

Sygn. akt: KIO 2951/21

WYROK

z dnia 22 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2021r. przez odwołującego: **PPHU Sauerkraut sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu** (ul. Łódzka 141, 62-800 Kalisz) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: **Zakład Karny w Łowiczu z siedzibą w Łowiczu** (ul. Wiejska 3, 99-400 Łowicz),

przy udziale wykonawcy: **Zakład Przetwórstwa Warzyw S. P. z siedzibą w Tuszynie** (ul. Ks Ściegiennego 17, 95-080 Tuszyn) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie:
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **PPHU Sauerkraut sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu** (ul. Łódzka 141, 62-800 Kalisz) 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 5 października 2021 r. przez wykonawcę PPHU Sauerkraut sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Karny w Łowiczu w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) [ustawa Pzp lub Pzp lub PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Dostawę warzyw, świeżych, ziemniaków jadalnych oraz kiszonek”; Nr zamówienia DKW.2232.2.2021.JM. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 10 września 2021r. w BZP, Nr 2021/BZP 00177281.

Zdaniem Odwołującego wybór oferty w Części III wykonawcy „Zakład Przetwórstwa Warzyw S. P. (ZPW S. P.) dokonany został z naruszeniem przepisów ustawy PZP z uwagi na:

- 1) uznanie wyjaśnień złożonych przez ZPW S. P., w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty, za prawidłowe, mimo, że Wykonawca nie przedstawił prawidłowych wyjaśnień, a także nie przedstawił dowodów w wymaganym zakresie;
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty ZPW S. P., która zawiera rażąco niską cenę oraz, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) wybór oferty ZPW S. P., która to oferta powinna podlegać odrzuceniu,
- 4) zaniechanie wezwania Sauerkraut do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów zaofertowanej przez Sauerkraut ceny.

Wykonawca podał, że (...) *Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp naraża Odwołującego na poniesienie szkody pozbawiając go możliwości uzyskania zamówienia w Części nr III, na którą Odwołujący złożył prawidłową i nie podlegającą odrzuceniu ofertę, która winna być, po analizie wyjaśnień wykonawcy dotyczących zaofertowanej ceny, uznana za najkorzystniejszą*”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 224 ust. 6 ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 5 PZP - uznanie, że wykonawcy ZPW S. P. wykazał, że jego oferta na Część III nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 226 ust. I pkt 8) ustawy PZP - zaniechanie odrzucenia oferty na Część III złożonej przez wykonawcę ZPW S. P., mimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- 3) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp - jego niezastosowanie, mimo, że oferta wykonawcy ZPW S. P. została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 239 Pzp - jego nieuprawnione zastosowanie do oferty na Część III złożonej przez ZPW S. P. polegające na wyborze tej oferty,
- 5) art. 224 ust. 1 PZP - jego niezastosowanie wobec wykonawcy Sauerkraut, którego oferta winna podlegać badaniu, a który wykonawca winien mieć możliwość udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (2) unieważnienie czynności wyboru oferty na Część III złożonej przez ZPW S. P.; (3) odrzucenia oferty złożonej na Część III przez wykonawcę ZPW S. P.; (4) dokonania powtórnej oceny ofert i wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oferty Odwołującego na Część III; (5) zaliczenie w poczet materiału dowodowego dowodów wskazanych w odwołaniu znajdujących się w aktach Postępowania, 6) zasądzenie kosztów Postępowania przed KIO wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu zarzutów podał:

I. Uzasadnienie faktyczne

1. Zamawiający prowadzi, zgodnie z przepisami ustawy Pzp w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę warzyw, świeżych, ziemniaków jadalnych oraz kiszonek” nr zamówienia DKW.2232.2.2021.JM. Przedmiot zamówienia został podzielony na 3 części. Zgodnie z informacją zawartą Rozdziale III zatytułowanym Opis przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych Dowód: SIWZ na Dostawę warzyw, świeżych, ziemniaków jadalnych oraz kiszonek”

2. W terminie składania ofert do dnia 20.09.2021 r. na część III r. zostały złożone 4 oferty, w tym oferta Odwołującego. Oferty złożone przez Wykonawców:

1. Gospodarstwo Rolne M. D. Morawki 27, 98-235 Błaszki z ceną 25.900 zł,
2. Gospodarstwo Rolne M. W. Sokolina 19A, 28-506 Czarnocin z ceną 25.900 zł,
3. Zakład Przetwórstwa Warzyw S. P. z ceną 13.207 zł,
4. PPHU Sauerkraut sp. z o.o. z ceną 20.821 zł.

Dowód: Oferty złożone w Postępowaniu na Część III

3. Zgodnie z informacją opublikowaną na miniPortalu Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia na Część III - 38 535,00 zł.

Dowód: Informacja zamieszczona na mini Portalu - Terminy i ustawienia postępowania - na okoliczność wysokości kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia na Część III

4. Badanie oferty pod kątem zaoferowania ceny rażąco niskiej, Zamawiający wdrożył wyłącznie wobec wykonawcy ZPW P., kierując do niego w dniu 23 września 2021 r. wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny na Część III zamówienia.

Powyższa oferta została poddana badaniu pod kątem zaoferowanej ceny

„z uwagi na fakt, że zaoferowana cena stanowiła 34% szacunkowej wartości zamówienia. W wezwaniu skierowanym do Wykonawcy ZPW S. P. Zamawiający, działając w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprosiła o wyjaśnienia odnośnie zaoferowanej ceny, wg. Zamawiającego, rażąco niskiej, wskazując m. in. zaoferowana cena jest 0 39% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. W wezwaniu Zamawiający zażądał przedstawienia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia cen w następującym zakresie: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych 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) 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 dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. Dowód: Wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 23 września 2021 r. skierowane do wykonawcy ZPW S. P.

5. W dniu 25 września 2021 r. Wykonawca ZPW S. P. przedstawił odpowiedź na wezwanie Zamawiającego. W swoich wyjaśnieniach Wykonawca ZPW S. P. nie przedstawił ani żadnych wyliczeń dotyczących zaoferowanych cen, ani tym bardziej jakichkolwiek dowodów żądanych przez Zamawiającego ograniczając się do jednostronicowej ogólnej informacji i stwierdzeń, które z żadnym stopniem nie mogą być uznane za oczekiwane wyjaśnienia. Wykonawca ograniczył się do stwierdzenia produkty wykonuje siłami własnymi i dlatego koszty jego pracy są niskie. Odwołujący zwracał uwagę Zamawiającego na niewiarygodność ceny zaoferowanej przez ZPW S. P. w piśmie z dnia 25 września 2021 r., do którego załączył cenniki z rynku hurtowego z różnych terenów Polski. Dowód: Wyjaśnienie wykonawcy ZPW S. P. z dnia 25.09.2021 r.; Pismo Odwołującego z dnia 25.09.2021 r. z załącznikami

6. Odwołujący podkreśla, że istotą kształtowania cen jest rozpatrywanie ich z punktu widzenia rynku i z punktu widzenia ponoszonych kosztów. Przy rozpatrywaniu cen z punktu widzenia kosztów konieczne jest pokrycie kosztów związanych z wytwarzaniem i dystrybucją produktów oraz ze stopą wzrostu zainwestowanego kapitału. Kosztowa formuła ustalania cen stosowana jest szeroko przez mniejsze firmy i jest najbardziej elementarną metodą ustalania cen. Obejmuje ona kalkulację wszystkich kosztów, jakie mogą być związane z danym produktem, powiększoną o pożądaną marżę handlową, ustalaną przez właściciela bądź kierownictwo firmy (tak literatura przedmiotu: Nessim Hanna i M. Robert Dodge "Kształtowanie cen, Strategie i procesy" — pozycja książkowa wydana przez Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 1997). Prostota tej metody pozwala na wykorzystanie prowadzonej ewidencji kosztów do sporządzenia każdorazowo we własnym zakresie indywidualnej kalkulacji kosztów, bez szczególnej znajomości zasad rachunkowości oraz do zbudowania ceny na dany produkt. Rachunek kosztów jest niezbędny do oceny ekonomicznej efektywności wytworzonych produktów. J. M. we wstępie do opracowania pt. "Rachunek Kosztów", wydanego przez „Finanse-Servis” Zespół Doradców Finansowo-Księgowych, Warszawa 1995 r. zwraca uwagę na problematykę rachunku kosztów w jednostkach gospodarczych. Wskazuje przy tym, że jest on podstawą wiarygodnego wyniku na działalności gospodarczej. Każdorazowo chcąc dojść do odpowiedzi na pytanie o efektywność wytwarzanych produktów, należy zatem taki rachunek sporządzić.

7. Wykonawcy biorący udział w Postępowaniu byli zobowiązani do uwzględnienia w cenie oferty wszystkich składników cenotwórczych, w tym wszystkich kosztów. Takie zobowiązanie wynikało wprost z Rozdziału XIV lit. m) SIWZ, w którym Zamawiający napisał, że „Cena ofertowa musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wszystkie inne koszty oraz ewentualne upusty i rabaty, a także wszystkie potencjalne ryzyka ekonomiczne, jakie mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu umowy wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy. Dowód: SIWZ na Dostawę warzyw, świeżych, ziemniaków jadalnych oraz kiszzonek”

8. Z tego powodu, na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 września 2021 r. skierowane do Wykonawcy ZPW S. P. był on zobowiązany do wskazania w składanych wyjaśnieniach jakie składniki i koszty uwzględnił w cenie oferty, a także przedstawienia dowodów prawidłowego wyliczenia ceny oferty. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca ZPW S. P. nie złożył wyczerpującej i zgodnej z treścią wezwania, przepisami ustawy Pzp oraz jednoznacznymi w tym względzie orzeczeniami KIO odpowiedzi. Udzielił zdawkowych wyjaśnień, nie przedstawił żadnych dowodów, nie dołączył żadnych faktur zakupowych czy sprzedażowych, nie dowiódł, że oferowane przez niego ceny poszczególnych części nie stanowią cen rażąco niskich. Dowód: Wyjaśnienie Wykonawcy ZPW S. P. z dnia 25.09.2021 r.

9. Wskazana powyżej analiza pisma złożonego przez wykonawcę ZPW S. P. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego prowadzi do wniosku, że ZPW S. P. nie zawarł w wyjaśnieniach wymaganych informacji, a także nie przedstawił dowodów, uchybiając tym samym normie zawartej w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp co winno skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Tymczasem nie tylko oferta złożona przez tego Wykonawcę nie została odrzucona, lecz Zamawiający dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Dowód: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 września 2021 r. zawierająca liczbę przyznanych punktów poszczególnym ofertom

II. Uzasadnienie prawne

II.1. Obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP

1. Jak wynika z zestawienia cen ofertowych, co wskazano w uzasadnieniu faktycznym, wszystkie złożone na Część III oferty były niższe o więcej niż 30% od szacunkowej wartości zamówienia. Przedmiotowy fakt powodował konieczność wdrożenia Postępowania w przedmiocie weryfikacji rażąco niskiej ceny. Zamawiający jednakże wdrożył procedurę badania ceny ofertowej jedynie wobec wykonawcy ZPW S. P.. Zamawiający mianowicie, działając w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w piśmie z dnia 23 września 2021 r. zobowiązał tego Wykonawcę do przedłożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w tym przedstawienia dowodów. Od tego momentu, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny obciąża wykonawcę. Odpowiedź Wykonawcy ZPW S. P. nie doprowadziła jednak do usunięcia wskazanych w piśmie Zamawiającego wątpliwości i ustalenia rzeczywistych kosztów, istotnych w procesie ustalanie ceny produktu. Odwrotnie w złożonej przez ZPW S. P. odpowiedzi Wykonawca ten nie odniósł się w ogóle do wymaganych składników i kosztów. Wbrew przepisom ustawy PZP nie przedstawił także wymaganych pismem Zamawiającego i przepisami ustawy Pzp dowodów.

2. Wyjaśnienia obejmować miały, zgodnie z treścią wezwania i bezwzględnie obowiązującymi normami ustawy Pzp, dowody dotyczące wyliczenia ceny. Oznacza to zatem, iż w ww. dacie Zamawiający uznał, że rozbieżność ceny ofertowej i szacunkowej wartości zamówienia uzasadnia domniemanie, że oferta ZPW S. P. zawiera cenę rażąco niską i niezbędne jest przedstawienie przez tego Wykonawcę dowodów na przeciwieństwo. Pamiętać bowiem należy, że Prawo zamówień publicznych jednoznacznie wskazuje, że to na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska. Ewentualne stwierdzenie, że Zamawiający się pomylił, a wartość zamówienia nie jest tożsama lub porównywalna z kwotą, jaką postanowił przeznaczyć na jego realizację, nie ma doniosłości prawnej, bowiem ustawodawca nie przewidział wyjątku w powyższym zakresie. Z oświadczenia Zamawiającego z dnia 23 września 2021r. wynika, iż zaoferowana przez

wykonawcę ZPW S. P. cena zawarta w jego ofercie na część III jest rażąco niska i budzi wątpliwości co do zaoferowania przedmiotu oferty zgodnie ze swz.

3. Mając na uwadze treść powołanego wyżej przepisu art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązując Wykonawców do złożenia wyjaśnień, w istocie przerzucił na nich ciężar dowodu wykazania, że ich ceny lub wskazywane koszty nie są rażąco niskie. Konstatacja ta jest zgodna z orzeczeniem KIO zachowującym aktualność w obecnym stanie prawnym, która w wyroku z dnia 22.07.2019 r. (sygn.. akt: 1295/19) stwierdziła, że: Zwrócenie się przez Zamawiającego do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Konsekwencją zapytania jest także przerzucenie na Wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co znajduje odzwierciedlenie wprost w treści ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Z momentem skierowania stosowanego pisma, na wezwanym Wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Również w wyroku

4. Wykonawca ZPW S. P. nie sprostął przedmiotowemu wymogowi. Złożone przez niego wyjaśnienia nie obejmują żadnych dowodów ani twierdzeń, które pozwoliłyby na obalenie ustawowo wyartykułowanego domniemania rażąco niskiej ceny. Przeciwnie - potwierdzają one, iż zaoferowane ceny są dalece zaniżone, nie potwierdzają zgodności przedmiotu oferty ze SIWZ, nie odnoszą się w ogóle do kalkulacji cen ofertowych, nie pozwalają na stwierdzenie czy ceny te umożliwiają realizację zamówienia z godziwym zyskiem, Wskazania przy tym wymaga, że obowiązek przedstawienia dowodów spoczywa na Wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest ich przedłożenie. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym Wykonawcy jest niewystarczające, zważywszy że ustawodawca używa sformułowania „obowiązek wykazania” (a zatem udowodnienia) i czyni wyjaśnienia gołosłownymi.

5. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „Wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w Dybie art. 90 ust. 1 p.z.p., nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. ” (tak: Wyrok KIO 2788/20).

6. Twierdzenia zawarte w piśmie Wykonawcy ZPW S. P. mają charakter ogólnikowy i nie pozwalają na stwierdzenie, czy, a jeżeli tak, to jakiego rzędu oszczędności Wykonawca ma możliwość poczynić realizując dostawy. Tak ogólnikowe oświadczenia, jak te złożone w piśmie tego Wykonawcy, mógłby złożyć każdy uczestnik Postępowania. Podnoszone przez Wykonawcę ZPW S. P. okoliczności nie stanowią bowiem żadnego wyróżnika, jaki

zapewniałby mu przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami. Przytaczane przez niego okoliczności mają charakter ogólny i mogły być brane pod uwagę przez wszystkich uczestników Postępowania. Nie bez znaczenia jest też fakt, iż Wykonawca ZPW S. P. nie przedstawił, nie licząc treści wyjaśnień, żadnych dowodów, które potwierdzałyby prawdziwość jego twierdzeń. W takiej sytuacji Zamawiający nie miał - w najlepszym dla Wykonawców wypadku - realnej możliwości zbadania, czy ceny nie są rażąco niskie, a nawet możliwości zweryfikowania czy ten Wykonawca dysponuje w ogóle potencjałem pozwalającym na realizację przyjętego na siebie zamówienia np. wymaganymi środkami transportowymi wymaganymi 1 ust. 3 Wzoru Umowy dostawy. Dowód: Wzór umowy dostawy 7. Przytoczył tezę wyroku KIO (2637/18): Prawidłowości ceny oferty nie można wykazywać poprzez powoływanie się na specjalistyczną wiedzę Zamawiającego prowadzącego działalność w danej branży. Istnienie po stronie Zamawiającego takiej wiedzy nie usprawiedliwia odstąpienia od złożenia wyczerpujących wyjaśnień. Podnieść należy w tym miejscu, iż, zgodnie z orzecznictwem KIO, wyjaśnienia składane przez Wykonawcę na okoliczność rażąco niskiej ceny winny być konkretne i odnosić się do danego Postępowania. Nie wykluczając bowiem co do zasady mocy dowodowej samego oświadczenia Wykonawcy, stwierdzić należy, że winno ono pozwolić Zamawiającemu na stwierdzenie, czy przedmiotowa cena nie jest rażąco niska. Nie sposób powziąć takiego stwierdzenia wyłącznie na podstawie wyjaśnień natury ogólnej, abstrahujących od realiów określonego zamówienia.

8. Odwołujący wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zachowujące aktualność w obecnym stanie prawnym, które winno zostać zastosowane w niniejszym stanie faktycznym; KIO 1295/19; KIO 1492/15; KIO 1375/15, KIO1391/15 ; KIO 1147/15 podkreślając merytoryczną wartość przedstawionych wyjaśnień, które zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 Pzp muszą być poparte dowodami. Weryfikację natomiast można przeprowadzić wyłącznie o przedstawione dowody. Także jednokrotność wezwań, analogicznie jak możliwość zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający nie może bowiem w sposób nieskończony prowadzić niejako negocjacji, poprzez wielokrotne wzywanie do wyjaśnień (KIO 1147/15).

9. Cena podane przez Wykonawcę ZPW S. P. spełnia zatem kryteria uznania jej za rażąco niską. Zgodnie z orzecznictwem KIO (992/19): „Cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych Wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku, znacznie odbiegająca od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazująca na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usług?”. Przywołać w tym miejscu należy orzeczenia KIO w sprawach KIO 2824/14 i 12/15, zgodnie z którymi: „Istotne znaczenie przy

ocenie rażąco niskiego charakteru zaofferowanej ceny należy przypisać porównaniu ocenianej wartości z cenami usług i dostaw porównywalnych do przedmiotu zamówienia, występujących na tym samym rynku. Najlepszym odzwierciedleniem cen rynkowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia jest porównanie badanych cen z cenami pozostałych wykonawców biorących udział w tym samym Postępowaniu. Mając powyższe na uwadze, nie sposób przyjąć, iż niedoszacowanie przez Konsorcjum poszczególnych pozycji składających się na kalkulację ceny nie wpływa na możliwość realizacji przez niego przedmiotowej umowy. Przesądza o tym przede wszystkim wielość punktów, w jakich przedstawiono koszty nierealne, jak również astronomiczny wręcz rozdźwięk pomiędzy jego ceną, propozycją Odwołującego i efektem kalkulacji opartych na danych przedstawionych przez Konsorcjum ' .

10. Podsumowując niniejszy wątek stwierdzić należy, iż w toku Postępowania Wykonawca ZPW S. P. nie tylko nie wykazał, że cena jego oferty nie ma charakteru rażąco niskiej, lecz wręcz wskazał, że została skalkulowana wadliwie i nie dają rękojmi należytego wykonania umowy zgodnie z przedmiotem zamówienia. Skonfrontowany z ich wyjaśnieniami Zamawiający winien odrzucić ofertę tego Wykonawców z uwagi na: 1) ogólny charakter wyjaśnień pozbawiony wskazania indywidualnych dostępnych wykonawcom sprzyjających warunków realizacji dostaw, 2) nieprzedstawienie dowodów, że zaofferowane ceny nie są rażąco niskie. Przesłanki te stanowią podstawę do odrzucenia oferty tego Wykonawcy. Fakt, że nie spotkała się z reakcją ze strony Zamawiającego, czyni zarzut rażąco niskiej ceny tym bardziej zasadnym. (wyrok KIO 1295/19: „W Postępowaniu odwoławczym w którym przedmiotem zarzutu są kwestie rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy, Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość decyzji dotyczącej odrzucenia oferty tego Wykonawcy, albowiem przedmiotem odwołania może być wyłącznie czynność lub zaniechanie Zamawiającego”).

11. Odwołujący podnosi także, że w obecnym stanie faktycznym Wykonawca ZPW S. P. nie może już składać żadnych dodatkowych wyjaśnień. Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8, w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp obejmuje sytuację określoną w art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku art. 224 ust. 6 ustawy Pzp nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaofferowania rażąco niskiej ceny. W wyroku KIO 2025/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: „Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy

kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej. Powyższe prowadzi bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć. W orzecznictwie wskazuje się, że ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który uchyla się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawia wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy”. Celem art. 224 ust. 6 ustawy Pzp jest zmobilizowanie wykonawców do składania wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, poprzez nałożenie sankcji za ich nieudzielenie. Użyte w art. 224 ust. 6 ustawy Pzp sformułowanie „odrzuconiu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień (...)” oznacza również sytuację, gdy wykonawca składa wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy.

12. W aktualnym także w obecnym stanie prawnym wyroku KIO 2380/17, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że: „Przedstawione przez wykonawcę, w odpowiedzi na wezwanie skierowane do niego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia i dowody podlegają więc ocenie zamawiającego, który następnie dokonuje odpowiednich czynności, tj. przyjmuje bądź odrzuca ofertę. Stąd też istotnym jest, aby wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przedstawił zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące zaoferowanej ceny, w tym informacje na temat kalkulacji ceny, uwarunkowania, w jakich ta kalkulacja była dokonana, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji, a także inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Podkreślić przy tym należy, że informacje, o których mowa, zamawiający uzyskuje od wykonawcy, do którego kierowane jest wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie natomiast z treścią art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Skoro więc źródłem informacji są wyjaśnienia wykonawcy i to na nim spoczywa ciężar dowodu, powinien on zadbać o to aby przedstawione wyjaśnienia były rzetelne, pełne i wyczerpujące, a także aby nie były to wyjaśnienia gołosłowne, a co za tym idzie, wykonawca powinien też załączyć do wyjaśnień stosowne dowody. W tym miejscu wskazać należy, że choć przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zawiera ograniczenia co do jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to zgodnie z jednolitą linią orzecniczą przyjmuje się, że biorąc pod uwagę, iż wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.), a także mając na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do wykonawcy jednokrotnie. Powtórne wezwanie jest możliwe, jeśli złożone wyjaśnienia rodzą u zamawiającego kolejne wątpliwości, na przykład gdy treść

wyjaśnień jest niejasna dla zamawiającego i oczekuje on doprecyzowania niektórych zagadnień. Stanowczo należy podkreślić, że nie jest rolą zamawiającego przejęcie od wykonawcy inicjatywy w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny i kierowanie wezwań „do skutku”. Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji, przy niestarannej postawie wykonawcy, uznać należy za dokonywane z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Innymi słowy, brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z powyższego płynie jednoznaczny wniosek, że wykonawca, który nie sprostą obowiązkowi wyrażonemu w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia jego oferty ”.

13. Należy także zwrócić uwagę na brak możliwości wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu. Jako zaś oferta podlegająca odrzuceniu, nie powinna być ona brana pod uwagę w aspekcie możliwości uzyskania statusu oferty najkorzystniejszej. Jak wskazano w orzecznictwie sądowym: „Przez wybór najkorzystniejszej oferty należy zatem rozumieć wszelkie zachowania zamawiającego w ramach etapu badania i oceny ofert, które doprowadziły zamawiającego do podjęcia decyzji o wyborze oferty. Dlatego też nie może zostać uznana za najkorzystniejszą oferta, która podlega odrzuceniu i nie można też wykluczyć dopuszczalności wniesienia odwołania przez wykonawcę również i z tej przyczyny”. (tak: wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach, XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 13 lutego 2017 r., sygn. akt XIX Ga 3/17).

II. 2. Obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

14. Przywołując w tym miejscu tezy i twierdzenia zaprezentowane w punkcie 11.1 odwołania, podkreślenia wymaga, że oferta na Część III złożona przez Wykonawcę ZPW S. P. winna być traktowana w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji. Przywołać należy w tym miejscu orzeczenie KIO nr 825/15, zgodnie z którym: „ Ustalenie cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby uzyskać zamówienie, narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.”

16. Jak zostało wykazane w ramach niniejszego odwołania, cena zaoferowana przez Wykonawcę ZPW S. P. za wykonanie Części III nie przystaje do realiów rynkowych i uniemożliwia osiągnięcie zysku. W związku z tym Odwołujący ma uzasadnione podstawy by twierdzić, że zaoferowana cena ma charakter dumpingowy, a w konsekwencji oferta złożona przez Wykonawcę ZPW S. P. powinna być odrzucona również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

17. Po odrzuceniu oferty złożonej przez ZPW S. P. Zamawiający winien wdrożyć zaniechaną wcześniej procedurę wyjaśnień wobec pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty na Część III i po upewnieniu się, że Odwołujący, który złożył drugą w kolejności niską cenę

oferty, prawidłowo wyjaśnił i udowodnił prawidłowość wyliczenia ceny oferty, Zamawiający winien dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

(...).

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Zakład Przetwórstwa Warzyw S. P. z siedzibą w Tuszynie wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał: „Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w piśmie z dnia 25.09.2021 roku wyjaśniam, że w przypadku dostaw od mojej firmy — Zakładu Przetwórstwa Warzyw zachodzą wyjątkowo korzystne warunki dostaw, z uwagi na bliską odległość Zamawiającego od siedziby mojej firmy w Tuszynie ul. Ściegiennego 17tj. 80 km , a w praktyce od mojego punktu sprzedaży, w którym codziennie prowadzę działalność tj Rynek Hurtowy Zjazdowa ul Budy 4 - 50 km. Odległość PPHU Sauerkraut od zamawiającego 180 km. Z porównania ofert na dostawę kiszonek odwołującego PPHU Sauerkraut sp. z o.o. w wysokości 20 821 zł. a, wykonawcy Zakłady Przetwórstwa Warzyw w wysokości 13 207 zł, wynika różnica 7614 zł. Różnica w km = 130 km dalej z Kalisza niż z Łodzi. Zgodnie z Umową minimalna ilość dostaw roku 24 szt. (minimum dwa razy w miesiącu). W ciągu roku daje to $24 \times 260 = 6240$ km. Koszt przejazdu 1 kilometra wynosi od 2 do 6 zł za 1 kilometr. Należy pamiętać, że nie rozmawiamy o ofertach z OLX kursów rozklekotanym busem, a o przewozie żywności zarejestrowanym w Sanepidzie, spełniającym wymogi systemu HACCP, samochodem chłodnią. Koszty dostaw (paliwo, płaca kierowcy, amortyzacja, koszty eksploatacji - części płynny, oleje itp.) będą tylko rosły, czego nie będę udowadniać. Z pobieżnej analizy przedstawionych wyliczeń wynika, że zamawiający będzie ponosił koszty usytuowania dostawcy daleko od miejsca dostawy. Równie oczywistym jest fakt, że szybkość reagowania na prośby czy żądania zamawiającego na dystansie 50 km jest większa niż na dystansie 180 km”.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Izba nie zgodziła się bowiem z twierdzeniami Odwołującego, że wybór oferty w Części III wykonawcy „Zakład Przetwórstwa Warzyw S. P. (ZPW S. P.) jako oferty najkorzystniejszej dokonany został z naruszeniem przepisów ustawy Pzp z uwagi na: (1) uznanie wyjaśnień złożonych przez ZPW S. P., w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty, za prawidłowe, pomimo że wykonawca nie przedstawił prawidłowych wyjaśnień, a także nie przedstawił dowodów w wymaganym zakresie; (2) zaniechanie odrzucenia oferty ZPW S. P., która zawiera rażąco niską cenę oraz, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Przedmiot zamówienia „Dostawa warzyw, świeżych, ziemniaków jadalnych oraz kiszonek” został podzielony na części, z których część III obejmowała dostawę kapusty i ogórków. Składający ofertę ZPW ZPW S. P. z siedzibą w Tuszynie w odpowiedzi na wezwanie z dnia 23 września 2021 r. podał:

(...):

1. *Przedstawione do sprzedaży produkty kiszone wykonane siłami własnymi i członków rodziny, bez udziału siły najemnej. Moje koszty pracy są w związku z tym niskie, a na pewno niższe od dużych przedsiębiorstw i spółek.*
2. *Nie jestem pośrednikiem, który skupuje w dużych ilościach kapustę kiszoną i ogórki kiszone, żeby je potem korzystnie sprzedać.*
3. *Surowiec podstawowy kapusta biała i ogórek pochodzi z zakupów hurtowych dokonanych w roku bieżącym. Poza lokalnie występującą suszą, panowały sprzyjające warunki pogodowe co spowodowało urodzaj kapusty, a w związku z tym korzystne warunki zakupu.*
4. *Zakład mój posiada od dawna bardzo dobre urządzenia techniczne: silosy, beczki, szatkownice itp., których nie trzeba było kupować czy modernizować — stąd bardzo niskie techniczne koszty produkcji.*
5. *Sól użyta do kiszenia pochodzi z zakupów z lat ubiegłych i nie było potrzeby jej zakupu.*
6. *Na stosunkowo niską cenę na dostawy do Waszego Zakładu wpływa również korzystna lokalizacja mojego zakładu. Zakład główny mieści się w Tuszynie, ja natomiast codziennie pracuję w moim punkcie sprzedaży na Łódzkim Rynku Hurtowym „Zjazdowa” przy ul. Budy 4, do którego hurtowo dostarczam beczki kapusty i ogórków. Odległość od mojego punktu sprzedaż do Waszego Zakładu ok.50 km. Ma to niebagatelne znaczenie dla wysokości kosztów transportu, które są znacznie niższe niż, przykładowo z Kalisza skąd odległość wynosi 180 km. W związku z powyższym nie płacicie mi Państwo za transport, a głównie za mój towar.*
7. *W związku z bliskim położeniem punktu sprzedaży od Waszego Zakładu, jestem w stanie bardzo szybko zareagować na Wasze potrzeby i dostarczyć towar niezwłocznie.*
8. *Nadmieniam, że jestem regularnie kontrolowany przez Sanepid, który sprawdza warunki produkcji, zgodnie z wymaganiami systemu HACCP.*
9. *Brałem udział w wielu przetargach, również dla jednostek służby więziennej w tym także dla Waszego Zakładu Karnego w Łowiczu i nigdy nie było zastrzeżeń dla moich produktów”.*

Te wyjaśnienia stanowiły odpowiedź na wezwanie we wskazanym piśmie w którym Zamawiający wskazał i wymagał: (...) Zakład Karny w Łowiczu w złożonej przez Państwo ofercie (część III - dostawy kiszonek), stwierdził iż cena jest 0 39 % niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert (średnia arytmetyczna: 21457,00 zł). W związku z

powyższym Zamawiający zwraca się, na podstawie art. 224 ust. 1 upzp, o udzielenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnej części składowej. Wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych 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) 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”.

Izba stwierdza, że w każdym ze wskazanych punktów wezwania wykonawca (w zakresie specyfiki tego przedmiotu zamówienia) odniósł się do: procesu produkcji i dostępnych środków technicznych oraz materiałów, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw i ich oryginalności, a także kosztów pracy. Zatem uznanie przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez ZPW S. P. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp. Wyjaśnienia były adekwatne do treści wezwania oraz do tego przedmiotu zamówienia i odnosiły się do sytuacji tego wykonawcy. Tym samym nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że kwestionowana oferta zawiera rażąco niską cenę oraz, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na treść złożonych wyjaśnień.

Odwołujący podnosząc przedmiotowe zarzuty, w głównej mierze wskazywał i odnosił się do kwestii związanej z wadliwością czynności Zamawiającego polegającej na błędnej ocenie wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, podkreślając brak złożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów potwierdzających okoliczności opisane przez Przystępującego w wyjaśnieniach. W ocenie Izby, co potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby

Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, niektóre przypadki, charakterystyczne dla określonego przedmiotu zamówienia, nie będą wymagały takich dowodów, na jakie wskazano w odwołaniu. Z takimi przypadkami mamy do czynienia w sytuacjach zamówień prostych, nieskomplikowanych. Ten przedmiot zamówienia nie jest przedmiotem skomplikowanym i wyjaśnienia składane mogły się charakteryzować nawet dużą dozą ogólności, tym bardziej, że równie ogólne, wręcz blankietowe, było wezwanie Zamawiającego, który w zasadzie odwołał się do przytoczenia treści przepisu Pzp.

W konkluzji Izba stwierdza, że uwzględniając konkretny kontekst sytuacyjny tej sprawy, jego charakterystyczne cechy indywidualizujące przedmiotowe zamówienie - wybór oferty wykonawcy ZPW S. P. nie naruszał wskazywanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba także stwierdza, że zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp z uwagi „*na jego niezastosowanie wobec wykonawcy Sauerkraut, którego oferta winna podlegać badaniu, a który wykonawca winien mieć możliwość udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny*” z uwagi na jego cofnięcie nie jest przedmiotem tego rozstrzygnięcia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz 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 2020r. poz. 2437)

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....