

**Sygn. akt: KIO 1117/23**

**Wyrok**

**z dnia 4 maja 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2023 roku przez Odwołującego: **Konsorcjum Biuro Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach Dolnych, Aleja Fryderyka Chopina 55, 05-092 Łomianki Dolne** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Województwo Mazowieckie, ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PAPIRUS ART. PIŚMIENNE I BIUROWE R. K. ul. Ułańska 5, 99-400 Łowicz oraz oferty złożonej przez wykonawcę OFFI-PAP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach ul. J. Dąbrowskiego 4, 05-092 Łomianki na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Województwo Mazowieckie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zmawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. 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:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Województwo Mazowieckie Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Sukcesywna dostawa artykułów biurowych na potrzeby wojewódzkich samorządowych jednostek organizacyjnych”, znak sprawy: OR-D-III.272.23.2023.AR. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 marca 2023 roku pod nr: 2023/BZP 00136738/01.

W dniu 19 kwietnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę: Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach Dolnych (dalej jako: „Odwołujący”) wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

1. wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy PAPIRUS Artykuły Piśmienne i Biurowe R. K., Ul. Ułańska 5, 99-400 Łowicz (dalej jako „Papiрус”),
2. zaniechaniu ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych wyjaśnień ceny wraz z załącznikami Wykonawcy Papiрус, pomimo, że złożone wyjaśnienia nie zawierają jakiegokolwiek uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, z ostrożności, wobec udostępnienia przez Zamawiającego wyłącznie jednostronicowej jawnej części wyjaśnień ceny:  
zaniechaniu odrzuceniu oferty wykonawcy Papiрус z Postępowania pomimo, że wykonawca będąc wezwany do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w złożonych wyjaśnieniach nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska,
3. zaniechaniu odrzuceniu oferty wykonawcy OFFI-PAP Sp. z o.o. 05-092 ŁOMIANKI, ul. J. DABROWSKIEGO 4 (dalej jako „OFFI-PAP”) z Postępowania pomimo, że wykonawca będąc wezwany do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w złożonych wyjaśnieniach nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska,
4. zaniechaniu odrzucenia oferty OFFI-PAP z Postępowania w sytuacji, gdy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia a także naruszeniu art. 226 ust 1 pkt 10 Pzp, bowiem zawiera błędy w obliczeniu ceny w związku z wyceną ofertową w oparciu o koszty personelu ustalone poniżej wynikających z obowiązującego Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 roku

w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. ,  
co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

- 1) naruszenie art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, art. 74 ust.1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej uznk) poprzez:  
bezzasadne nieujawnienie treści złożonych wyjaśnień ceny wykonawcy Papirus - pomimo, że wykonawca ten nie złożył wraz z wyjaśnieniami ceny jakiegokolwiek uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z dowodami, co uniemożliwia ocenę skuteczności złożonych wyjaśnień ceny i wykazanie podstaw odrzucenia oferty co samo w sobie ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,

ewentualnie, z ostrożności –

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Papirus w sytuacji, gdy wykonawca wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska,
- 2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OFFI-PAP w sytuacji, gdy wykonawca wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska,
- 3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OFFI-PAP w sytuacji, gdy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia a także naruszeniu art. 226 ust 1 pkt 10 Pzp, bowiem zawiera błędy w obliczeniu ceny w związku z wyceną ofertową w oparciu o koszty personelu ustalone poniżej wynikających z obowiązującego Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r,

co skutkuje naruszeniem art. 239 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz 17 ust 2 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu i ma bezpośredni wpływ na jego wynik.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp Odwołujący wniósł o :

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania,

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,

a także o:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,
2. odtajnienie złożonych wyjaśnień ceny wykonawcy Papirus wraz załącznikami,

ewentualnie

- odrzucenie oferty wykonawcy Papirus z powodu niewykazania w toku postępowania wyjaśniającego cenę przed Zamawiającym, że cena oferty nie jest rażąco niska,
3. odrzucenie oferty wykonawcy OFFI-PAP z powodu niewykazania w toku postępowania wyjaśniającego cenę przed Zamawiającym, że cena oferty nie jest rażąco niska,
4. odrzucenie oferty OFFI-PAP pomimo, że jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia a także naruszeniu art. 226 ust 1 pkt 10 Pzp, bowiem zawiera błędy w obliczeniu ceny w związku z wyceną ofertową w oparciu o koszty personelu z pominięciem minimalnych wynikających z obowiązujących przepisów,

co ma bezpośredni wpływ na wynik Postępowania i w każdym przypadku skutkuje wadliwym i przedwczesnym wyborem oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ Zamawiający zaskarżoną czynnością dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Papirus przy zaniechaniu udostępnienia nieskutecznie zastrzeżonych wyjaśnień ceny wraz z ew dowodami (poza jednostronicowym jawnym pismem), co uniemożliwia Odwołującemu ocenę skuteczności złożonych wyjaśnień przy jednoczesnym zaniechaniu odrzucenia oferty OFFI-PAP.

Zgodnie z rankingiem ofert złożonych w postępowaniu oferta Odwołującego znajduje się na kolejnej - trzeciej pozycji a jednocześnie cena jaką zaoferował w postępowaniu za wykonanie zamówienia Odwołujący mieści się w kwocie jaką Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia.

W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał uszczerbku, a tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym.

**Podstawa wezwania do wyjaśnień ceny - wezwanie**

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący wskazał, że Zamawiający uwzględniając ceny złożonych w postępowaniu ofert i przekroczenie wskaźnika arytmetycznego obligującego do wezwania do wyjaśnień ceny z ustawowym domniemaniem rażąco niskiej ceny, skierował do wykonawców Papirus i OFFI-PAP wezwanie z dnia 5 kwietnia 2023 roku o analogicznej treści.

Żaden z wykonawców nie kwestionował ani wyznaczonego - w ocenie Odwołującego wystarczającego, terminu dla udzielenia wyjaśnień ceny ani też zasadności i podstaw tak faktycznych jak i prawnych samego wezwania.

W tej sytuacji w przypadku skierowania do wykonawcy przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny powstaje domniemanie istnienia takiej ceny w tej ofercie, które winno być przez niego obalone w składanych wyjaśnieniach a także dowodach.

### **Tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny wykonawcy Papirus.**

#### **Odmowa udostępnienia wyjaśnień przez Zamawiającego.**

Odwołujący wystąpił do Zamawiającego bezpośrednio po dokonaniu przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej o udostępnienie kompletnej korespondencji Zamawiającego z obydwoma konkurencyjnymi wykonawcami (pismo z dnia 14 kwietnia 2023 roku).

Zamawiający udzielił odpowiedzi na powyższy wniosek i oświadczył, że w pozostałym poza przekazanym pismem zakresie Zamawiający uznał, że złożone wyjaśnienia zasługują na ochronę jako niejawne.

Udostępniona Odwołującemu jawna treść wyjaśnień ceny wykonawcy Papirus wskazuje, że wyjaśnienia nie zawierają jakiegokolwiek uzasadnienia dla uznania treści złożonych wyjaśnień z ew. dowodami, o ile je złożono, za tajemnicę przedsiębiorstwa Zgodnie z treścią wyjaśnień - część jawna wykonawca oświadczył jedynie: „Prosimy o nieudostępnienie naszych cen zakupu innym podmiotom ze względu na TAJWMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA”.

Zgodnie z art. 18 ust 3 Pzp warunkiem skutecznego zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicę przedsiębiorstwa jest łącznie:

wraz z przekazaniem takich informacji a nie później (uzupełnianie uzasadnienia tajemnicy jest niedozwolone):

- zastrzeżenie, że nie mogą być one udostępniane oraz
- wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Brak uzasadnienia tajemnicy wraz z koniecznymi dowodami obliuguje Zamawiającego do udostępnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji.

W tym zakresie Odwołujący przywołał liczne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej.

Złożone przez Wykonawcę Papirus zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w świetle obowiązujących przepisów Pzp oraz orzecznictwa Izby nie można uznać za skuteczne.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Aby więc zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było skuteczne, muszą zostać spełnione przesłanki określone w wyżej przytoczonym przepisie, a więc po pierwsze, informacja musi stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, po drugie Wykonawca musi zastrzec, że informacje te nie mogą być udostępnione i po trzecie, Wykonawca musi wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze treść art. 18 ust. 3 Ustawy Pzp, to na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co oznacza, że muszą spełniać kryteria określone w art. 11 ust. 2 Ustawy o z n k., tj. musi to być informacja:

- o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą ,
- która jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób
- co do której podjęto działania mające na celu zachowania tej informacji w poufności.

Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania wymagający ścisłej interpretacji. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeżonych informacji. Zamawiający powinien dokładnie przeanalizować skuteczność zastrzeżenia, oraz tego czy wykonawca wykazał w świetle art. 11 ust. 2 uznk zasadność utajnienia. Każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność informacji szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego

spełniania przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa.

W sytuacji gdy wykonawca w konkretny i weryfikowalny sposób nie wykazał spełniania przesłanek ochrony tajemnicy oraz nie przedstawił koniecznych dowodów - to Zamawiający w trakcie oceny ofert powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza winna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

W orzecznictwie podkreśla się, że skoro ustawodawca posłużył się w art. 18 ust. 3 Pzp wymogiem wykazania, to poprzestanie przez wykonawcę na złożeniu samych wyjaśnień w tym zakresie jest niewystarczające.

Zamawiający powinien dokładnie przeanalizować skuteczność zastrzeżenia, oraz tego czy wykonawca wykazał w świetle art. 11 ust. 2 uznk zasadność utajnienia.

Każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność informacji szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa.

W orzecznictwie podkreśla się, że skoro ustawodawca posłużył się w art. 18 ust. 3 Pzp wymogiem wykazania, to poprzestanie przez wykonawcę na złożeniu samych wyjaśnień w tym zakresie jest niewystarczające. W sytuacji gdy wykonawca w konkretny i weryfikowalny sposób nie wykazał spełniania przesłanek ochrony tajemnicy oraz nie przedstawił koniecznych dowodów - to Zamawiający w trakcie oceny ofert powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza winna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie. Brak dostępu do treści wyjaśnień ceny wraz z dowodami uniemożliwia faktycznie ocenę wyjaśnień i uniemożliwia ocenę podstaw odrzucenia oferty i ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Nie ulega wątpliwości, co potwierdza orzecznictwo KIO, że każdorazowo uwzględnienie zarzutu dotyczącego odtajnienia wyjaśnień ceny prowadzi do konieczności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i ma lub co najmniej może mieć bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Dopiero bowiem po zapoznaniu się z treścią odtajnionych wyjaśnień wykonawca może kwestionować wybór konkurencyjnego wykonawcy i zaniechanie jego odrzucenia, inaczej prawo do środków ochrony prawnej byłoby czysto iluzoryczne.

Jak wskazuje aktualne orzecznictwo Izby w każdym przypadku odtajnienie wskutek uwzględnienia odwołania bezprawnie nieudostępnionych wyjaśnień ceny z dowodami ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i ocenę ofert.



Z ostrożności procesowej Odwołujący zarzuca zaniechanie odrzucenia oferty Papirus pomimo, że wykonawca wezwany do wyjaśnień ceny nie wykazał że cena jaką złożył w Postępowaniu nie jest rażąco niska.

Udostępniony przez Zamawiającego fragment wyjaśnień (1 strona) wskazuje, że:  
*Nasza oferta została przygotowana w oparciu o ceny uzyskane od naszych dostawców. Uwzględnione zostały wszelkie koszty realizacji umowy w tym koszty pracownicze, logistyczne, ubezpieczenia oraz zakładany zysk ok. 22%. Informuję, iż nie korzystamy z usług podwykonawców a zamówienia realizujemy w 100% sami.*

*Przy wykonywaniu zamówień nie korzystamy z pomocy publicznej. (...)*

*Jesteśmy firmą istniejącą na rynku od ponad 20 lat. Bierzymy udział w licznych przetargach, w związku z powyższym posiadamy specjalne ceny zakupu na artykuły biurowe i piśmienne. Posiadamy również własne zaplecze logistyczne które pozwala nam obniżyć koszty wykonania umowy.*

*Na potwierdzenie, że nasza oferta została prawidłowo złożona zgodnie z przepisami i wymogami formalnymi, bez stosowania cen dumpingowych, załączamy wycenę od Producenta oraz kalkulację zaoferowanej oferty.*

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia tego rodzaju i tej treści trudno uznać za skuteczny środek dowodowy obalający domniemanie rażąco niskiej ceny.

W szczególności wskazać należy, że wyjaśnienia pomijają zasadniczy element kosztowy wykonania zamówienia - koszty transportu asortymentu - 55 jednostek organizacyjnych na obszarze całego województwa wielokrotne dostawy sukcesywne.

Odwołujący dokonał wyliczenia odległości siedziby wykonawcy w stosunku do każdej z lokalizacji dostaw w ramach realizacji zamówienia - Załącznik nr 1 do odwołania.

Zestawienie wskazuje jak znaczne odległości i koszty należy ponieść w celu wykonania dostaw - przy czym należy uwzględnić do ustalenia tych kosztów drogę w obie strony (kilometraż z tabeli x2) a także ilość dostaw częściowych do każdej lokalizacji - do 8 w ramach umowy.

W ocenie Odwołującego same koszty związane z transportem asortymentu wynoszą co najmniej 20% wartości zamówienia a tymczasem złożone wyjaśnienia żadnych konkretnych kosztów tego rodzaju nie zawierają.

Jedyna wartość jaka pojawia się w wyjaśnieniach to gołosłowne i nieweryfikowalne w żaden sposób oświadczenie wykonawcy że:

*„Uwzględnione zostały wszelkie koszty realizacji umowy w tym koszty pracownicze, logistyczne, ubezpieczenia oraz zakładany zysk ok. 22%.”*

Wyjaśnienia nie zawierają żadnych informacji nt. struktury kosztów – źródeł optymalizacji cen. Wyjaśnienia nie wskazują na jakiegokolwiek konkretne źródła pochodzenia kosztów zaprezentowanych w ofercie.

Poza ogólnikowymi twierdzeniami i zapewnieniami wyjaśnienia nie zawierają jakiegokolwiek argumentacji ani tym bardziej dowodów w odniesieniu do przyjętych sposobów kalkulacji transportu, spedycji, dostaw.

Brak jest także jakichkolwiek informacji wymaganych przez Zamawiającego odnośnie uwzględnienia w wycenie ofertowej kosztów pracy.

Pomimo, że istotnym elementem zamówienia jest realizacja umowy z użyciem platformy zakupowej - szczegółowe wymagania w OPZ pkt 9 oraz 17-18 - wyjaśnienia nie wskazują aby wykonawca dysponował taką platformą a nawet gdyby, że uwzględnił w cenie oferty koszty ew. customizacji rozwiązania na potrzeby wymagań SWZ.

Pomimo że przedmiot zamówienia wymaga uwzględnienia istotnych nakładów związanych z logistyką procesu realizacji dostaw częściowych do rozproszonej ilości 55 jednostek przy prawie 400 pozycji asortymentu brak jest w wyjaśnieniach jakichkolwiek informacji świadczących o tym czym koszty takie faktycznie skalkulowano oraz w jaki sposób. Wezwany do wyjaśnień wykonawca nawet nie podjął w wyjaśnieniach próby przedstawienia jakichkolwiek obliczeń ceny w tym zakresie. Faktycznie wyjaśnienia ceny nie zostały złożone, trudno bowiem ogólnikowe zapewnienie o poprawności wyceny uznać za choćby próbę wykazania realności wyceny.

**Zaniechanie odrzucenia oferty OFFI-PAP pomimo, że wykonawca wezwany do wyjaśnień ceny nie wykazał że cena jaką złożył w Postępowaniu nie jest rażąco niska.**

Zamawiający skierował do OFFI-PAP w związku z przekroczeniem obligatoryjnego wskaźnika arytmetycznego wezwanie do udzielenia wyjaśnień zaoferowanej ceny.

Wykonawca wezwany do udzielenia wyjaśnień w tym wyliczeń ceny ofertowej złożył jedynie ogólnikowe zapewnienie o prawidłowości wyceny. Istotne pozostaje, że zastosowanie procedury z art. 224 Pzp, tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy.

Powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień - jeżeli chce je obalić - musi wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalił się jednolity w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio

umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia. Pogląd taki jest cały czas aktualny świetle nowo obowiązującej ustawy Pzp. Pomimo że przedmiotem zamówienia jest konkretny asortyment a same dostawy mają charakter dostaw sukcesywnych jak również dostawy mają być realizowane do konkretnych rozproszonych geograficznie lokalizacji złożone wyjaśnienia powyższe okoliczności całkowicie pomijają.

Wykonawca zamiast wyliczeń ceny załączył do wyjaśnień w charakterze dowodów całkowicie pozbawione znaczenia dla oceny realności wyceny oferty w aktualnym postępowaniu - ogólnikowe oświadczenia dystrybutorów wystawione do innych niż przedmiotowe postępowania w dodatku wystawione w roku 2020.

Oświadczenia zawierają wyłącznie ogólną informację nt praktyki stosowania przy większych wolumenach zakupów cen specjalnych i rabatów - przy czym żaden z tym dokumentów nie wskazuje na konkretne, mierzalne i dające się zweryfikować informacje i w żaden sposób nie ma możliwości aby ocenić, że w aktualnym postępowaniu miały zastosowanie w wycenie ofertowej jakiegokolwiek konkretne parametry rabatów czy też cen specjalnych.

W ocenie Odwołującego OFFI-PAP całkowicie zbagatelizował wezwanie do wyjaśnień ceny. Wyjaśnienie nie zawiera faktycznie żadnych konkretnych informacji nt. kalkulacji ceny oferty. O ile OFFI-PAP uznawał, że wezwanie do wyjaśnień ceny jest nieuprawnione i stanowi ew. naruszenie przepisów Pzp, miał obowiązek skorzystać w takim przypadku z odwołania do KIO, czego jednak nie uczynił.

Wyjaśnienia zawierają wyłącznie ogólnikową informację:

*Wykonawca informuje, że wskazane w formularzu cenowym kwoty uwzględniają rabaty zaoferowane przez dostawców, które Wykonawca w czasie długoletniej współpracy uzyskał. Rabaty różnią się względem każdego zamówienia ( zapytanie o cenę, przetarg), jednocześnie okres realizacji zamówienia jak i ilości zamawianych produktów mają kluczowe znaczenie względem zwiększenia rabatu. Doliczenie do kwoty po rabacie (dla danego artykułu ) marży, skutkuje uzyskaniem zarobku Wykonawcy.*

Brak jest w wyjaśnieniach jakichkolwiek informacji nt. poziomu rabatów czy też marży dla oferowanego w postępowaniu asortymentu.

Wykonawca wskazuje ponadto, że:

*Dodatkowo Wykonawca oświadcza, iż do realizacji każdego bez wyjątku zamówienia Wykonawca przykładą niezmiennie należytej staranności. Na potwierdzenie powyższego Wykonawca załącza uzyskane w toku współpracy z innymi podmiotami rekomendacje, które stanowią załącznik do niniejszego pisma.*

Odwołujący podkreśla, że przedmiotem wyjaśnień jest wycena 390 pozycji asortymentu w konkretnym przetargu w dostawach sukcesywnych obejmujących 55 lokalizacji na terenie

województwa, w tej sytuacji całkowicie bez znaczenia dowodowego są referencje z innych zamówień (na marginesie i tych faktycznie nie złożono).

W zakresie wyjaśnień odnośnie kosztów transportu asortymentu wykonawca ogólnikowo zapewnia, że:

*Należy wskazać, iż Wykonawca dysponuje własnym środkiem transportu, co wpływa na obniżenie kosztów firmowych, które mogłyby być obciążone kosztem wynajmu ewentualnego środka transportu, umożliwiającego płynną realizację zamówienia.*

Odwołujący dokonał wyliczenia odległości siedziby wykonawcy w stosunku do każdej z lokalizacji dostaw w ramach realizacji zamówienia - Załącznik nr 2 do odwołania.

Zestawienie wskazuje jak znaczne odległości i koszty należy ponieść w celu wykonania dostaw - przy czym należy uwzględnić do ustalenia tych kosztów drogę w obie strony (kilometraż z tabeli x2) a także ilość dostaw częściowych do każdej lokalizacji - do 8 w ramach umowy.

W ocenie Odwołującego same koszty związane z transportem asortymentu wynoszą co najmniej 20% wartości zamówienia a tymczasem złożone wyjaśnienia żadnych konkretnych kosztów tego rodzaju nie zawierają.

Jedyna wartość jaka pojawia się w wyjaśnieniach to gołosłowne i nieweryfikowalne w żaden sposób oświadczenie wykonawcy, że:

*Ogólny zarobek z przedmiotowego zamówienia Wykonawca szacuje na 82000,00 zł netto (w tym ujęty jest koszt paliwa oraz koszty pracownicze) przy dostawie.*

Dodatkowo należy wskazać, że wobec sformułowania wezwania, automatycznie na wykonawcę wezwanego do udzielenia wyjaśnień przechodzi ciężar dowodu i wykazania realności i rzetelności kalkulacji.

Należy pamiętać, że złożona w postępowaniu oferta zawiera wyceny jednostkowe zaś rozliczenie dostaw będzie miało charakter obmiarowy a zatem konieczne dla wyjaśnienia i dowiedzenia skutecznie, że cena ofertowa nie jest rażąco niska było zaprezentowanie konkretnych źródeł pochodzenia kosztów wykonania zamówienia i wyjaśnić wycenę poszczególnych pozycji cennika.

W szczególności do kosztów takich należą koszty zakupu asortymentu w celu wykonania zamówienia. W tej sytuacji konieczne było, co najmniej, przedstawienie ofert zakupu asortymentu na potrzeby przedmiotowego zamówienia ze wskazaniem konkretnych wartości wycen i poziomu rentowności poszczególnych produktów uwzględniając kosztorysowy charakter wyceny i faktycznie możliwość kalkulacji ryzyka.

Wyjaśnienia nie zawierają żadnych informacji nt. struktury kosztów – źródeł optymalizacji cen. Wyjaśnienia nie wskazują na jakiegokolwiek konkretne źródła pochodzenia kosztów zaprezentowanych w ofercie.

Poza ogólnikowymi twierdzeniami i zapewnieniami wyjaśnienia nie zawierają jakiegokolwiek argumentacji ani tym bardziej dowodów w odniesieniu do przyjętych sposobów kalkulacji transportu, spedycji, dostaw.

Pomimo że przedmiot zamówienia wymaga uwzględnienia istotnych nakładów związanych z logistyką procesu realizacji dostaw częściowych do rozproszonej ilości 55 jednostek przy prawie 400 pozycji asortymentu brak jest w wyjaśnieniach jakichkolwiek informacji świadczących o tym czym koszty takie faktycznie skalkulowano oraz w jaki sposób. Wezwany do wyjaśnień wykonawca nawet nie podjął w wyjaśnieniach próby przedstawienia jakichkolwiek obliczeń ceny w tym zakresie.

Faktycznie wyjaśnienia ceny nie zostały złożone, trudno bowiem ogólnikowe zapewnienie o poprawności wyceny uznać za choćby próbę wykazania realności wyceny.

Załączone do wyjaśnień trzy karty katalogowe zawierają oznaczenie wskazujące, że za ich pomocą wykonawca chciał najprawdopodobniej wykazać, że wycena zawiera zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska. Powyższego z pewnością nie sposób wykazać wskazując, że oferowany marker Pentel, segregator Donau, karta papieru Mondi (w j. angielskim bez tłumaczenia co całkowicie dyskwalifikuje dokument) oraz koszulka Donau na dokumenty mają oznaczenie ekologiczne.

W wyjaśnieniach w związku z powyższym wykonawca oświadcza, że:

*Wykonawca stara się w dużej mierze korzystać z produktów posiadających znaki/certyfikaty ochrony środowiska tj.: odzysk i recykling, zielony punkt, FSC.*

Oświadczenie PBS Connect (podpis nieczytelny, brak identyfikacji zarówno osoby jak stanowiska służbowego) i z dnia 7 kwietnia 2023 r. jako jedyny dotyczy przedmiotowego postępowania ale zawiera wyłącznie ogólne oświadczenie nt zaferowania dla OFFI-PAP cen specjalnych i nie ma praktycznie żadnego konkretnego waloru dowodowego. Dodatkowo oświadczenie zawiera wyłącznie potwierdzenie, że dla OFFI-PAP została przedstawiona oferta przy czym nie jest wiadome nawet czy wycena ofertowa wykonawcy takie specjalne ceny uwzględnia.

### **Koszty pracownicze - nieuwzględnienie minimalnego wynagrodzenia w wycenie oferty OFFI-PAP**

Wykonawca OFFI-PAP udzielając wyjaśnień ceny wskazał, że zatrudnia na podstawie umowy o pracę 3 pracowników podając ich wynagrodzenie w kwocie brutto 22,8 za godzinę.

*Do wykonania przedmiotowego zamówienia Wykonawca zatrudnia łącznie trzech pracowników, którzy wykonują swoją pracę w godz. od 8:00 -16:00 od poniedziałku do piątku, przy czym koszt pracy każdego z pracowników uwzględnia minimalne wynagrodzenie za wykonywaną pracę ( pracownicy zatrudnieni są na umowę o pracę na czas nieokreślony).*

*Godzinowe wynagrodzenie każdego pracownika wynosi 22,80 zł brutto. Warto zaznaczyć, że wszyscy pracownicy zamieszkują Łomianki, co stanowi niezaprzeczalną korzyść potwierdzającą obniżenie kosztów firmowych przeznaczonych na dojazd do pracy.*

Zamawiający realizując ustawowy obowiązek wezwania do wyjaśnień RNC z uwagi na istotne przekroczenie wskaźnika arytmetycznego wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w przekazanym w szczególności w zakresie:

zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

Powyższe potwierdza, że cena oferty OFFI-PAP nie zawiera wymaganych przepisami kosztów pracy - w tym w szczególności minimalnego wynagrodzenia i pomija całkowicie faktyczne koszty pracy, które ma obowiązek uwzględnić pracodawca.

Cena za roboczogodzinę 22,8 zł nie wystarczy na opłacenie kosztów pracodawcy nawet przy minimalnym wynagrodzeniu: te wynoszą łącznie 714,75 zł przy płacy 3.490 zł, co daje razem koszty wynagrodzenia 4.204,75 zł

Przy podzieleniu przez standardową ilość godzin pracy w miesiącu tj. 168 godzin, daje minimalna stawkę na poziomie 25,03 zł na godzinę.

W tej sytuacji wykonawca uwzględnił w wycenie ofertowej koszty roboczogodziny pracy poniżej minimalnej ustawowej stawki.

Odwołujący podnosi także, że w związku z powyższym poza rażąco niską ceną ma miejsce naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty w sytuacji, gdy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę a także naruszeniu art. 226 ust 1 pkt 10 Pzp bowiem zawiera błędy w obliczeniu ceny w związku z wyceną ofertową w oparciu o koszty pracy z pominięciem kosztów pracodawcy.

Dodatkowo wskazać należy, że zamówienie ma być realizowane przez 12 miesięcy podczas gdy od 1 lipca 2013 roku nastąpi (co było wiadome na dzień złożenia oferty w postępowaniu) istotne podwyższenie stawki minimalnego wynagrodzenia - wzrost o 20%.

Jak wynika z wyjaśnień już na dzień złożenia ofert w postępowaniu wynagrodzenie pracowników jest na poziomie poniżej minimalnego wynagrodzenia określonego przepisami, tym bardziej po zmianie od 1 lipca 2023 roku.

Podsumowując, skoro wykonawca zatrudnia personel na podstawie umowy o pracę - pracownicy zatrudnieni są na umowę o pracę na czas nieokreślony a godzinowe wynagrodzenie każdego pracownika wynosi 22,80 zł brutto to wprost oznacza, że wynagrodzenie jest niezgodne z przepisami prawa pracy a oferta winna zostać odrzucona.

Na marginesie można jedynie wskazać, że stawka 22,80 zł to stawka aktualna - tj. od 1 stycznia 2023 r. ale dla umów cywilnoprawnych (wykonawca wyjaśnia że zatrudnia personel na podstawie umowy o pracę na czas nieoznaczony) przy czym od 1 lipca 2023 r. nawet ta stawka będzie wynosiła 23,50 zł co potwierdza, że nawet gdyby zastosować przepisy dotyczące minimalnej stawki godzinowej dla umów cywilnoprawnych to stawka także jest z nimi niezgodna.

Odwołujący potwierdza, że wiedza i doświadczenie jakie posiada w związku z realizacją od kilku lat na rzecz Zamawiającego analogicznego przedmiotu zamówienia, pozwoliła na realną wycenę i uwzględnienie w cenie oferty faktycznych kosztów jakie należy ponieść w celu wykonania zamówienia w sposób zgodny z SWZ na odpowiednim poziomie jakości. W ocenie Odwołującego zarówno poziom wyceny ofertowej konkurencyjnych wykonawców jak i brak możliwości wyjaśnienia przez nich zaoferowanych cen potwierdzają, że powierzenie im wykonania zamówienia zagraża możliwości jego wykonania a należy pamiętać że mamy do czynienia z centralnym zakupem gdzie beneficjenci zamówienia oczekują od Zamawiającego, że zamówienie zostanie udzielone na rzecz podmiotu gwarantującego wykonanie dostaw w sposób rzetelny i odpowiedzialny.

W dniu 24 kwietnia 2013 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Papirus Artykuły Piśmienne I Biurowe R. K., ul.- Ułańska 5, 99-400 Łowicz, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 28 kwietnia 2023 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, że nie uwzględnia odwołania w zakresie i w sposób opisany w uzasadnieniu odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

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

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba, w trakcie posiedzenia z udziałem stron nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie wykonawcy R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Papiirus Artykuły Piśmienne I Biurowe R. K., ul.- Ułańska 5, 99-400 Łowicz. Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia ww. wykonawcy z uwagi na brak wykonania obowiązku wynikającego z art. 525 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. nie zostały dołączone do zgłoszenia przystąpienia dowody przesłania kopii przystąpienia Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Ponadto, ww. wykonawca oświadczył podczas posiedzenia, że nie przekazał Odwołującemu kopii zgłoszenia przystąpienia.

#### **Izba ustaliła i zważyła:**

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

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.



W odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Papirus i żądań co do sposobu ich rozstrzygnięcia przez Izbę, Izba uwzględniła żądanie ewentualnego Odwoływającego zmodyfikowane podczas rozprawy co do kolejności rozpoznania zarzutów oraz co do żądania, że jeżeli potwierdzi się okoliczność, że oferta będzie podlegać odrzuceniu to odtajnienie tajemnicy przedsiębiorstwa będzie zbędne.

Izba uznając za zasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z żądaniem Odwoływającego nie nakazała Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień ceny wykonawcy Papirus wraz z załącznikami. Jednocześnie Izba wskazuje, że w pełni podziela argumentację Odwoływającego co do zasadności zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3, art. 74 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk i przyjmuje ją za własną, dodając, że wykonawca Papirus nie złożył żadnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i w żaden sposób nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem wyjaśnienia ceny złożone przez tego wykonawcę nie zasługują na ochronę przynależną informacjom stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Papirus w sytuacji, gdy wykonawca wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska oraz zarzutu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OFFI-PAP w sytuacji, gdy wykonawca wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, Izba odniesie się łącznie.

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

Izba podkreśla, że w zakresie możliwości uznania ceny oferty lub jej elementów składowych za rażąco niskie wskazać należy za ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Ocena tej okoliczności zawsze powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień.

Jednocześnie w sytuacji, w której wykonawca zostaje wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powstaje domniemanie istnienia takiej ceny w ofercie wykonawcy. Domniemanie rażąco niskiej ceny może zostać przez wykonawcę obalone poprzez złożenie stosownych wyjaśnień i dowodów. W ramach złożonych wyjaśnień, Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji (jeśli takie zaistniały) oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty - a dowodzące możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę, na poziomie znacznie niższym, niż pozostali wykonawcy ubiegający się o zamówienie. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym, wskazanym przez Zamawiającego zakresie i terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wynikający z art. 224 pkt 5 Pzp. W treści tego artykułu, ustawodawca wprowadził odwrócony ciężar dowodu. Oznacza to, że w odniesieniu do oceny wystąpienia ceny rażąco niskiej (lub rażąco niskiego kosztu) to wykonawca musi wykazać (za pomocą wyjaśnień lub stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu.

Izba podziela stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych, wskazujące że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie, odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie

nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając na uwadze brzmienie art. 224 ust. 5 ustawy zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą że oferowana przez niego cena rażąco niską nie jest.

Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując ww. przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień ceny, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania realnego charakteru jego ceny.

Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i właściwy kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowanie ogólników traktujących o doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych od dostawców, położeniu siedziby etc... przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie jako ich podstawa czy zasadnicza treść.

Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

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.

Zaznaczenia wymaga, że o tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy, wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Pamiętać należy, że to wykonawca został zobowiązany do wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tym samym załączenie dowodów do składanych wyjaśnień odnośnie okoliczności, które nie są zależne od wykonawcy, a które udało mu się pozyskać (wynegocjować, ustalić, wypracować w kontaktach gospodarczych i innych formach etc...) na potrzeby wyceny danego zamówienia jest w zasadzie niezbędne i konieczne, aby owo wykazanie realności zaoferowanej ceny było rzeczywiste.

To wykonawca musi wykazać rzeczywistość i realność zaoferowanej ceny w postępowaniu a nie tylko składać oświadczenia o takiej treści.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby wyjaśnienia ceny złożone przez Wykonawców: Papirus oraz OFFI-PAP nie potwierdziły, że zaoferowane przez nich ceny nie są rażąco niskie. Wyjaśnienia ceny złożone przez obu wykonawców nie dowodzą możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę. W wyjaśnieniach wykonawcy winni odnieść się do wszystkich okoliczności wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnienia ceny. Zamawiający w wezwaniu z dnia 5 kwietnia 2023 r. (o tożsamej treści dla obu wykonawców) do wyjaśnienia ceny żądał złożenia wyjaśnień i dowodów w szczególności w zakresie:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług;

- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków realizacji usług;
- 3) oryginalności usług oferowanych przez Wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 t.j.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Dodatkowo Zamawiający wymagał, aby Wykonawca przedstawił kalkulację zaoferowanej ceny, uwzględniającą koszty, mające wpływ na wysokość tejże ceny. Zamawiający pouczył wykonawców, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy

Odnosząc się do wyjaśnień ceny złożonych przez Wykonawcę Papirus, w ocenie Izby Wykonawca ten nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania, że cena zaoferowana w ofercie nie jest rażąco niska. Złożone jednostronicowe wyjaśnienia ceny są bardzo ogólne, lakoniczne i niekompletne. Brak jest w nich jakiegokolwiek argumentacji i wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia nie zawierają żadnych informacji nt. struktury kosztów – źródeł optymalizacji cen, nie zawierają informacji o źródłach pochodzenia kosztów zaprezentowanych w ofercie, ani nie wskazują na jakąkolwiek wartość ekonomiczną mogącą mieć przełożenie na cenę oferty.

Wykonawca powołuje się na ceny uzyskane od dostawców, których wysokość w żaden sposób nie została wykazana. Takie zapewnienie należy uznać za gołosłowne i niewiarygodne, zwłaszcza jeżeli dotyczy to oferty z najniższą ceną. Również oświadczenie o uwzględnieniu w cenie oferty wszelkich kosztów realizacji umowy w tym kosztów pracowniczych, logistycznych, ubezpieczenia oraz zysku, stanowiące jedyne odniesienie się do treści wezwania Zamawiającego, nie znajduje żadnego uzasadnienia w treści złożonych wyjaśnień ceny. Zgodzić się należy z Odwołującym, że Wykonawca Papirus pominął zasadniczy element kosztowy wykonania zamówienia - koszty transportu asortymentu - 55 jednostek organizacyjnych na obszarze całego województwa wielokrotnie

dostawy sukcesywne. Załączone do wyjaśnień ceny: wycena Producenta (tak nazwana przez wykonawcę Papirus) oraz kalkulacja zaoferowanej ceny również nie mogą stanowić dowodu na realność zaoferowanej ceny, z uwagi na brak wykazania źródła pochodzenia ceny.

Podsumowując, wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę Papirus nie uzasadniają ceny podanej w ofercie.

Odnosząc się do wyjaśnień udzielonych przez Wykonawcę OFFI-PAP, również nie można uznać, że Wykonawca ten sprostął ciężącemu na nim obowiązкови wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienie Wykonawcy cechuje bardzo wysoki stopień ogólności. Wykonawca OFFI-PAP powołuje się na posiadane rabaty, zatrudnienie trzech pracowników na umowę o pracę na czas nieokreślony z wynagrodzeniem na godzinę 22,80 zł brutto, samodzielnym wykonaniem zamówienia, szacowanym zarobku 82 000,00 zł netto (w tym ujęty jest koszt paliwa oraz koszty pracownicze), dysponowaniem własnym środkiem transportu oraz posiadaniem adekwatnego potencjału pokrycia kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. Dodatkowo wykonawca ten wskazał, że realizuje inne zamówienia i posiada ponad 29 lat doświadczenia, co przekłada się na jakość świadczonych usług.

Jako dowody do wyjaśnień ceny zostały załączone:

- oświadczenie Argo S.A. z siedzibą w Gdańsku z 9 stycznia 2020 roku o wynegocjowanych specjalnych warunkach handlowych dla w OFFI-PAP bez wskazania ich wysokości,
- oświadczenie A&G KOPERTY Gołdawska Fabryka Kopert Sp. z o.o. z siedzibą w Gołdapi z 9 grudnia 2020 r. wskazujące, że *wszystkie podany ceny pod postępowanie przetargowe, są ustalane indywidualnie*, bez ich wskazania,
- oświadczenie PBS Connect Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Markach z 9 grudnia 2020 r. o stosowaniu cen specjalnych, których uwarunkowania objęte są tajemnicą umowy handlowej,
- oświadczenie PBS Connect Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Markach z 7 kwietnia 2023 r. o stałej współpracy z OFFI-PAP i zaoferowaniu cen specjalnych dla przedmiotowego postępowania,
- oświadczenie Taurus Trade z 9 grudnia 2020 r. o współpracy z OFFI-PAP i posiadanych specjalnych warunkach handlowych i rabatach,
- karta katalogowa Pentel markera z okrągłą końcówką,
- karta katalogowa segregatora DONAU PREMIUM-S,
- karta katalogowa Mondi sporządzona w języku angielskim,

- karta katalogowa Koszulek na dokumenty DONAU.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, Wykonawca OFFI-PAP *zamiast wyliczeń ceny załączył do wyjaśnień w charakterze dowodów całkowicie pozbawione znaczenia dla oceny realności wyceny oferty w aktualnym postępowaniu - ogólnikowe oświadczenia dystrybutorów wystawione do innych niż przedmiotowe postępowania w dodatku wystawione w roku 2020.*

W ocenie Izby, żaden z powyższych dokumentów nie dowodzi realności ceny zaoferowanej w postępowaniu. Nie wskazuje bowiem, w jaki sposób ogólnie sformułowane w nich informacje mają przełożenie na cenę zaoferowaną w niniejszym postępowaniu. Wykonawca nie wskazał w wyjaśnieniach w jakiej wysokości i od jakich wykonawców uzyskał rabaty, a także czy zaoferowany w postępowaniu asortyment pochodzi od podmiotów, dla których zostały złożone powyższe oświadczenia. Jedynie oświadczenie złożone przez PBS Connect Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Markach z 7 kwietnia 2023 r. dotyczy produktów oferowanych w tym postępowaniu, jednakże nie jest wiadome, o które produkty chodzi, czy o wszystkie czy jedynie o niektóre z nich.

Bez znaczenia dla wyjaśnień ceny mają również informacje o współpracy OFFI-PAP z innymi podmiotami, bowiem nie zostało wykazane jakie ma to przełożenie na cenę zaoferowaną w tym postępowaniu. Brak jest również wyjaśnień w zakresie kosztów transportu. Wykonawca nie przedstawił również żadnej kalkulacji dla zaoferowanej ceny, a także kalkulacji pozwalającej na oszacowanie zysku w wysokości 82 000, 00 zł netto. Złożone wyjaśnienia są gołosłowne i nie mogą stanowić podstawy do uznania ich realności.

W zakresie wezwania do wyjaśnienia zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, informacja o zatrudnieniu trzech osób na umowę o pracę za stawkę 22,80 zł za godzinę (minimalna stawka wynagrodzenia) nie jest wystarczająca dla wykazania, zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 t.j.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Zamówienie ma być realizowane w okresie 12 miesięcy, a od 1 lipca 2023 r. ma nastąpić zwiększenie minimalnego wynagrodzenia za pracę. Tych okoliczności Wykonawca OFFI-PAP nie uwzględnił w wyjaśnieniach ceny. Powyższa okoliczność potwierdza również zasadność zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wobec wyceny oferty w oparciu o koszty personelu, które nie zakładają wymaganego zwiększenia stawki minimalnej wynagrodzenia).

Podsumowując, wyjaśnienia Wykonawcy OFFI-PAP nie stanowiły potwierdzenia, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Izba nie uwzględniła argumentacji Zamawiającego o zawyżonej wartości szacunkowej zamówienia. Wskazać należy że Wartość szacunkowa winna być ustalona z należytą starannością i odpowiadać realiom rynkowym. Zamawiający mógł przewidzieć margines bezpieczeństwa w postaci zwiększenia środków przeznaczonych na realizację zamówienia, przy określeniu wartości szacunkowej na poziomie ustalonym z należytą starannością.

Ponadto nie można pomijać okoliczności, że ustawodawca w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp przewidział możliwość odstąpienia od wezwania do wyjaśnienia ceny, w okolicznościach gdy cena całkowita oferty 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 ofert, jeżeli rozbieżność ta wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Podkreślić jednak należy, że to właśnie Zamawiający wszczął procedurę wyjaśnienia ceny jako budzącej wątpliwości co do możliwości należytego wykonania zamówienia informując wykonawców, że *dokonana przez Wykonawcę wycena realizacji zamówienia przedmiotowego postępowania, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. W toku badania i oceny ofert stwierdzono, że zaoferowana przez Wykonawcę cena realizacji zamówienia w wysokości (...) jest niższa o więcej niż 30% od przyjętej przez Zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.*

W powyższych okolicznościach w związku z zaistnieniem domniemania rażąco niskiej ceny wykonawcy zobowiązani byli do wykazania że cena zaoferowana przez nich w ofertach, nie jest rażąco niska.

W ocenie Izby Wykonawcy Papirus oraz OFFI-PAP nie udźwignęli ciężącego na nich obowiązku wykazania, że zaoferowana przez każdego z nich cena nie jest rażąco niska. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia naruszeniem art. 239 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz 17 ust 2 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu co ma bezpośredni wpływ na jego wynik.

W tych okolicznościach zarzuty odwołania należało uznać za zasadne.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.



O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....