

Sygn. akt: KIO 2843/23

WYROK
z dnia 11 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2023 r. przez wykonawcę P.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B.P. „Przedsiębiorstwo Handlowe SEA” z siedzibą w Płocku przy ul. Norbertańskiej 3 (09-402 Płock) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Karny we Wronkach z siedzibą we Wronkach przy ul. Partyzantów 1 (64-510 Wronki)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla części II zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy P.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B.P. „Przedsiębiorstwo Handlowe SEA” z siedzibą w Płocku w tej części oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla części II zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zakład Karny we Wronkach i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B.P. „Przedsiębiorstwo Handlowe SEA” z siedzibą w Płocku tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Zakładu Karnego we Wronkach na rzecz wykonawcy P.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B.P. „Przedsiębiorstwo Handlowe SEA” z siedzibą w Płocku, kwotę w wysokości 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia 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 2023 r., poz. 1605 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 2843/23

Uzasadnienie

Zakład Karny we Wronkach zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie podstawowym pn.: *Dostawa materiałów budowlanych, hydraulicznych, elektrycznych i teleinformatycznych do Zakładu Karnego we Wronkach* (nr referencyjny: Ds/11/zp/2023), zwane dalej „postępowaniem”, które zostało podzielone na VI części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 września 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00388890/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 27 września 2023 r. wykonawca P.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B.P. „Przedsiębiorstwo Handlowe SEA” z siedzibą

w Płocku (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego dokonanych w ramach II części zamówienia, polegających na:

- wyborze oferty nr 6 złożonej przez wykonawcę Protor-Merkury Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, zwanego dalej jako: „Protor-Merkury Sp. z o.o.” jako najkorzystniejszej w części II zamówienia;
- czynności badania i oceny oferty nr 6 złożonej przez Protor-Merkury Sp. z o.o. w części II zamówienia;
- odrzuceniu oferty nr 7 złożonej przez odwołującego w części II zamówienia;
- czynności badania i oceny oferty nr 7 złożonej przez odwołującego w części II zamówienia;
- zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej dla części II zamówienia.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom zamawiającego zarzucam naruszenie:

1) art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 pkt 29 Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnej z warunkami zamówienia, a tym samym naruszającej zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przeprowadzenia postępowania w sposób przejrzysty;

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo:

- złożonych przez niego wyjaśnień oraz przed upływem terminu określonego przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień;

- zgodności oferty z SWZ;

a ponadto przez błędne uznanie, że oferta odwołującego zawierała cenę rażąco niską podczas gdy odwołujący pismem z dnia 20 września 2023 r. wraz z załącznikami udowodnił, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

W związku z powyższym odwołujący wniosł o:

- uwzględnienie odwołania;

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części II zamówienia;

- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania, oceny i wyboru ofert dla części II zamówienia;

- obciążenie zamawiającego wszelkimi kosztami odwołania;

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego wszelkich kosztów wywołanych wniesieniem niniejszego odwołania w całości;

- dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania celem wykazania okoliczności podnoszonych w uzasadnieniu.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył najkorzystniejszą ofertę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, wykonawców niepodlegających wykluczeniu oraz wykonawców, którzy winni zostać wykluczeni, a nie zostali. Wskazał, że w przypadku uznania zasadności odwołania, uzyska przedmiotowe zamówienie, gdyż jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. W efekcie w przypadku uwzględnienia odwołania zamawiający dokonując ponownej oceny ofert winien wybrać ofertę nr 7 złożoną przez odwołującego jako najkorzystniejszą dla części II zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołujący złożył ofertę dla części II – materiały hydrauliczne. Na podstawie informacji

z dnia 15 września 2023 r. z otwarcia ofert wiadomym jest, że oferta odwołującego była najkorzystniejsza ze względu na kryterium ceny opiewającej na kwotę 52.489,36 zł wobec drugiej i jedynej złożonej dla tej części oferty złożonej przez Protor-Merkury Sp. z o.o. na kwotę 55.921,04 zł. W komunikacie z dnia 15 września 2023 r. dostępnym na stronie: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/815975> zamawiający wskazał, iż zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia dla części II kwotę 76.236,00 zł. W konsekwencji powyższego, a w szczególności wobec brzmienia normy art. 224 ust. 1 i 2 Pzp zamawiający pismem z dnia 19 września 2023 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w części II zamówienia (w tym przedstawienia dowodów w zakresie wyliczenia ceny) wskazując, iż oferta odwołującego jest niższa o (ponad) 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający określił odwołującemu termin na złożenie wyjaśnień do dnia 24 września 2023 r. Odwołujący pismem z dnia 20 września 2023 r. udzielił odpowiedzi. Pomimo, iż odwołujący do dnia 24 września 2023 r. mógł ewentualnie uzupełnić wyjaśnienia, jeśli budziły one wątpliwości zamawiającego, ten już w dniu 22 września 2023 r. dokonał wyboru oferty Protor-Merkury Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz odrzucił ofertę odwołującego. Zamawiający w dwóch ogólnych zdaniach uzasadnił swe stanowisko w następujący sposób: „Złożone w dniu 20.09.2023 r. wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Do wyjaśnień załączono referencje, bilans wykonany na dzień 2022.12.31 i rachunek zysków i strat wykonany na dzień 2022.12.31, które nie potwierdzają wysokości i realności zaoferowanych przez Wykonawcę cen”. W ocenie odwołującego uzasadnienie zamawiającego jest nazbyt lakoniczne i na poziomie ogólności, który w istocie nie pozwala na merytoryczną kontrolę przyczyn odrzucenia oferty.

Odwołujący wskazał, że skoro w rozważanym stanie faktycznym zamawiający określił mu termin do dnia 24 września 2023 r. na udzielenie wyjaśnień, a te złożone pismem z dnia 20 września 2023 r. uznał za niewystarczające, to winien wezwać odwołującego do doprecyzowania złożonych wyjaśnień bądź ich uzupełnienia tym bardziej, że odwołujący wprost wskazywał na konkretny asortyment produktów i konkretne rabaty wynikające ze współpracy z oznaczonymi przez odwołującego producentami. Zwraca w tym miejscu uwagę fakt, iż formularz oferty ograniczał się do wskazania asortymentu produktów. Z kolei odwołujący nie poprzestał na wyjaśnieniu ogólnym, lecz skonkretyzował w wyjaśnieniach z dnia 20 września 2023 r. przedmiot świadczenia na tyle, by zamawiający mógł ocenić stanowisko odwołującego jako wiarygodne.

Zdaniem odwołującego to wykonawca decyduje jakie dowody przedkłada celem wyjaśnienia złożonej oferty, przy czym

oczywistym jest, iż stopień konkretyzacji wyjaśnień nie może prowadzić do naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym oceniając dokumenty złożone wraz z pismem z dnia 20 września 2023 r. nie sposób postawić tezy, iż odwołujący nie potrafi oszacować zyskowności ofert i możliwego do zaoferowania poziomu cen. Przedsiębiorca, który w roku obrotowym 2022 r. wygenerował 1.787.903,46 zł zysku wobec 1.677.657,22 zł zysku za rok obrotowy 2021 r. składając przedmiotowe dokumenty jednoznacznie wykazuje, że jest biegły w rzemiośle kalkulacji ceny, opierając swą działalność na oferowaniu cen zgodnych z rynkowymi, które zapewniają mu godziwy zysk. Wykonawca nie jest zobowiązany konkretyzować konkretnych produktów, grupy asortymentowej czy producentów, jeśli nie jest to wymogiem oferty (jak w przedmiotowej sprawie). W ocenie odwołującego wynikało stąd z kolei, iż zamawiający nie miał żadnych mierzalnych informacji pozwalających mu na ocenę oferty jako zawierającej cenę rażąco niską. Przeciwnie, złożone wraz z pismem z dnia 20 września 2023 r. wyjaśnienia i załączniki dowodzą rzetelności kupieckiej odwołującego, a tym samym zgodności oferty z wymogami Pzp i SWZ.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że zamawiający w dniu 19 września 2023 r. wezwał go do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wyznaczając termin ich złożenia na dzień 24 września 2023 r. Tymczasem odwołujący w dniu 20 września 2023 r. złożył wyjaśnienia, które w jego ocenie urealniały i uzasadniały poziom cen zawartych w ofercie. W treści złożonych wyjaśnień przedłożył zamawiającemu syntetyczną kalkulację kosztów, które uwzględniają wszystkie koszty ponoszone w realizacji dostaw dla zamawiającego. Ponadto odwołujący oświadczył m.in., iż:

- cena jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpuje wszelkie należności związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z wytycznymi SWZ,
- transport oferowanych wyrobów odbędzie się na koszt i odpowiedzialność wykonawcy,
- ceny oferowanych produktów nie odbiegają od średnich cen rynkowych,
- kalkulacja wartości realizacji zamówienia została dokonana w oparciu o poziom rabatów od cen katalogowych uzyskiwanych we współpracy z producentami oraz dystrybutorami, których produkty stanowią treść złożonej oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że wskazał jednocześnie, iż w oparciu o rzetelną wiedzę fachową, znajomość rynku w branży, wysokie upusty od cen katalogowych na oferujemy towary znacznie poniżej przeprowadzonej przez zamawiającego analizy rynku. W sytuacji, gdy wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego znacznie przewyższyła wartość ofert złożonych przez wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu, istnieje ewentualność, iż zamawiający opierał się w swoich szacunkach o ogólnodostępne informacje handlowe, takie jak: podstawowe, ogólnie dostępne cenniki i informacje na stronach internetowych. Tak ustalone ceny w znacznym stopniu różnią się od cen uzyskiwanych przez wykonawców współpracujących na rynku z producentami, dystrybutorami, posiłkującymi się często transportem bezpośrednio od producenta, co ma istotny wpływ na obniżenie kosztów. Korzystne warunki zakupu skutkują możliwością zaoferowania dostaw produktów w cenach niższych od szacunków zamawiającego nawet o kilkadziesiąt procent. Tak skalkulowana wartość oferty jest rynkowa, realistyczna i pozwala na należyte wykonanie zamówienia. Tym samym z rozbieżności pomiędzy szacunkami zamawiającego a wartościami złożonych ofert można wysnuć wniosek, iż zamawiający nie konsultował aktualnych cen dla oferty

z uczestnikami rynku, tj. potencjalnymi uczestnikami planowanego postępowania. Zamawiający w dniu 19 września 2023 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnień, a wykonawca

w złożonych pismem z dnia 20 września 2023 r. wyjaśnieniach przedstawił zamawiającemu nazwy producentów i dystrybutorów dla wybranych pozycji przedmiotu zamówienia, których wartość ma istotny wpływ na cenę oferty. Co bardzo istotne odwołujący wskazał, że przedstawił poziom rabatów, który uzasadnia rozbieżność między cenami katalogowymi, którymi mógł posłużyć się zamawiający dokonując szacunku, a wartością złożonej oferty.

Odwołujący jednocześnie wykazał, na którą to okoliczność przedłożył stosowne dowody, kalkulację cen z uwzględnieniem kosztów:

- a) zakupu, magazynowania towaru w wysokości ok. 70% wartości ceny,
- b) transportu ok. 4% wartości ceny,
- c) administrowania i zarządzania firmą (wynagrodzenia pracownicze, składki ZUS, koszty obce, energia, podatki i opłaty, amortyzacja, koszty pozostałe) w wysokości ok. 18% wartości ceny.

Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, że cena oferty uwzględniała także jego „godziwy zysk”

w wysokości nie niższej jak 8%. W jego ocenie dowody przedłożone wraz z pismem z dnia 20 września 2023 r. były wystarczające na dzień ich składania zwłaszcza w sytuacji, gdy druga oferta złożona w postępowaniu różniła się tylko o 6% od oferty odwołującego, a o 27% od szacunków zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że pozostawał w przekonaniu, że o ile zamawiający uzna wyjaśnienia za niewystarczające to korzystając z czasu jaki sam określił, tj. do dnia 24 września 2023 r., zamawiający zażąda dodatkowych wyjaśnień na potwierdzenie złożonych wyjaśnień dotyczących producentów, dystrybutorów i poziomu osiągniętych rabatów. W ostatnim zadaniu złożonych wyjaśnień odwołujący miał wyrazić gotowość doprecyzowania wyjaśnień: *Wyrażam nadzieję, iż*

przesłane wyjaśnienia wyczerpują żądanie Zamawiającego. Pozostajemy do dyspozycji, co siłą rzeczy należało poczytać jako wolę udzielenia dalszych wyjaśnień w terminie zakreślonym przez zamawiającego (do dnia 24 września 2023 r.). Ponadto odwołujący podkreślił, że na potwierdzenie cen zakupu materiałów jest w posiadaniu faktur zakupu na część z wymienionych w wyjaśnieniach produktów, a na inne posiada ceny zakupu z ofert, platform zakupowych lub cenników z uwzględnieniem rabatów. Warunki zakupu, w tym poziom uzyskiwanych rabatów, mają decydujący wpływ na konkurencyjność oferty dlatego stanowią tajemnicę handlową każdego wykonawcy, a art. 224 ust. 5 Pzp nie może być poczytany jako obowiązek udzielenia wyjaśnień, który tą tajemnicę przedsiębiorstwa by naruszał. Jednocześnie gdyby zamawiający zażądał dodatkowych dowodów to odwołujący mógł je przedstawić dochowując terminu, jaki został mu wyznaczony na złożenie wyjaśnień tj. do 24 września 2023 r. Tymczasem zamawiający odrzucił ofertę w dniu 22 września 2023 r. tj. przed upływem terminu na składanie wyjaśnień, który sam zakreślił odwołującemu. Niemniej wychodząc naprzeciw zbyt pochopnej, decyzji zamawiającego, do odwołania odwołujący załączył dokumenty potwierdzające ceny zakupowe, a tym samym zgodność oferty z warunkami rynkowymi. Z przedmiotowych dokumentów miało jednoznacznie wynikać, iż o rażąco niskiej cenie nie może być w ogóle mowy. Odwołujący zwrócił uwagę, że od zamawiającego należy oczekiwać gospodarowania środkami publicznymi zgodnie z ustawą o finansach publicznych. Tymczasem trudno ocenić na jakiej podstawie zamawiający dokonał szacunku, jak również dlaczego ponownie nie wezwał odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, jeżeli w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach powstają kolejne kwestie lub powstaną kolejne wątpliwości, które wymagają doprecyzowania. Zamawiający odrzucił korzystniejszą ofertę odwołującego wybierając mniej korzystną ofertę konkurenta, której wartość dodatkowo potwierdzała realność rynkową oferty odrzuconej, gdyż różnica cenowa pomiędzy tymi ofertami była nieznacząca. To zamawiający źle skalkulował przewidywany koszt realizacji zamówienia w części II, a nie jak błędnie przyjął oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Zdaniem odwołującego na rynku mamy do czynienia z deflacją w wybranych gałęziach gospodarki oraz ze spadkiem popytu. Skłania to producentów i przedsiębiorców do oferowania dodatkowych rabatów. Tylko z ostatnich dniach odwołujący miał otrzymać oferty dodatkowych wysokich rabatów od już istniejących cen od spółek giełdowych w tym Ferro S.A., Invena S.A, które załączył do odwołania. Ponadto producenci pozyskują klientów przez oferowanie atrakcyjnych pakietów usług, programy lojalnościowe. W przedmiotowej ofercie w poz. 2, 3, 4, 39, 40, 43 dostawa ceramiki będzie realizowana na koszt dostawcy. Odwołujący wyjaśnił, że jego przedsiębiorstwo jest prowadzone z uwzględnieniem interesów społecznych, wymogów środowiskowych i odpowiedzialnych relacji z pracownikami, w zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, na dowód czego załączył do odwołania także listę płac potwierdzającą zatrudnienie na podstawie umowy o pracę. Odwołujący stwierdził, że rzetelność i wiarygodność jego oferty nie może być kwestionowana. Na marginesie powyższego odwołujący podkreślił, że współpracuje z zamawiającym od 2013 r. Łącznie zrealizowana w okresie 10 lat sprzedaż opiewała na kwotę ok. 292.500,00 zł brutto. Odwołujący podniósł, że zawsze wywiązywał się ze zobowiązań z należytą starannością.

W ramach postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

W dniu 28 września 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny zamawiający wyjaśnił, że na część II zamówienia złożono dwie oferty: wykonawcy Protor-Merkury Sp. z o.o. na kwotę 55 921,04 zł i odwołującego na kwotę 52 489,36 zł. Przed wszczęciem postępowania z należytą starannością dokonano szacowania wartości zamówienia na podstawie analizy rynku. Do dokumentu szacowania wartości zamówienia dołączono oferty firm, które potwierdzały rzeczywistość podanych cen. Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona 7 września 2023 r. i dla części II zamówienia wynosiła 61 980,49 zł netto, tj. 76 236,00 zł brutto. W toku badania ofert dokonano badania rażąco niskiej ceny dla każdej ze złożonych ofert. Zaoferowana przez odwołującego cena była o 31,15% niższa od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania, w związku z czym zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w części II zamówienia (w tym do przedstawienia dowodów w zakresie wyliczenia ceny) z uwagi na to, że z wyliczenia matematycznego cena oferty była o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. W wezwaniu zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W dniu 20 września 2023 r. odwołujący przedstawił wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia stanowiły jedynie oświadczenia odwołującego, które nie zostały poparte odpowiednimi dowodami. Do przedstawionych wyjaśnień odwołujący jako dowody załączył:

- referencje (31 Bazy Lotnictwa Taktycznego Poznań, 17 Wojskowego Oddziału Gospodarczego Koszalin, Ministerstwa

Obrony Narodowej, 4 Wojskowego Szpitala Klinicznego oraz 32 Wojskowego Oddziału Gospodarczego Zamość);

- bilans wykonany na dzień 31 grudnia 2022 r.;
- rachunek zysków i strat wykonany na dzień 31 grudnia 2022 r.

W ocenie zamawiającego po przeanalizowaniu przedstawionych przez odwołującego dokumentów, wymienione powyżej nie uzasadniały wysokości zaoferowanych cen. Brak

w nich informacji o cenie jakiegokolwiek materiału, będącego przedmiotem zamówienia. Na podstawie przedstawionych przez odwołującego dowodów zamawiający nie mógł zweryfikować złożonego wyjaśnienia. Przedstawione dowody nie były wystarczające do przyjęcia.

Ponadto zamawiający wyjaśnił, że mimo złożonych wyjaśnień przed upływem terminu na ich wniesienie zamawiający nie miał również podstaw do ponownego wzywania, gdyż wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wprost wskazywało na konieczność przedstawienia dowodów. Wezwanie do ponownego przedstawienia dowodów byłoby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

Co do określenia w uzasadnieniu odwołania *nazbyt lakonicznego i na poziomie ogólności* uzasadnienia odrzucenia, zamawiający wskazał, że uzasadnienie to zostało przekazane

w sposób zwięzły i jednoznaczny, a przyczyna odrzucenia została wyraźnie wskazana.

Zamawiający podniósł, że wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 19 września 2023 r. nie zawierało uzasadnienia aby wyjaśnienia mogły mieć charakter ogólny w związku z tym zamawiający oczekiwał wyjaśnień popartych dowodami.

Odwołujący w swoich wyjaśnieniach ograniczył się tylko do oświadczeń na temat ceny, których nie poparł dowodami. Zamawiający nie miał tym samym podstaw do przyjęcia dowodów w postaci referencji na poparcie treści wyjaśnień.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że jeżeli w wyjaśnieniach pojawiłyby się dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, to wykonawca ma prawo do zastrzeżenia takich informacji, których nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022, poz. 1233), jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Mimo to wykonawca obowiązany jest takich informacji udzielić zamawiającemu.

Zamawiający poinformował również, że nie ma dostępu do poziomów rabatów udzielanych potencjalnym wykonawcom. Szacowanie wartości zamówienia zostało przeprowadzone

w sposób rzetelny na podstawie cen zaoferowanych na rynku. Odwołujący nie poparł żadnym dowodem wysokości otrzymanych rabatów przy zakupie materiałów objętych przedmiotem zamówienia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

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

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 5 października 2023 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia;
- wezwanie z dnia 19 września 2023 r. skierowane do odwołującego na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp, dotyczące złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny odnośnie II części zamówienia;
- wyjaśnienia z dnia 20 września 2023 r. złożone przez odwołującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie wraz z załącznikami;
- pismo z dnia 22 września 2023 r. w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty m. in. w ramach II części zamówienia, które zawierało również uzasadnienie dla odrzucenia oferty odwołującego.

Izba nie zaliczyła na poczet materiału dowodowego załączników do odwołania, które zostały oznaczone numerami 5-18 tj.:

- faktura nr FVS/0056/09/2023-LP (poz. 1 oferty);
- faktury nr (S)FS-27248/23/00PS1 (poz. 2 oferty);
- faktury nr (S)FS-56540/22/00PS1 (poz. 3 oferty);
- faktury nr (S)FS-25814/23/00PS1 (poz. 4 oferty);

- wydruku dla poz. 6, 7, 8, 9, 10 oferty – ceny zakupowe;
- faktury nr FS/2023/13764 (poz. 11 oferty);
- faktury nr 590/09/FV/2023 (poz. 14 i 15 oferty);
- faktury nr 418/2023 (poz. 16, 18, 19 20, 21 i 22 oferty);
- wydruk wiadomości z dnia 17 lipca 2023 r. (poz. 37 oferty);
- faktury nr 424479068 (poz. 39, 40 oferty);
- listu referencyjnego zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2021 r.;
- zanonimizowanej listy płac odwołującego;
- oferty spółki Ferro S.A.;
- oferty spółki Invena S.A.

Skład orzekający uznał przedmiotowe dokumenty za spóźnione. W tym kontekście należało wyjaśnić, że odwołanie dotyczyło kwestii odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Odwołujący był wzywany do złożenia wyjaśnień i dowodów w tym zakresie. Tym samym wszelkie dowody w zakresie odnoszącym się do zagadnienia rażąco niskiej ceny odwołujący był zobowiązany złożyć najpóźniej wraz z wyjaśnieniami. Dokumenty przedłożone przez wykonawcę wzywonego do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, po terminie zakreślonym w wezwaniu nie mogą być brane pod uwagę i należy je uznać za spóźnione. Twierdzenie to dotyczy również dokumentów złożonych na etapie postępowania odwoławczego, jeżeli są one składane przez wykonawcę wzywonego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a nie zostały złożone na etapie składania wyjaśnień. Powyżej wskazane dokumenty, które zostały załączone do odwołania, nie mogły zatem stanowić przedmiotu rozważań w kontekście naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp w chwili odrzucenia oferty odwołującego – którego to naruszenia dotyczy odwołanie – gdyż tymi dokumentami w momencie odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający nie dysponował. Ponadto w ocenie składu orzekającego nie istniały żadne przeszkody uniemożliwiające odwołującemu złożenie tych dokumentów już na etapie składania wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, a potrzeba ich przedłożenia nie powstała dopiero w trakcie postępowania odwoławczego. Z tych względów Izba pominęła powyżej wskazane dokumenty i nie wzięła ich pod uwagę przy rozstrzygnięciu przedmiotowej sprawy.

Izba ustaliła co następuje

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona 7 września 2023 r. i dla części II zamówienia wynosiła 61 980,49 zł netto, tj. 76 236,00 zł brutto.

W ramach części II zamówienia zostały złożone dwie oferty:

- wykonawcy Protor-Merkury Sp. z o.o. na kwotę 55 921,04 zł;
- odwołującego na kwotę 52 489,36 zł.

Pismem z dnia 19 września 2023 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp, do *złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w części II zamówienia (w tym przedstawienia dowodów w zakresie wyliczenia ceny) z uwagi na to, iż*

z wyliczenia matematycznego cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Jednocześnie zamawiający wyznaczył odwołującemu termin na złożenie wyjaśnień do dnia 24 września 2023 r.

Odwołujący pismem z dnia 20 września 2023 r. złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 września 2023 r. W treści wyjaśnień odwołujący stwierdził m. in.:

Ceny oferowanych produktów nie odbiegają od średnich cen rynkowych. Kalkulacja wartości realizacji zamówienia została dokonana w oparciu o poziom rabatów od cen katalogowych uzyskiwanych we współpracy z producentami oraz dystrybutorami, których produkty stanowią treść złożonej oferty.

W oparciu o rzetelną wiedzę fachową, znajomość rynku w branży, wysokie upusty od cen katalogowych na oferujemy towary znacznie poniżej przeprowadzonej przez Zamawiającego analizy rynku.

W części II zamówienia oferujemy rury i złączki PEX dystrybutora HYDROLAND nabywane z rabatami na poziomie 50-55%, kabiny i baterie dystrybutora LIVENO nabywane z rabatami na poziomie 40-50%. Rury i złączki kanalizacyjne producenta Sanibud nabywane z rabatami na poziomie 50-60%, kompaktki i umywalki GEBERIT-KOŁO Sp. z o.o. nabywane z rabatami na poziomie 30-40%, otuliny producenta Prodmax nabywane z rabatami na poziomie 60-65%, i inne.

(...)

Jako dowody na prawidłową wartość oferty przedkładam kalkulację ceny z uwzględnieniem kosztów:

- zakupu, magazynowania towaru w wysokości ok. 70% wartości ceny
- transportu ok. 4% wartości ceny
- administrowania i zarządzania firmą (wynagrodzenia pracownicze, składki ZUS, koszty obce, energia, podatki i opłaty,

amortyzacja, koszty pozostałe) w wysokości ok. 18% wartości ceny.

Cena oferty uwzględnia także „godziwy zysk” Wykonawcy w wysokości nie niższej jak 8%.

Ponadto odwołujący załączył do wyjaśnień następujące dowody:

- referencje (31 Bazy Lotnictwa Taktycznego Poznań, 17 Wojskowego Oddziału Gospodarczego Koszalin, Ministerstwa Obrony Narodowej, 4 Wojskowego Szpitala Klinicznego oraz 32 Wojskowego Oddziału Gospodarczego Zamość);
- bilans wykonany na dzień 31 grudnia 2022 r.;
- rachunek zysków i strat wykonany na dzień 31 grudnia 2022 r.

Zamawiający pismem z dnia tj. 22 września 2023 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty dla II części zamówienia. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy Protor-Merkury Sp. z o.o.. Ponadto w ww. piśmie zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego w II części zamówienia i przedstawił uzasadnienie dla tej czynności.

W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający wskazał:

Uzasadnienie prawne

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę.

Uzasadnienie faktyczne

W dniu 19.09.2023 r. działając na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (w tym przedstawienia dowodów w zakresie wyliczenia ceny) z uwagi na to, iż z wyliczenia matematycznego cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zgodnie z art. 224 ust. 5 ww. ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Złożone w dniu 20.09.2023 r. wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Do wyjaśnień załączono referencje, bilans wykonany na dzień 2022.12.31 i rachunek zysków i strat wykonany na dzień 2022.12.31, które nie potwierdzają wysokości i realności zaoferowanych przez Wykonawcę cen.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 16 pkt 1 i 2 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*

- art. 7 pkt 29 Pzp – *Ileokroć w niniejszej ustawie jest mowa o warunkach zamówienia – należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego;*

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*

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

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Co do *meritum* przedmiotowe odwołanie dotyczyło zagadnienia rażąco niskiej ceny oraz odrzucenia oferty odwołującego z tego powodu. W związku z tym dla rozstrzygnięcia tej sprawy najistotniejsze znaczenie miały: wezwanie z dnia 19 września 2023 r. skierowane do odwołującego w celu udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wyjaśnienia z dnia 20 września 2023 r. wraz z załącznikami złożone przez odwołującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie oraz uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego zawarte w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22 września 2023 r.

W ocenie składu orzekającego punktem wyjścia w procesie rozstrzygania było wezwanie do złożenia wyjaśnień, ponieważ to wezwanie determinuje treść złożonych wyjaśnień, co w konsekwencji wpływa na ich ocenę w procesie badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. W ocenie składu orzekającego wezwanie było bardzo ogólnikowe. Sprowadzało się do krótkiego stwierdzenia, że odwołujący ma złożyć wyjaśnienia *w zakresie rażąco niskiej ceny w części II zamówienia (w tym przedstawienia dowodów w zakresie wyliczenia ceny) z uwagi na to, iż z wyliczenia matematycznego cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem*

postępowania.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby ogólnikowe wezwanie czy też wezwanie sporządzone na dużym poziomie ogólności należy traktować jako przyznanie szerokiego zakresu swobody wezwanemu wykonawcy do przedstawiania wyjaśnień. Oczywiście nie oznacza to, że wykonawca może złożyć jakiegokolwiek wyjaśnienia, które następnie zostaną bezrefleksyjnie zakwalifikowane jako wystarczające, ponieważ swobodę o której mowa powyżej należy interpretować jako możliwość zastosowania przez wykonawcę takiego sposobu argumentacji, który w jego ocenie w danej sytuacji jest wystarczający zarówno co do poziomu szczegółowości jak i środków dowodowych. Tak sporządzone wyjaśnienia powinny być przedmiotem oceny przez zamawiającego w zakresie wyznaczonym w wezwaniu. Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego były adekwatne do treści wezwania, co przełożyło się na uznanie zasadności zarzutu podniesionego w odwołaniu.

W tym kontekście skład orzekający stwierdził, że przedmiotowe postępowanie zostało zakwalifikowane przez zamawiającego rodzajowo jako dostawy. Ponadto już sam wzór formularza ofertowego dla części II zamówienia (załącznik nr 8 do SWZ) został tak opracowany, że wymieniał 45 pozycji asortymentowych, które wchodziły w zakres przedmiotu zamówienia. Tym samym wykonawcy składając ofertę musieli wycenić wszystkie te pozycje oraz podać nie cenę w formularzu wraz z ceną ogółem. Taki sposób przygotowania oferty w ocenie Izby powinien determinować również działania zamawiającego w sytuacji badania rażąco niskiej ceny. Co oznacza, że działania te powinny skoncentrować się na tych pozycjach wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, które miały istotną wartość w stosunku do całości ceny. Tymczasem zamawiający decydując się na wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie wskazał na konkretne koszty, ale odniósł się do ceny ogółem. Takie podejście było co prawda dopuszczalne, ale znacznie ograniczyło możliwości zamawiającego w zakresie weryfikacji wyjaśnień złożonych przez odwołującego, ponieważ ze względu na ogólnikowość wezwania zamawiający doprowadził do sytuacji, w której miał znacznie ograniczoną możliwość zakwestionowania wyjaśnień odwołującego.

Odwołujący w swoich wyjaśnieniach skupił się na dwóch kwestiach. Po pierwsze zwrócił uwagę na posiadane rabaty i upusty jakie posiada w stosunku do najbardziej kosztogennych elementów zamówienia oraz przedstawił podział kosztów wchodzących

w skład zamówienia, przy czym podział ten uwzględniał również zysk w wysokości 8%. Wyliczenia te, mając na uwadze treść wezwania, były wystarczające.

W tym miejscu Izba zwróciła uwagę na uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego zaprezentowane w piśmie z dnia 22 września 2023 r. Sprowadzało się ono właściwie do dwóch zdań – *Złożone w dniu 20.09.2023 r. wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Do wyjaśnień załączono referencje, bilans wykonany na dzień 2022.12.31 i rachunek zysków i strat wykonany na dzień 2022.12.31, które nie potwierdzają wysokości i realności zaoferowanych przez Wykonawcę cen.* Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił dlaczego złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie uzasadniały ceny podanej w ofercie. Mając na względzie powyżej zaprezentowaną argumentację, tak hasłowe twierdzenie nie mogło uzasadnić podjętej przez zamawiającego czynności. Drugi argument, odnoszący się do dowodów, które zostały załączone przez odwołującego do wyjaśnień, był bardziej precyzyjny, jednak nie tyle aby uznać za prawidłową czynność zamawiającego. Oczywiście można było mieć wiele wątpliwości co do dowodów złożonych przez odwołującego, jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było uznać, że całkowicie dyskwalifikowały one ofertę odwołującego. Stąd też Izba doszła do przekonania, że odwołanie było zasadne, a zamawiający powinien powtórzyć czynność badania i oceny ofert dla części II zamówienia. Ponadto jeśli podczas powtórzenia tej czynności zamawiający dojdzie do przekonania, że konieczne będzie kolejne wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny to powinno ono być bardziej szczegółowe oraz wynikać ze specyfiki przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania

o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu wskazanego w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy odrzucił ofertę odwołującego w zakresie II części zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz

odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z rachunkiem złożonym na rozprawie).

Przewodniczący:.....