Sygn. akt: KIO 1270/23

WYROK
z dnia 22 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: R. Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2023 r. przez wykonawcę **Zakład Doświadczalny BISKUPIEC sp. z o.o. z siedzibą w Biskupcu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **4 Regionalną Bazę Logistyczną we Wrocławiu** przy udziale wykonawcy **R. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WILD BEAR R. J. z siedzibą w Złotnikach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wycofanych tj. zawartych w pkt V.1 lit. a i d oraz pkt VI petitum odwołania,
2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu 4 Regionalnej Bazie Logistycznej we Wrocławiu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach od 1 do 6 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy R. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WILD BEAR R. J. z siedzibą w Złotnikach do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty w częściach od 1 do 6 zamówienia, na podstawie art. 224 ust. 1 i art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych;
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego 4 Regionalną Bazę Logistyczną we Wrocławiu i:
   3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   3.2. zasądza od zamawiającego 4 Regionalnej Bazy Logistycznej we Wrocławiu na rzecz odwołującego Zakład Doświadczalny BISKUPIEC sp. z o.o. z siedzibą w Biskupcu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1270/23

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

Zamawiający 4 Regionalną Bazę Logistyczną we Wrocławiu (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Dostawa – zakup sprzętu do indywidualnego i zbiorowego żywienia w warunkach polowych - menażki ze stali nierdzewnej*", z podziałem na części (numer postępowania MAT/31/MP/2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 lutego 2023 r. pod numerem 2023/S 030-086815. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp" lub „Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 5 maja 2023 r. wykonawca Zakład Doświadczalny BISKUPIEC sp. z o.o. z siedzibą w Biskupcu (dalej jako „Odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy R. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WILD BEAR R. J. z siedzibą w Suchym Lesie (dalej jako „Przystępujący") w częściach od 1 do 6 zamówienia oraz wobec zaniechania wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 Pzp poprzez niezachowanie zasady przejrzystości i zasady uczciwej konkurencji ze względu na:
   a. zaniechanie wykluczenia z Postępowania Pana R. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WILD BEAR R. J. (NIP: 554296450, numer REGON 380067194) zarejestrowaną: ul. Krzemowa 1, Złotniki, 62-00 Suchy Las, Województwo Wielkopolskie – dalej: *R. J.,*
   b. zaniechanie wezwania R. J. do wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty, która to cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej,

c.wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,
d.zaniechanie odrzucenia oferty R. J.

2)art. 224 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania R. J. do złożenia wyjaśnień i w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty w zakresie cen ofert dla wszystkich części zamówienia.

3)art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania R. J. do złożenia wyjaśnień i w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty w zakresie cen ofert dla wszystkich części zamówienia poprzez przyjęcie, że rozbieżność cen wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Ponadto Odwołujący postawiał następujące zarzuty ewentualne na wypadek jeżeli zarzuty dotyczące niezasadnego zaniechania wezwania do wyjaśnień ceny wskazanej ofercie R. J. nie potwierdziłyby się:

1)art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty R. J. pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

2)art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty R. J. pomimo, iż oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia ze względu na wadliwy sposób obliczenia ceny.

3)art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 i art. 14 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - dalej: *uznk* - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty R. J. pomimo, iż oferta tego Wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk ze względu na wprowadzające w błąd informacje dotyczące ceny.

4)art. 239 ust. 1 i 2, art. 242 ust. 1 i 3 Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryteriów wskazanych w Specyfikacji Warunków Zamówienia – dalej: *SWZ* -która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny oraz dokonania oceny oferty R. J. pomimo tego, iż oferta ta powinna być odrzucona.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części od 1 do 6 zamówienia o czym Zamawiający poinformował 25 kwietnia 2023r.

b) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny oferty R. J. i wezwanie R. J. do wyjaśnień ceny w złożonych ofertach częściowych.

c) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez R. J..

Ponadto odwołujący wnosił o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego a w szczególności:

a)wpisu w wysokości 15.000,- zł (por. §2 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania – dalej: rozporządzenie o kosztach),

b)kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego w kwocie wskazanej na rozprawie w tym wynagrodzenie i pełnomocnika w kwocie 3600,- zł (por. §5 rozporządzenia o kosztach).

Odwołujący wnosił również o przeprowadzenie dowodu: z protokołu Postępowania wraz z załącznikami oraz z dokumentów załączonych do odwołania na potwierdzenie faktów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Uzasadniając odwołanie, Odwołujący, odnośnie zarzutów podtrzymanych, wskazał:

Postępowanie wszczęto w lutym 2023r. 15 marca 2023r. zostały złożone oferty. Odwołujący złożył ofertę na sześć spośród siedmiu części. 24 kwietnia 2023r. Zamawiający – w odpowiedzi na pismo Odwołującego – oświadczył, iż odstąpił od nakazanych przez ustawodawcę czynności dotyczących wyjaśnienia rażąco niskiej ceny pomimo tego, że oferta R. J. była prawie o 35% niższa od wartości szacunkowej. Zamawiający zaniechał wezwania R. J. do wyjaśnień ceny ofert, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu w poszczególnych częściach zamówienia, gdyż - jak wynika z przywołanego pisma RBLog - uznał, iż niska cena w ofertach R. J. na każdą część zamówienia wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (por. art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp in fine). Zamawiający w dniu 25 kwietnia br. poinformował wykonawców o tym, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej we wszystkich częściach zamówienia i we wszystkich częściach była to oferta R. J.. Zamawiający nie wzywał tego wykonawcy do jakichkolwiek wyjaśnień w jakimkolwiek zakresie. Zamawiający określił sposób obliczania ceny oferty w Rozdziale 12 SWZ – z postanowień tego rozdziału wynika, iż Zamawiający wymagał podania ceny ryczałtowej. Taki sam wniosek wynika z analizy §2 załącznika nr 2 do SWZ czyli Projektowane postanowienia umowy wraz z załącznikami. Innymi słowy cena musi uwzględniać wszelkie koszty realizacji zamówienia (por. art. 632 kc). Jak przyznał sam Zamawiający jedyną przesłanką zaniechania wezwania R. J. do wyjaśnień w zakresie cen i wykazania, że ceny te nie są rażąco niskie były oczywiste okoliczności. Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił swego stanowiska. Nie wskazał z czego wywodzi ową oczywistą okoliczność powodującą to, że cena wskazana w ofercie R. J. nie jest rażąco niska. Warto jednak zwrócić uwagę, iż przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp pozwala, na odstąpienie od żądanie wyjaśnień jedynie wówczas, gdy okoliczności uzasadniające rozbieżności w cenie po pierwsze są oczywiste, po drugie nie wymagają wyjaśnień. Istota tej regulacji leży w tym, iż nawet oczywiste zdarzenie może mieć taki wpływ na cenę, że wyjaśnienia są konieczne - innymi słowy, oczywista okoliczność nie musi mieć

oczywistego wpływu na cenę i dlatego wymaga wyjaśnienia. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygnaturze KIO 983/22 stwierdziła: Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych różnice cenowe i rozbieżności muszą wynikać z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnień. Takie stwierdzenie można odnosić jedynie do zdarzeń i faktów dostrzeganych natychmiast, bez konieczności dokonywania analizy podobnych sytuacji (okoliczność oczywista). Warto wskazać, iż w art. 223 ust. 2 pkt 1) i 2) Pzp ustawodawca nakazuje zamawiającym poprawienie oczywistych omyłek posługując się takim samym określeniem. Okoliczność oczywista podobnie jak oczywista omyłka pisarska czy też oczywista omyłka rachunkowa musi mieć tę cechę, że jest ona łatwa do zauważenia, nie ma konieczności prowadzenia dodatkowych ustaleń, badań etc. jest jednoznaczna dla każdego. Oczywistość ma tu charakter obiektywny i ewentualna wiedza Zamawiającego nie jest podstawą dla odstąpienia od wyjaśnień w zakresie ceny. W ocenie Odwołującego, wiedza RBLog wynikająca z uprzednio prowadzonych postępowań na tożsamy przedmiot zamówienia, winna wywołać skutek w postaci wezwania do wyjaśnień ceny na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp. W poprzednich postępowaniach R. J. oferował wyższe ceny – co zostało wykazane poniżej. W wyroku KIO z 5 stycznia 2022r. sygn. akt KIO 3703/21 wskazano, że: Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty nie tylko wtedy, gdy cena ta jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen ofert (art. 224 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych), ale także wtedy gdy zaoferowana cena lub jej 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 (art. 224 ust. 1 ww. ustawy). Oznacza to, że nawet cena, która nie jest niższa od ww. wskaźnika 30% , może budzić wątpliwości zamawiającego i w takim przypadku zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących tejże ceny. W dniu 13 stycznia 2023r. Prezes Głównego Urzędu Statystycznego ogłosił komunikat w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2022 r. o następującej treści: Na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 504, 1504 i 2461) ogłasza się, że średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2022 r. w stosunku do 2021 r. wyniósł 114,4 (wzrost cen o 14,4 %) - miejsce publikacji: Główny Urząd Statystyczny / Opracowania sygnalne / Komunikaty i Obwieszczenia / Lista komunikatów i obwieszczeń / Komunikat w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2022 r. Zaoferowanie ceny niższej niż w czerwcu i wrześniu ubiegłego roku na tożsamy produkt (menażki) i przy znacznej inflacji oraz rosnących kosztach prowadzenia przedsiębiorstwa (koszty pracownicze, koszty energii etc.) winno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego skutkujące wezwaniem R. J. do wyjaśnień w zakresie ceny, czego RBLog nie uczynił. Zasadą jest to, że Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny zawsze, gdy ma wątpliwości co do wykonania zamówienia i wtedy gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia z podatkiem VAT lub średniej arytmetycznej ofert. Wyjątek, jakim jest zaniechanie wyjaśnień, nie może być stosowany rozszerzająco. Potwierdza to m.in. wyrok KIO z dnia 8 października 2021 r., KIO 2686/21: Odstąpienie od wezwania do wyjaśnień ma charakter wyjątkowy. Wynika to wprost z brzmienia art. 224 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, 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 oraz kiedy nie można mieć jakichkolwiek podejrzeń, że powodem wystąpienia takiej różnicy jest nierealność ceny. Obowiązek wykazania wystąpienia oczywistych okoliczności pozwalających odstąpić od wezwania do wyjaśnień spoczywa na stronie, która na zaistnienie tych okoliczności się powołuje, tj. na zamawiającym. Jak już wskazano Zamawiający nie wykazał tych okoliczności. Czynniki zewnętrzne oddziałują podobnie na wszystkich przedsiębiorców. W konsekwencji wzrost cen na to samo, w tym samym miejscu i w tym samym czasie miejscu powinien być taki sam lub niewiele się różniący. W przypadku R. J. widać jednak – w stosunku do poprzednich postępowań - istotne (in minus) różnice w cenie, które nie dają się wytłumaczyć w sposób oczywisty. Co więcej oczywiste okoliczności - za które należy uznać np. inflację – przemawiają za wzrostem ceny, a nie za jej obniżeniem. Pomimo wzrostu kosztów transportu i produkcji obecna cena ofert R. J. jest niższa niż ceny m.in. w czerwcu i we wrześniu 2022r. Ten swoisty paradoks jakim jest spadek ceny menażek przy wzroście kosztów produkcji, sprzedaży, transportu – nie da się racjonalnie wytłumaczyć na podstawie powszechnie dostępnych informacji oraz informacji dostępnych uczestnikom rynku produktów objętych zamówieniem. Choćby z tego powodu RBLog winien wezwać R. J. do wyjaśnień ceny na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 18 maja 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 19 maja 2023 r. pisemne stanowisko w sprawie złożył także wykonawca R. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WILD BEAR R. J. z siedzibą w Złotnikach, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę R. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WILD BEAR R. J. z siedzibą w Złotnikach (dalej Przystępujący).

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba uznała, iż Odwołujący, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanego zawartych w pkt V.1 lit. a i d oraz pkt VI petitum odwołania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.* Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.*

Odwołujący oświadczył, że cofa zarzuty zawarte w pkt V.1 lit. a i d oraz pkt VI petitum odwołania. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

W pozostałym zakresie, Izba rozpoznała zarzuty odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Stan faktyczny przedstawiony przez odwołującego odpowiada prawdzie nie będzie więc powielany. Uzupełniająco Izba ustaliła.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa – zakup sprzętu do indywidualnego i zbiorowego żywienia w warunkach polowych – menażek ze stali nierdzewnej.

Zamawiający w dniu 8.12.2022 r. ustalił wartość szacunkową zamówienia. Wartość szacunkową przedmiotu zamówienia ustalono na podstawie zapytania o cenę umieszczonego na internetowej Platformie Zakupowej 4 RBLog, w oparciu o oferty firm:

firma „WILD BEAR" R. J..

2. firma Zakład Doświadczalny „BISKUPIEC" sp. z o.o.

Wartość szacunkowa została ustalona w podziale na części zamówienia oraz w podziale na zamówienia gwarantowane i opcjonalne.

Jak podał Zamawiający, na etapie szacowania wykonawcy biorący w nim udział nie uzależniali wysokości ceny 1 szt. menażki, od ilości jaką mieliby dostarczyć i wskazali stałą cenę za sztukę wobec czego Zamawiający do szacowania przyjął cenę zaproponowaną przez Zakład Doświadczalny Biskupiec — niższą niż podana przez Wild Bear, jako tą za

którą może faktycznie kupić menażki na rynku (ofertowo).

W postępowaniu 4 Wykonawców złożyło oferty.

Zgodnie z zestawieniem Zamawiającego ceny jednostkowe w ofertach wykonawców dla poszczególnych części przedstawiały się następująco:

Ofertaza sztukę	cz. 1	cz.2	cz.3	cz.4	cz.5	cz.6	cz.7
Biskupiec	305,40 zł	305,40 zł	318,70zł	318,77 zł	257,07 zł	257,07 zł	
różnica od szacowania	95,87%	95,87%	100%	100%	80,69%	80,69%	
Wild Bear	207,87 zł	207,87 zł	207,87 zł	207,87 zł	207,87 zł	207,87zł	207,87zł
różnica od szacowania	65,25%	65,25%	65,25%	65,25%	65,25%	65,25%	65,25%
MaxMed	280,44 zł	280,44 zł	280,44 zł	280,44 zł	280,44 zł	280,44zł	280,44zł
różnica od szacowania	88,03%	88,03%	88 03%	88,03%	88,03%	88,03 %	88,03%
ROYAL Poland					263,22 zł		
różnica od szacowania					82,63%		

Jednocześnie z wniosku komisji przetargowej- w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: dostawa - zakup sprzętu do indywidualnego i zbiorowego żywienia w warunkach polowych - menażki ze stali nierdzewnej, iż oceniając ofertę Przystępującego stwierdzono „- oferta zgodna pod względem rachunkowym i merytorycznym- oferowany wyrób spełnia wymagania. Oferta firmy WILD BEAR R. J. jest o więcej niż 30% niższa od wartości szacunkowej zamówienia ustalonego przed wszczęciem postępowania tj. 5 734 260,00 zł [dla każdej z części], lecz ta sama oferta i dwie pozostałe złożone w postępowaniu nie wykazują takiego odchylenia w zakresie wartości szacunkowej zamówienia co oznacza, że wszystkie zostały podobnie rynkowo wycenione i złożone. Zbliżona wartość ofert świadczy o tym, że nie występuje ryzyko, że w przyszłości mogą być niewłaściwie zrealizowane. Zamawiający posiłkując się art, 224 ust. 2 pkt I ustawy Pzp odstępuje od złożenia wyjaśnień RNC."

Zamawiający w dniu 25 kwietnia 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą w części 1 – 7 uznał ofertę Przystępującego.

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, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za zasadne uznała zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 oraz art. 16 ustawy Pzp ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty na części od 1 do 6 zamówienia, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia, pomimo iż zaoferowana cena jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia, a ww. rozbieżność nie wynikała z przyczyn oczywistych, niewymagających wyjaśnienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W oparciu o ww. przepisy na wstępie wskazać należy, iż warunkiem sine qua non odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę jest uprzednie wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych. Dopiero w sytuacji, gdy wykonawca nie sprosta ciężarowi wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, aktualizuje się możliwość odrzucenia z tego powodu jego oferty. W rozpoznawanej sprawie Przystępujący, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w częściach 1- 7 zamówienia, nie był wzywany do wyjaśnień, mimo, że cena oferty

Przystępującego w częściach 1- 7 zamówienia jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania dla tych części zamówienia. Natomiast w stosunku do oferty Przystępującego zaistniał przypadek opisany w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, obligujący Zamawiającego do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny, co stanowi okoliczność bezsporną.

Osią sporu pomiędzy Stronami i Uczestnikiem było to, czy rozbieżność pomiędzy ceną oferty Przystępującego a wartością szacunkową zamówienia wynikała z okoliczności oczywistych. Ciężar dowodu w tym zakresie – zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wynikająca z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp – spoczywał na Zamawiającym, ponieważ to Zamawiający wskazywał na fakt zaistnienia oczywistych okoliczności i wywodził z niego skutki prawne w postaci możliwości odstąpienia od przewidzianej ustawą procedury wyjaśnienia ceny. Ciężar ten odpowiednio przekładał się także na Przystępującego, który zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba wskazuje, iż na gruncie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w przypadku, gdy cena oferty jest niższa niż wskaźniki określone w tym przepisie jest zasadą, obowiązkiem zamawiającego. Możliwość odstąpienia od takiego wezwania jako wyjątek od tej zasady nie może być traktowana rozszerzająco. Rozbieżność pomiędzy ceną oferty a wartością szacunkową zamówienia musi wynikać z okoliczności oczywistych, czyli z okoliczności nie budzących wątpliwości, widocznych na pierwszy rzut oka. Jak wskazuje się w orzecznictwie różnice cenowe i rozbieżności muszą wynikać z okoliczności, które nie wymagają wyjaśnień. Takie stwierdzenie można odnosić jedynie do zdarzeń i faktów dostrzeganych natychmiast, bez konieczności dokonywania analizy podobnych sytuacji (por. m.in. wyrok z dnia 28 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 983/23). Zamawiający może skorzystać z możliwości odstąpienia od wezwania do wyjaśnień, jeśli nie ma żadnych wątpliwości, z czego wynika różnica między zaoferowaną ceną a wartością zamówienia oraz kiedy nie można mieć jakichkolwiek podejrzeń, że powodem wystąpienia takiej różnicy jest nierealność ceny (por. m.in. wyrok z dnia 8 października 2021 r., sygn. akt KIO 2686/21). Podkreślić należy, że w przedmiotowej sprawie co prawda nie zaistniały oba przypadki wskazane w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – tj. zarówno rozbieżność ceny oferty Przystępującego w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia, oraz rozbieżność w relacji do średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, jednakże rozbieżność względem średniej arytmetycznej ofert jest również znacząca, co także powinno zwiększyć czujność Zamawiającego.
Izba stwierdziła, iż w rozpoznawanym przypadku nie mamy do czynienia z zaistnieniem okoliczności oczywistych, uzasadniających odstąpienie od wezwania wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wskazuje na to chociażby argumentacja komisji przetargowej Zamawiającego nie odnosząca się, poza cenami innych wykonawców do jakichkolwiek okoliczności rynkowych uzasadniających obniżenie ceny do poziomu oferowanego przez Przystępującego. Zamawiający musiał przeprowadzić bardzo szeroko zakrojoną analizę w zakresie cen ofert, ich wzajemnej relacji oraz relacji do wartości szacunkowej, aby stwierdzić, że nie jest konieczne wzywanie Przystępującego do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty. Przy czym na potrzeby tej analizy Zamawiający przyjął założenia oparte w głównej mierze na przypuszczeniach, nie popartych obiektywnymi informacjami. W szczególności zauważyć należy, że Zamawiający – jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie - domniemał, iż w związku z tym, że oferta Przystępującego oraz oferty pozostałych wykonawców nie odbiegały od arytmetycznej średniej złożonych ofert o więcej, niż określone w art. 224 ustawy Pzp 30% to wykonawcy kalkulowali je w podobny sposób i zaoferowane ceny są realne i rynkowe. Ponadto Zamawiający w przewidzianych procedurach odbiorowych i karach umownych przewidzianych w projekcie umowy upatrywał gwarancji należytego wykonania umowy. Ponadto Zamawiający uznał, że ceny ofert są podobne a wykonawcy są podmiotami krajowymi działającymi w tych samych realiach rynkowych i nie podlegają wyeliminowaniu z postępowania na podstawie tzw. Ustawy sankcyjnej wobec podmiotów wspierających agresję Federacji Rosyjskiej wobec Ukrainy. Powyższe stanowi nic innego jak niczym nie poparte domniemanie Zamawiającego, który nie dysponował żadnymi obiektywnymi informacjami pozwalającymi stwierdzić, że cena oferty Przystępującego nie została rażąco zaniżona, w szczególności mając na uwadze fakt, iż odpowiadając na zapytanie ofertowe Zamawiającego wykonawca ten wskazywał cenę za 1 menażkę na poziomie 310,00 zł netto (381,30 zł) brutto, po czym w postępowaniu zaoferował cenę znacząco niższą od wyżej wskazanej. Już ta okoliczność powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający nie dysponował obiektywnymi danymi pozwalającymi stwierdzić, że nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną oferty Przystępującego, tym bardziej że dla wyliczenia wartości szacunkowej zamówienia przyjął wartość niższą przedstawioną w odpowiedzi na zapytanie ofertowe przez Odwołującego tj. kwotę 259 zł netto/szt. (318,57 zł brutto/szt.), a i tak cena Przystępującego znacząco odbiega od tego szacunku. Stanowisko Zamawiającego zostało oparte wyłącznie o jego własne przypuszczenia, co powoduje, że nie sposób uznać, abyśmy mieli do czynienia z okolicznością o charakterze oczywistym, uzasadniającą rozbieżność pomiędzy ceną oferty Przystępującego a wartością szacunkową zamówienia. Dostrzeżenia przy tym wymagał, iż wykonawcy oferujący produkty w przedmiotowym postępowaniu nie działają w tożsamych realiach rynkowych, gdyż jeden z nich jest

producentem i dostawcą produkowanych przez siebie produktów, a drugi jest firmą handlową, która dostarcza produkty sprowadzane z innych rynków. Słusznie wskazywał Odwołujący, że Zamawiający bazował jedynie na domysłach, nie sposób bowiem w oparciu o same formularze cenowe przesądzić, że cena oferty Przystępującego jest realna, a sam fakt, iż nie odbiega ona o ponad 30% od średniej arytmetycznej ofert uzasadnia zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Już tylko to przeczy istnieniu okoliczności o charakterze oczywistym, które uzasadniałyby odstąpienie od wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Wnioski Zamawiającego dotyczące ceny Przystępującego stanowiły nic innego jak domysły, oparte na subiektywnej i niczym nie popartej ocenie Zamawiającego.

Z odpowiedzi na odwołanie, nie wynika, aby Zamawiający posiadał wiedzę, jaki konkretnie był powód ukształtowania przez Przystępującego ceny na takim, a nie innym poziomie. Dopiero w treści pisma Przystępującego pojawiła się argumentacja wskazująca na przyczyny obniżenia ceny, jednakże argumentacja ta i jej ocena winna zostać dokonana w toku postępowania wyjaśniającego cenę prowadzonego przez Zamawiającego. Izba ocenia czynności i decyzje Zamawiającego podjęte w toku postępowania, w oparciu o przesłanki jakimi przy ich podjęciu kierował się Zamawiający.

Odnosząc się do kwestii dotyczącej szacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego, należy wskazać, iż Izba nie neguje twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego, iż co do zasady za okoliczności oczywiste uzasadniające odstąpienie od wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny może zostać uznana sytuacja, kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację lub nie odpowiada ona faktycznej wartości przedmiotu zamówienia np. ze względu na znaczącą zmianę jego zakresu w toku postępowania. Oceny takiej należy jednak dokonywać *ad casum*, a w rozpoznawanej sprawie okoliczności stanu faktycznego nie uzasadniały odstąpienia od procedury wyjaśniającej. Należy wskazać, że Zamawiający ma obowiązek oszacowania wartości zamówienia z należytą starannością (por. art. 28 ustawy Pzp), tymczasem jego obecne twierdzenia w istocie prowadzą do podważenia prawidłowości tego oszacowania. Zamawiający winien mieć świadomość, że sposób szacowania wartości zamówienia ma duże znaczenie, m.in. w kontekście wzywania wykonawców do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia nie służy wyłącznie ustaleniu reżimu wartościowego postępowanie a jakim ma być on o prowadzone. Sam fakt złożenia ofert poniżej oszacowanego przez Zamawiającego poziomu nie powinien być automatycznie utożsamiany z oczywistym błędem w ustaleniu wartości zamówienia. W postępowaniu odwoławczym Zamawiający twierdził, że ustalona przez niego wartość zamówienia ze względu na upływ czasy straciła na wiarygodności, lecz brak było jakiejkolwiek argumentacji uzasadniającej to twierdzenie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Nadmienić należy, iż Zamawiający nie powoływał się także na zaistnienie jakichkolwiek okoliczności, które uzasadniałyby ewentualne zaktualizowanie wartości szacunkowej zamówienia.

Jednocześnie należy nadmienić, iż nie zasługuje na uznanie argumentacja Przystępującego, referująca do wartości oferty względem kwoty jaka Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, gdyż do tej kwoty nie referują przepisy odnoszące się do wezwania do wyjaśnień ceny.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie wykazał, aby w przedmiotowej sprawie rozbieżność pomiędzy ceną oferty Przystępującego, a wartością szacunkową zamówienia wynikała z okoliczności oczywistych. Zamawiający przyjął, że cena oferty Przystępującego nie budzi podejrzenia rażąco niskiej ceny, podczas gdy nie miał ku temu obiektywnych i nie budzących wątpliwości podstaw.

W tym stanie rzeczy Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach od 1 do 6 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w ramach tego wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty w częściach 1- 6 zamówienia na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, uznając również że zaniechanie tej czynności przez Zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty na części 1-6 zamówienia, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia, pomimo iż zaoferowana cena i jej istotne elementy składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Izba uznała ten zarzut za uzasadniony w tym znaczeniu, że skoro cała cena oferty Przystępującego spełnia ustawowe przesłanki do obowiązkowego przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, to tym bardziej należy uznać, że budzi ona wątpliwości. Art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp określa bowiem szczególne przypadki, których zaistnienie samo w sobie powoduje powstanie wątpliwości co do ceny oferty i w których wezwanie do wyjaśnienia ceny ma charakter obligatoryjny. Natomiast oprócz wskazanych tam przypadków mogą zaistnieć jeszcze inne okoliczności, nie objęte art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, które mogą powodować powstanie u Zamawiającego podejrzenia rażąco niskiej ceny i budzić jego wątpliwości. W

takim przypadku instytucjom zamawiającym przysługuje prawo do wezwania wykonawcy do wyjaśnień w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Jeżeli zatem cena oferty Przystępującego w częściach 1-6 zamówienia, decyzją ustawodawcy kwalifikuje się do przeprowadzenia wyjaśnień, to oznacza, że jest to cena w rozumieniu ustawy budząca wątpliwości, niezależnie od przekonania Zamawiającego o braku takich wątpliwości. Cena ta w świetle przepisów ustawy powinna podlegać generalnemu sprawdzeniu czy została skalkulowana w sposób prawidłowy, czy ma rynkowy charakter i czy gwarantuje ona możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w należyty sposób, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Należy ponadto wskazać, że w rozpoznawanym przypadku Izba nie dokonuje weryfikacji czy cena oferty Przystępującego jest ceną rażąco niską, a jedynie czy zaistniały okoliczności, które uzasadniałyby wystosowanie wezwania do wyjaśnień. Z tego względu ocena czy cena oferty Przystępującego jest ceną realną będzie możliwa dopiero w konfrontacji z wyjaśnieniami, jakie przedstawi na wezwanie Przystępujący. Nie można wykluczyć, że Przystępujący, jako wykonawca profesjonalny, przedstawi argumentację uzasadniającą zaoferowaną cenę.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit b) 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: ……