

Sygn. akt: KIO 2035/23 KIO 2046/23

WYROK

z dnia 28 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2023 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 13 lipca 2023 r. przez wykonawcę **Mölnlycke Health Care Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie (KIO 2035/23)

B. w dniu 14 lipca 2023 r. przez wykonawcę **ZARYS International Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Zabrze (KIO 2046/23)

w postępowaniu prowadzonym przez **Ginekologiczno-Położniczy Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego im. K.M. w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy **Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych Spółka Akcyjna**

z siedzibą w Toruniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach KIO 2035/23 i KIO 2046/23

orzeka:

1. Oddala odwołania w sprawach sygn. akt KIO 2035/23 i KIO 2046/23;

2. Kosztami postępowania obciąża odwołujących: Mölnlycke Health Care Polska Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz ZARYS International Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisów od odwołań w sprawach sygn. akt KIO 2035/23 i KIO 2046/23;

2.2. zasądza od Mölnlycke Health Care Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Ginekologiczno-Położniczego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego im. K.M. w Poznaniu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony;

2.3. zasądza od ZARYS International Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze na rzecz Ginekologiczno-Położniczego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego im. K.M. w Poznaniu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 2035/23 KIO 2046/23

Uzasadnienie

Ginekologiczno-Położniczy Szpital Uniwersytetu Medycznego im. K.M. w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wyrobów medycznych jednorazowego użytku (obłożenia operacyjne), numer referencyjny: PN-36/23. Zamówienie zostało podzielone na części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 lipca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 061-180049.

4 lipca 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze w części 1, 3, 4, 5, 7 najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A., a także o odrzuceniu ofert wykonawcy Mólnyckie Health Care Polska sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący Mólnyckie Health Care Polska” lub „Spółka”) w częściach 4 i 5, który wniósł odwołanie wobec tej czynności (sygn. akt KIO 2035/23) oraz o odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawcę ZARYS International Group sp. z o.o. sp.k. (dalej: „Odwołujący ZARYS International Group” lub „ZARYS”) w częściach 3, 5 i 7, który wniósł odwołanie wobec tej czynności (sygn. akt KIO 2046/23).

KIO 2035/23

Odwołujący Mólnyckie Health Care Polska zgłosił zarzuty dotyczące:

1) odrzucenia jego ofert w części nr 4 oraz części nr 5 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, co nastąpiło z uwagi na stwierdzenie przez Zamawiającego, że oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, i w konsekwencji dokonanie wyboru najkorzystniejszych ofert w ramach części nr 4 i 5, podczas gdy:

a.cena przedmiotu zamówienia ustalona została w oparciu o realną kalkulację ekonomiczną wszelkich kosztów uwzględnionych w procesie produkcyjnym i dystrybucji, a nadto w zakresie części nr 4 cena jest niższa od ceny wybranej przez Zamawiającego oferty Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych S.A. jedynie o 0,73% (wykonawca ten nie został wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny) oraz o 1,16% od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia, zaś w zakresie części nr 5 cena jest niższa od ceny wybranej przez Zamawiającego oferty Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych S.A. jedynie o 0,37% (wykonawca ten nie został wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny) oraz o 0,37% od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego;

b.wyjaśnienia złożone przez Spółkę w zakresie ceny oferty były rzeczowe i pełne, opisywały wszystkie aspekty mające wpływ na konkurencyjną cenę i w sposób nie budzący wątpliwości, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności wskazanych przez Spółkę oraz wiedzy posiadanej przez Zamawiającego, pozwalały na ustalenie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

c.Spółka wykazała, że jeszcze w maju 2023 roku dostarczała do tego samego Zamawiającego nie Mai identyczne zestawy za ceny ok 24% niższe niż aktualnie zaoferowane, a realizacja dostaw nie budziła wątpliwości. Rażąco niska cena oferty to taka, która budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Skoro zatem nie było problemów z realizacją dostaw zestawów odpowiednio (w poprzednim postępowaniu) za 275,00 zł (laparotomia) oraz za 205,00 zł (laparoscopia) to tym bardziej takie ryzyko nie istnieje w przedmiotowym Postępowaniu, gdzie jak wykazał Wykonawca, zaoferowane ceny są o ok. 24% wyższe.

d.Nadto wyjaśnienia Spółki, zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem KIO winny być oceniane w świetle treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego, które miało charakter ogólny i nie wskazywało elementów zamówienia, których wycena budziła wątpliwości Zamawiającego (wobec tego brak jest podstaw do obciążania wykonawcy skutkami złożenia wyjaśnień o poziomie szczegółowości właściwym jak słusznie zauważa KIO, powinno być skonkretyzowane i dotyczyć jedynie elementów istotnych, szczególnie w warunkach, gdy oferta cenowa nie przekracza progu 30% określonego w art. 224 ust. 2 Pzp)

co stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp;

2)przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez błędne, nieuzasadnione i arbitralne przyjęcie, że wyjaśnienia złożone przez Spółkę wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, w szczególności w sytuacji w której Zamawiający nie wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w ofertach Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych S.A., w których ceny zaproponowane przez ww. Wykonawcę różniły się od cen zaoferowanych przez Spółkę o mniej niż 1% każda.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania częściach nr 4 i 5:

- 1)unieważnienia czynności odrzucenia ofert Spółki;
- 2)unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3)ponownej oceny ofert;
- 4)wyboru najkorzystniejszych ofert, tj. złożonych przez Spółkę.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że złożone przez niego 15 czerwca 2023 r. wyjaśnienia są jasne, konkretne, spójne, adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniające specyfikę właściwą dla branży wyrobów medycznych i odzwierciedlają politykę cenową Spółki, która w niezmienionym kształcie obowiązywała przy innych, wcześniejszych przetargach, w tym organizowanych przez Zamawiającego. Spółka zawarła z Zamawiającym umowę

dostawy w wyniku wybrania jej oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu PN01/21 (Umowa nr 129/G-PSK/21), w ramach której Zamawiającemu dostarczane były do maja 2023 roku zestawy do laparotomii (tożsame z oferowanymi w części nr 4 postępowania z nieznacznymi, niemającymi wpływu na cenę różnicami, które zostały zaznaczone kolorem żółtym w Załączniku nr 10) oraz zestawy do laparoskopii (tożsame z oferowanymi w części nr 5 do postępowania, z nieznacznymi, niemającymi wpływu na cenę różnicami, które zostały zaznaczone kolorem żółtym w Załączniku nr 10). W obu przypadkach zestawy oferowane w postępowaniu mają cenę wyższą niż te, które były dostarczane w ramach wykonania poprzedniej umowy dostawy. W złożonych wyjaśnieniach Spółka precyzyjnie wskazała te elementy, które pozwalają jej z powodzeniem oferować konkurencyjne ceny, w tym w szczególności, że negocjacje cen z producentami odbywają się na poziomie globalnym całej grupy kapitałowej Mólnycke Health Care, a nadto zakupy części surowców niezbędnych do wytworzenia produktów końcowych również odbywają się na poziomie globalnym (a nie poszczególnych spółek). Znacznie większy wolumen zamówień dla całej grupy kapitałowej pozwala uzyskiwać niższe ceny, co z kolei przekłada się na możliwość obniżenia cen produktów końcowych (np. oferowanych wyrobów medycznych). Podobnie wygląda kwestia transportu towarów i surowców niezbędnych do ich wytworzenia - ceny takich usług będą niższe w sytuacji, w której grupa kapitałowa na poziomie globalnym negocjuje warunki z firmami transportowymi i logistycznymi. Jest to praktyka rozpowszechniona w wielu branżach.

Jeżeli chodzi o cenę wyrobów medycznych w części nr 4 (Zestaw operacyjny wieloelementowy do laparotomii) Spółka w ramach innego, wcześniejszego przetargu zorganizowanego przez Zamawiającego (oznaczenie sprawy PN-01/21) dostarczała do maja 2023 roku zestawy do laparotomii w praktyce o tożsamym składzie (porównanie zawartości zestawów stanowi Załącznik nr 10 do odwołania) w cenie 825,00 zł netto za opakowanie (zawierające 3 zestawy), co oznacza, że cena jednostkowa za zestaw wynosi 275,00 zł netto. Wówczas, na etapie oceny ofert Zamawiający nie tylko nie powziął wątpliwości w zakresie potencjalnie rażąco niskiej ceny, ale wybrał ofertę Spółki jako najkorzystniejszą. W obecnym postępowaniu, w części nr 4 cena tożsamego zestawu do laparotomii jaka została zaoferowana wynosi 340,00 zł, a zatem jest wyższa niż we wcześniejszym przetargu, w którym Spółka realizuje już dostawy (różnica wynika ze wzrostu od 2021 r. kosztów związanych z realizacją dostaw oraz składających się na końcową cenę produktu). W tym jednak przypadku Zamawiający nie tylko doszedł do wniosku, że cena jest rzekomo rażąco niska, ale nie uwzględnił jasnych i precyzyjnych wyjaśnień Spółki, mając dodatkowo wiedzę w zakresie cen, w jakich kupuje te zestawy od Spółki od 2021 roku. Funkcjonalnie rolą przepisu art. 224 Pzp dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty jest m.in. zapewnienie realności realizacji przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, którego oferta została wybrana. Zaprawiający miał świadomość, że Spółka skutecznie realizowała zamówienia na tożsame zestawy w cenie niższej niż oferowana w postępowaniu, co dodatkowo zostało wykazane przez Spółkę za pomocą faktur VAT przesłanych wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny.

Następnie Odwołujący stwierdził, że analogicznie prezentuje się sytuacja w zakresie części nr 5 postępowania (Zestaw operacyjny wieloelementowy do laparoskopii). W poprzednim przetargu (oznaczenie sprawy PN-01/21) Spółka dostarczała Zamawiającemu (do maja 2023 r.) zestawy w cenie ok. 205,00 zł za sztukę. W obecnym postępowaniu Spółka zaoferowała zestawy w cenie jednostkowej 270,00 zł, a zatem w cenie wyższej niż dostarczane dotychczas Zamawiającemu wyroby medyczne. W tym przypadku Zamawiający podobnie, w zakresie cen zestawów dostarczanych mu w poprzednim postępowaniu nie kwestionował ceny, natomiast obecnie, pomimo wyższej ceny jednostkowej za zestaw wezwał Spółkę do złożenia wyjaśnień, po czym ocenił je w sposób dowolny, pomimo, że Spółka załączyła faktury zestawów nabywanych jeszcze do maja 2023 r. w ramach poprzedniego postępowania przez szpital zestawów w cenie niższej niż aktualnie oferowana. To właśnie fakt podniesienia cen zestawów, w porównaniu do poprzednio realizowanych dostaw wskazuje na dokonanie przez Spółkę rzetelnej kalkulacji nowych cen zaoferowanych w postępowaniu. Skoro zatem, w ocenie Zamawiającego, nie było ryzyka, że Spółka nie będzie w stanie zrealizować dostaw zestawów odpowiednio (w poprzednim postępowaniu) za 275,00 zł (laparotomia) oraz za 205,00 zł (laparoscopia), to tym bardziej takie ryzyko nie istnieje w postępowaniu, gdzie zaoferowane ceny są o ok. 24% wyższe.

W dalszej kolejności Odwołujący podkreślił, że zarówno w części nr 4 jak i w części nr 5, zaoferowane przez niego ceny odzwierciedlają kwoty przeznaczone przez Zamawiającego na ich realizację. W części nr 4 zaoferowana przez Spółkę cena jest o 13.392,00 zł niższa od kwoty przeznaczonej na realizację (czyli kwoty 1.151.712,00 zł), co stanowi 1,16% tej kwoty. W części nr 5 zaoferowana przez Spółkę cena jest niższa od kwoty przeznaczonej na realizację jedynie o 3.453,10 zł (przy kwocie przeznaczonej na realizację na poziomie 936.576,00 zł), co stanowi 0,37% kwoty przeznaczonej na realizację przez Zamawiającego. W kontekście tych wartości, niższych historycznych cen za tożsame zestawy, które nabywał Zamawiający od Spółki jeszcze w maju b.r. oraz przede wszystkim rzeczowe wyjaśnienia Odwołującego, Zamawiający nie mógł zasadnie przyjąć, że oferta złożona przez Spółkę zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez Spółkę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Zamawiający dokonując oceny ofert musi je odnieść do realiów rynkowych i na ich podstawie ocenić, czy rzekome wrażenie niskiego poziomu ceny jest trafne. W tym przypadku w sposób skrajnie oczywisty i widoczny na pierwszy rzut oka taka sytuacja w ogóle nie zachodziła, a przede wszystkim wyjaśnienia złożone przez Spółkę (wraz ze

złożonymi dokumentami) oraz wiedza, którą posiadał Zamawiający w chwili oceny ofert, nie pozwalają na uznanie, że ceny zaoferowane przez Spółkę są rażąco niskie. Pojęcia „wydaje się” i „budzi wątpliwości” są pojęciami nieostrymi i mają szerokie możliwości zastosowania. Zamawiający, dokonując oceny ofert, a następnie wyjaśnień, musi ją odnosić do realiów rynkowych i na ich podstawie oceniać czy wrażenie niskiego poziomu ceny jest trafne. W tym zakresie Zamawiający nie sprostował wymogom przepisów Pzp. Znając realia rynkowe (w szczególności fakt, że kupował jeszcze w tym roku tożsame zestawy do zabiegów laparotomii i laparoskopii od Spółki w cenach niższych o ok. 24%) arbitralnie i wbrew jasnym, spójnym, konkretnym i pełnym wyjaśnieniom (wraz z dowodami) uznał, że zaoferowane ceny są rażąco niskie, a zdaniem Odwołującego ceny wskazane w jego ofercie są cenami rynkowymi, skalkulowanymi racjonalnie w celu osiągnięcia zysku. Zamawiający biorąc pod uwagę całokształt informacji, które posiadał w momencie otrzymania wyjaśnień od Spółki miał możliwość ponownego wezwania Spółki do złożenia wyjaśnień, jeżeli te udzielone za pierwszym razem, w niektórych kwestiach mogły się jawić Zamawiającemu jako wymagające doprecyzowania czy uzupełnienia.

Wskazując ogólnie na orzecznictwo KIO Odwołujący wskazał, że okolicznością notoryjną, a więc nie wymagającą dowodu, jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnych dotyczących każdego przedsiębiorcy. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy o rażąco niskiej cenie, a o prawidłowym działaniu konkurencyjnej gospodarki. Co więcej, z doświadczenia życiowego i logiki wynika, że przedsiębiorca, który realizował podobne zamówienia, posiada doświadczenie na danym rynku będzie umiał wybrać bardziej optymalny sposób realizacji zamówienia, lepiej przewidzi ryzyka i nie będzie doliczał nadmiernego buforu bezpieczeństwa, co znajdzie odzwierciedlenie w cenie oferty. Ocenę wyjaśnień wykonawcy dotyczących zaoferowanej ceny należy dokonywać w świetle treści wezwania wystosowanego przez zamawiającego. Zgodnie z tym poglądem, jeżeli wezwanie do wyjaśnień miało charakter ogólny i nie wskazywało elementów zamówienia, których wycena budziła wątpliwości zamawiającego, brak jest podstaw do obciążania wykonawcy skutkami złożenia wyjaśnień o poziomie szczegółowości właściwym według uznania wykonawcy. Wyjaśnienia ceny wraz z dowodami muszą skłonić zamawiającego do przekonania, że generowane oszczędności czy też szczególne warunki wpływające na obniżenie ceny pozwalają na zrealizowanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, przy czym wykonawca nie musi w szczególności wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeżeli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania.

Wezwanie powinno być skonkretyzowane i dotyczyć jedynie elementów istotnych, szczególnie w warunkach, gdy oferta cenowa nie przekraczała progu 30% określonego w art. 224 ust. 2 Pzp (cena ofert Spółki była niższa od wartości zamówienia w części nr 4 i nr 5 odpowiednio 1,16% oraz 0,37%). Treść wezwania Zamawiającego jest ogólna, lakoniczna i sprawia wrażenie przygotowanej wyłącznie w celu rozpoczęcia procedury wskazanej w art. 224 ust. 1 Pzp stanowiącej podstawę do późniejszego odrzucenia konkurencyjnej oferty. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała, że sankcjonowane jest złożenie oferty z rażąco niską ceną, a nie ceną niską. Wyjaśnienia przedstawione przez Spółkę wraz z pozostałymi okolicznościami niniejszej sprawy wskazują, że ceny zaoferowane przez Spółkę nie były rażąco niskie, nie odbiegały od standardów rynkowych, pozwalałyby na prawidłową realizację przez Spółkę dostaw na rzecz Zamawiającego. Czynność odrzucenia ofert Spółki w zakresie części nr 4 i 5 została więc podjęta błędnie.

Do odwołania zostały załączone: Wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny; Wyjaśnienia Spółki; Informacja Zamawiającego o niewzewaniu Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych S.A. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny; Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu; Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty; Porównanie składów zestawów z poprzedniego postępowania (w którym Spółka dostarczała zestawy w cenie niższej niż oferowana w Postępowaniu) ze składami zestawów zaoferowanymi w Postępowaniu; faktura VAT z 11 maja 2023 r. obejmująca zestawy do laparotomii w cenie 275,00 zł za szt. (postępowaniu PN-01/21); faktura VAT z 3 kwietnia 2023 r. obejmująca zestawy do laparoskopii w cenie 205,00 zł za szt. (w postępowaniu PN-01/21); faktura VAT z 23 lutego 2023 r. obejmująca zestawy do laparotomii w cenie 275,00 zł za szt. (w postępowaniu PN01/21); Wyciąg z formularza ofertowego Spółki.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że wszystkie podniesione przez Odwołującego zarzuty sprowadzają się do próby dowodzenia, że niesłusznym było wezwanie go przez Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, a także, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wskazać należy, że pierwszy z zarzutów jest spóźniony. Odwołujący nie kwestionował wezwania go do złożenia wyjaśnień. Przeciwnie, podjął próbę wykazania prawidłowości kalkulacji zaoferowanej przez siebie ceny. Tym samym, po stronie Odwołującego zaktualizował się obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska. Odwołujący tego ciężaru nie uniósł, w związku z czym obowiązkiem Zamawiającego stało się odrzucenie jego oferty.

Odnosząc się do wniesionych przez Odwołującego zarzutów i argumentów Zamawiający wskazał:

Na wstępie Odwołujący podnosi, że „cena przedmiotu zamówienia ustalona została w oparciu o realną kalkulację ekonomiczną wszelkich kosztów uwzględnionych w procesie produkcyjnym i dystrybucji.”. Jednocześnie Odwołujący nie przedłożył rzeczowej kalkulacji. Zamawiający, opierając się jedynie na ogólnikowej deklaracji Odwołującego, nie jest w stanie w żaden sposób zweryfikować jej prawdziwości. W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Odwołujący podkreślił, że cena została skalkulowana o właściwe zestawienie poszczególnych elementów. Ponownie jednak – za oświadczeniem Odwołującego nie przedstawił żaden dowód w postaci kalkulacji poszczególnych elementów. Nadto, brak jest nawet wyszczególnienia tych elementów. Zamawiający nie miał zatem możliwości jakiegokolwiek weryfikacji twierdzeń Odwołującego.

Ad 1 lit. a. pkt i - ii

Odwołujący jako argument podniósł, iż cena przez niego zaoferowana jest niższa od ceny oferty wybranej złożonej przez Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w zakresie części 4 o 0,73%, a w zakresie części 5 o 0,37% oraz kolejno o 1,16% i 0,37% od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Uznać należy argument ten za nietrafiony. W momencie otrzymania wezwania do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, po stronie wezwanego wykonawcy aktualizuje się obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Nie ma znaczenia fakt, czy inni wykonawcy zostali również wezwani do wyjaśnień, czy też nie. Nie ma też podstaw do wyciągania wniosku o niezasadnym wezwaniu do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, z faktu, iż wykonawca, który zaoferował zbliżoną cenę nie został również wezwany do takich wyjaśnień. Jak wskazano w wyroku KIO: „użyte w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Istotne jest, że przepisy ustawy nie określają żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp. (tak: wyrok z dnia 17 stycznia 2022 r., KIO 3710/21).” Z kolei w nowszym orzeczeniu Izba wskazała: „Dyspozycja art. 224 ust. 1 Pzp skierowana jest do Zamawiającego i to Zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem. Ustawodawca w art. 224 ust. 1 Pzp pozostawił więc Zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny. Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w sytuacji, gdy zaistnieją wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.” Jak wynika z powyższych orzeczeń, może dojść zatem do sytuacji, w której Zamawiający powziął wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia przez danego wykonawcę za zaoferowaną cenę, a jednocześnie nie wzbudzi jego wątpliwości możliwość wykonania tego zamówienia przez innego wykonawcę za zbliżoną cenę.

Zarzuty Odwołującego dotyczące niezasadności wezwania go do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, przy jednoczesnym zaniechaniu wezwania innego wykonawcy, są także spóźnione. Odwołujący w żaden sposób nie kwestionował zasadności wezwania do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny po jego otrzymaniu od Zamawiającego. Nie wniósł odwołania na tę czynność. Nie podnosił także zarzutu związanego brakiem wezwania do analogicznych wyjaśnień wykonawcy Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień podjął próbę ich udzielenia. Nie zwrócił się do Zamawiającego z żadnymi wątpliwościami w tym zakresie. W związku z tym podnoszenie takich zarzutów na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia jawi się jedynie jako rozpaczliwa próba ratowania sytuacji post factum.

Ad 1 lit. b.

Nie sposób również zgodzić się z opinią Odwołującego, jakoby złożone przez niego wyjaśnienia były rzeczowe, pełne i nie pozostawiały wątpliwości, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia Odwołującego były ogólnikowe, niepodparte żadną kalkulacją, czy odpowiednimi dokumentami. Przykładowo Odwołujący nie przedłożył żadnych faktur od producentów poszczególnych sprzętów. Owszem, Odwołujący przedłożył dwie faktury sprzedaży asortymentu na rzecz Zamawiającego. Nie wyjaśnił natomiast jakich okoliczności czy faktów mają te faktury dowodzić w kontekście kalkulacji ceny oferty w niniejszym postępowaniu. Również przedłożony dokument informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie stanowił takiego dowodu. Dotyczy on bowiem zupełnie innego postępowania, którego specyfika i warunki nie są Zamawiającemu znane. Na marginesie Zamawiający zwraca uwagę, że z rzeczowej informacji wynika, iż Odwołujący złożył ofertę tylko w trzech częściach, z czego w dwóch jego oferta została odrzucona. Tym samym tylko z jednej części wynika, że rzeczywiście oferta zaoferowana przez Odwołującego była droższa od oferty wybranej. Nie ma to jednak znaczenia dla oceny prawidłowości kalkulacji oferty w niniejszym postępowaniu. Zatem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oparte zostały wyłącznie na gołosłownych deklaracjach Odwołującego niepodpartych żadnymi dowodami, które jakkolwiek uwiarygadniałyby oświadczenia Odwołującego. Co więcej, Odwołujący w swych wyjaśnieniach operuje pojęciami nieostrymi jak to, że „cena została skalkulowana o właściwe zestawienie poszczególnych elementów”, „atrakcyjnych kosztów materiałów”, „odpowiedni wybór rozwiązań technicznych”, „znacznie obniża koszty”, „większy rabat”.

Tymczasem wyjaśnienia powinny być bardzo konkretne, zindywidualizowane pod konkretne postępowanie i nie budzić wątpliwości po stronie Zamawiającego. Ogólnikowe wyjaśnienia Odwołującego, niepodparte żadnymi stosownymi dowodami, niewątpliwie nie mogły zostać uznane za wystarczające. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, jak wskazała Izba w wyroku z dnia 21 marca 2023 r.: „Na stosowne wezwanie Zamawiającego, wykonawca jest obowiązany złożyć wyjaśnienia, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwolą na ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak podkreśla się w orzecznictwie, wyjaśnienia powinny być szczegółowe i rzeczowe pełne - winny opisywać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości jej wyliczenia. Dodatkowo, składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą być poparte dowodami.”

Ad 1 lit. c.

Nie ma znaczenia również w przedmiotowym sporze fakt zaferowania wyższych cen w stosunku do poprzedniego, analogicznego zamówienia. Dla Zamawiającego oczywistym jest wzrost cen w stosunku do poprzedniego przetargu, z uwagi na wzrost kosztów realizacji dostaw wyrobów medycznych. Tym samym niezasadnym jest wywodzenie prawidłowej kalkulacji ceny w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia z faktu, że wykonawca zaferował wyższą cenę względem ceny zaferowanej we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający jako szpital prowadzi liczne postępowania o udzielenie zamówienia, w związku z czym dostrzegł praktykę na rynku zamówień publicznych, w której wykonawca oferuje określoną cenę za wykonanie zamówienia, a następnie, po wybraniu jego oferty jako najkorzystniejszej i podpisaniu z nim umowy, składa wniosek o waloryzację umowy. Jako uzasadnienie dla waloryzacji wykonawcy z reguły powołują się na czynniki dotyczące COVID-19, wojnę na Ukrainie, czy inflację. Jednocześnie wykonawcy ograniczają się do wskazania wyżej wymienionych przyczyn bez wykazania ich realnego wpływu na realizację zamówienia. Dalsza realizacja zamówień jest uzależniana od podwyżek wynagrodzenia. Wezwanie do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny jest jedynym narzędziem w ręku Zamawiającego umożliwiającym weryfikację prawidłowej kalkulacji ceny zaferowanej przez wykonawcę. Jednocześnie Zamawiający bierze pod uwagę szereg czynników, na podstawie których powołał wątpliwości co do ceny zaferowanej przez wykonawcę.

W przypadku Odwołującego, wątpliwości Zamawiającego wynikają z negatywnych doświadczeń współpracy. W toku realizacji zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym umowy nr 205/G-PSK/19 z dnia 17 września 2019 r. na dostawę wyrobów medycznych – odzieży ochronnej, Odwołujący w okresie od maja do września 2020 r. nie dostarczył lub pozostawał w opóźnieniu realizacji szeregu zamówień. W odpowiedzi na naliczone kary umowne Odwołujący powoływał się właśnie na niemożność prawidłowej realizacji dostaw w związku z okolicznościami związanymi z COVID-19. Odpowiedź Odwołującego była jednak ogólnikowa, lakoniczna, przytaczająca jedynie samą podstawę prawną bez wskazania jakichkolwiek dowodów celem wykazania wpływu okoliczności COVID-19 na realizację umowy. W rezultacie Zamawiający pozostaje z Odwołującym w sporze sądowym o zapłatę kar umownych, toczącym się obecnie przed Sądem Okręgowym w Poznaniu I Wydziałem Cywilnym, sygn. akt I C 313/22. Zamawiający miał zatem uzasadnione wątpliwości co do możliwości prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia przez Odwołującego. Fakt, iż Odwołujący zaferował droższą cenę w porównaniu do poprzedniego zamówienia nie dowodzi prawidłowości kalkulacji i tym bardziej nie stanowi o niezasadności wezwania go do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Odwołujący już raz nie podołał prawidłowej realizacji zamówienia za zaferowaną cenę, w związku z tym uzasadnionym jest wątpliwość Zamawiającego co do kalkulacji ceny również w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wątpliwości tej nie rozwiewa fakt złożenia droższej oferty w przedmiotowym postępowaniu, zważywszy na wzrost kosztów, który Zamawiający uwzględnił przy szacowaniu wartości zamówienia.

Ad 1 lit. d.

Nie jest trafnym podniesienie przez Odwołującego, iż treść wezwania Zamawiającego miała charakter ogólny i nie wskazywała elementów zamówienia, których wycena budziła wątpliwości Zamawiającego. W przedmiotowej sytuacji wątpliwości Zamawiającego budziła cena za całe zamówienie, zatem bezpodstawnym jest zarzucanie nieskonkretyzowania elementów budzących wątpliwości. Przedmiotowe zamówienie stanowi dostawę i nie ma w nim poszczególnych części składowych. Oczywistym jest zatem, że Odwołujący winien wykazać, iż cena obejmująca całe zamówienie nie jest rażąco niska. W przypadku zamówienia na wyroby medyczne jest to wysoce nieskomplikowane, w przeciwieństwie do przypadku, w którym przedmiotem zamówienia byłyby usługi niematerialne. Wskazać należy, że Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny sam powołał się na stałą współpracę, w ramach tej samej grupy kapitałowej, z konkurencyjnymi na rynku dostawcami surowców, czy pojedynczych komponentów. Tym samym Odwołujący ma dostęp do wszelkich informacji dotyczących kosztów, cen itp. Ponadto nic nie stało na przeszkodzie przedłożeniu chociażby faktur nabywania poszczególnych towarów u producentów, czy też dowodów na uzyskiwane u producentów rabaty, na które Odwołujący powołał się w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Potwierdzenie powyższego znaleźć można w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. I tak w wyroku z dnia 21

marca 2023 r. Izba wskazała: „W sytuacji, gdy zamawiający kieruje do wykonawcy wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty, nie wskazując przy tym konkretnych elementów podlegających wyjaśnieniu, to obowiązkiem wezwanego wykonawcy jest wyjaśnić sposób kalkulacji podstawowych, a zatem istotnych elementów składających się na cenę oferty.” ; a także: Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc...) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi.”⁵

Co istotne, zarzut ten jest spóźniony. Ewentualne wątpliwości co do treści wezwania Odwołujący powinien był podnosić na etapie otrzymania tego wezwania. Odwołujący w żaden sposób nie kwestionował treści wezwania. Nie zwrócił się do Zamawiającego z pytaniami czy też prośbą o uszczegółowienie treści wezwania. Przede wszystkim Odwołujący, jak już zostało wcześniej wskazane, nie wniósł odwołania na czynność wezwania do wyjaśnień w zakresie wycenienia ceny.

Ad 2

W przedmiotowej sprawie nie doszło, wbrew twierdzeniom Odwołującego, do udzielenia zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na fakt, że ten nie zdołał sprostać obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia Odwołującego, jak już zostało wyżej wskazane były ogólnikowe i niepodparte żadną kalkulacją, wycenieniami czy dokumentami. W takiej sytuacji Zamawiający, chcąc działać zgodnie z przepisami ustawy Pzp, zobowiązany był wręcz odrzucić ofertę Odwołującego.

Jak słusznie wskazano w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy Pzp: „Wykonawca składający wyjaśnienia musi udowodnić, że cena lub koszt jego oferty nie są rażąco niskie, jeśli jednak tego nie uczyni, jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt i podlega odrzuceniu m.in. na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp. Ustawodawca zakłada, że wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego są profesjonalistami, stąd składane przez nich wyjaśnienia muszą cechować się podwyższonym miernikiem staranności. Niespełnienie tego warunku powoduje, że ponoszą oni negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń co do tego, że zaoferowana cena lub koszt nie są rażąco niskie. Badając ofertę pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu, zamawiający weryfikuje zaoferowaną cenę lub koszt w kontekście wyjaśnień wykonawcy. Nie jest możliwe odrzucenie oferty tylko i wyłącznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, gdyż odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu może nastąpić wyłącznie po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego mającego na celu obalenie domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień – przy czym za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 224 ust. 6 Pzp należy uznać również złożenie wyjaśnień lakonicznych – lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie doprowadziły do obalenia tego domniemania, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.”

Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, a także nie wykazał jakoby Zamawiający udzielił zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji.

KIO 2046/23

Odwołujący ZARYS International Group zarzucił Zamawiającemu w ramach części nr 1, 3 i 7 naruszenie:

- 1)art. 16 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2)art. 223 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie przedmiotowych środków dowodowych,
- 3)art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. (dalej jako TZMO), która nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy, w ramach części nr 1, 3 i 7,
- 4)naruszenie art. 224 ust. 6 Pzp poprzez niezgodne z przepisami odrzucenie oferty firmy ZARYS International Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrze jako oferty wykonawcy, którego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu w częściach nr 1, 3 i 7:

- 1)unieważnienie czynności wyboru oferty TZMO;
- 2)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3)powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący ZARYS International Group podniósł w szczególności, że pismem z 5 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub koszty lub ich istotnych części składowych wobec stwierdzenia, że cena w części 1, 3 i 7 jest niższa o co najmniej o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT. Pismem z dnia 7 czerwca 2023 r. Odwołujący złożył obszernie wyjaśnienia, w tym kalkulację cenową, z której wynikało, że pomimo relatywnie atrakcyjnej ceny, ZARYS jest w stanie osiągnąć zysk, który procentowo wynosiłby ok. 7 % w stosunku do zaoferowanej ceny netto. Wykonawca wykazał, że zatrudnia własnych pracowników, posiada własną flotę pojazdów, a nadto zapewnił o posiadaniu centrum logistycznego. Powyższe wpływa na podstawowe koszty wykonania umowy, takie jak cena zakupu lub wytworzenia oferowanych produktów, koszty magazynowania czy koszty transportu. Każda z 3 części (1, 3 i 7) dotyczyła tylko jednej pozycji asortymentowej, stąd wyliczenia Odwołującego łatwo było przyporządkować do konkretnych produktów oferowanych w ramach Zamówienia. Zamawiający odrzucił jego ofertę w zakresie części 1, 3 i 7, a uzasadniając swoją decyzję wskazał: *Oferta odrzucona: ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp. k., ul. Pod Borem 18, 41 – 808 Zabrze. Uzasadnienie prawne: 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych – albowiem oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Zarzuty wskazane przez Zamawiającego opierały się zatem o twierdzenia, że Odwołujący nie wyjaśnił w należyty sposób ceny, którą Zamawiający uznał za rażąco niską. Powodem odrzucenia oferty Odwołującego w ww. częściach jest zarzut rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odrzucenie praktycznie nie zawiera jego uzasadnienia co do stanu faktycznego, jako że sprowadza się ono wyłącznie do konstatacji, że „oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.”*

Zdaniem Odwołującego ZARYS powyższym działaniem Zamawiający przyznał, że Odwołujący przedstawił dowody oraz wyjaśnienia w zakresie rzekomej rażąco niskiej ceny zawartej w jego ofercie. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający winien był choć w minimalnym stopniu wskazać w uzasadnieniu, dlaczego nie dał wiary całościowym wyjaśnieniom i dowodom przedstawionym w piśmie Odwołującego. Podejrzanie rażąco niskiej ceny w świetle art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp powstaje, 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 (z uwagi na złożenie po terminie) i pkt 10 (zawierających błędy w obliczeniu ceny lub kosztu). Podejrzanie rażąco niskiej ceny ma zatem miejsce po pierwsze, gdy cena całkowita danej oferty jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp, ale w stosunku do ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ma prawidłowo skalkulowaną cenę. Po drugie, w sytuacji odwrotnej, tzn., gdy cena całkowita oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, choć nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp. Po trzecie, gdy obie okoliczności zostaną spełnione łącznie. Takie rozumienie przepisu wynika z użytego pomiędzy wyżej wymienionymi okolicznościami wyrazu „lub”. Odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo złożenia odpowiednich wyjaśnień i dowodów, bez uzasadnienia, dlaczego Zamawiający nie uznał ich za wystarczające, stanowi naruszenie przepisów Pzp. Bazowanie wyłącznie na rozbieżności o więcej niż 30% w stosunku do kwoty ustalonej przez Zamawiającego na etapie składania ofert, jest nieprawidłowe. Jak wynika z informacji z otwarcia ofert, w większości przypadków oferenci składali oferty z cenami znacznie korzystniejszymi niż założenia Zamawiającego, a średnia cena ofert była nawet o kilkaset tysięcy złotych niższa niż kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia. Powyższe świadczyć może, że kwoty przeznaczone na sfinansowanie zamówienia zostały określone nieprawidłowo, bez należytego rozpoznania rynku, w sposób niekorzystny dla samego Zamawiającego oraz interesu majątkowego polskiej służby zdrowia. Odrzucenie korzystnej oferty ZARYS, uznanego w Polsce dostawcy i producenta wyrobów medycznych, uczestniczącego w tysiącach postępowań oraz zaopatrującego jednostki polskiej służby zdrowia od 1989 r., pod zarzutem sprowadzającym się do założenia, że oferent ten źle oszacował własną ofertę i nie będzie jej w stanie wykonać, wydaje się absurdalne. ZARYS jako podmiot z długoletnim doświadczeniem rynkowym oraz renomą, posiadający z racji skali swojej działalności możliwości negocjacyjne oraz kontakty handlowe, zapewnił, że nawet kalkulując w oparciu o stawki rynkowe magazynowania towaru, jego transportu własnymi pojazdami, koszty pracy w oparciu o co najmniej minimalne wynagrodzenie, cena zakupu, stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa, pozwala na zaoferowanie Zamawiającemu towaru objętego ofertą z zyskiem. Nadto wyjaśnienia w takiej samej formule, tj. ze wskazaniem wyników kalkulacji cenowej oferty, wskazaniem jej istotnych składowych oraz przedstawieniem dowodów w postaci przykładowych umów o pracę oraz wykazu pojazdów, były wielokrotnie składane przez ZARYS w innych postępowaniach prowadzonych przez tego samego Zamawiającego i dotychczas nie budziły jego wątpliwości, na dowód czego Odwołujący przedstawił w załączeniu dokumentację postępowań: PN-34/23 i PN-40/23, w tym wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odpowiedzi – wyjaśnienia ZARYS oraz wyniki postępowań, wskazujące na brak odrzucenia z powodu rażąco niskiej ceny. Zamawiający uchybił przepisom ustawy tak poprzez odrzucenie oferty ZARYS jak i wybór ofert, które nie są najkorzystniejsze w rozumieniu ustawy,

wypaczając wynik postępowania. Zamawiający wybrał w części 1, 3 i 7 ofertę TZMO, która okazała się być łącznie aż o 746.239,39 zł droższa od oferty ZARYS w tych samych częściach. To, że podczas realizacji zamówienia mogą wydarzyć się sytuacje nieprzewidziane i skalkulowany na kreślonym poziomie zysk może ulec obniżeniu, a niewykluczone, że wykonawca może nawet ponieść stratę - wynikać może z okoliczności, które mogą zaistnieć podczas realizacji zamówienia. Żaden wykonawca jednak, na etapie przygotowania oferty, nie jest w stanie przewidzieć wszystkich zagrożeń związanych z realizacją zamówienia, po pierwsze dlatego że nie jest to możliwe, a ponadto wykonawca chcąc skutecznie konkurować z innymi podmiotami musi przyjmować racjonalne założenia, a nie wszystkie potencjalnie możliwe przeszkody, które mogą wystąpić.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że odwołanie pomimo podniesienia wielu zarzutów sprowadza się do jednej zasadniczej tezy, iż rzekomo oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone wyjaśnienia w trakcie trwania postępowania wyjaśniającego były „całościowe i wystarczające”. Twierdzenie to jest nieprawdziwe i podyktowane „grą procesową”, mającą przynieść doraźny skutek w postaci uwzględnienia odwołania. Tak samo jak nieprawdziwe jest stwierdzenie zawarte w odwołaniu, że Zamawiający nie podał motywów swojego rozstrzygnięcia ograniczając się rzekomo do jednozdaniowego twierdzenia, że „oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.” Zamawiający bowiem w odrębnym piśmie, podał motywy swojego rozstrzygnięcia, posiada dowód na doręczenie odwołującemu pisma zawierającego to uzasadnienie, a tezy w nim zawarte są nadal aktualne i zamawiający czyni je integralną częścią tej odpowiedzi na odwołanie. Tego rodzaju zabieg jest konieczny, albowiem Odwołujący „tak naprawdę „treścią uzasadnienia odwołania”, uczynił treść złożonych wyjaśnień z dnia 7 czerwca 2023 r., na zasadzie „1:1”, dopisując tylko do nich zarzuty i żądania.

Co najwyżej niezrozumiały jest zarzut opisany w odwołaniu pod numerem 2 o treści: „naruszenie art. 223 ustawy p.z.p. – poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie przedmiotowych środków dowodowych”, gdyż Odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie wyjaśnił, dlaczego go postawił i jakie jest jego uzasadnienie. Samo odwołanie jest tak samo miałkie jak złożone wyjaśnienia, które de facto mogłyby zostać wykorzystane do jakiegokolwiek postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tak samo jak zaprezentowane wyjaśnienia były składane do jakiegokolwiek postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (okoliczność przyznana przez Odwołującego). Wyjaśnienia jak i odwołanie bowiem nie zostały w najmniejszym nawet stopniu zindywidualizowane, rażą ogólnością, brakiem precyzji, zawierają hasła, slogany, mające znamiona treści marketingowej, a nawet w zderzeniu z doświadczeniem życiowym nie wytrzymują próby „logiki”. Jak bowiem inaczej potraktować stwierdzenie, że na obniżenie ceny wpływa fakt, że osoby realizujące zamówienie są zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Jak pogodzić to z faktem, że umowy o pracę są najbardziej kosztownym dla pracodawcy sposobem pozyskiwania personelu, gdyż dają osłonę pracownikowi, której nie ma on na podstawie umów cywilnoprawnych. Pomimo, że zatrudnianie na podstawie umów o pracę winno być standardem i niekwestionowanym prawem każdego pracownika, czynienie z tego tarczy na okoliczność zarzutów rażąco niskiej ceny nie pozwala w logiczny sposób tych argumentów połączyć ze sobą, gdyż nie pokazano związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy przesłanką a wnioskiem. Tak samo nie pokazano tego rodzaju związku pomiędzy twierdzeniem o własnej bazie logistycznej i „wrzuceniem” do wyjaśnień i odwołania, listy tablic rejestracyjnych a twierdzeniem, że ma to wpływ na cenę oferty. Identycznie zatem jak poprzednio, doświadczenie życiowe i obserwacja praktyki rynkowej dowodzą, że outsourcing usługi transportowej jest tańszy, niemniej odwołujący niczego nie wykazał, a ciężar dowodowy spoczywał na nim, zarówno na etapie postępowania wyjaśniającego jak i na etapie rozprawy.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący sam zdyskredytował doniosłość swojego odwołania, pokazując jego niezasadność, w miejscu, gdzie napisał, że wyjaśnienia jakie wniósł do postępowania, wnosi standardowo w każdym szpitalu na te same okoliczności i jak pisze „innym pasują”, wyrażając zdziwienie, „dlaczego zatem nie pasują zamawiającemu w szpitalu na Polnej”? Jest tak, ponieważ Zamawiający dostrzegł, że zarówno wyjaśnienia jak i przedstawiony dowód jest niewiarygodny i sprzeczny z aktualnymi standardami oceny w przypadku konieczności uchylecia domniemania rażąco niskiej ceny przez wykonawcę, a także w aspekcie aktualnej linii orzeczniczej KIO w tego typu sprawach, która to linia orzecznicza nakazuje przyjmować wyjaśnienia skonkretyzowane, precyzyjne, wiarygodne, zaopatrzone w dowody. Nie sposób zatem potraktować jako dowodu, odmienianej przez przypadki „kalkulacji”, jaką okazał Odwołujący, gdyż nie jest to żadna kalkulacja, brak bowiem jakichkolwiek wyliczeń, standaryzacji, poza ciągiem cyfr, które nie sposób zweryfikować czy wyprowadzić z dokumentów. Właściwie tego rodzaju zestawienie cyfr może sporządzić każdy, a zatem nie jest to dowód wiarygodny. Jest to substytut dowodu, bez mocy dowodowej, a zatem zbiór dowodów przedstawionych przez Odwołującego jest pusty. Te same wyjaśnienia nie mają powszechnej mocy sprawczej, a ich poprzednia akceptacja nie stanowi promesy na przyszłość, że za każdym razem musi być tak samo. Zamawiający dokonał indywidualnej, aktualnej oceny całości materiału sprawy dotyczącego zawisłego stanu faktycznego i prawnego i podjął decyzję o nieuwzględnieniu odwołania. Zamawiający zaprzecza wszystkim zarzutom odwołania i twierdzi, że oferta najkorzystniejsza została wybrana zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w postępowaniu, nadto co

najważniejsze spełnia ona wszelkie wymogi postawione przez zamawiającego, tym samym żądanie unieważnienia jej wyboru nie ma uzasadnionych podstaw. Wykonanie tego żądania oznaczałoby doprowadzenie do dokonania czynności, która miałaby negatywny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w końcu stanowiłoby to popełnienie czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Bez znaczenia są zatem dywagacje Odwołującego, nakierowane na obejście prawa i epatowanie twierdzeniami, że w obecnej sytuacji służby zdrowia zamawiający miałby jakoby wybierać zawsze najtańsze oferty, gdyż twierdzenia tego rodzaju nie czerpią swojego uzasadnienia w przepisach Pzp. Jedynym skutkiem tego odwołania dla Odwołującego winna być refleksja, że powinien on sporządzić „nowe” uzasadnienie dla uchylecia domniemania rażąco niskiej ceny, gdyż to „stare już się skończyło”.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach KIO 2035/23 i KIO 2046/23, stając się uczestnikiem postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania nie zawierają braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, o których mowa w art. 528 Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący Mólnyckie Health Care Polska i Odwołujący International Groupęgitymują się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła:

KIO 2035/23

Pismem z 14 czerwca 2023 roku Zamawiający wezwał Odwołującego Mólnyckie Health Care Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień ceny wskazując:

Działając w imieniu Zamawiającego, Ginekologiczno – Położniczego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego im. K.M. w Poznaniu, w związku ze złożoną ofertą w w/w postępowaniu, na podstawie zapisu art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych niniejszym wzywam do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, lub jej istotnych części składowych w odniesieniu do Części nr 4 i Części nr 5.

Po dokonaniu czynności badania Państwa oferty Zamawiający stwierdza, że zaoferowana w Części nr 4 oraz w Części nr 5 cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym wzywamy o udzielenie wyjaśnień w w/w zakresie.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Stosowne wyjaśnienie należy przekazać w terminie do dnia 19.06.2023 roku za pośrednictwem platformy zakupowej pod adresem <https://platformazakupowa.pl/pn/gpsk> poprzez skorzystanie z formularza „wyślij wiadomość” w formie oryginału podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W odpowiedzi z 15 czerwca 2023 r. Odwołujący Mólnyckie Health Care Polska Sp. z o.o. podał:

W związku z wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 224 ust. ustawy Prawo Zamówień Publicznych oświadczamy, iż cena zaproponowana przez nas w Pakiecie nr 4 i 5 spełnia wszystkie wymogi ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Odnosnie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny informujemy, iż zaproponowana przez nas w w/w Pakiecie cena przedmiotu zamówienia ustalona została w oparciu o realną kalkulację ekonomiczną wszelkich kosztów uwzględnionych w procesie produkcyjnym i dystrybucji.

Podkreślamy, że cena została skalkulowana o właściwe zestawienie poszczególnych elementów. Wprowadzone i wypracowane w firmie na poziomie globalnym grupy kapitałowej MHC oszczędności związane są z negocjacją cen producentów, stałą współpracą z konkurencyjnymi na rynku dostawcami surowców, czy pojedynczych komponentów gdzie zakupy dokonywane są globalnie na potrzeby poszczególnych podmiotów tworzących grupę MHC a nie poszczególnych jej członków. Pomaga to w uzyskaniu atrakcyjnych kosztów materiałów użytych do wytwarzania i dystrybucji wyrobów gotowych, jak i atrakcyjnych cen całego procesu produkcyjno - zakupowego tzw. FAMC+HTC – poprzez odpowiedni wybór rozwiązań technicznych, w tym wybór odpowiedniej fabryki i dostawcy, który odbywa się na poziomie globalnym naszej grupy kapitałowej, jak i atrakcyjnych kosztów robocizny bezpośredniej i wszelkich kosztów pośrednich.

Globalnie prowadzona jest również polityka marketingowa, co znacznie obniża koszty reklamy i promocji, a tym samym funkcjonowania tej części administracji.

Podobnie w kwestiach związanych z logistyką tj. koszty opakowań, etykiet, transportu z poszczególnych fabryk do Magazynu Centralnego, następnie do krajowych wewnętrznych, czy koszty ubezpieczenia jak i przechowywania takiego transportu a docelowo koszty dostaw do klientów, negocjowane są na poziomie globalnym co ma wpływ na atrakcyjność oferowanych cen.

Czynniki produkcyjne – i te bezpośrednie i te pośrednie generują obniżone koszty związane z funkcjonowaniem naszego przedsiębiorstwa, pozwalają na zaoferowanie atrakcyjnej ceny, a producentowi zaoferować większy rabat. W każdym przypadku GP (marża) produktu, a więc i zysk firmy jest dodatni. Oświadczamy, że z tytułu ewentualnej realizacji przedmiotowego zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, nie będziemy ponosić strat.

Oferowana cena za zaoferowany przedmiot zamówienia została zatem wyliczona w oparciu o obiektywne kryteria i rozwiązania techniczno-produkcyjne oraz nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Fakt, iż proponujemy konkurencyjne ceny nie może być utożsamiany ze stosowaniem rażąco niskich cen.

Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną, w porównaniu do cen rynkowych stosowanych na rynku w podobnych zamówieniach. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem o cenie rażąco niskiej możemy mówić, gdy całkowita cena oferty odbiega od cen stosowanych na rynku w taki sposób, iż nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku. Nie ma to zastosowania do ceny zaoferowanej przez nas w przedmiotowym zamówieniu.

Nasza firma od lat bierze udział w wielu postępowaniach przetargowych, których przedmiotem zamówienia były wyroby tożsame z przedmiotem zamówienia, w których nasza oferta była droższa od innych uczestników. W załączeniu przedstawiamy wyniki postępowań przetargowych, których przedmiotem zamówienia były podobne wyroby, a w których nasz oferta była droższa od innych uczestników (dowód: przykładowe wyniki postępowania na dostawy obłoża jednorazowego użytku).

Powyższe pokazuje, iż to jedynie od operatywności Wykonawcy składającego ofertę zależy poziom cen oferowanych w postępowaniu przetargowym. Firma Mölnlycke Health Care Polska Sp. z o.o oferuje wyroby po cenach opartych na racjonalnej kalkulacji zysku i nie stosuje rażąco niskich cen.

Dodatkowo pragniemy stwierdzić, iż nasza cena zaoferowana w Pakiecie nr 4 i 5 praktycznie idealnie odzwierciedla Państwa kwoty przeznaczone na sfinansowanie niniejszego zamówienia co również potwierdza powyższe.

Mam nadzieję, że powyższe wyjaśnienia rozwieją Państwa wątpliwości, co do rzetelności naszej oferty a na potwierdzenie powyższego dodatkowo dołączamy przykładowe faktury sprzedaży niniejszego asortymentu.

Do wyjaśnień zostały załączone: 2 faktury wystawione dla Ginekologiczno -Położniczego Szpitala Klinicznego UM w Poznaniu z 03.04.2023 i 11.05.2023 oraz informacja z 10.05.2023 o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazana przez Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika w Koszalinie

KIO 2046/23

Pismem z 5 czerwca 2023 roku Zamawiający wezwał wykonawcę ZARYS do wyjaśnień ceny wskazując:

Działając w imieniu Zamawiającego, Ginekologiczno – Położniczego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego im. K.M. w Poznaniu, w związku ze złożoną ofertą w w/w postępowaniu, na podstawie zapisu art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych niniejszym wzywam do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Po dokonaniu czynności badania Państwa oferty Zamawiający stwierdza, że:

- w części nr 1 cena: 500 239,80 zł jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (ustalanej na kwotę: 984 150,00 zł).
- w części nr 3 cena: 698 997,60 zł. jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (ustalanej na kwotę: 1 043 280,00 zł.)
- w części nr 7 cena: 24 289,85 zł. jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (ustalanej na kwotę: 34 452,00 zł.)

W związku z powyższym wzywamy o udzielenie wyjaśnień w w/w zakresie.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. (...)

W odpowiedzi z 7 czerwca 2023 r. wykonawca ZARYS podał:

Zarys International Group Sp. z o.o. sp. k. działając jako uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiedzi na pismo z dnia 05.06.2023r. dot. rażąco niskiej ceny przesyła wyjaśnienia oraz dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość cen w pakietach nr 1,3 oraz 7.

Ceny oferty w pakietach nr 1,3 oraz 7, stanowią bilans sprzyjających i dostępnych Wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia. Podane ceny obejmują wszystkie koszty związane z prawidłowym wykonaniem wybranego zadania z uwzględnieniem kosztów produkcji/ zakupu, magazynowania i transportu, w związku z czym nie posiadają znamion rażąco niskiej ceny. W załączeniu przesyłamy dowód w postaci kalkulacji cenowej. Na podstawie art. 18 ust. 3 prawo o zamówieniach publicznych w związku z art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oświadczam, iż kalkulacja cenowa stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa ponieważ uwzględnienia koszty produkcji/ zakupu, magazynowania i transportu.

Co więcej, oświadczamy iż wszyscy pracownicy biorący udział zarówno w przygotowaniu oferty przetargowej jak i realizacji umowy są zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. W załączniku przykładowa umowa.

W związku z powyższym kalkulacja cenowa została objęta stosowną klauzulą:

Zgodnie z treścią art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa „rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.”

W związku z powyższym, wspomniana kalkulacja niewątpliwie stanowi wartość gospodarczą, która nie powinna zostać rozpowszechniana wobec konkurencji co mogłoby narazić spółkę Zarys na straty.

Nadto należy wskazać, że powyższe informacje mają charakter poufny, ponieważ Zarys International Group nie podejmowała żadnych czynności, mających na celu ich publiczne ujawnienie.

Zarys International Group przekazał swoim pracownikom wytyczne wskazujące, że dane informacje mają charakter poufny, a jej rozpowszechnianie jest zakazane. Poza samym faktem poinformowania ww. osób o powyższej kwestii, w spółce obowiązują również odpowiednie regulaminy oraz procedury, uniemożliwiające przekazywanie oraz rozpowszechnianie powyższych informacji. Każdy z pracowników, który ma wgląd do powyższych cen jest zobligowany do stosowania się do ww. regulaminów oraz procedur. Ponadto spółka Zarys w prowadzonych negocjacjach bądź zawieranych umowach ściśle przestrzega zachowania w poufności powyższych informacji, poprzez wprowadzanie do kontraktów odpowiednich klauzul poufności.

Konkludując Zarys International Group w sposób wyczerpujący wskazał, że powyższe informacje, zawarte w ww. dokumentach objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, a ponadto podjął odpowiednie kroki mające na celu zapewnieniu im charakteru poufności, poprzez zastosowanie odpowiednich procedur.

Należy nadto zauważyć, że z treści art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, iż wykazane okoliczności odnośnie tajemnicy przedsiębiorstwa mają zostać uprawdopodobnione, a nie udowodnione.

Ponadto, posiadamy własną bazę transportową, obniżającą koszty dostawy towaru do Zamawiającego. W załączeniu przesyłamy dowód w postaci wykazu pojazdów.

Pragniemy oświadczyć, że powyższa kalkulacja zapewni naszej firmie opłacalność realizacji ewentualnego kontraktu, biorąc pod uwagę wszelkie wynikające z tej realizacji koszty. Realizacja dostaw nie spowoduje więc zagrożenia nienależytego wykonania lub niewykonania ewentualnej umowy dostawy.

Do pisma została załączona tabela przedstawiająca elementy ceny ofert w częściach nr 1, 3 i 7 zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, co następuje:

Odwolania Mólnycke Health Care Polska sp. z o.o. i Zarys International Group Sp. z o.o. sp. k. podlegają oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołań, w granicach których Izba orzeka.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do 224 ust. 6 Pzp 6. 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 wstępie wskazania wymaga, że ocena czy oferta zawiera rażąco niską cenę winna się odnosić do przedmiotu zamówienia, który jest opisany w dokumentach zamówienia. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem za cenę rażąco

niską uznaje się cenę, która jest nierealistyczna, nierynkowa, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, cenę wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów jego realizacji. Wystosowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciąża wykonawcę. Wynika to z art. 224 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym: *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W związku z tym, wyjaśnienia składane na takie wezwanie powinny uwzględniać oczekiwania zamawiającego w nim wskazane, powinny być rzeczowe, spójne, w pełni uzasadniać podaną w ofercie cenę, wykazywać, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę bez ponoszenia straty na tym zamówieniu. Wykonawca będący profesjonalistą, a więc od którego wymagana jest podwyższona staranność w działaniu, w swoim dobrze pojętym interesie powinien złożyć wyjaśnienia ceny, które obalają domniemanie istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny, jakie powstaje na skutek wystawiania przez zamawiającego wezwania do ich złożenia.*

Rozstrzygając spór co do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień ceny. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy.

W przypadku odrzucenia oferty z uwagi na stwierdzenie przez zamawiającego braku obalenia domniemania istnienia w niej rażąco niskiej ceny, Izba bierze pod uwagę także treść uzasadnienia tej czynności przekazanej wykonawcom.

Izba orzeka w granicach zarzutów odwołania.

W okolicznościach analizowanej sprawy zauważenia wymaga, że w przypadku obydwu odwołań, Odwołujący nie odnoszą się do właściwego uzasadnienia odrzucenia ich ofert, przekazanego przez Zamawiającemu indywidualnie każdemu z nich w dniu 4 lipca 2023 r., niezależnie od przekazanego wszystkim wykonawcom wraz z informacją o wyniku postępowania ogólnego uzasadnienia, na które jedynie wskazują.

KIO 2035/23

Uzasadnienie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Mölnlycke Health Care Polska Sp. z o.o. przedstawia się następująco:

Oferta wykonawcy Mölnlycke Health Care Polska Sp. z o.o. dla części 4 i 5 podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp. Zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W świetle złożonych w dniu 15 czerwca 2023 r. wyjaśnień, wykonawca nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi, bowiem mają one charakter ogólnikowy i żaden sposób nie udowadniają, a nawet nie uprawdopodobniają, że cena zaoferowana przez wykonawcę nie jest rażąco niska.

Wykonawca wskazał, że: „cena przedmiotu zamówienia ustalona została w oparciu o realną kalkulację ekonomiczną wszelkich kosztów uwzględnionych w procesie produkcyjnym i dystrybucji.”, a jednocześnie nie przedłożył rzeczowej kalkulacji. Zamawiający, opierając się jedynie na ogólnikowej deklaracji wykonawcy, nie jest w stanie w żaden sposób zweryfikować jej prawdziwości. Również w dalszej części wyjaśnień wykonawca podkreślił, że cena została skalkulowana o właściwe zestawienie poszczególnych elementów. Ponownie jednak – za oświadczeniem wykonawcy nie idzie żaden dowód w postaci kalkulacji poszczególnych elementów. Zamawiający nie ma zatem możliwości jakiegokolwiek weryfikacji twierdzeń wykonawcy.

Wykonawca jako zasadniczą przyczynę zaoferowanej korzystnej ceny wskazuje fakt uczestnictwa w grupie kapitałowej MHC i wynikające z tego faktu oszczędności, rabaty od producentów etc. Zamawiający nie może jednak dać wiary takiemu argumentowi, zważywszy na fakt, iż w sporze sądowym który toczy z wykonawcą (aktualnie przed Sądem Okręgowym w Poznaniu I Wydziałem Cywilnym, sygn. akt I C 313/22/15) wykonawca wskazał w sprzeciwie od nakazu zapłaty: „Spółka nie jest wytwórcą wyrobów, lecz ich dystrybutorem na terenie Polski. Nie sprawowała bezpośredniej kontroli nad procesem wytwarzania - była w tym względzie uzależniona od wytwórcy, Mölnlycke Health Care AB. Wszelkie zaburzenia związane z dostawami od wytwórcy przekładały się na możliwości dostarczania odpowiednich zapasów produktów do odbiorców końcowych”. Sprzeczne oświadczenia wykonawcy dotyczące uczestnictwa w grupie MHC zawarte, z jednej strony, w sprzeciwie od nakazu zapłaty, z drugiej natomiast w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, dodatkowo czyni je niewiarygodnymi dla Zamawiającego.

Niezależnie jednak od powyższego, wykonawca w żaden sposób nie precyzuje co należy rozumieć jako „atrakcyjne” koszty materiałów, robocizny etc., ani w jaki sposób przekłada się to na zaoferowaną w ofercie cenę.

Wykonawca wskazuje na obniżenie kosztów w wyniku globalnie prowadzonej polityki marketingowej, a także z uwagi na negocjowanie kosztów związanych z logistyką. Okoliczności te również nie są w żaden sposób uwiarygodnione. Co więcej, nie zostało nawet wyjaśnione w jaki sposób owa globalna polityka marketingowa przekłada się na obniżenie kosztów, jak również w jaki sposób negocjowanie cen na poziomie globalnym przekłada się na konkretnie na ceny produktów. Pojęcie „atrakcyjnych” cen jest nieprecyzyjne i może być rozumiane bardzo szeroko.

Wykonawca nie przedstawił żadnych ofert od producentów, z których wynikałyby atrakcyjne ceny i rabaty, na które się powołuje. Wykonawca nie przedstawił też żadnej kalkulacji kosztów i zysku z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. Jak wskazała natomiast Krajowa Izba Odwoławcza: „Odnosnie kwestii dotyczącej składanych przez wykonawców wraz z wyjaśnieniami dowodów Izba wskazuje, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc...) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi.”

Ponadto, jak wskazał Izba w innym wyroku: „Na stosowne wezwanie Zamawiającego, wykonawca jest obowiązany złożyć wyjaśnienia, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwolą na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak podkreśla się w orzecznictwie, wyjaśnienia powinny być szczegółowe i rzeczowe pełne - winny opisywać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości jej wyliczenia. Dodatkowo, składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą być poparte dowodami.” A także: „W sytuacji, gdy zamawiający kieruje do wykonawcy wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty, nie wskazując przy tym konkretnych elementów podlegających wyjaśnieniu, to obowiązkiem wezwanego wykonawcy jest wyjaśnić sposób kalkulacji podstawowych, a zatem istotnych elementów składających się na cenę oferty.”

Jak słusznie wskazano w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych: „Wykonawca składający wyjaśnienia musi udowodnić, że cena lub koszt jego oferty nie są rażąco niskie, jeśli jednak tego nie uczyni, jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt i podlega odrzuceniu m.in. na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp. Ustawodawca zakłada, że wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego są profesjonalistami, stąd składane przez nich wyjaśnienia muszą cechować się podwyższonym miernikiem staranności. Niespełnienie tego warunku powoduje, że ponoszą oni negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń co do tego, że zaoferowana cena lub koszt nie są rażąco niskie. Badając ofertę pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu, zamawiający weryfikuje zaoferowaną cenę lub koszt w kontekście wyjaśnień wykonawcy. Nie jest możliwe odrzucenie oferty tylko i wyłącznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, gdyż odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu może nastąpić wyłącznie po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego mającego na celu obalenie domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień – przy czym za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 224 ust. 6 Pzp należy uznać również złożenie wyjaśnień lakonicznych – lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie doprowadziły do obalenia tego domniemania, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.”

Przedłożone faktury sprzedaży asortymentu są znane Zamawiającemu. Wykonawca nie wyjaśnia natomiast jakich okoliczności czy faktów mają te faktury dowodzić w kontekście kalkulacji ceny oferty w niniejszym postępowaniu. Również przedłożony dokument informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie stanowi takiego dowodu. Dotyczy on bowiem zupełnie innego postępowania, którego specyfika i warunki nie są Zamawiającemu znane. Na marginesie Zamawiający zwraca uwagę, że z rzeczowej informacji wynika, iż Wykonawca złożył ofertę tylko w trzech częściach, z czego w dwóch jego oferta została odrzucona. Tym samym tylko z jednej części wynika, że rzeczywiście oferta zaoferowana przez Wykonawcę była droższa od oferty wybranej. Nie ma to jednak znaczenia dla oceny prawidłowości kalkulacji oferty w niniejszym postępowaniu. Konkludując, wykonawca nie sprostował ciężarowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jego wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy i niepodparty żadnymi dokumentami. Wykonawca nie przedstawił żadnej kalkulacji kosztów i zysku. Tym samym, uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy w zakresie części 4 i 5 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Jak wyżej wskazano, Odwołujący Mölnlycke Health Care Polska sp. z o.o. nie przedstawił argumentów, które stanowiłyby polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego zaprezentowanym w ww. uzasadnieniu. W odwołaniu został położony akcent na istnienie niewielkich różnic w cenach ofert tego Odwołującego i Przystępującego w relacji do kwot przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację zamówienia, z zaznaczeniem, że Przystępujący nie został wezwany do złożenia wyjaśnień ceny, nie został przy tym postawiony zarzut naruszenia przez Zamawiającego nierównego traktowania wykonawców.

Jakkolwiek trudno odmówić racji takim spostrzeżeniem, to jednak zaznaczenia wymaga, że odwołanie dotyczy odrzucenia oferty Odwołującego, a nie wcześniejszej czynności wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień. Skoro Odwołujący nie skarżył wezwania do złożenia wyjaśnień ceny jego oferty i zaniechania wystosowania wezwania do wyjaśnień Przystępującego, to dał wyraz temu, iż uznaje, iż Zamawiający miał podstawy do powzięcia wątpliwości co do jego ceny, przy jednoczesnym braku podstaw do takich wątpliwości co do ceny oferty Przystępującego. W konsekwencji Odwołujący był związany wezwaniem do wyjaśnień i jako profesjonalista musiał się liczyć z negatywnymi konsekwencjami braku ich

prawidłowego złożenia.

Kolejną akcentowaną przez Odwołującego Mölnlycke Health Care Polska kwestią jest to, iż w obecnym postępowaniu zaferował ceny ofert w obydwu częściach wyższe o wskazany procent niż w poprzednim postępowaniu. Odwołujący jednak nie wykazał, że zostały one prawidłowo wyliczone na potrzeby obecnego zamówienia, w tym z uwzględnieniem czasu trwania umowy. Sama okoliczność, iż w obecnym postępowaniu oferuje wykonanie dostaw przedmiotu zamówienia za ceny ok. 24% wyższe niż w poprzednim postępowaniu, nie oznacza, że zostało wykazane, że nie będzie on m.in. przy obecnych uwarunkowaniach rynku i inflacji, ponosił straty na tym zamówieniu.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny otrzymanych od wykonawcy wyjaśnień ceny jego oferty, uznając, iż nie obalają one domniemania istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny.

Wezwanie do wyjaśnień skierowane do ww. wykonawcy, jakkolwiek nie zawiera sprecyzowanych wątpliwości zamawiającego, to jednak wskazuje na oczekiwanie *przedłożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.*

Analiza wyjaśnień złożonych przez Odwołującego Mölnlycke Health Care Polska prowadzi do wniosku, że są one lakoniczne, brak w nich jakichkolwiek wyliczeń ceny. Załączone dowody w postaci faktur dotyczą jedynie dostaw w ramach wcześniejszej umowy, bez przedstawienia wyliczeń cen ofert w tym postępowaniu. Również informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w innym postępowaniu, prowadzonym przez innego zamawiającego, warunki którego nie są znane, nie stanowi wystarczającego wykazania, że w analizowanym postępowaniu cena oferty została skalkulowana w sposób pozwalający na należyte wykonanie zamówienia bez ponoszenia na nim straty.

KIO 2046/23

Zgodnie z art. 16 Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.*

Stosownie do art. 223 Pzp: *1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. 2. Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. 3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.*

At. 239 ust. 1 Pzp stanowi: *1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Uzasadnienie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp. k. przedstawia się następująco:

Oferta wykonawcy Zarys International Group Sp. z o.o. Sp. k.(dalej Zarys) dla części 1, 3 i 7 podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W świetle złożonych w dniu 7 czerwca 2023 r. wyjaśnień, wykonawca nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi, bowiem mają one charakter ogólnikowy i żaden sposób nie udowadniają, a nawet nie uprawdopodobniają, że cena zaferowana przez wykonawcę nie jest rażąco niska.

Wykonawca wskazał, że: „Ceny oferty w pakietach 1, 3 oraz 7 stanowią bilans sprzyjających i dostępnych Wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia. (...) Co więcej, oświadczamy iż wszyscy pracownicy biorący udział zarówno w przygotowaniu oferty przetargowej jak i realizacji umowy są zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. W załączniku przykładowa umowa. (...) Ponadto posiadamy własną bazę transportową, obniżającą koszty dostawy towaru do Zamawiającego. W załączeniu przekazujemy dowód w postaci wykazu pojazdów”.

Dodatkowo wykonawca załączył do oferty kalkulację cenową, która objęta jest tajemnicą przedsiębiorstwa.

Przedłożona jednak kalkulacja cenowa razi ogólnością, jest w żaden sposób nieweryfikowalna nie poparta dowodami lub wyliczeniami części składowych, które mogły by udowodnić lub co najmniej pozwolić na uprawdopodobnienie, domniemanie, że nie ma ona charakteru pozornego. Ergo nie sposób potraktować jej jako dowodu w niniejszej sprawie.

Tak samo ma się sprawa z pozostałymi dowodami. Przykładowa zanonimizowana umowa o pracę w koniunkcji z twierdzeniem, że wszyscy pracownicy są zatrudnieni na podstawie umów o pracę, nie ma żadnego znaczenia dowodowego

czy nawet informacyjnego, w jaki sposób mogłoby to wpłynąć na kalkulację i fakt, że cena oferty nie jest rażąco niska. Nota bene, twierdzenie, to mogłoby nawet mieć znaczenie przeciwne, gdyż zatrudnienie pracowników na podstawie umów o pracę, jest dla pracodawcy najbardziej kosztotwórcze, niż współpraca na podstawie innych rodzajów umów. Niemniej oczywistym jest, że zatrudnienie pracowników na podstawie umów o pracę winno być standardem przy tego rodzaju działalności, dlatego nie sposób odgadnąć, dlaczego dowód ten nie ma znaczenia neutralnego, a wykonawca potraktował go jako „umniejszający koszty wykonania zamówienia”.

Jako niezrozumiałe jest także załączenie listy pojazdów, wykonawca bowiem całkowicie zaniedbał ten dowód, nie wytłumaczył w jaki sposób zamawiający ma go zinterpretować, jak kształtują się koszty transportu, eksploatacji tych pojazdów, w ten sposób odebrał temu dowodowi jakąkolwiek doniosłość czy nawet rolę dowodową i należy postawić pryncypialny wniosek, że wykaz ten został „wrzucony” aby rzekomo „pokazać jakieś dowody”, przy czym ten sposób wykonania nałożonego na wykonawcę obowiązku jest całkowicie chybiony i pozbawiony doniosłości prawnej, a także sensu. Zamawiający, opierając się zatem jedynie na ogólnikowej deklaracji wykonawcy, nie jest w stanie w żaden sposób zweryfikować jej prawdziwości.

Również w dalszej części wyjaśnień wykonawca podkreślił, że cena została skalkulowana o właściwe zestawienie poszczególnych elementów. Ergo – za oświadczeniem wykonawcy nie idzie żaden „realny i wiarygodny” dowód w postaci szczegółowej kalkulacji poszczególnych elementów, która byłaby weryfikowalna i nie miała charakteru pozorności. Zamawiający nie ma zatem możliwości jakiegokolwiek weryfikacji twierdzeń wykonawcy.

Niezależnie jednak od powyższego, wykonawca w żaden sposób nie precyzuje co należy rozumieć jako „bilans sprzyjających i dostępnych wykonawcy warunków cenotwórczych”, ani w jaki sposób przekłada się to na zaoferowaną w ofercie cenę.

Co więcej, nie zostało nawet wyjaśnione w jaki sposób owa np. „łasna baza transportowa” przekłada się na obniżenie kosztów. Posiadanie własnego parku pojazdów, jeszcze nic nie oznacza, a tego rodzaju lista pojazdów bez porównania np. jak wygląda symulacja kosztów gdyby np. zlecić usługę transportową podmiotom zewnętrznym versus utrzymanie parku pojazdów, zatrudnienie kierowców etc. jest nieprecyzyjne i może być rozumiane bardzo szeroko.

Wykonawca nie przedstawił żadnych ofert od producentów, z których wynikałyby atrakcyjne ceny i rabaty, na które się powołuje pisząc o w/w sprzyjających warunkach cenotwórczych. Wykonawca przedstawił co prawda kalkulację kosztów i zysku z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, ale jest ona w żaden sposób nieweryfikowalna, tym samym nie może stanowić rzetelnego dowodu w sprawie. Jak wskazała natomiast Krajowa Izba Odwoławcza: „Odnośnie kwestii dotyczącej składanych przez wykonawców wraz z wyjaśnieniami dowodów Izba wskazuje, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc...) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi.”

Ponadto, jak wskazała Izba w innym wyroku: „Na stosowne wezwanie Zamawiającego, wykonawca jest obowiązany złożyć wyjaśnienia, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwolą na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak podkreśla się w orzecznictwie, wyjaśnienia powinny być szczegółowe i rzeczowe pełne - winny opisywać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości jej wycenienia. Dodatkowo, składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą być poparte dowodami.” A także: „W sytuacji, gdy zamawiający kieruje do wykonawcy wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty, nie wskazując przy tym konkretnych elementów podlegających wyjaśnieniu, to obowiązkiem wezwanego wykonawcy jest wyjaśnić sposób kalkulacji podstawowych, a zatem istotnych elementów składających się na cenę oferty.”

Jak słusznie wskazano w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych: „Wykonawca składający wyjaśnienia musi udowodnić, że cena lub koszt jego oferty nie są rażąco niskie, jeśli jednak tego nie uczyni, jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt i podlega odrzuceniu m.in. na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp. Ustawodawca zakłada, że wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego są profesjonalistami, stąd składane przez nich wyjaśnienia muszą cechować się podwyższonym miernikiem staranności. Niespełnienie tego warunku powoduje, że ponoszą oni negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń co do tego, że zaoferowana cena lub koszt nie są rażąco niskie. Badając ofertę pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu, zamawiający weryfikuje zaoferowaną cenę lub koszt w kontekście wyjaśnień wykonawcy. Nie jest możliwe odrzucenie oferty tylko i wyłącznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, gdyż odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu może nastąpić wyłącznie po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego mającego na celu obalenie domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień – przy czym za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 224 ust. 6 Pzp należy uznać również złożenie wyjaśnień lakonicznych – lub złożone

wyjaśnienia wraz z dowodami nie doprowadziły do obalenia tego domniemania, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.”

Konkludując, wykonawca nie sprostął ciężarowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jego wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy i niepodparty żadnymi wiarygodnymi dokumentami. Wykonawca nie przedstawił weryfikowalnej, wiarygodnej kalkulacji kosztów i zysku. Tym samym, uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy w zakresie części 1, 3 i 7 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Wbrew stanowisku Odwołującego ZARYS zaprezentowanemu w odwołaniu, Zamawiający przedstawił szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne podjętej czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy. Trudno zatem zgodzić się z twierdzeniem odwołania, że Zamawiający poprzez lakoniczne uzasadnienie przyznał, iż Odwołujący przedstawił – jak należy sądzić ze stanowiska zaprezentowanego w odwołaniu – właściwe wyjaśnienia wraz z dowodami. Przeciwnie, uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego wskazuje, iż nie uznał otrzymanych wyjaśnień za obalające istnienia w ofercie tego wykonawcy rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu polemiki z argumentacją Zamawiającego, nie odniósł się do poszczególnych twierdzeń Zamawiającego w nim przedstawionych. W odwołaniu natomiast podnosi, że w tej samej formule składał wyjaśnienia ceny w innych postępowaniach i wówczas były uznawane za wystarczające. Tymczasem zarówno oferta, jak też wyjaśnienia dotyczące jej ceny powinny być zindywidualizowane na potrzeby danego zamówienia. Ich ocena jest bowiem dokonywana z uwzględnieniem tego konkretnego postępowania.

W ocenie Izby należy zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego co do oceny wyjaśnień ceny złożonych przez Odwołującego ZARYS.

Wezwanie do wyjaśnień wystosowane przez Zamawiającego jakkolwiek nie zawiera sprecyzowanych jego wątpliwości, to jednak wskazuje na oczekiwanie przedłożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący ZARYS złożył ogólnikowe wyjaśnienia wraz z dowodami w postaci wykazu pojazdów, zanonimizowanej umowy o pracę, nie wyjaśniając jednak na jaką okoliczność są składane, nie wyjaśniając w jaki sposób potwierdzają wysokość zaoferowanej ceny oferty.

Wprawdzie Odwołujący ZARYS złożył również tabelę zawierającą określone wielkości cenowe zastrzegając, iż stanowi TP, której poufność została utrzymana przez Zamawiającego, to jednak w ocenie Izby, Zamawiający zasadnie uznał, że jej treść nie stanowi wystarczającego dowodu pozwalającego na uznanie, iż wykonawca obalił domniemania istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że tabela zawiera ogólne, nieweryfikowalne, nie poparte żadnymi wyliczeniami czy dowodami, wielkości kwotowe, przez co nie wskazuje w sposób wiarygodny, że zostały one rzetelnie skalkulowane, a nie przedstawione jedynie na potrzeby wyjaśnień.

W związku z tym zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 224 ust. 6 Pzp nie potwierdził się. W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszania art. 239 ust. 1 Pzp. Nadto Odwołujący ZARYS nie wykazał, że wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany w oparciu o inne kryteria niż określone w dokumentach zamówienia. Odwołujący nie uzasadnił i nie wykazał naruszenia również pozostałych przepisów wskazanych w odwołaniu.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W sprawach KIO 2035/23 i KIO 2046/23 nie stwierdzono naruszenie przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołań.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołania w sprawach KIO 2035/23 i KIO 2046/23. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponoszą Odwołujący Mólnlycke Health Care Polska sp. z o.o. i Zarys International Group Sp. z o.o. sp. k.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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).

Przewodniczący: