

WYROK

Warszawa, 23 września 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 lipca 2025 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

Orange Polska S.A. Warszawa (KRS: 0000010681), w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Miasto Stołeczne Warszawa, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

Polkomtel Sp. z o.o. Warszawa (KRS: 0000419430)

orzeka:

Oddala odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego;

Uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu: unieważnić czynność oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego, dokonać ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty 15.000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego koszty 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego 18 600 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa 00-950 Warszawa, Pl. Bankowy 3/5 w imieniu, którego postępowanie prowadzi Biuro Informatyki Urzędu m.st. Warszawy we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy (dalej zamawiający) na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2024r. poz. 1320) (dalej Ustawa lub Pzp) w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Umowa ramowa na świadczenie usług telefonii komórkowej dla Miasta Stołecznego Warszawy” (Numer postępowania nadany przez zamawiającego: ZP/EM/271/III-99/25), ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 czerwca 2025 r. pod numerem Dz.U. S: 104/2025 353189-2025. (dalej Postępowanie). Zasady, warunki i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ).

30 lipca 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia: Orange Polska S.A. Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa (KRS:0000010681) (dalej odwołujący).

Po udostępnieniu 31 lipca 2025 r. przez zamawiającego kopii odwołania, 4 sierpnia 2025 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie Polkomtel Sp. z o.o. ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa (KRS 0000419430), którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza spośród złożonych ofert i została wybrana przez zamawiającego (dalej przystępujący). Izba uznała przystąpienia za skuteczne wobec wypełnienia przesłanek art. 525 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 Pzp w związku ze

wskazanymi niżej przepisami Pzp:

1.art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia prawnego dla czynności odrzucenia oferty odwołującego;

2.art. 224 ust. 1 i 6 Pzp poprzez przeprowadzenie procedury wyjaśnienia czy oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę z naruszeniem Pzp;

3.art. 226 ust. 1 ust. 8 Pzp poprzez bezprawne odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego;

4.art. 239 ust. 1 Pzp poprzez bezprawny wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego; powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego; ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Przystępujący popierał stanowisko zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika oddaliła zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 Ustawy oraz uwzględniła odwołanie w pozostałym zakresie.

Ustalając stan faktyczny izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika, oparła się na dokumentach zamówienia, w szczególności SWZ, ofertach, wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wraz z dowodami oraz dowodami złożonymi w ramach postępowania odwoławczego. Oceniając materiał dowodowy izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie znajdujące oparcie w innych dowodach.

Zarzut dotyczący uzasadnienia decyzji odrzucenia oferty sprowadzał się do:

- przywołania brzmienia art.253 ust. 1 pkt 2 Ustawy,

- wskazania, że rolą obowiązku płynącego z ww. normy jest umożliwienie wykonawcy pozyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty,

- przywołanie stanowisk izby wydanych w innych sprawach zgodnie z którymi „Uzasadnienie zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Podobnie wypowiedział się składa orzekający KIO w wyroku z 3 marca 2025 r. (sygn. akt KIO 270/25), w którym stwierdził, że „Wykonawca powinien bowiem uzyskać informację o przyczynach odrzucenia jego oferty. Nie jest więc wystarczającym podaniem podstawy prawnej i faktycznej odrzucenia oferty, ale dokładne opisanie tych podstaw. Nie wystarczy tylko, tak jak ma to miejsce w tym stanie faktycznym, podanie ogólnych podstaw odrzucenia oferty danego wykonawcy i prezentowanie szczegółowych podstaw z odniesieniem się do poszczególnych pozycji wykazu dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty i odpowiednie ich opisanie jest ściśle związane z prawem wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż skuteczne podniesienie zarzutów względem takich czynności jest możliwe jedynie, gdy podstawy faktyczne ich dokonania zostały wykonawcom wyjaśnione.” oraz wskazania, że:

- „W niniejszej sprawie Zamawiający, informując o wyniku postępowania, nie podał podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego, dlatego Odwołujący sformułował zarzuty odwołania w oparciu o treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego. Podkreślić należy, że okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty nie mogą pozostawać w sferze domysłów wykonawcy, któremu ustawa Pzp przyznaje prawo do uzyskania rzetelnej i wyczerpującej informacji o podstawach czynności Zamawiającego.”

Izba wskazuje, że co do zasady zgadza się z przywołaną przez odwołującego interpretacją przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2) Pzp zgodnie z którym: Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (...) 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W sprawie izba ustaliła jednak, że zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty opisał stan faktyczny będący podstawą podjęcia czynności odrzucenia, przywołał podstawę prawną odrzucenia jako „art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy, w związku z art. 224 ust. 6 ustawy” i wyjaśnił dlaczego dokonał subsumpcji stanu faktycznego pod jej hipotezę. Dodatkowo treść uzasadnienia i podniesione w nim argumenty były wystarczające do precyzyjnego sformułowania uwzględnionych zarzutów odwołania.

Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom odwołania zamawiający uzasadnił decyzję odrzucenia oferty zawierając w nim przywołanie i uzasadnienie podstawy prawnej czynności. Przyczyny dokonania subsumpcji stanu faktycznego pod hipotezę norm prawnych stanowiących podstawę odrzucenia oferty zostały przywołane w uzasadnieniu czynności i czynność odrzucenia jest weryfikowalna. Stąd izba oddaliła zarzut.

W odniesieniu do zarzutu błędnego przeprowadzenia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny i nieprawidłowej ich oceny a w konsekwencji nieprawidłowej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej izba podzieliła stanowisko odwołującego. Izba stwierdziła, że:

1.zamawiającemu przysługuje uprawnienie do wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w przypadku powzięcia wątpliwości, co do wysokości - jako rażąco niskiej - ceny ofertowej lub jej istotnej części składowej, która stać może się podstawą odrzucenia oferty, a jeśli udzielone wyjaśnienia są takiego rodzaju, że rodzic mogą nowe wątpliwości to po stronie zamawiającego powstaje obowiązek zwrócenia się do wykonawcy z wezwaniem do dodatkowych wyjaśnień:

2.ocena wyjaśnień nie może mieć charakteru dowolnego, dokonywana winna być w świetle przesłanek określonych Ustawą a odrzucenie oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp lub art. 224 ust. 6 Pzp nastąpić może wyłącznie w sytuacji ustalenia przez zamawiającego, że:

- oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia , a więc jest takiej wysokości, że nie jest możliwe zrealizowanie za nią przedmiotu zamówienia przez wykonawcę zgodnie z warunkami zamówienia lub odrębnymi przepisami lub, że

- udzielone wyjaśnienia wraz z dowodami są takiego rodzaju, że nie uzasadniają rażąco niskiej ceny lub kosztu tej oferty.

Izba uwzględniła zarzuty odwołania wobec ustalenia, że odrzucenie nastąpiło pomimo wątpliwości zamawiającego, co do kwestii, których wyjaśnienia zamawiający nie żądał a zakwestionowanie przez zamawiającego okoliczności przywołanych przez wykonawcę dla wyjaśnienia rynkowości i realności ceny wynikało z błędnej oceny treści wyjaśnień z dowodami i błędnych założeń zamawiającego, co do treści wyjaśnień i załączonych do wyjaśnień dowodów. Uzasadnienie czynności nie pozwala również na ustalenie i nie wskazuje, że cena oferty jest rażąco niska i nie pozwala na realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia lub odrębnymi przepisami ani , że udzielone wyjaśnienia są takiego rodzaju, że nie uzasadniają ceny ofertowej a cena lub istotna jej część składowa jest rażąco niska

Izba ustaliła, że:

1.zgodnie z SWZ wykonawcy zobowiązani byli wskazać ceny jednostkowe, będące podstawą rozliczeń umów wykonawczych w ramach zawartej umowy ramowej zawieranyymi zgodnie z bieżącymi potrzebami zamawiającego;

2.wykonawca zobowiązany był wypełnić formularz ofertowy wskazując:

- w tabeli 1 oferowane modele aparatów telefonicznych AP1, AP2, AP3, AP4,

- w tabeli 2 ceny jednostkowe miesięcznych abonamentów brutto osobno dla Taryfy A (voice) 9950 abonamentów, Taryfy B (internet 600 GB) 3655 abonamentów i Taryfy C (internet 2TB) 150 abonamentów, automatycznie przeliczane przez 36 miesięcy dla określenia całkowitej ceny brutto oferty służącej porównaniu ofert;

- w tabeli 3 ceny jednostkowe aparatów telefonicznych z tabeli 1: AP1 2330 aparatów, AP2 2420 aparatów, AP3 374 aparatów, AP4 96 aparatów, automatycznie przeliczane dla określenia całkowitej ceny brutto oferty służącej porównaniu ofert;

3.SWZ nie zawierał szczegółowych wytycznych, co do metody kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych wykonawcy;

4.w Postępowaniu wpłynęły dwie oferty:

odwołującego z cena ofertową pierwotnie w postępowaniu poprzedzającym unieważnionym z aukcja na brutto 9 979 000 zł a w Postępowaniu (bez aukcji) 6 769 289,16 zł i z cenami jednostkowymi Taryfa A (pierwotnie 8,14 zł brutto) a ostatecznie 1,45 zł netto (1,78 zł brutto), Taryfa B 1,20 zł netto (1,48 zł brutto), Taryfa C 3 zł netto (3,69 zł brutto), z cenami za aparaty A1 904,05 zł, A2 1020,90 zł, A3 2613,75 zł, A4 3772,41 zł (brutto)

przystępującego z ceną ofertową pierwotnie w postępowaniu poprzedzającym unieważnionym z aukcja na brutto 12 179 000 zł a w Postępowaniu (bez aukcji) 7 174 233,30 zł z cenami jednostkowymi Taryfa A (pierwotnie 7,38 zł brutto) a ostatecznie 2 zł netto (2,46 zł brutto), Taryfa B 2 zł netto (2,46 zł brutto), Taryfa C 5 zł netto (6,15 zł brutto), z cenami za aparaty A1 854,85 zł, A2 1039,35 zł, A3 2841,30 zł, A4 3813 zł (brutto)

Izba stwierdza, że ceny ofertowe jednostkowe były zróżnicowane w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, pierwotnie ceny abonamentów odwołującego były wyższe od cen abonamentowych przystępującego, ostatecznie w Postępowaniu ceny abonamentowe odwołującego były niższe od cen abonamentowych przystępującego, a ceny za aparat jednostkowe były niższe lub wyższe;

5.zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień w zakresie istotnej części składowej ceny tj. cen jednostkowych oferty z tabeli 2; wezwanie było ogólne zawierało żądanie wyjaśnienia kalkulacji cen jednostkowych brutto wraz z dowodami jeśli wykonawca nimi dysponuje, potwierdzającymi, że umożliwiają one realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i nie są rażąco niskie, w szczególności kalkulacji potwierdzającej, że ceny jednostkowe są realne a wynagrodzenie uzyskane z tytułu realizacji zamówienia, w tym zakresie pozwoli na wygenerowanie zysku, zamawiający przywołał art. 224 ust. 3 Pzp jako zawierający przykładowe czynniki mogące mieć wpływ na wysokość ceny;

6.wykonawca udzielił wyjaśnień w terminie, wskazał w szczególności, że skalkulował ceny jednostkowe z tabeli 2 zgodnie z SWZ i przepisami i uwzględnił wszelkie koszty, że ceny ofert jednostkowych wykonawców w Postępowaniu są porównywalne i nie odbiegają od cen rynkowych, że w pierwotnym postępowaniu ze względu na aukcje ceny były wyższe bo z marginesem, podczas gdy w tym Postępowaniu wykonawcy podali ceny realne, zamawiający nie wskazywał wymagań co do sposobu kalkulacji cen jednostkowych, jako sprzyjające okoliczności wskazał fakt bycia dotychczasowym dostawcą usług, co powoduje, że nie ponosi kosztów związanych z przeniesieniem numerów do własnej sieci, wskazał również, że nie ma potrzeby inwestować celem zwiększenia transmisji na potrzeby zamówienia i jego zasoby są przewymiarowane w stosunku do aktualnego obciążenia, co powoduje, że brak jest dodatkowych kosztów związanych z zamówieniem w Postępowaniu, że świadczy usługi o podobnym potencjale ilościowym i jakościowym, co pozwala na dokładne oszacowanie kosztów, i agregował pasma, że świadczy usługi za pomocą własnej sieci, co powoduje, że nie potrzebuje wsparcia operatorów, co oszczędza na opłacie za wykorzystanie sieci, że wykorzystuje własną infrastrukturę stacjonarną, co nie wymaga inwestycji; wykonawca załączył także szczegółową kalkulację cen jednostkowych obejmującą koszty i przychody oraz zakładany zysk (średnią marżę), wskazał, że nie ponosi kosztów we własnej sieci oraz koszty z innych sieci według cenników (tak jak pozostali wykonawcy), w kalkulacji szczegółowej wykonawca zawarł wyliczenie przychodów i kosztów z rozbitiem na pozycje zgodnie z opracowanym na wewnętrzne potrzeby wykonawcy modelem kalkulacji cen PNL, zarówno w części przychodowej jak i kosztowej zawarł reduktory przychodów i kosztów wpisując je ze znakiem „-”, i uwzględniając pomniejszenia przychodów i kosztów w wyliczeniu całości planowanego zysku;

7.zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia dodatkowo pkt 10 ust 3 wyjaśnień, w którym wykonawca wskazał jako okoliczność wpływającą korzystnie na wysokość ceny dotychczasowe bycie dostawcą usług, podczas gdy to inny podmiot jest dostawcą usług;

8.odwołujący potwierdził, że omyłko wpisał w wyjaśnieniach, że jest dotychczasowym usługodawcą zamawiającego a ceny oszacował bazując na własnym doświadczeniu z innymi zamawiającymi o podobnym profilu pod względem jakościowym o czym pisał w pkt 10 pkt 3 wyjaśnień m.in. na rzecz Gminy Lublin i jednostek podległych, Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego w Krakowie i jednostek podległych, gminy Wrocław i jednostek podległych i miasta Białystok;

9.zamawiający odrzucił ofertę odwołującego wskazując i podważając trzy czynniki z wyjaśnień:

a. wskazywał, że wykonawca opierał się na korzystnych okolicznościach polegających na świadczeniu usług na rzecz zamawiającego, co potania koszty o koszty związane z przeniesieniem numerów, podczas gdy aktualne zamówienie nie jest realizowane przez odwołującego;

b. podnosił, że koszty wynagrodzenia z kalkulacji wydają się być adekwatne jedynie w sytuacji bycia dotychczasowym operatorem telefonii komórkowej na rzecz zamawiającego (bo np. brak. Kosztów wynikających z konieczności przeniesienia numerów, w szczególności związanych z tym kosztów organizacyjnych takich jak dostawa dystrybucja nowych kart SIM etc), i, że mało prawdopodobne wydaje się, że wskazana kwota (objęta tajemnicą) pokryje koszty podpisania umów wykonawczych z ok 700 jednostkami oraz ciągłą obsługę tych kontraktów (dostawy sprzętu i kart, obsługę zgłoszeń, fakturowanie), a wykazany koszt (objęty tajemnicą) przekłada się zaledwie na ok. 120 roboczogodzin, co w ocenie zamawiającego zagraża możliwości realizacji zamówienia;

c. wskazywał na brak podobieństwa jakościowego pomiędzy wskazanymi w wyjaśnieniach kontraktami obsługiwanymi przez wykonawcę, które brane były przez odwołującego pod uwagę do kalkulacji ceny – zamawiający przywołał tutaj dla uzasadnienia swojego twierdzenia o nieadekwatności kontraktów wolumeny ze wskazywanych w wyjaśnieniach dodatkowych zamówieniach.

Pozostałych okoliczności i wyliczeń zamawiający nie kwestionował.

Izba stwierdza, że uznała za wiarygodne wyjaśnienia odwołującego, znajdujące oparcie w treści wyjaśnień dodatkowych, że okoliczność dotychczasowego świadczenia usług nie była brana pod uwagę przy kalkulacji ceny i powołanie tej okoliczności w wyjaśnieniach było omyłką; w oparciu o wyjaśnienia odwołującego znajdujące oparcie w ofercie przystępującego a także wyjaśnieniach zamawiającego (który potwierdził, że pracochłonność i kosztochłonność przeniesienia numerów z sieci jest znikoma i w zasadzie wykonywana automatycznie) uznała, że ewentualna obniżka ceny związana z oszczędnością kosztów związanych z przeniesieniem numerów jest pomijalna, a sam zamawiający także jej nie uwzględnił i nie oszacował odrzucając ofertę jako z ceną rażąco niską i wobec braku dostatecznego jej wyjaśnienia;

Izba stwierdziła również, że zakwestionowanie wysokości wynagrodzenia z kalkulacji ceny było oparte na mylnym założeniu zamawiającego. Zamawiający błędnie ocenił treść szczegółowej kalkulacji pomijając fakt, że kalkulacja ta w części kosztowej i przychodowej dla poszczególnych pozycji wskazywała wartości kwotowe ze znakiem „-“, lub bez tego znaku i sumą pozycji kosztowych i przychodowych uwzględniała te okoliczność przyjmując wartości z „-“, jako reduktor odpowiednio kosztów lub przychodów. Dla pozycji „wynagrodzenie” w tabeli koszty zamawiający pominął znak „-“, który oznaczał, że pozycja ta stanowi reduktor kosztów – wskazuje jakiej oszczędności doznaje wykonawca w zakresie kosztów wynagrodzenia, które ujęte jest w innej oznaczonej znakiem „-“, pozycji kosztów pod nazwą „ usługi obce”. Zamawiający błędnie założył, że pozycja „wynagrodzenie” wskazuje koszt jaki ponosi wykonawca na personel, podczas gdy pozycja ta wskazuje na oszczędność w tym zakresie odwołującego (izba w zakresie oszczędności ustaliła także opierając się na wiarygodnych wyjaśnieniach odwołującego, że obrazuje ona powołaną w części opisowej wyjaśnień oszczędność wynikającą ze skali zamówienia). Błędne założenie zamawiającego czyni uzasadnienie odrzucenia oferty w tym zakresie całkowicie niemiarodajnym dla oceny prawidłowości i wiarygodności wyjaśnień rażąco niskiej ceny (powyższe izba ustaliła w oparciu o kalkulację szczegółową, w tym także porównanie wielkości poszczególnych pozycji z kalkulacji i uzasadnienia odrzucenia oferty dodatkowo uwzględniając wyjaśnienia odwołującego);

Izba stwierdziła również, że zakwestionowanie wyjaśnień w zakresie prawidłowości, miarodajności i wiarygodności wyliczeń wobec wskazania przez wykonawcę, że oparł się on na cenach z innych porównywalnych postępowań jakościowych oparte było na błędnym założeniu zamawiającego, który negacje

okoliczności oparł na porównaniu wolumenów zamówień a więc porównywalności ilościowej zamówień. Fakt oparcia kalkulacji cen przez wykonawcę na cenach z zamówień jakościowo i ilościowo porównywalnych także był podnoszony w wyjaśnieniach. Oparcia kalkulacji na zamówieniach ilościowo podobnych w ogóle nie był przez zamawiającego kwestionowany. Zamawiający nie wskazał także, w jaki sposób okoliczność podniesiona w uzasadnieniu odrzucenia wpływa na miarodajność wyjaśnień do ceny.

Izba ustaliła również w oparciu o niekwestionowane wyjaśnienia odwołującego, że:

10. odwołujący w przeszłości świadczył usługi na rzecz zamawiającego,

11. odwołujący świadczył usługi na rzecz zamawiających ilościowo porównywalne z objętymi przedmiotem zamówienia w Postępowaniu.

Izba stwierdza, że ceny jednostkowe wykonawców w Postępowaniu są porównywalne. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że wartości te nie gwarantują realizacji zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia lub odrębnymi przepisami ani że nie są rynkowe.

Stąd izba uznała że wyjaśnienia dotyczyły tego konkretnego Postępowania. Wyjaśnienia są adekwatne do zakresu wezwania i pozwalają na ustalenie, jakie czynniki i okoliczności wzięte zostały pod uwagę przez wykonawcę przy szacowaniu cen jednostkowych. Wyjaśnienia zawierają również szczegółowa kalkulacje cen jednostkowych przewidującą zysk. Jednocześnie uzasadnienie odrzucenia nie pozwala na ustalenie obiektywnie istniejących przyczyn podważenia wiarygodności wyjaśnień. Opiera się na błędnej interpretacji kalkulacji. Przywołanie okoliczności zmniejszającej koszty w postaci świadczenia aktualnie usług na rzecz zamawiającego było omyłką a ewentualna i czysto hipotetyczna w tym przypadku oszczędność kosztów jest o pomijalnym charakterze. Rację ma odwołujący, że uzasadnienie odrzucenia wskazuje na wątpliwości zamawiającego, które winny zostać rozstrzygnięte przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty. Wątpliwości te jednak miały charakter usuwalnych i wynikały z błędnych i nie znajdujących oparcia w treści wyjaśnień założeń zamawiającego. Stąd izba orzekła jak w sentencji.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 224 ust. 1. Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia, określonymi przez zamawiającego. Ustawodawca nie zdefiniował terminu „rażąco niskiej ceny”. Termin odnosi się do ceny oderwanej od realiów rynkowych. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej i nie pozwalająca - przy zachowaniu reguł rynkowych - na wykonanie umowy przez wykonawcę, czyniąc je nieopłacalnym.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 Pzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wobec celu, jakim jest rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp (zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu jeśli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli

złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu) zamawiający każdorazowo w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dowody, ocenia charakter ceny w kontekście przedmiotu zamówienia.

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

Podstawą odrzucenia oferty jest zaferowanie ceny „rażąco niskiej”. Art. 224 ust. 3 Pzp zawiera czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaferowanej przez wykonawcę ceny, należy jednak pamiętać, że jest to katalog otwarty, przy czym dowód powinien być adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Powyższe przepisy mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Zabezpieczając zamawiającego przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu (art. 16 Pzp).

Zgodnie z art. 224 ust.5 Pzp na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar dowodowy wykazania charakteru ceny lub jej elementu jako niebędącej rażąco niskiej w stosunku do zamawiającego. Natomiast norma art. 537 pkt 1 Pzp w związku z art. 506 i n. Ustawy kładzie obowiązek wykazania, że działanie zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień i ofert były niezgodne z prawem na odwołującego. W postępowaniu odwoławczym konieczne jest więc wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone w wyniku procedury z art. 224 ust. 1 Pzp, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską

Dla odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust 1 pkt 8 Pzp także w związku z art. 224 ust. 6 Pzp jest konieczne zaistnienie rażąco niskiej ceny ofertowej (!). Wycena istotnej części składowej może mieć wpływ na ocenę realności wykonania przedmiotu zamówienia za cenę ofertową.

W tym przypadku jednak zamawiający nie wskazał (ani nie wykazał), żadnego zaniżenia ceny ofertowej ani w jaki sposób zaniżenia o nieokreślonej wysokości cen jednostkowych wpływają na realność wykonania przedmiotu zamówienia za cenę ofertową - że zaniżenie to jest takiego rodzaju / wysokości, że czyni realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia i odrębnymi przepisami za cenę ofertową niemożliwym.

Zamawiający błędnie interpretował treść wyjaśnień i w konsekwencji błędnie założył nieadekwatność wyjaśnień do wezwania i wycenienia cen. Wobec treści dowodów załączonych do wyjaśnień potwierdzających prawidłowość poczynionych i opisanych w wyjaśnieniach założeń wyceny błędnie przyjął, że wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny jednostkowej abonamentów.

Odrzucenie opierało się wyłącznie na zakwestionowaniu trzech okoliczności z wyjaśnień, których potencjalny wpływ na wysokość ceny nie został w żaden sposób oszacowany przez zamawiającego a nadto brak było podstaw do negowania kwestionowanych czynników. Negacja opierała się na błędnych założeniach zamawiającego opisanych wyżej w uzasadnieniu. W ocenie izby, kwestie podnoszone w uzasadnieniu – jeśli, w świetle wyjaśnień wraz z dowodami, budziły wątpliwości, czemu zamawiający dał wyraz w uzasadnieniu odrzucenia - to zamawiający zobowiązany był do ich wyjaśnienia i wezwania w trybie art. 224 ust.1 Pzp. Wątpliwości te, wynikały jednak wyłącznie z błędnej oceny wyjaśnień. Zamawiający nie zakwestionował także samej ceny ofertowej jako rażąco niskiej a więc takiej za którą wykonawca nie będzie miał możliwości zrealizować całości zamówienia, co wyklucza zastosowanie podstawy odrzucenia z art. 226 ust. 1 pkt 8.

Izba wskazuje, że badając czynność zamawiającego odrzucenia oferty ocenia ją przez pryzmat treści uzasadnienia odrzucenia oferty. Uzasadnienie zawierało argumenty oparte na błędnych założeniach. Zamawiający winien przeanalizować, jaki wpływ na całość realizacji ma potencjalne zaniżenie wyceny, czego nie uczynił a jednocześnie odwołujący w wyjaśnieniach wykazał realność wyceny cen jednostkowych.

Z art. 537 Ustawy wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak żadnej ze stron postępowania od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, z których wywodzi dla siebie korzystne skutki procesowe. Każda ze stron ponosi konsekwencje przyjętej strategii dowodowej. W niniejszym postępowaniu twierdzenia i dowody potwierdzały adekwatność wyjaśnień do wezwania i możliwość realizacji przedmiotu zamówienia za cenę ofertową. Zamawiający i przystępujący nie przedstawili przeciwdowodów.

Mając na uwadze powyższe, izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 5 zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) obciążając nimi w całości zamawiającego ze względu na rodzaj i wagę zarzutów uwzględnionych i zarzutu oddalonego. Zarzut oddalony dotyczył uzasadnienia czynności, która dokonana została przez zamawiającego z naruszeniem przepisów Ustawy. Formalnie poprawne uzasadnienie czynności odrzucenia oferty, merytorycznie nie uzasadniło podjętej w Postępowaniu czynności.

Mając na uwadze powyższe izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca :.....