynku".* Tymczasem nawet pobieżna analiza cen towarów, dla których Nowa Szkoła wskazała własne numery katalogowe, pokazuje że ujęte w ofercie ceny tych produktów są znacznie niższe, niż normalne ceny, za jakie Nowa Szkoła oferuje te towary. Przykładowo:

a)poz. 9 OPZ – hamak terapeutyczny. Cena katalogowa wg wyjaśnień Nowej Szkoły
i sklepu internetowego tego wykonawcy to 239 zł brutto. Cena oferowana 145 zł brutto. Oznacza to oferowanie towaru za jedynie 60,67% jego zwykłej ceny.

b)poz. 26 OPZ – deskorolka. Cena katalogowa wg wyjaśnień Nowej Szkoły i sklepu internetowego tego wykonawcy to 505 zł brutto. Cena oferowana 361 zł brutto. Oznacza to oferowanie towaru za jedynie 71,48% jego zwykłej ceny

c)poz. 28 OPZ – Podświetlany panel prostokątny. Cena katalogowa wg wyjaśnień Nowej Szkoły i sklepu internetowego tego wykonawcy 819 zł brutto. Cena oferowana to 493 zł brutto. Oznacza to oferowanie towaru za jedynie 60,19% jego zwykłej ceny.

Jako dowody Odwołujący złożył wydruki ze strony internetowej Nowej Szkoły https://nowaszkola.com

Istotna różnica cen tych towarów nie została w żaden sposób wyjaśniona. A biorąc pod uwagę same wyjaśnienia Nowej Szkoły dla wielu pozycji asortymentowych te obniżki są jeszcze bardziej znaczące, np.: poz. 37 kwadrat 2x2 suchy basen z piłkami – obniżka z ceny katalogowej 4.599 zł brutto do ceny oferowanej 2.829 zł brutto (różnica o 1.770 zł na jednej sztuce, obniżka o ok. 39%). Dodatkowo w SWZ te towary ujęte są wielokrotnie jako pojedyncze sztuki. Trudno więc, aby bronić wysokości zaoferowanej ceny poprzez efekt skali.

To jest zwykła detaliczna sprzedaż. Poza tym przeczy to twierdzeniu Nowej Szkoły, jakoby były to zwykłe ceny, za jakie ta firma sprzedaje analogiczne towary.

Także w zakresie kosztów pracy Nowa Szkoła jedynie zawarła ogólne oświadczenie, że zapewnia zatrudnienie z zachowaniem wymogu minimalnej stawki godzinowej (min. 28,10 zł / godz.) czy minimalnego wynagrodzenia za pracę (min. 4.300 zł). Brak jednak jakiegokolwiek dowodu na tą okoliczność. A trudno zakładać, aby realne koszty pracy po stronie tego wykonawcy mogły dla wszystkich prac uwzględniać wyłącznie koszty minimalne (i to bez narzutów takich, jak koszty tzw. brutto-brutto, czyli np. składki na ubezpieczenia społeczne płatne przez pracodawcę lub zleceniodawcę). Dodatkowo brak jakiegokolwiek szacunku, który potwierdzałby to, że z uwzględnieniem wpływu wykonawca może zrealizować prawidłowo zamówienie za ceny wskazane w ofercie.

Wyjaśnienia są niezwykle oszczędne w zakresie przekazywanych informacji. Są także zupełnie pozbawione dowodów, które pozwalałyby na weryfikację danych, co sprowadza wyjaśnienia do bardzo ogólnikowych deklaracji wykonawcy. Nie pozwala to na rzetelną ocenę przez Zamawiającego, a tym samym powoduje brak przełamania domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej. Orzecznictwo KIO jednoznacznie wskazuje, że ogólnikowe oświadczenia wykonawcy nie stanowią dowodu i nie mogą doprowadzić do przełamania domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Kształt wyjaśnień Nowej Szkoły powoduje brak możliwości weryfikacji prawdziwości ujętych w nich oświadczeń. Wyjaśnienia nie pozwalają na taką weryfikację, co oznacza, że nie spełniają one wymagań określonych w art. 224 ustawy Pzp. Wyjaśnienia ograniczają się

w zasadzie do podania kilku ogólnych haseł, bez wskazania jakichkolwiek konkretnych kalkulacji, bez wskazania metodologii, która posłużyła ich wyliczeniu czy która potwierdzałaby to, że firma Nowa Szkoła rzeczywiście na takim poziomie może przyjąć koszty realizacji przedmiotu zamówienia.

Wszystkie ceny podane w kalkulacji dodanej do wyjaśnień zostały podane bez żadnego wyjaśnienia, bez podania metodologii ich wyliczenia, bez wskazania, że składające się na nie koszty mogą pomieścić się w zaoferowanej cenie. Brak jest jakiegokolwiek wyjaśnienia, jakie jest przełożenie między cenami elementów wskazanych w ofercie, a wybranymi czynnikami cenotwórczymi podanymi w wyjaśnieniach. Powoduje to, że podane w tym zakresie wyjaśnienia pozbawione są możliwości weryfikacji. To dyskwalifikuje walor dowodowy złożonych wyjaśnień (wyroki KIO: z dnia 6 czerwca 2016 r., KIO 800/16, z dnia 14 lipca 2020 r., KIO 958/20, z dnia 26 lutego 2019 r., KIO 247/19).

Ogólna kalkulacja kosztów podana przez Nową Szkołę, nie pozwala na przyjęcie, że Wykonawca ten spełnił swój obowiązek wykazania prawidłowości ceny oferty, do czego zobowiązuje go art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Szczególnie jaskrawo widać to w zestawieniu ze stanowiskiem orzeczniczym Sądu Okręgowego w Warszawie: *„Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji oferty. Stąd wyjaśnienia dotyczące poszczególnych elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania określonego sprzętu, marże wykonawców, czy koszt zakupu określonych materiałów. Zamawiający powinien mieć możliwość pełnej weryfikacji złożonych wyjaśnień."* (wyrok SO w Warszawie z dnia 25.11.2021 r., XXIII Zs 113/21). Dodatkowo choć wyjaśnienia zawierają wzmiankę o tym, że zaoferowana cena ma gwarantować Nowej Szkole zysk, to jednak nie została przedstawiona żadna kalkulacja, ani dowód, które pozwalałyby ustalić, czy rzeczywiście tak jest i jaki dokładnie był szacowany przez tego wykonawcę zysk z realizacji zadania (przez podanie kwoty lub choćby procentu zakładanego zysku). Jak wskazuje orzecznictwo, cena ujęta w ofercie powinna uwzględniać zysk – powinna zapewniać pokrycie niezbędnych kosztów oraz przynosić wykonawcy zysk, który jest powodem uczestnictwa w obrocie gospodarczym. Cena nie uwzględniająca zysku za wykonanie przedmiotu zamówienia powinna być traktowana, jako rażąco niska (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 05.06.2018 r., XII Ga 175/17, wyroki KIO: z dnia 03.06.2011 r., KIO 1039/11, z dnia 07.11.2016 r., KIO 2003/16). To powoduje, że wyjaśnienia w żaden sposób nie wskazywały na możliwość uzyskania przez Nową Szkołę zysku z realizacji tego zamówienia.

Powyższe pokazuje, że Zamawiający przy ocenie wyjaśnień Nowej Szkoły dopuścił się naruszenia przepisów art.

224 ust. 5 i 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i zaniechał odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Zarzut nr 2

Oferta Nowej Szkoły jest także niezgodna z wymaganiami Zamawiającymi ujętymi w SWZ. Powyższe dało się stwierdzić dopiero w wyniku złożonych przez Nową Szkołę wyjaśnień cenowych. W kalkulacji dodanej do tych wyjaśnień wykonawca wskazał dla części pozycji numery katalogowe, które zidentyfikowały konkretne towary będące w ofercie stałej Nowej Szkoły. Towary te jednocześnie odbiegają od wymagań opisu przedmiotu zamówienia:

a)poz. 9 OPZ – hamak terapeutyczny

SWZ wymagała towaru o wymiarach 230 x 100 cm. Oferowany towar (numer katalogowy Nowej Szkoły TKBO5700) ma wymiary 230 x 80 cm. W zakresie szerokości hamaka nie odpowiada to wymaganiom SWZ, nawet uwzględniając dopuszczoną w SWZ tolerancję wymiarów +/- 5%(z uwzględnieniem tolerancji dopuszczalna szerokość to między 95 a 105 cm);

b)poz. 26 OPZ – deskorolka

SWZ wymagała towaru o wymiarach 56 x 37 x 14 cm. Oferowany towar (numer katalogowy Nowej Szkoły TKJG2168 – nazwa platforma surfer) ma wymiary 58 x 38 x 10 cm. W zakresie wysokości deskorolki nie odpowiada to wymaganiom SWZ, nawet uwzględniając dopuszczona w SWZ tolerancję wymiarów +/- 5% (z uwzględnieniem tolerancji dopuszczalna wysokość towaru mieści się między 13,3 a 14,7 cm);

c)poz. 28 OPZ – Podświetlany panel prostokątny

SWZ wymagała towaru o wymiarach 65 x 43 cm. Oferowany towar (numer katalogowy Nowej Szkoły TKJN0020 – nazwa platforma surfer) ma wymiary 65 x 47 cm. W zakresie jednego z wymiarów panelu nie odpowiada to wymaganiom SWZ, nawet uwzględniając dopuszczona w SWZ tolerancję wymiarów +/- 5% (z uwzględnieniem tolerancji dopuszczalna dopuszczalny drugi wymiar powinien mieścić się pomiędzy 40,95 a 45,15 cm).

Podsumowując, zdaniem Odwołującego te zaoferowane towary są w zakresie przedstawionych parametrów technicznych (wymiary) niezgodne z SWZ. Niezgodność ta wynika z dokumentu zawierającego merytoryczną treść oferty – wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny stanowią element oświadczenia woli zawartego w ofercie sensu largo, precyzując dokładnie oferowane w tych pozycjach towary. To powoduje, że nie może dojść już do sanowania tych niezgodności treści oferty z SWZ. Wymagałoby to bowiem zmiany treści oferty poprzez wprowadzenie do niej innych towarów w miejsce zaoferowanych w podanych pozycjach towarów niezgodnych z SWZ. Takie działanie nie ma jednak podstaw w ustawie pzp. W szczególności nie pozwalają na to przepisy art. 223 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

To powoduje, że stwierdzona dla tych towarów niezgodność ich wymiarów z SWZ ma charakter nieusuwalny. Oznacza to, że Zamawiający dopuścił się zaniechania odrzucenia oferty Nowej Szkoły także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzut nr 3

Potwierdzenie się zarzutów nr 1 lub 2 będzie prowadziło do konieczności uznania, że Zamawiający naruszył także art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu.

Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wskazał, że nawet jeśli Izba doszłaby do wniosku, że w toku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający powinien jeszcze przeprowadzić ponowne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny (w odniesieniu do zarzutu nr 1), czy wyjaśniania treści oferty (w odniesieniu do zarzutu nr 2), to nadal należy uznać, że Zamawiający naruszyłby art. 239 ust. 1 Pzp przez wybór oferty Nowej Szkoły przedwcześnie, przed przeprowadzeniem badania i oceny tej oferty w wymaganym zakresie. Także w takiej sytuacji odwołanie powinno być uwzględnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń,
a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła,
co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

W aktach postępowania odwoławczego nie ujawniono zgłoszenia przystąpienia po żadnej ze Stron.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia obejmuje dostawę pomocy dydaktycznych oraz wyposażenia dodatkowego do nowego budynku przedszkola przy ul. Siemiatyckiej 2 w Dzielnicy Bemowo m. st. Warszawy.

Dla przedmiotu zamówienia, który został szczegółowo opisany w Załączniku nr 1 do OPZ, Zamawiający ustalił zakres tolerancji wymiarów poszczególnych pomocy dydaktycznych i wyposażenia dodatkowego +/- 5%.

Zamawiający wymagał, by Oferowany przedmiot zamówienia był fabrycznie nowy
i nieużywany oraz wolny od wad (fizycznych i prawnych). Wykonawca w ramach przedmiotowego zamówienia zobligowany jest do dostarczenia, dokonania jego rozładunku, wniesienia do pomieszczeń wskazanych przez Inwestora, montażu wymaganych elementów, usunięcia i utylizacji opakowań związanych z dostawą. Dostarczone pomoce dydaktyczne
i wyposażenie dodatkowe muszą spełniać wymogi bezpieczeństwa, higieny, ergonomii, być dobrej jakości oraz posiadać oznakowanie CE.

Oferty złożył trzech wykonawców:

1)Tronus Polska Sp. z o.o. za cenę 754 795,97 zł
2)BitWork M.S. za cenę 199 242,33 zł
3)NOWA SZKOŁA Sp. z o.o. za cenę 170 000,00 zł.

Na otwarciu ofert Zamawiający podał, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 788 737,50 zł.

W wyniku uwzględnienia zarzutów pierwszego ze złożonych w postępowaniu odwołań Zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej i wezwał w trybie art. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawcę Nowa Szkoła do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia wartości brutto oferty w postępowaniu.

W wyjaśnieniach Zamawiający prosił o uwzględnienie w szczególności pozycji nr: 1, 2, 6, 11, 17, 18, 19, 24, 28, 32, 33, 36, 58, 71, 72, 87, 93, 95, 98, 100, 111, 114 oraz 144
z Wykazu pomocy dydaktycznych oraz wyposażenia dodatkowego przedszkola
przy ul. Siemiatyckiej 2 stanowiącego załącznik nr 1 do Opisu przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze, że cena całkowita złożonej oferty jest niższa o ponad 30**%** od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed dniem wszczęcia postępowania oraz jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert udzielone wyjaśnienia mogły dotyczyć w szczególności:

- wyjątkowo korzystnych warunków dostaw,
- oryginalności dostaw oferowanych przez Wykonawcę;
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

Wykonawca miał obowiązek wykazać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.
W udzielanych wyjaśnieniach (zaleca się w postaci kalkulacji kosztów) i składanych dowodach dotyczących wyliczenia ceny (po uwzględnieniu kosztów transportu, ustawienia oraz ewentualnego montażu, wywozu i utylizacji opakowań związanych z dostawą) należało
w szczególności wykazać elementy, które mają wpływ na zaoferowaną cenę oferty.
W wyjaśnieniu Zamawiający prosił o przedstawienie sposobu ich wyceny.

Zamawiający poinformował, że na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku
z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuci ofertę Wykonawcy, jeśli Wykonawca nie złoży wyjaśnień we wskazanym terminie lub jeżeli dokonana ocena złożonych wyjaśnień (w tym dowodów) potwierdzi, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca wyjaśnił, że zaoferowane przez Spółkę ceny wyrobów są typowymi cenami oferowanymi przez Spółkę na rynku, w tym w przetargach publicznych, a przy ich kalkulacji zostały uwzględnione wszelkie koszty zakupu, magazynowania i transportu produktów, jak i wartość kosztów pracy, która wynosi przy zleceniach min. 28,10 zł stawki godzinowej oraz 4300,00 zł stawki miesięcznej zgodnie
z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
z późn. zm. oraz marża Spółki, gwarantująca jej godziwy zysk.

Atrakcyjność oferty przedłożonej przez Spółkę jest wynikiem kilku nakładających się na siebie czynników. W pierwszej kolejności zwrócono uwagę, że Spółka dysponuje własną linią produkcyjną. Tym samym, Spółka ma możliwość samodzielnej produkcji następujących, ujętych w ofercie przedmiotów zamówienia: produkty szwalnicze, lalki szmaciane, podusie
i poduchy, materace, kształtki i tory piankowe, suche baseny, drewniana pomoce edukacyjne, kąciki zabaw. Powyższe

skutkuje brakiem konieczności korzystania z usług pośredniczących dostawców, dystrybutorów i producentów, co rzutuje na możliwość zmniejszenia ceny względem konkurencji niekorzystającej z produkcji własnej.

W przypadkach, gdy nie jest możliwe podjęcie samodzielnej produkcji przedmiotu zamówienia, Spółka korzysta ze współpracy z zaufanymi dostawcami. Spółka w takim wypadkach dąży do składania zamówień bezpośrednio u producentów, dzięki czemu nabywa produkty bezpośrednio ze źródła ich pochodzenia, w najniższych cenach, co pozwala uniknąć konieczności korzystania z dodatkowych pośredników naliczających własne marże. Dzięki wieloletniej działalności i bogatemu doświadczeniu w branży Spółka wypracowała korzystne warunki współpracy handlowej z producentami i dostawcami, którzy chętnie nawiązują współpracę ze Spółką. Umożliwia to zaproponowanie Zamawiającym atrakcyjnych cen.

Na dowód powyższego przedłożono dokument w postaci Zestawienia asortymentowo-cenowe.

Jedną z metod na obniżenie kosztów realizacji zamówienia jest tworzenie zapasów magazynowych, co niesie ze sobą wiele zalet. W szczególności należy mieć na uwadze,

że pozwala to na szybszą realizację zamówień, jak również

pozwala uniknąć kosztów transportu pojedynczych sztuk towaru. Magazynując produkty nabyte w korzystnych cenach od producentów zagranicznych, Spółka unika również ryzyka wzrostu i wahań kursów walut, na które narażeni są ci wykonawcy, którzy przy realizacji zamówienia decydują się na sprowadzenie przedmiotu zamówienia zza granicy.

Spółka posiada własne, rozbudowane przestrzenie magazynowe, co pozwala na skuteczne obniżenie kosztów przechowywania i transportu.

Ustalając cenę za realizację zamówienia w każdym przypadku Spółka dba jednak o to, by zamówienie przyniosło zysk, co z oczywistych względów stanowi istotę działalności gospodarczej. Wykonywanie zamówień, które narażałyby Spółkę na stratę lub zbyt małe zyski, w dłuższej perspektywie czasowej uniemożliwiałoby prowadzenie opłacalnej działalności. Tymczasem Spółka działa na rynku już od 1992 roku, realizując setki zamówień rocznie,

z czego dużą część stanowią zamówienia publiczne. Ponad trzydzieści lat funkcjonowania na rynku umożliwiło Spółce nie tylko zbudowanie sieci zaufanych dostawców oferujących preferencyjne warunki handlowe, ale też zapewniło płynność finansową umożliwiającą zabezpieczenie odpowiednich stanów magazynowych.

Zgodnie z linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) jak i ugruntowanego stanowiska doktryny, sam fakt, że oferowana w danym postępowaniu o zamówienie publiczne cena odbiega swą wysokością od cen pozostałych wykonawców lub od szacunkowych wartości przedmiotu zamówienia czy też kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie musi wcale oznaczać, że cena oferty najkorzystniejszej jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Aby móc stwierdzić, iż cena oferty jest niewiarygodna, należy ją odnieść do cen innych, podobnych zamówień i ustalić, czy cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną rażąco niską w stosunku do cen obowiązujących na rynku tego rodzaju. Można nawet w indywidualnych przypadkach twierdzić, że ceny konkurentów są zawyżone. Doświadczenie wskazuje, że różnice występujące pomiędzy cenami poszczególnych ofert w przetargach publicznych i ich relacja do budżetu/szacunku zamówienia, nie są niczym nadzwyczajnym, a wręcz przeciwnie, jest to zjawisko często spotykane i znajdujące uzasadnienie, biorąc pod uwagę sytuację rynkową i konkurencję pomiędzy firmami.

Wykonawca poinformował Zamawiającego, że cena złożonej oferty nie narusza

w żaden sposób p.z.p., a także art. 3 ust. 1, art. 15 ust. 15 pkt. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 1993 r. Nr 47 poz. 211 z późn. zm.). Dodano, że każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia i składający ofertę

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma prawo udzielać rabatów i upustów cenowych, aby uczynić swoją ofertę jak najbardziej korzystną cenowo. Zaoferowana cena przedmiotu zamówienia zawiera rabaty oraz upusty jakich firma postanowiła i miała możliwość udzielić w przedmiotowym postępowaniu, aby uczynić swoją ofertę jak najbardziej atrakcyjną, lecz nie kolidującą z przepisami prawa polskiego. Jet to to tyle zrozumiałe i zasadne, że dla zachowania konkurencyjności ofert przetargowych średnio udzielony rabat przez firmę wynosi 12 %. Jako dowód złożono wykaz cenowy, gdzie w kolumnie 9 wpisano stawki udzielonego rabatu dla poszczególnych pozycji asortymentu.

Zamawiający uznał wyjaśnienia Wykonawcy za wystarczające i dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Na powyższą decyzję złożono odwołanie.

Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w całości.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub

koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 239 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta
z najniższą ceną lub kosztem.

Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych za ofertę
z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące
i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny,
że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami. W ramach wyjaśnień,
o których mowa w art. 224 Pzp, wykonawca zobligowany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu ofert, ale także do przedstawienia dowodów, dzięki którym zamawiający będzie miał możliwość zweryfikowania złożonych wyjaśnień (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 817/16, LEX nr 2054658; podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie dnia 13 marca 2015 r., sygn. akt: IX Ca 39/15, LEX nr 1835972).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby Wykonawca Nowa Szkoła składając Zamawiającemu wyjaśnienia nie sprostał ciężarowi dowodowemu i nie uczynił zadość treści wezwania do złożenia wyjaśnień.

Jak wynika z wezwania do złożenia wyjaśnień, Zamawiający ustalił, że cena całkowita złożonej oferty Wykonawcy Nowa Szkoła jest niższa o ponad 30**%** od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed dniem wszczęcia postępowania, a także Zamawiający wskazał, że cena jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wobec takiego stanu rzeczy Zamawiający żądał wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących zaoferowanej wartości brutto oferty, przywołując treść art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Następnie Zamawiający zaznaczył, że dodatkowo żąda poświęcenia szczególnej uwagi pozycjom nr: 1, 2, 6, 11, 17, 18, 19, 24, 28, 32, 33, 36, 58, 71, 72, 87, 93, 95, 98, 100, 111, 114 oraz 144 z Wykazu pomocy dydaktycznych oraz wyposażenia dodatkowego przedszkola.

Wezwanie miało więc szczegółowy charakter, było obowiązkowe, bowiem spełnione zostały przesłanki ustawowe progu 30% różnicy. Zamawiający w ocenie Izby wymagał wyjaśnień wobec ceny całkowitej oferty, a także wyjaśnień dodatkowych wobec wyszczególnionych pozycji wykazu. W wezwaniu Zamawiający wprost wskazał elementy, które budzą jego wątpliwości w zakresie ceny i obowiązkiem Wykonawcy było złożenie takich wyjaśnień, z których wynikałby w jaki sposób mógł obniżyć cenę do zadeklarowanego poziomu bez uszczerbku dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę wszystkie wymagania związane z realizacją zamówienia, w tym choćby termin jego realizacji.

Zauważyć należy, iż Zamawiający ani w wezwaniu, ani na żadnym późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie zweryfikował szacunkowej wartości zamówienia, nie dokonał zmiany poziomu finansowania zamówienia. Wykonawca Nowa Szkoła z treścią wezwania nie polemizował, w wyjaśnieniach nie wskazywał także, że Zamawiający znacząco zawyżył wycenę przedmiotu zamówienia, co uzasadniałoby różnicę między ceną dwóch ofert a wartością szacunkową. Nie mają więc znaczenia argumenty podnoszone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, że to cena oferty Odwołującego jest rażąco zawyżona. Cena ta jest niższa niż szacunki Zamawiającego, a przecież wykonawca miał prawo uwzględnić przy wycenie oferty te same czynniki, które zakładał Zamawiający.
Ponadto to nie oferta Odwołującego podlega weryfikacji w postępowaniu odwoławczym.

Przechodząc do analizy złożonych przez Wykonawcę Nowa Szkoła wyjaśnień,
w pierwszej kolejności Wykonawca podkreślił, że posiada bogate doświadczenie, uczestniczy w przetargach publicznych i zaoferował typowe ceny rynkowe. Wykonawca podał także, że przy kalkulacji kosztów zostały

uwzględnione wszelkie koszty zakupu, magazynowania
i transportu produktów, jak i wartość kosztów pracy odpowiadająca przepisom o najniższym wynagrodzeniu.

Dostrzeżenia wymaga, iż są twierdzenia, które nie zostały potwierdzone dowodami. Wykonawca załączył co prawda kalkulację cenową, ale nie wynika z niej, czy i w jaki sposób koszty transportu, czy magazynowania zostały uwzględnione w cenie jednostkowej poszczególnych produktów. W żaden sposób nie odniesiono się w złożonych wyjaśnieniach do stawek wynagrodzenia dla pracowników. Owszem, w postępowaniu mamy do czynienia
z dostawą produktów o nieskomplikowanym charakterze, ale to wykonawca wezwany do wyjaśnień decyduje o ich kształcie. Jeżeli przywołuje się w nich pewne okoliczności, które zdaniem wykonawcy mają przełożenie na możliwość obniżenia ceny ofertowej, to właśnie takie elementy należy Zamawiającemu objaśnić. Wyjaśnienia nie mogą ograniczać się do ogólnych twierdzeń, suchych, nieweryfikowanych faktów.

Dalej Wykonawca Nowa Szkoła podkreślił, że dysponuje własną linią produkcyjną więc ma możliwość samodzielnej produkcji części ujętych w ofercie przedmiotów zamówienia,
co skutkuje także brakiem konieczności korzystania z usług pośredniczących dostawców, dystrybutorów i producentów. Takie argumenty rzeczywiście mogłyby uzasadniać możliwość obniżenia ceny przez danego wykonawcę ale nie zostały one poparte żadnym dowodami. Zamawiający oceniając takie argumenty nie może bazować jedynie na wiedzy posiadanej
z innych postępowań, w których dany wykonawca uczestniczy. Wyjaśnienia mają charakteryzować się możliwością weryfikacji także dla innych wykonawców, nie chodzi zatem o przyjmowanie a priori pewnych faktów jako udowodnione, ale właśnie wykazanie w jaki sposób wskazane elementy wpływają na możliwość obniżenia ceny oferty danego podmiotu. Tymczasem Wykonawca Nowa Szkoła w żaden sposób nie wykazał, że dysponuje odpowiednim zapleczem technicznym, co pozwala mu znacząco obniżyć ceny oferowanych produktów.

Kolejno w wyjaśnieniach podano, że *„Spółka korzysta ze współpracy z zaufanymi dostawcami. Spółka w takim wypadkach dąży do składania zamówień bezpośrednio*
u producentów, dzięki czemu nabywa produkty bezpośrednio ze źródła ich pochodzenia,
w najniższych cenach, co pozwala uniknąć konieczności korzystania z dodatkowych pośredników naliczających własne marże. Dzięki wieloletniej działalności i bogatemu doświadczeniu w branży Spółka wypracowała korzystne warunki współpracy handlowej
z producentami i dostawcami (…)”. Dowodem na potwierdzenie przywołanych okoliczności miało być zestawienie asortymentowo – cenowe. Jednak ze złożonego zestawienia w żaden sposób nie wynika, że pewne produkty Wykonawca nabywa bezpośrednio od producentów na bazie korzystnych ofert. Jedynym elementem zestawienia jest użycie w niektórych jego miejscach wyrażenia *„produkt na specjalne zamówienie”.* Jest to sformułowanie enigmatyczne, nic nie mówiące o źródle pochodzenia asortymentu, czy specjalnych, korzystnych warunkach jego nabycia. Wykonawca składający wyjaśnienia miał w tym ich elemencie pełną możliwość dowiedzenia okoliczności, na które się powoływał. Jeżeli Wykonawca posiada rozbudowaną, zaufaną sieć powiązań handlowych, to należało przedstawić wykaz takich podmiotów, oferty od nich otrzymywane. Nic takiego Zamawiającemu nie przedłożono.

Następnie Nowa Szkoła podkreśliła w wyjaśnieniach, że dysponuje zapleczem magazynowym i zapasami magazynowymi. Są to jednak twierdzenia pozbawione dowodów. Nie wskazano w jakich miejscach znajdują się magazyny i przede wszystkich jaki jest ich stan, by przekładało się to na możliwość obniżenia ceny i sprawną realizację przedmiotu zamówienia, w krótkich terminach narzuconych przez Zamawiającego. Są to wyłącznie oświadczenia wykonawcy składającego wyjaśnienia.

Wykonawca oświadczył, że przy realizacji zamówienia osiągnie zysk, ale dołączone do wyjaśnień zestawienie nie specyfikuje jego wysokości, z zestawienia wynika, że średnia wysokość udzielonego Zamawiającemu rabatu wynosi 12%. Jednak Wykonawca w żaden sposób nie powiązał wysokości rabatu z charakterem asortymentu. Nie wyjaśniono dlaczego w niektórych pozycjach Zamawiającemu udzielono rabatu, a w innych nie. Twierdzenie Zamawiającego, że pozycje z rabatem odnoszą się produkcji własnej wykonawcy jest tylko domniemaniem Zamawiającego, nie popartym dowodami.

Reasumując, w ocenie Izby Wykonawca Nowa Szkoła nie przedstawił żadnych obiektywnych czynników, odróżniających go od innych wykonawców, które pozwoliłyby obniżyć cenę oferty. Złożone wyjaśnienia opierają się na twierdzeniach danego podmiotu, bez dowodów potwierdzających podnoszone okoliczności. Co do zasady wyjaśnienia wykonawcy muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, poparte dowodami.
Tych elementów niewątpliwie zabrakło w wyjaśnieniach Wykonawcy Nowa Szkoła. Same zaś deklaracje nie są wystarczające do uzasadnienia poziomu ceny oferty.

Co więcej, Wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do drugiej części wezwania, mianowicie gdzie Zamawiający żądał wyjaśnienia ceny konkretnych pozycji asortymentowych. Tu także nie przedstawiono metodologii wyceny, korzystnych czynników, które wpłynęły na możliwość obniżenia cen jednostkowych. Jest to o tyle istotne, że

Zamawiający podkreślał, że są to przedmioty dla niego ważne, więc założyć należy, iż wycena tych elementów w ocenie Zamawiającego mogła mieć istotny wpływ na kształt całkowitej ceny ofertowej. Tymczasem Zamawiający całkowicie pominął w procesie badania i oceny ofert, że Wykonawca Nowa Szkoła zbagatelizował tę część wezwania do wyjaśnień.

W ocenie Izby za uwzględnienie zasługiwał także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Prawdą jest, że w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie wymagał przedmiotowych środków dowodowych, złożenia kart katalogowych czy opisu technicznego dla zamawianego asortymentu.

W wyjaśnieniach Wykonawca Nowa Szkoła podał numery katalogowe oferowanych produktów i na tej podstawie Odwołujący wywiódł, że cześć tych produktów nie odpowiada wymogom opisu przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby okoliczności wynikających z wyjaśnień nie można pominąć, ponieważ wyjaśnienia stanowią odzwierciedlenie oświadczenia woli danego wykonawcy co do przedmiotu oferowanego zamawiającemu. Zamawiający w swoim stanowisku procesowym pominął, że być może właśnie oferowanie produktów, które nie odpowiadają opisowi przedmiotu zamówienia przełożyło się na niższą cenę tych elementów oferty Wykonawcy.

To wykonawca składający wyjaśnienia zdecydował się określić merytorycznie część swojej oferty przez podanie odniesień do proponowanego towaru. Zamawiający ma rację, że ostateczna weryfikacja będzie miała miejsce podczas dostawy, w umowie przewidziano narzędzia umożlwiające sprawdzenie poprawności dostawy z opisem przedmiotu zamówienia, obowiązek dostarczenia dokumentacji powykonawczej, odpowiednich certyfikatów i atestów. Tym niemniej Zamawiający powinien oceniając wyjaśnienia ocenić także, czy wycena dotyczy przedmiotu odpowiadającego potrzebom i wymaganiom Zamawiającego.

Nie było sporne, że w trzech przypadkach (hamak terapeutyczny, deskorolka
i podświetlany panel) wymiary produktów odbiegają od wymiarów podanych w OPZ
i dopuszczonej przez Zamawiającego tolerancji -/+5%. W tabeli załączonej do wyjaśnień nie wskazano, że są to produkty na specjalne zamówienie dla Zamawiającego. Zatem przyjąć należy, iż są to produkty typowe „z półki", produkowane masowo. Nie jest Izbie w takim przypadku wiadomym, dlaczego Zamawiający uważa, że mogą one być dostosowane do potrzeb Zamawiającego, więc podane numery katalogowe są bez znaczenia dla ich identyfikacji jako zamawianego towaru. Tym bardziej, że dostawa dotyczy jednostkowych sztuk, trudno więc zakładać, że dla jednej sztuki zamawianego hamaka Wykonawca zmieni linię produkcyjną. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powoływał się na orzecznictwo,
z którego wynika, że *„nie może na podstawie informacji znalezionych w Internecie samodzielnie potwierdzać, że oferowany sprzęt spełnia wymagania określone w dokumentacji postępowania"*. Nie jest to jednak sytuacja, z którą mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. To nie Zamawiający poszukiwał samodzielnie informacji, ale informacje podał sam Wykonawca Nowa Szkoła, identyfikując przez kod produktu oferowane przedmioty.

Reasumując, Izba uznała złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Wykonawcę Nowa Szkoła wyjaśnienia nie były wyczerpujące i spójne, nie obrazowały poszczególnych kosztów do poniesienia na wystarczającym poziomie,
by uzasadnić możliwość obniżenia ceny całkowitej oferty, a także ceny dla pozycji objętych wezwaniem do wyjaśnień. W ocenie Izby zarzuty odwołania dotyczące braku szczegółowości złożonych wyjaśnień zasługiwały na uwzględnienie. Wykonawca nie uzasadnił podanej w ofercie ceny i nie przedstawił wystarczających dowodów na prawidłowość kalkulacji.

Ponadto w ocenie Izby potwierdziło się, że część oferowanych elementów nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, co oznacza konieczność odrzucenia oferty Wykonawcy Nowa Szkoła jako, że jej treść nie odpowiada treści wymagań OPZ.

Izba uznała również, iż Zamawiający naruszył zasady prowadzenia postępowania wynikające z art. 16 i 17 ustawy Pzp.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za zasadne zarzuty odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Nowa Szkoła na podstawie
art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, a także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodnicząca:

……