

WYROK

Warszawa, dnia 26 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę ELEKTROMETAL SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Cieszynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego JASTRZĘBSKA SPÓŁKA WĘGLOWA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego OPA CARBO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚĆ z siedzibą w Tychach

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oferty wykonawcy OPA CARBO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Tychach, którego wyjaśnienia nie uzasadniły podanej w ofercie ceny
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego JASTRZĘBSKĄ SPÓŁKĘ WĘGLOWĄ SPÓŁKĄ AKCYJNA z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ELEKTROMETAL SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Cieszynie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
 - 2.2. zasądza od zamawiającego JASTRZĘBSKA SPÓŁKA WĘGLOWA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju na rzecz wykonawcy ELEKTROMETAL SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Cieszynie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

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:

Sygn. akt KIO 2762/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający - JASTRZĘBSKA SPÓŁKA WĘGLOWA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „Modernizacja rozdzielni 6 kV R-2z wraz z dostawą transformatora 6/0,4kV 1600kVA w JSW S.A. KWK "Borynia-Zofiówka-Bzie" Ruch „Zofiówka”, nr referencyjny: 134/P/23.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 lutego 2024 r. pod numerem: 76531-2024.

W postępowaniu tym wykonawca ELEKTROMETAL SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Cieszynie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 5 sierpnia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, tj.:

[A] Czynność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Opa- Carbo Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta powinna zostać odrzucona,

[B] Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Opa-Carbo Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach mimo, że złożona przez tego wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 i art. 362 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę, co w konsekwencji doprowadziło do wadliwego wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej,
2. art. 16 pkt 1 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty Opa-Carbo i dokonanie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniosł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wnioskowanych w Odwołaniu i na rozprawie;
2. uwzględnienie Odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
 - unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - odrzucenie oferty Opa-Carbo Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,
 - powtórzenie badania i oceny ofert,
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów niniejszego postępowania, w tym kosztów zastępstwa radcowskiego według rachunku złożonego na rozprawie.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał min.:

Odwołujący zwrócił uwagę, że w skierowanym do Opa-Carbo wezwaniu z dnia 04.07.2024 r., opartym na przepisie art. 224 ust. 1 i 2 PZP, Zamawiający zwrócił się „o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 1)-8) PZP”. Zamawiający nie tylko zatem wskazał powody (przesłanki) skierowanego do wykonawcy wezwania, ale też określił przedmiot i zakres niezbędnych wyjaśnień oraz podkreślił obowiązek wykonawcy przedłożenia stosownych dowodów na poparcie jego twierdzeń. Tymczasem złożone przez Opa-Carbo wyjaśnienia z dnia 08.07.2024 r. nie spełniają ani wymagań wynikających z treści skierowanego do niej wezwania, ani z przepisów art. 224 ust. 1 – 5 w zw. z art. 7 362 pkt 1 PZP. Wykonawca przedstawił swoje twierdzenia co do tego, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jednak nie udzielił kompletnych wyjaśnień w zakresie wymaganym przez Zamawiającego (art. 224 ust. 3 pkt 1-8 PZP), jak też nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Odwołujący podkreślił, że w okolicznościach sprawy obowiązek złożenia dowodów wynikał nie tylko z norm PZP, ale też Zamawiający zaakcentował go w wezwaniu skierowanym do Opa-Carbo, którego treścią wykonawca był związany. Odwołujący zwrócił uwagę, że przepisy nie określają katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest przedłożyć celem uzasadnienia racjonalności i rynkowego charakteru oferowanej ceny, a wykonawca ma swobodę co do doboru dowodów, jednak muszą być one adekwatne do składanych wyjaśnień i potwierdzać okoliczności w nich zawarte. Zamawiający musi bowiem mieć możliwość weryfikacji złożonych wyjaśnień.

Odwołujący podniósł, że w swoich wyjaśnieniach Opa-Carbo nie wyczerpała wymaganego przedmiotu wyjaśnień, a w zakresie, w jakim powołała się na różne okoliczności (jak uzyskanie korzystnych warunków zakupów od poddostawców, różne czynniki pozwalające na optymalizację czasu realizacji prac i ograniczenie kosztów pracy, doświadczenie wynikające z realizacji podobnych usług dla innych podmiotów, rzeczywiste koszty pracy), w żaden sposób ich nie wykazała. W szczególności wykonawca nie udowodnił jakie i na jakie materiały otrzymał od swoich poddostawców szczególnie korzystne warunki zakupu i jak te warunki przekładają się na oferowaną przez niego cenę; na czym polegają usprawnienia procesów realizacji prac, które wykonawca posiada, i jak przekładają się one na optymalizację czasu pracy i ograniczenie jej kosztów, a w konsekwencji, jak i w oparciu o jakie czynniki wykonawca skalkulował nakład pracy niezbędny dla wykonania zamówienia, jak kształtują się koszty pracy przewidzianej przez wykonawcę dla realizacji zamówienia; z realizacji jakich usług ma wynikać szczególne doświadczenie wykonawcy i jak przekłada się ono na oferowaną przez niego cenę. Zdaniem Odwołującego brak przedstawienia dowodów na poparcie zaprezentowanych twierdzeń pozbawił Zamawiającego możliwości ich weryfikacji, a co za tym idzie przesądził o ziszczeniu się przesłanek z art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP do odrzucenia oferty Opa-Carbo.

Odwołujący podniósł, że do swoich wyjaśnień Opa-Carbo załączyła jedynie dokument stanowiący – wg oświadczenia wykonawcy – kalkulację cenową, jednak nawet ten dokument nie dowodzi żadnego ze szczególnych czynników cenotwórczych pozwalających na ustalenie, że oferowana przez Opa-Carbo cena nie zawiera ceny rażąco niskiej. Wspomniana kalkulacja zawiera jedynie pięć pozycji, w tym trzy ogólne pozycje składowe ceny (materiały, robocizna, zysk) oraz dwie pozycje prezentujące sumę pozycji składowych. Takiego zestawienia nawet nie sposób kwalifikować jako kalkulacji cenowej, gdyż jest ono bardzo ogólne, nieweryfikowalne i nie poparte jakimikolwiek dowodami. Należy zauważyć, że na podstawie przedstawionego zestawienia Zamawiający nie jest w stanie ustalić choćby czy założenia do kalkulacji są zgodne z dokumentacją postępowania, czy wykonawca ujął w kalkulacji wszystkie niezbędne koszty realizacji zamówienia, w jaki sposób wykonawca wyliczył cenę poszczególnych etapów rozliczeniowych (wyspecyfikowanych w formularzu ofertowym), nie wiadomo jak do kalkulacji zostały wyliczone wszystkie kluczowe stawki (np. dotyczące sprzętu, zasobów ludzkich, materiałów, kosztów administracyjnych), jaką przyjęto technologię czy organizację usług, ani czy wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę. Reasumując, w oparciu o przedstawioną przez Opa-Carbo kalkulację nie sposób ustalić jakie okoliczności właściwe wykonawcy spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Komentowany dokument nie może zatem stanowić podstawy do stwierdzenia, że wykonawca skutecznie wykazał, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niską.

Przedstawione okoliczności rozstrzygają, że Wykonawca nie sprostował obowiązkowi wyrażonemu w art. 224 ust. 5 PZP i nie wykazał realności zaoferowanej przez niego ceny, co rozstrzyga o konieczności odrzucenia jego oferty na

podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 i 362 pkt 1 PZP, jako zawierającej rażąco niską cenę. Zaniechanie odrzucenia oferty Opa-Carbo stanowiło naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 i art. 362 pkt 1 PZP. Jednocześnie, z uwagi na nieodrzućenie oferty podlegającej odrzuceniu, skutkowało naruszeniem art. 16 pkt 1 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że wskutek okoliczności przedstawionych wyżej Zamawiający jednocześnie naruszył przepis art. 16 pkt 1 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty Opa-Carbo i dokonanie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

Nie budzi wątpliwości, że oferta, która podlega odrzuceniu z uwagi na spełnienie ustawowych przesłanek odrzucenia, nie może zostać oceniona i wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Takie działanie zamawiającego narusza nie tylko stosowne przepisy stanowiące podstawę prawną do odrzucenia oferty, ale też przepis art. 16 ust. 1 PZP wyrażający kluczową dla reżimu zamówień publicznych zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasady te nakładają na zamawiającego obowiązek jednakowego traktowania wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Ich przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców. Jednym z przejawów tej zasady jest spoczywający na zamawiającym obowiązek dokonywania oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedkładanych zgodnie z obowiązującą procedurą, bez stosowania jakichkolwiek preferencji wobec niektórych podmiotów.

W złożonej pismem z dnia 20 sierpnia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Zamawiający przytoczył szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej dotyczących rażąco niskiej ceny.

Zamawiający podkreślił, że wezwanie zamawiającego miało charakter ogólny. To przez pryzmat wezwania zamawiającego oceniane mogły być wyjaśnienia wykonawcy: Opa-Carbo sp. z o.o. w Tychach. Treść wezwania nie precyzowała konkretnych elementów, które mają zostać uwzględnione w treści wyjaśnień, w tym nie określono dowodów, które miałyby zostać przez wykonawców złożone i nie wskazano, na obligatoryjny charakter złożenia dowodów.

Dalej Zamawiający podniósł, że ocena zarzutów odwołania nie może pomijać okoliczności, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających tezę, jakoby ceny zaproponowane przez przystępującego miały rzeczywiście charakter ceny rażąco niskiej. Odwołujący poprzestał bowiem na wskazaniu, że zgodnie z art. 537 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył. Tymczasem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowane jest stanowisko, zgodnie z którym ciężar dowodu ustalony w sposób przewidziany w art. 537 pzp nie zwalnia odwołującego od udowodnienia okoliczności przemawiających za koniecznością uznania ceny za rażąco niską, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty.

Końcowo Zamawiający zwrócił uwagę, że cena w ofercie przystępującego została ustalona w drodze aukcji elektronicznej, stanowiącej drugi etap postępowania nr 134/P/24. Odwołujący brał aktywny udział w tejże aukcji i po jej przeprowadzeniu cena oferty odwołującego została zaoferowana na poziomie niemal identycznym, do ceny zawartej w ofercie przystępującego. Odwołujący zaoferował kwotę 2.688.000,00 zł netto, przy ofercie przystępującego w wysokości 2.680.600,00 zł netto. Różnica pomiędzy ceną zawartą w ofercie odwołującego oraz przystępującego wyniosła 7.400,00 zł i obejmowała wyłącznie jedno postąpienie. Niewątpliwie w drodze aukcji elektronicznej zamawiający uzyskał znacznie korzystniejszą cenę, od początkowo zakładanej. Jednakże do opisanego wyżej poziomu cenowego licytowało wielu wykonawców. 5 Sam odwołujący zaoferował wykonanie umowy w cenie niemal identycznej, do ceny zaoferowanej przez przystępującego. Stąd należy uznać, że cena uzyskana w postępowaniu jest ceną rynkową i nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

Wykonawca OPA CARBO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Tychach („Uczestnik postępowania”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 20 sierpnia 2024 r. ww. wykonawca ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności wezwanie do złożenia wyjaśnień, odpowiedź na wezwanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu,

odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę OPA CARBO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Tychach. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowodów wymienionych przez Uczestnika postępowania w piśmie z dnia 20 sierpnia 2024 r. a złożonych na rozprawie, tj. Kosztorys szczegółowy; Oferta PKIMSA Carboautomatyka S.A. z dnia 24.06.2024 r.; Oferta JSW IT SYSTEM Sp. z o.o. z dnia 01.07.2024 r.; Oferta P.P.H.U. „PROSPER” Sp. z o.o. z dnia 03.07.2024 r.; Zbiorcza lista płac; Wydruk z programu Impuls EVO 1.5 firmy BPSC; Anonimizowane umowy o pracę zawarte z przystępującym; Dokumenty referencyjne.

Dokumenty odnoszą się do okoliczności związanych ze złożonymi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny zobowiązany jest składać dowody potwierdzające złożone wyjaśnienia najpóźniej w terminie wskazanym przez zamawiającego. W związku z powyższym Izba uznała ww. dowody za niedopuszczalne na tym etapie.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowodów złożonych przez Zamawiającego na posiedzeniu, tj. skanu wezwania skierowanego do Uczestnika postępowania do przedłożenia dowodów z dnia 14 sierpnia 2024 r., jak również pisma Uczestnika z dnia 19 sierpnia 2024 r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie. Po pierwsze, Zamawiający nie wskazał na jakiej podstawie prawnej i faktycznej skierował wezwanie do przedłożenia dowodów. Po drugie, jak już wskazano wyżej, dokumenty odnoszą się do okoliczności związanych ze złożonymi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. Uczestnik postępowania dowody potwierdzające złożone wyjaśnienia obowiązany był przedłożyć wraz z wyjaśnieniami z dnia 8 lipca 2024 r. Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu do przedłożenia dowodów dotyczących złożonych uprzednio wyjaśnień zmierzała do obejścia prawa.

Izba postanowiła pominąć twierdzenia Odwołującego zawarte w piśmie z dnia 22 sierpnia 2024 r. dotyczące kalkulacji cenowej Uczestnika postępowania (lit a i b str. 4). Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Wykonawca w odwołaniu musi wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. Podkreślić należy, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone po wniesieniu odwołania stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie mogą one zatem być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest modernizacja rozdzielni 6 kV R-2z wraz z dostawą transformatora 6/0,4kV 1600kVA w JSW S.A. KWK "Borynia-Zofiówka-Bzie" Rucl „Zofiówka

W dniu 28 czerwca 2024 r. Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną, w wyniku której najwyższą liczbę punktów otrzymał Uczestnik postępowania, oferując najniższą cenę wykonania zamówienia, wynoszącą 3.296.978,10 zł brutto. Drugą pozycję w rankingu ofert uzyskała oferta Odwołującego.

Zamawiający pismem z dnia 4 lipca 2024 r. wezwał Uczestnika postępowania do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Zamawiający w wezwaniu wskazał: *Z uwagi na fakt, iż cena całkowita Państwa oferty jest niższa o około 32,83% od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 PZP zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 1)-8) PZP. (...)*

Zamawiający zgodnie z art. 224 ust. 6 PZP odrzuci ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W odpowiedzi na wezwanie, Uczestnik postępowania w piśmie z dnia 8 lipca 2024 r. wyjaśnił, co następuje:

Pismem z dnia 26 lipca 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, że dokonał wyboru najkorzystniejszej

oferty, którą jest oferta wykonawcy Opa-Carbo Sp. z o.o., ul. Budowlanych 168, 43-100 Tychy.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Z kolei zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp *odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

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

Art. 537 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi, że *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.*

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Izba za zbędne uznała przytaczanie definicji rażąco niskiej ceny opartej na piśmiennictwie i orzecznictwie wobec ich powszechnej dostępności i przytoczenia w pismach Stron.

W pierwszej kolejności niezbędne jest uczynienie kilka uwag natury ogólnej, które rzutowały na ocenę wyjaśnień Uczestnika postępowania w zakresie rażąco niskiej ceny.

W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano i z tym należy się zgodzić, że obowiązkiem wykonawcy jest dostarczenie konkretnych, spójnych, jasnych, logicznych i wyczerpujących wyjaśnień wraz z dowodami na ich potwierdzenie. Wykonawca winien podać zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, m.in. sposoby kalkulacji, założenia do kalkulacji, istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny etc. Wyjaśnienia mają rozwiązać wątpliwości zamawiającego (a w postępowaniu odwoławczym Krajową Izbę Odwoławczą) co do wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Wskazywanie przez wykonawców ogólnych, szablonowych wyjaśnień, że oferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej ceny, jest realna, ekwiwalentna do przedmiotu zamówienia, wykonawca posiada odpowiednie zaplecze techniczne i logistyczne, duże doświadczenie etc. są niewystarczające i nie wnoszą niczego istotnego do sprawy.

Wystosowanie wezwania w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena lub proponowany koszt (względnie ich istotne części składowe) nie ma charakteru rażąco niskiego. Obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień. Co istotne, nawet skierowanie do wykonawców wezwanie o standardowej treści, bez skonkretyzowania swoich wątpliwości odnośnie ceny ofertowej nie zwalnia wykonawcy z obowiązku złożenia wyjaśnień, które w zakresie przedstawionych przez niego informacji są konkretne, spójne i wyczerpujące.

Wymaga podkreślenia, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie takich składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować niższą cenę. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami.

Jeżeli zamawiający wzywa wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, to jego obowiązkiem, jako profesjonalisty biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest zadośćuczynienie temu wezwaniu. Składanie wyjaśnień ogólnych, niepopartych dowodami powoduje, że wykonawca ponosi negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń.

Przechodząc do zarzutów odwołania wskazać należy, co następuje:

W ocenie Izby wyjaśnienia udzielone przez Uczestnika postępowania nie były szczegółowe, kompletne ani też rzetelne. Powyższe niejako potwierdził zarówno Zamawiający jak i Uczestnik postępowania składając na etapie postępowania odwoławczego dość obszerne dowody, których zabrakło na etapie składania wyjaśnień.

Rację miał Odwołujący wskazując, że z wyjaśnień nie wynika jakie i na jakie materiały Uczestnik otrzymał

korzystne warunki zakupu i jak te warunki przedkładają się na zaoferowaną cenę, jakie są koszty pracy, jakie założenia do wyczenia ceny przyjął Uczestnik, czy zostały wyczone stawki dotyczące np. sprzętów, koszty administracji. Mając gołosłowne twierdzenia Uczestnika oraz kalkulację składającą się z trzech pozycji nie sposób uznać, że wyjaśnienia uzasadniły podaną w ofercie cenę.

Izba zwraca również uwagę, że weryfikacja wyjaśnień wykonawcy nie może ograniczać się do bezrefleksyjnego przyjęcia przez Zamawiającego założeń wykonawcy za prawidłowe.

Końcowo warto zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzpnie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkuje koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Podkreślić jednocześnie w tym miejscu należy, że ustawodawca nie przewidział możliwości zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji, gdy co prawda wyjaśnienia są ogólne i nie zostały poparte dowodami, ale podejrzenia dotyczące rażąco niskiej ceny nie były uzasadnione.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 lit a 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 wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: