

Sygn. akt: KIO 3411/22

WYROK
z dnia 2 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 2 stycznia 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ENERIS Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach (pełnomocnik) oraz ENERIS Gorzów Wielkopolski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Krajeńskich

przy udziale wykonawcy Laguna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 3411/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu w postępowaniu na *Świadczenie usług w zakresie odbioru, wywozu odpadów komunalnych wraz z podstawieniem pojemników na terenach należących lub administrowanych przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Strzelcach Kraj.* unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszej tj. czynności z dnia 15 grudnia 2022 roku oraz nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Laguna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Zamawiającego – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Krajeńskich i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ENERIS Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach (pełnomocnik) oraz ENERIS Gorzów Wielkopolski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Krajeńskich na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ENERIS Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach (pełnomocnik) oraz ENERIS Gorzów Wielkopolski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim kwotę 11 100, 00 zł (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Krajeńskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Świadczenie usług w zakresie odbioru, wywozu odpadów komunalnych wraz z podstawieniem pojemników na terenach należących lub administrowanych przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Strzelcach Kraj.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 listopada 2022 roku pod numerem 2022/BZP 452308/01.

W dniu 20 grudnia 2022 roku Odwołujący działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1710; dalej „ustawa”, „PZP”) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia na *Świadczenie usług w zakresie odbioru, wywozu odpadów komunalnych wraz z podstawieniem pojemników na terenach należących lub administrowanych przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Strzelcach Kraj.*

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Laguna Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim (dalej: „wykonawca Laguna”), pomimo, że Wykonawca ten złożył ofertę, która nie zawierała formularza cenowego, tj. niezgodną z treścią dokumentów zamówienia;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8, w zw. z art 224 ust. 6, w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Laguna, pomimo, że Wykonawca ten na wezwanie Zamawiającego, nie złożył wyjaśnień, a złożone w odpowiedzi na wezwanie pismo stanowi ogólnikowe i lakoniczne przedstawienie ogólnej kalkulacji ceny nie opatrzone żadnym komentarzem, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

ewentualnie w razie nieuwzględnienia powyższych zarzutów

- 3) art. 128 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania do uzupełniania dokumentów potwierdzających, że wykonawca Laguna spełniania warunki udziału w postępowaniu określone w Rozdziale XIV pkt 1 tiret drugie, pomimo faktu, że na wezwanie do ich złożenia skierowanym w trybie art. 274 ust. 1 ustawy PZP, Wykonawca

Laguna nie przedstawił podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełniania warunku.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Laguna, dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert; ewentualnie wezwanie wykonawcy Laguna do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunku zdolności technicznej i zawodowej.

Odwołujący podał, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 ustawy, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W Postępowaniu złożono dwie oferty. Oferta Odwołującego uplasowała się w Postępowaniu na drugim miejscu. Uwzględnienie odwołania skutkujące odrzuceniem oferty wykonawcy Laguna spowoduje, że najwyżej ocenioną ofertą będzie oferta Odwołującego, co pozwoli Odwołującemu na uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy załączyli do oferty formularz cenowy, który określał ceny jednostkowe i stanowił podstawę rozliczeń stron.

Zgodnie z Rozdziałem X pkt 1 ppkt 1) SWZ:

X. Opis sposobu przygotowania oferty.

1. Wykaz dokumentów składających się na ofertę.

1) formularz ofertowy - według wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ wraz z formularzem cenowym 1A.

Zgodnie z Rozdziałem XVI pkt 1 SWZ:

XVI. Sposób obliczenia ceny.

1. Wykonawca określi cenę (wartość zamówienia) poprzez wyliczenie jej zgodnie z załącznikiem do SWZ (załączniki nr 1A).

Formularz cenowy stanowił element formularza oferty. Ma on zasadnicze znaczenie dla niniejszego postępowania, stanowiąc istotną treść oferty Wykonawcy, stanowiącą *essentialia negotii* tej oferty, czyli cenę.

Jak wynika z § 8 ust. 1 Wzoru umowy: *Strony uzgadniają, że za wykonanie prac stanowiących zakres usługi będącej przedmiotem niniejszej umowy, Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie ustalone na podstawie ceny jednostkowej określonej w ust. 2 oraz ilości (faktycznie wykonanych i odebranych comiesięcznym protokołem odbioru)*

wykonanych prac według obmiaru potwierdzonego przez osoby do tego upoważnione.

Dalej w ust. 2 wskazano, że: *Strony uzgadniają za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 2, jako wynagrodzenie orientacyjne, zgodnie ze złożoną ofertą Wykonawcy, w wysokości:*

1) netto: zł

2) podatek VAT: %

3) brutto: zł

4) w tym wynagrodzenie orientacyjne w **roku 2023** wyniesie zł

(słownie:wraz z podatkiem VAT;

W ust. 3 i 4 Wzoru umowy, wskazano, że:

3. *Zgodnie z art. 433 pkt 4) pzp, Zamawiający wskazuje, że sumaryczna wartość wywozu odpadów nie powinna wynieść mniej niż 70% orientacyjnego wynagrodzenia umownego.*

4. *Wynagrodzenie orientacyjne brutto dla całości zamówienia może ulec zmianie w związku ze zmianą obowiązującej stawki podatku VAT.*

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że we wzorze umowy przyjęto kosztorysową formę rozliczenia, według obmiaru, za faktycznie wykonane usługi na podstawie cen jednostkowych.

Wykonawca Laguna nie załączył do oferty wymaganego załącznika 1A. Jego oświadczenie w zakresie ceny ograniczone zostało do oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym, że cena za realizację zamówienia wynosi 242 352,00 zł brutto (224 400,00 zł netto). W związku z tym, z treści oferty nie sposób ustalić, na podstawie jakich stawek jednostkowych Zamawiający wypłaci wynagrodzenie.

To w oparciu o Formularz cenowy Zamawiający dowiaduje się, jaka będzie cena za wykonanie poszczególnych czynności w ramach zamówienia, które będzie zlecał na podstawie zawartej z wykonawcą umowy. Powyższa okoliczność przemawia za przyjęciem, że Formularz cenowy, który określa wysokość ceny i podstawy do rozliczenia należnego wykonawcy wynagrodzenia, stanowi istotny element treści oferty składanej w toku postępowania. Pismem z dnia 6 grudnia 2022 r. Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust 1 ustawy wezwał Wykonawcę Laguna do uzupełnienia dokumentu – formularza cenowego – załącznik 1A, wyznaczając termin na dokonanie tej czynności na dzień 14.12.2022 r. Takie działanie Zamawiającego daje Wykonawcy nieograniczone pole do kształtowania ceny oferty po upływie terminu składania ofert, już po zapoznaniu się z cenami ofert pozostałych wykonawców. Wykonawca może kształtować ceny jednostkowe w granicach oświadczenia o cenie zawartego w formularzu oferty. Podkreślenia wymaga, że cena oferty wyrażona w formularzu i przyjęta dla porównania ofert, to jedynie orientacyjne

wynagrodzenie wykonawcy stanowiące wypadkową cen jednostkowych z formularza cenowego, które stanowią podstawę rozliczenia i zakładanych ilości. Wykonawca Laguna składając po upływie terminu składania ofert załącznik 1A uzupełnił w ten sposób treść złożonej oferty po upływie terminu składania ofert.

W konsekwencji, uzupełnienie formularza cenowego Wykonawcy Laguna niewątpliwie prowadziło do wykreowania nowego oświadczenia woli Wykonawcy w zakresie ceny oferty, tym samym istotnej zmiany merytorycznej treści oferty. Podobne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3082/21, uznając, że nawet poprawienie omyłek w złożonym pierwotnie formularzu może prowadzić do zmiany oświadczenia woli, z uwagi na to, że wartości brutto poszczególnych elementów zamówienia mają znaczenie dla rozliczenia z Zamawiającym i Partnerami. Zamawiający przewidział bowiem w umowie odbiory częściowe zamówienia. Podobnie w wyroku z dnia 12 marca 2021 r. sygn. akt KIO 503/21 Izba uznała, że brak wyceny jednej pozycji w formularzu cenowym stanowi podstawę do odrzucenia oferty, jeśli nie jest możliwe ustalenie tej wartości na podstawie innych elementów oferty.

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Przepis ten nie uprawnia Zamawiającego do wezwania do uzupełniania treści złożonej oferty, w szczególności ceny ofertowej. Formularz cenowy stanowił treść oferty, a nie inny dokument lub oświadczenie w rozumieniu art. 128 ustawy, zatem zastosowanie tego przepisu nie było uzasadnione, a przedstawiony w wyniku wezwania dokument nie może być brany pod uwagę przy ocenie oferty. W związku z tym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wezwanie do złożenia formularza cenowego i wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zostały skierowane tego samego dnia, co oznacza, że Wykonawca Laguna miał nieograniczone możliwości kształtowania cen jednostkowych w sposób pozwalający na ich « dopasowanie » do ceny całkowitej i samych wyjaśnień. Poszczególne stawki jednostkowe w uzupełnionym formularzu cenowym w ocenie Odwołującego okoliczność tę tylko potwierdzają.

2. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny

Pismem z dnia 6 grudnia 2022 r. działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Zamawiający wezwał wykonawcę Laguna do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny za realizację

przedmiotu zamówienia. Termin na złożenie wyjaśnień wyznaczono na dzień 09.12.2022 r. Zamawiający, wezwał Wykonawcę Laguna do złożenia „wyczerpujących i szczegółowych wyjaśnień w sprawie zaproponowanej w ofercie ceny, które udowodnią, że cena nie jest rażąco niska oraz, że za zaoferowaną cenę Wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia w pełnym zakresie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.”

Wezwany w trybie art. 224 ust. 1 ustawy 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 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 zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty.

W odpowiedzi na to wezwanie, w ocenie Odwołującego, wykonawca Laguna przedstawił ogólnikowe pismo, które trudno w ogóle uznać za wyjaśnienia, w którym poza zapewnieniem, że wykona przedmiot zamówienia w pełnym zakresie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz informacją o tym, że zamówienie dotyczy rejonu, który Wykonawca Laguna obsługuje, przedstawił fragmentaryczne zestawienie kosztów nie opatrzonej żadnym komentarzem.

Zestawienie to nie koresponduje w żadnym stopniu z przedstawionym (uzupełnionym) Załącznikiem 1A do oferty. Jak już wcześniej wspomniano wynagrodzenie wykonawcy nie jest wynagrodzeniem ryczałtowym, zatem wyjaśnienia ceny powinny odnosić się do przyjętych stawek jednostkowych bo to one stanowiąc będą podstawę rozliczeń.

Tymczasem pismo Wykonawcy Laguna przedstawia zestawienie ogólnych wartości, które sumują się na cenę oferty, nie wyjaśniając w jaki sposób wyliczono ceny jednostkowe. Oznacza to, że zestawienie takie nie jest w ogóle adekwatne do założeń w niniejszym postępowaniu, gdzie wynagrodzenie wykonawcy zostanie rozliczone obmiarowo.

Próba dokonania analizy tych zestawień rodzi więcej pytań o wyliczenie ceny niż odpowiedzi. Wykonawca Laguna nie wyjaśnia na jakie podstawie przyjął określone wartości, jakie założenia poczynił ustalając wskazane koszty (czy są one zgodne z SWZ). Z pisma nie wynika nawet co Wykonawca Laguna wycenił w poszczególnych pozycjach. Dla przykładu w punkcie 5 wskazano „Koszt pośredni” obejmujący kwotę 209 224,27, czyli niemal połowę wynagrodzenie, nie określając jednak co należy rozumieć pod pojęciem „kosztu pośredniego”. W pozycji 2 Wykonawca Laguna wskazał koszty wynagrodzenia, paliwa i amortyzacji określające je na kwotę 47 832,22 zł nie wyjaśniając jak dokonał takich

ustaleń. W szczególności nie wiadomo, czy przy obliczeniu tych kosztów uwzględnił wymagania postawione przez Zamawiającego. W wyjaśnieniach nie zawarto nawet odniesień do wymaganych w SWZ koniecznych elementów, jakie obejmować ma cena jednostkowa netto.

Zgodnie z Rozdziałem XVI pkt 2 SWZ:

2. Zastosowana przez Wykonawcę przy wyliczeniach cena jednostkowa netto wywozu 1 tony lub 1 mp odpadów stałych, powinna zawierać:

2.1 koszt dzierżawy opisanych pojemników;

2.2 koszt załadunku i wyładunku na środki transportowe, transport oraz posprzątanie miejsca posadowienia pojemników;

2.3 koszt utrzymania w czystości pojemników (mycie, dezynfekcja itp.);

2.4 koszt przetwarzania odpadów w regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych;

2.5 koszt recydingu, odzysku lub unieszkodliwiania sortowanych odpadów;

2.6 koszt (opłata) zdeponowania odpadów na składowisku;

2.7 opłaty za korzystanie ze środowiska;

2.8 wszelkie inne koszty związane z wykonywaniem przedmiotu zamówienia.

W lakonicznych wyjaśnieniach Wykonawcy Laguna nie sposób w ogóle ustalić czy uwzględniono koszt dzierżawy pojemników, koszt załadunku i wyładunku na środki transportowe, transport oraz posprzątanie miejsca posadowienia pojemników, koszt utrzymania w czystości pojemników (mycie, dezynfekcja itp.), koszt recydingu, odzysku lub unieszkodliwiania sortowanych odpadów. W kalkulacji przedstawionej w piśmie Wykonawcy Laguna nie wskazano nawet ogólnie, czy ww. koszty uwzględniono i w jakiej pozycji.

Wykonawca w ogóle nie wspomniał nawet, czy realizując zamówienie uwzględnił następujące okoliczności:

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

Odwołujący podkreślił odwołując się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, że ustawa nie nakłada wprost na wykonawcę obowiązku złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie niemniej jednak biorąc pod uwagę w szczególności fakt, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, należy wywieść,

że obowiązkiem wykonawcy jest uwzględnić w składanych wyjaśnieniach okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy, jeśli zostanie przez zamawiającego do tego wezwany. Oznacza to zatem, że wyjaśnienia wykonawcy składane w odpowiedzi na takie wezwanie, aby były skuteczne, muszą zawierać argumentację przynajmniej w zakresie wyliczenia kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego (tak np. wyrok z dnia 08.03.2022 r. sygn. akt KIO 383/22).

Wykonawca Laguna ujął koszty wynagrodzeń zbiorczo wraz z kosztami paliwa i amortyzacji, zatem nie można na tej podstawie ustalić, czy koszty te obejmują wymogi określone w art. 224 ust. 2 pkt 4 i 6 ustawy. Wykonawca Laguna nie zawarł nawet ogólnikowego stwierdzenia w tym zakresie, że ww. wymogi spełni. Zamawiający nie wie ile osób zostanie zatrudnionych do wykonania zamówienia, jakie jest ich wynagrodzenie, jak rozkłada się ono w stosunku do stawek jednostkowych itp. Wskazał na wyrok sygn. akt. KIO 383/22. Wykonawca Laguna nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających wskazane koszty. Z przekazanych przez Zamawiającego dokumentów wynika, że do wyjaśnień mogło zostać załączone zestawienie faktur (tej okoliczności Odwołujący wskazał, że nie może stwierdzić z całą pewnością, gdyż dokumenty zamówienia zostały przekazane przez Zamawiającego w sposób nieuporządkowany, a z samych wyjaśnień ceny nie wynika, żeby załączono do nich jakiegokolwiek załączniki). Jednakże, gdyby nawet zostały one przedstawione wraz z wyjaśnieniami jako dowód, to nie sposób ustalić jaką okoliczność chciał w ten sposób dowodzić Wykonawca Laguna, co wynika z faktu, że wystawiał on faktury na rzecz Zamawiającego w okresie od stycznia do grudnia 2021 r. W szczególności nie sposób odczytać w jaki sposób dowód ten miałby świadczyć o realności ceny określonej w obecnym postępowaniu. Powołał wyrok Izby z dnia 15.07.2021 r. sygn. akt KIO 1707/21. W przypadku wystosowania do wykonawcy wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny, na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tj. w szczególności, że dokonując wyceny wykonawca uwzględnił wszystkie koszty realizacji zamówienia. Oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są wystarczająco konkretne, kompletne czy rzetelne. Zgodnie z utrwalonym - pod rządami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - w orzecznictwie Izby poglądem, który zachowuje aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ustawy, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży

obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Z ostrożności Odwołujący wskazuje, że w okolicznościach niemniejszej sprawy nie jest możliwe ponowne wezwanie Wykonawcy Laguna do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Powołuje wyrok z dnia 20.04.2022 r., KIO 859/22. W niniejszym stanie faktycznym każda próba ponownego wezwania stanowi de facto próbę ratowania oferty, w sytuacji, gdy Wykonawca Laguna wezwany do złożenia wyczerpujących i szczegółowych wyjaśnień nie złożył żadnych wyjaśnień. Pozostawione bez komentarza ogólne rozbięcie ceny na bliżej nieokreślone kategorie kosztowe, nie może być uznane za wyjaśnienia.

3. W zakresie braku wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych

Odwołujący określił zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 jako ewentualny, z uwagi na fakt, że zgodnie z tym przepisem nie znajdzie on zastosowania, jeśli oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na złożenie, uzupełnienie lub poprawienie podmiotowych środków dowodowych. W ocenie Odwołującego taka sytuacja ma miejsce w niniejszym Postępowaniu. Oferta Wykonawcy Laguna podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 8, zatem wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie znajdzie zastosowania. Gdyby jednak Izba uznała, że zarzuty odnoszące się do niezgodności oferty z dokumentami zamówienia oraz rażąco niskiej ceny nie potwierdziły się, wówczas zaniechanie wezwania do uzupełnienia tych dokumentów staje się aktualne.

Pismem z dnia 6 grudnia 2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Laguna do złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających posiadanie uprawnień oraz zdolności technicznej i zawodowej.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających, że spełnia warunek zdolności technicznej i zawodowej.

Pomimo tego zaniechania Zamawiający dokonał wyboru oferty, bez uprzedniego zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy.

Z ostrożności wskazujemy, że gdyby nawet Wykonawca Laguna wykonywał wcześniej usługi na rzecz Zamawiającego, to zgodnie z ustawą Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Wykonawca Laguna ani na nic takiego się nie powołał, ani nie wskazał prawidłowości czy aktualności, ani też żadnego

wyrazu woli, że na to właśnie doświadczenie chce się w tym postępowaniu powołać. Zamawiający nie miał zatem podstaw, aby kreować oświadczenie woli wykonawcy samodzielnie i uznać, że warunek został spełniony przez (bliżej nieokreślone) doświadczenie, co do którego ma wiedzę.

Dodatkowo z ostrożności, gdyby okazało się, że Wykonawca Laguna dokument złożył, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art 74 ust. 2 ustawy przez nieudostępnienie w terminie podmiotowych środków dowodach stanowiących załącznik do protokołu co uniemożliwiło Odwołującemu sformułowanie ewentualnych zarzutów wobec tych dokumentów.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 grudnia 2022 roku od czynności Zamawiającego z dnia 15 grudnia 2022 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Odwołującego oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Na posiedzeniu z udziałem stron nie stawił się Zamawiający, który w dniu 27 grudnia 2022 roku został prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia z udziałem stron w przedmiotowej sprawie odwoławczej, co w dniu 29 grudnia 2022 roku potwierdził Zamawiający w wiadomości zwrotnej do Krajowej Izby Odwoławczej (w aktach sprawy). Zgodnie z art. 549 ust. 4 ustawy niestawiennictwo strony lub uczestnika postępowania

odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 29 grudnia 2022 roku „Odpowiedź na odwołanie”. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ):

X. Opis sposobu przygotowania oferty.

1. Wykaz dokumentów składających się na ofertę.

1) formularz ofertowy - **według wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ wraz z formularzem cenowym 1A;**

XVI. Sposób obliczenia ceny.

1. Wykonawca określi cenę (wartość zamówienia) poprzez wyliczenie jej zgodnie z załącznikiem do SWZ (załączniki nr 1A).

2. Zastosowana przez Wykonawca przy wyliczeniach cena jednostkowa netto wywozu 1 tony lub 1 mp odpadów stałych, powinna zawierać:

2.1 koszt dzierżawy opisanych pojemników;

2.2 koszt załadunku i wyładunku na środki transportowe, transport oraz posprzątanie miejsca posadowienia pojemników; 2.3 koszt utrzymania w czystości pojemników (mycie, dezynfekcja itp.);

2.4 koszt przetwarzania odpadów w regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych;

2.5 koszt recyklingu, odzysku lub unieszkodliwiania sortowanych odpadów;

2.6 koszt (opłata) zdeponowania odpadów na składowisku;

2.7 opłaty za korzystanie ze środowiska;

2.8 wszelkie inne koszty związane z wykonywaniem przedmiotu zamówienia.

3. Prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT leży po stronie Wykonawcy. Należy przyjąć obowiązującą stawkę podatku VAT zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.).

4. Wszystkie ceny należy podać w PLN z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

5. Ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszystkie koszty poniesione przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia.

6. Ceny jednostkowe określone w ofercie Wykonawcy są ryczałtowymi cenami jednostkowymi obowiązującymi przez cały okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianie. Wykonawcy przysługuje jedynie prawo do waloryzacji ceny zgodnie z zapisami umownymi zgodnie ze wzorem umowy.

7. Zamawiający nie przewiduje rozliczeń w walucie obcej.

8. Wyliczona cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert i do rozliczenia w trakcie realizacji zamówienia.

XVIII. Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

1. Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował kryterium najniższej ceny za przedmiot zamówienia:

- Cena (C) 60%
- Kryterium środowiskowe (K) – 20%
- Termin płatności faktury – (F) – 20%

Maksymalna ilość punktów możliwa do uzyskania w tym kryterium wynosi 100.

Obliczenia ilości zdobytych punktów odbywały się będą według następującego wzoru:

przy kryterium cena:

$Cc = (Cn / Co) \times 60 \text{ pkt}$, gdzie:

Cc – przyznane punkty w kryterium cena;

Cn – najniższa cena ofertowa (brutto) spośród wszystkich ważnych ofert;

Co – cena oferty ocenianej (brutto).

W Załączniku nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia – Formularz ofertowy:

I. Oświadczenia

Nawiązując do ogłoszenia o zamówieniu pod nazwą: „Świadczenie usług w zakresie odbioru, wywozu odpadów komunalnych wraz z podstawieniem pojemników na terenach należących lub administrowanych przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Strzelcach Kraj.”, które prowadzone jest w trybie podstawowym, składam niniejszą ofertę
Cena za realizację przedmiotu zamówienia wynosi:

cena netto: zł

słownie:.....zł

podatek VAT: %

cena brutto:zł

słownie:zł

W Załączniku 1A – Formularz cenowy

Formularz cenowy - Załącznik nr 1a

Lokalizacja	Miejscowość	Odpad	Pojemnik	ilość	Krotność wywozu	Orientacyjna ilość wywozu	Cena jednostkowa netto	Wartość netto	Wartość brutt
Cmentarze	Strzelce Kraj.	zmieszane	1100	12	1x na tydzień	676			
		plastik	1100	2	1x na miesiąc	24			
	Bobrówko	zmieszane	1100	3	1x na tydzień	167			
		plastik	1100	1	1x na miesiąc	12			
	Ogardy	zmieszane	1100	1	1x na tydzień	57			
		plastik	240	1	1x na miesiąc	12			
Targowisko	Strzelce Kraj.	Zmieszane	1100	1	1 x na tydzień	106			
		Plastik	240	1	1x na miesiąc	12			
		Papier	240	1	1x na miesiąc	12			
Pole namiotowe	Długie	Zmieszane	1100	8	1 x na tydzień	100			
		Plastik	240	1	1x na miesiąc	5			
		Papier	240	1	1x na miesiąc	5			

Baza PGK	Strzelce Kraj.	Zmieszane	1100	1	1 x na tydzień	53			
		Plastik	1100	1	1x na miesiąc	12			
		Papier	1100	1	1x na miesiąc	12			
Oczyszczalnia	Strzelce Kraj.	zmieszane	1100	1	2x na miesiąc	24			
Wiata przy oczyszczalni	Strzelce Kraj.	zmieszane	Mulda 34 m ³	1	Wg. potrzeb	14			
Przychodnia	Strzelce Kraj.	Zmieszane	240	1	2x na miesiąc	24			
		Plastik	240	1	2x na miesiąc	24			
		Papier	240	1	2x na miesiąc	24			
Stadion	Strzelce Kraj.	Zmieszane	1100	1	1x na tydzień	53			
		Zmieszane	240	1	1x na tydzień	53			
		Plastik	240	1	1x na miesiąc	12			

Wzór umowy:

§8

WYNAGRODZENIE WYKONAWCY

1. Strony uzgadniają, że za wykonanie prac stanowiących zakres usługi będącej przedmiotem niniejszej umowy, Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie ustalone na podstawie ceny jednostkowej określonej w ust. 2 oraz ilości (faktycznie wykonanych i odebranych comiesięcznym protokołem odbioru) wykonanych prac według obmiaru potwierdzonego przez osoby do tego upoważnione.

2. Strony uzgadniają za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 2, jako wynagrodzenie orientacyjne, zgodnie ze złożoną ofertą Wykonawcy, w wysokości:

1) netto: zł

(słownie: zł);

2) podatek VAT: %

3) brutto: zł

(słownie: zł);

4) w tym wynagrodzenie orientacyjne w **roku 2023** wyniesie zł

(słownie:wraz z podatkiem VAT;

3. Zgodnie z art. 433 pkt 4) pzp, Zamawiający wskazuje, że sumaryczna wartość wywozu odpadów nie powinna wynieść mniej niż 70% orientacyjnego wynagrodzenia umownego.

4. Wynagrodzenie orientacyjne brutto dla całości zamówienia może ulec zmianie w związku ze zmianą obowiązującej stawki podatku VAT.

Izba ustaliła, że do oferty wykonawcy Laguna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim (dalej: Laguna / wykonawca Laguna) nie został załączony Załącznik A1 – formularz cenowy.

Pismem z dnia 6 grudnia 2022 roku Zamawiający wezwał Laguna:

Zamawiający, działając w trybie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia.

W ofercie proponujecie Państwo wykonanie zamówienia za cenę 242 352,00 zł (brutto) co budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 224 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 369 459,58 zł brutto — 30% = 258 621,71 zł

Cena oferty w wysokości 242 352,00 jest więc niższa o 30 % od ustalonej wartości zamówienia.

Wykonawca jest wobec powyższego zobowiązany złożyć wyczerpujące i szczegółowe wyjaśnienia w sprawie zaproponowanej w ofercie ceny, które udowodnią, że cena nie jest rażąco niska oraz, że za zaoferowaną cenę Wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia w pełnym zakresie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Wyjaśnienia należy złożyć do 09.12.2022 r. na adres: sekretariat@pgk-strzelce.pl

Wykonawca Laguna złożył następujące wyjaśnienia:

Firma LAGUNA sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wlkp. przy ul. Nadbrzeżnej 21, wyjaśnia, iż z kalkulacji ceny wynika, że za zaoferowaną cenę wykonamy przedmiot zamówienia w pełnym zakresie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Kalkulacja obejmuje wszelkie koszty możliwe do poniesienia jak również koszty losowe, które mogą wystąpić oraz zysk firmy zgodnie z załączoną kalkulacją poniżej:

Kalkulacja ceny PGK Strzelce Krajeńskie

Nazwa kosztu	założenia	Odpady w kg	Koszt za 12 mcy
		110,00 a) 1100 L	82 756,08
1Koszt wysypiska	1 mg= 486 zł		
		24,00 b) 240L	4 211,59
		9 500,00 c) 30m	55 404,00
2Koszt bezpośredniej obsługi (wynagrodzenia, paliwo i amortyzacja)	55% lab		47 832,22
		Bezpośredni koszt	190 203,89
3Koszty administracyjne (z uwzględnieniem podstawienia pojemnika)	10%		19 020,38
		Koszt pośredni	209 224,27
4Koszty losowe	5%		10 461,21
		Kosztcałkowity	219 685,48
założony zysk ok.	ok.10,32%		22 666,52
		cena	242 352,00

Oferta przetargowa dotyczy rejonu, który jest przez nas obsługiwany zgodnie z zawartymi umowami na zbieranie i wywóz odpadów komunalnych z terenu gminy Strzelce Krajeńskie, dlatego udział oferty PGK w całości obsługiwanego przez nas rynku na terenie gminy Strzelce Krajeńskie stanowi ok. 17%.

Zamawiający pismem z dnia 6 grudnia 2022 roku wezwał wykonawcę Laguna do:

Zamawiający, działając w trybie art. 274 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie:

1. posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej :

- a) wpis Wykonawcy do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Strzelce Krajeńskie, prowadzonego przez właściwy organ na podstawie art. 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 1297 tj.) dotyczące odpadów zaklasyfikowanych do grupy „20” odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie;

b) wpis do BDO - Rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami o którym mowa w z art. 50 ust. 1 oraz art. 51 ust. 1 ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2022 r. poz. 699 tj.) dotyczący transportu odpadów zaklasyfikowanych do grupy „20” odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie,

2. zdolności technicznej lub zawodowej :

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał lub wykonuje należycie, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - co najmniej jedno zamówienie/umowę, której zakres odpowiada przedmiotowi zamówienia, tj. polegające na świadczeniu usług odbioru i wywozu odpadów komunalnych, przy czym przynajmniej jedno z nich powinno dotyczyć świadczenia tych usług w obiektach użyteczności publicznej.

Zamawiający wymaga, aby wartość zamówienia/ umowy wykazanej na okoliczność spełniania warunku była równa lub przekraczająca 200.000,00 zł brutto.

W przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia powyższy warunek musi spełniać w całości jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający nie dopuszcza łączenia potencjału podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w celu spełnienia powyższego warunku. To samo dotyczy wykonawcy, który w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu będzie polegał na potencjale podmiotów udostępniających mu zasoby. W takim przypadku warunek udziału w postępowaniu musi spełniać w całości ten podmiot.

Zamawiający, działając w trybie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), wzywa do uzupełnienia dokumentu — formularz cenowy - załącznik nr 1 A, zgodnie ze złożoną ofertą.

Dokumenty lub oświadczenia w zakresie wskazanym powyżej, zgodnie ze sposobem komunikacji wskazanej w dokumentach zamówienia, należy złożyć w terminie do 14 grudnia 2022 roku.

Wykonawca Laguna w odpowiedzi na powyższe pismo złożył:



Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- art. 224 ustawy

ust. 5 - Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

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

Art. 128 ust. 1 ustawy

Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W zakresie zarzutu 1 naruszenia art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Laguna Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim (dalej: „wykonawca Laguna”), pomimo, że Wykonawca ten złożył ofertę, która nie zawierała formularza cenowego, tj. niezgodną z treścią dokumentów zamówienia – Izba uznała zarzut za zasadny.

W zakresie rozpoznania zarzutu odwołania Izba zwraca uwagę na to, że podany w SWZ w Rozdziale X. Opis sposobu przygotowania oferty, wykaz dokumentów jakie ma złożyć wykonawca jest jednoznaczny i zrozumiały, a wynika z niego, że na ofertę składają się formularz ofertowy - według wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ wraz

z formularzem cenowym 1A. Zgodnie z określonym przez Zamawiającego wymaganiem co do wymaganych dokumentów, Zamawiający w dokumentacji zawarł załączniki stanowiące formularz ofert (załącznik 1) oraz formularz cenowy (załącznik 1A). bezsprzecznym jest fakt, że wykonawca Laguna nie złożył wraz z ofertą załącznika 1A – Formularza cenowego.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego prezentowanego w piśmie z dnia 29 grudnia 2022 roku – Odpowiedź na odwołanie poczynionego w zakresie zarzutu 1 odwołania i wyjaśnia, że nie jest przedmiotem sporu możliwość czy też niemożliwość porównania złożonych w postępowaniu o zamówienie ofert i dokonania wyboru w ramach kryteriów oceny ofert, lecz przedmiotem sporu jest niezgodność treści złożonej oferty z warunkami zamówienia. Definicja warunku zamówienia została zawarta w art. 7 pkt 29 ustawy, który stanowi, że przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ukształtował warunki zamówienia co do sposobu kalkulacji i rozliczania realizacji tego zamówienia. Po pierwsze wymagał Zamawiający przedstawienia w ofercie kalkulacji sporządzonej na podstawie Załącznika 1A zawierającej ceny jednostkowe dla poszczególnych pozycji. Żądanie to znajduje swoje uzasadnienie w innych wymaganiach SWZ stanowiących warunki zamówienia odnoszące się do sposobu kalkulacji ceny oferty oraz do sposobu rozliczania realizowanego zamówienia. W SWZ w Rozdziale XVI. Sposób obliczenia ceny, Zamawiający jednoznacznie określił warunki dotyczące wyliczenia ceny oferty zgodnie z którymi, *Wykonawca określi cenę (wartość zamówienia) poprzez wyliczenie jej zgodnie z załącznikiem do SWZ (załączniki nr 1A) oraz poda, że ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszystkie koszty poniesione przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia.* Z powyższego jednoznacznie wynika, że obliczenie cen jednostkowych stanowi kluczowy element wyliczenia ceny oferty, co podkreśla szczególnie fakt, że sam Zamawiający w treści wzoru umowy w paragrafie 8 ustęp 4 poda, że wynagrodzenie brutto dla całości zamówienia stanowi „wynagrodzenie orientacyjne brutto dla całości zamówienia”, zaznaczając jednocześnie, że to wynagrodzenie orientacyjne dla całości umowy może ulec zmianie w związku ze zmianą obowiązującej stawki podatku VAT. To ceny jednostkowe jakich w warunkach zamówienia wymagał podania Zamawiający stanowiły kluczowe ceny w tym postępowaniu, zgodnie z tymi określonymi przez Zamawiającego warunkami.

Izba zaznacza w tym miejscu, że sam Zamawiający wskazał w pisemnie procesowym na ryczałtowy charakter cen jednostkowych, co wynika jednoznacznie z treści SWZ Rozdział XVI. Sposób obliczenia ceny. Zamawiający w punkcie 6 wskazanego rozdziału poda, że

ceny jednostkowe określone w ofercie Wykonawcy są ryczałtowymi cenami jednostkowymi obowiązującymi przez cały okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianie. Skoro więc takie znaczenie miały dla Zamawiającego ceny jednostkowe, że określił ich charakter jako cen ryczałtowych to niewątpliwie wynikało z faktu tego, że stanowiły one podstawę do dokonywania rozliczeń. Fakt, że Zamawiający określa cenę jednostkową jako cenę ryczałtową nie oznacza, że wynagrodzenie za realizację przedmiotowej usługi jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Wręcz sam Zamawiający jednoznacznie podaje w treści paragrafu 8 ust. 1 wzoru umowy, że Zamawiający zapłaci wynagrodzenie ustalone na podstawie ceny jednostkowej oraz ilości tj. faktycznie wykonanych i odebranych comiesięcznym protokołem odbioru wykonanych prac według obmiaru potwierdzonego przez osoby do tego uprawnione. Powyższe zatem jednoznacznie potwierdza, że faktyczne wynagrodzenie jakie zostanie wypłacone wykonawcy będzie oparte na cenie jednostkowej – ceny jednostkowe natomiast wskazane są w Formularzu cenowym, który zgodnie z postanowieniami SWZ stanowi ofertę – oraz ilości wykonanych prac. Tym samym wynagrodzenie wykonawcy uzależnione będzie każdorazowo od faktycznie wykonanych prac stwierdzonych według obmiaru potwierdzonego przez uprawnione osoby. Oznacza to, że wynagrodzenie wykonawcy ma charakter kosztorysowy (obmiarowy). Natomiast fakt, że Zamawiający uznał ceny jednostkowe za ceny ryczałtowe w żaden sposób nie powoduje, że wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy.

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWZ. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale do tego niezbędne jest takie realizowanie warunków zamówienia, aby z poszanowaniem określonych zasad Zamawiający miał możliwość dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Podkreślenia wymaga również fakt, że Zamawiający nie jest

w żaden sposób uprawniony do zmiany reguł w trakcie prowadzonego postępowania o upływie terminu składania ofert. Niedopuszczalne jest wprowadzanie zasad postępowania odmiennych od tych określonych warunkami zamówienia i dokonywanie wyboru oferty w postępowaniu, która nie jest z warunkami zamówienia zgodna. Zamawiający nie jest również uprawniony do modyfikowania regulacji ustawowych i na podstawie przepisów ustawy art. 128 ust. 1 wzywania do uzupełniania dokumentów jakie uzupełnienie na tej podstawie nie podlegają. Niemniej fakt wezwania wykonawcy Laguna do uzupełnienia załącznika 1A potwierdza, że sam Zamawiający zdawał sobie sprawę z tego, że bez danych dotyczących cen jednostkowych, jakich podania wymagał w tym załączniku, nie będzie w stanie rozliczać umowy i wypłacać wynagrodzenia za faktycznie zrealizowane usługi.

W zakresie zarzutu 2 naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8, w zw. z art 224 ust. 6, w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Laguna, pomimo, że Wykonawca ten na wezwanie Zamawiającego, nie złożył wyjaśnień, a złożone w odpowiedzi na wezwanie pismo stanowi ogólnikowe i lakoniczne przedstawienie ogólnej kalkulacji ceny nie opatrzone żadnym komentarzem, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny – Izba zarzut uznała za zasadny.

Izba mając na uwadze treść odwołania, jak również treść pisma Zamawiającego „Odpowiedź na odwołanie” uznała za niezbędne w pierwszej kolejności odniesienie się do znaczenia pojęcia rażąco niskiej ceny w zamówieniach publicznych, a w konsekwencji również wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ich oceny.

Na wstępie należy wskazać, że regulacje prawne z art. 90 oraz 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych tj. ustawy obowiązującej do dnia 31 grudnia 2020 zbieżne są z regulacjami art. 224 oraz 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, co oznacza, że cały dorobek orzecznicy oraz stanowiska doktryny wypracowane w oparciu o wcześniej obowiązujące regulacje pozostaje aktualny w obowiązującym stanie prawnym. Pozwala to zatem na szerokie czerpanie wiedzy oraz korzystanie z utartych wykładni, wyjaśnień jak równie przyjętych w doktrynie i orzecznictwie stanowisk.

Cena rażąco niska to cena oferty, za którą nie da się wykonać zamówienia – tak w sposób najbardziej prosty i zrozumiały można wytłumaczyć czym jest cena oferty rażąco niska. Cena rażąco niska to cena, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną

sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Cena rażąco niska to taka, za którą nie może wykonawca wykonać zamówienia w sposób zgodny z przedmiotem, rzetelny i prawidłowy, to cena za którą nie ma możliwości wykonania zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że to po stronie Zamawiającego w procedurze udzielenia zamówienia publicznego ustawodawca wprowadził obowiązek dokonania oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty i oceny tego, czy cena zaoferowana w postępowaniu za realizację danego zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Ukształtowana, tak w obecnie obowiązującej ustawie jak i w ustawie z 2004 roku procedura wyjaśnienia ceny oferty polega na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień, które Zamawiający poddaje ocenie. Na ich podstawie ocenia czy zaoferowana przez wykonawcę cena ofertowa nie jest rażąco niska. To po stronie wykonawcy pozostaje obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska (art. 224 ust. 5 ustawy). W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym kwestionowana przez Odwołującego jest ocena wyjaśnień wykonawcy Laguna poczyniona w odpowiedzi na wezwanie z dnia 6 grudnia 2022 roku, a jakie dokonał Zamawiający.

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 224 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny takie jak korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - 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 przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien

wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Nadal aktualność swą zachowuje 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. 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, o których mowa w art. 90 ustawy z 2004 (obecnie art. 224 ustawy), 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 niska nie jest. W obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w przepisie art. 224 ust. 5 ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub koszt nie zawiera rażąco niskiej ceny. 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, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny 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 ale również wszechstronne, szczegółowe i wyczerpujące.

W rozpoznawanej sprawie Izba poddał ocenie czynność Zamawiającego oceny wyjaśnień wykonawcy Laguna i uznała, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień, a co za tym idzie w sposób nieprawidłowy uznał, że wykonawca Laguna wykazał, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską.

Izba podkreśla, że w wezwaniu z dnia 6 grudnia 2022 roku Zamawiający podał, że *Wykonawca jest wobec powyższego zobowiązany złożyć wyczerpujące i szczegółowe*

wyjaśnienia w sprawie zaproponowanej w ofercie ceny, które udowodnią, że cena nie jest rażąco niska oraz, że za zaoferowaną cenę Wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia w pełnym zakresie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Laguna są ogólnikowe, chaotyczne a jednocześnie nie odnoszą się do wszystkich elementów składowych ceny oferty. Słusznie w ocenie Izby dojrzał Odwołujący, że złożone wyjaśnienia nie zostały opatrzone żadnym komentarzem czy argumentacją składającego wykonawcy Laguna. Nie sposób stwierdzić na ich podstawie jakie faktycznie wartości kwotowe odnoszą się do poszczególnych składowych podanych w tych wyjaśnieniach. Nieobecny w czasie rozprawy Zamawiający przedstawił stanowisko w pisemne procesowym z dnia 29 stycznia 2022 roku, przy czym w zakresie tego zarzutu Zamawiający poprzestał w zasadzie na dwóch zdaniach uzasadnienia sprowadzających się w zasadzie do tego, że Zamawiający wyjaśnienia uznał za wystarczające (*W odpowiedzi wezwany wykonawcy przedstawił szczegółową kalkulację zaoferowanej ceny brutto obejmującej m.in. koszty wywozu odpadów, koszty losowe, zysk firmy. Zamawiający uznał przedstawione argumenty za wystarczające do uznania, że zaoferowana cena brutto nie jest rażąco niska (odpowiedź wykonawcy w załączeniu).*). W ocenie Izby powyższe twierdzenie Zamawiającego uzasadnia brak przeprowadzenia przez Zamawiającego prawidłowej analizy i oceny złożonych wyjaśnień. Sam fakt stwierdzenia, że dane wyjaśnienia są wystraszające nie zastępuje fatycznej i prawidłowej ich oceny. W ocenie złożonych wyjaśnień nie chodzi o przekonanie Zamawiającego, o uznanie przez Zamawiającego danych czynności za wystarczające. W ocenie złożonych wyjaśnień chodzi o obiektywne uznanie, że wykonawca wykazał, uzasadnił i udowodnił, że zaoferowana cena pozwala na realizację danego zamówienia. Dopiero w trakcie rozprawy wykonawca Laguna podał jaki koszt pracowników do realizacji tego zamówienia wskazując kwotę 20 391 zł 43 gr i wyjaśniając, że jest to kwota ujęta w punkcie 2 zestawienia z dnia 6 grudnia 2022 roku. Nadmienić należy w tym miejscu, że w żadnym miejscu przedstawionych wyjaśnień, które miały być szczegółowe i uzasadniające cenę oferty taka informacja, o wysokości kosztów wynagrodzenia nie została zawarta. Wykonawca Laguna również dopiero na rozprawie uzasadniał, że *Laguna świadczy usługi na terenie Gminy Strzelce Krajeńskie na rzecz wielu innych podmiotów, w związku z tym koszty będą dzielone, tj. koszty wynagrodzenia pracowników, amortyzacji, koszty paliwa, czy też koszty administracyjne.* Informacji takiej w ocenie Izby nie było w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu i nie sposób w ocenie Izby wywieść je ze stwierdzenia: *Oferta przetargowa dotyczy rejonu, który jest przez nas obsługiwany zgodnie z zawartymi umowami na zbieranie i wywóz odpadów komunalnych z terenu gminy Strzelce Krajeńskie, dlatego udział oferty PGK w całości obsługiwanego przez nas rynku na terenie gminy Strzelce Krajeńskie stanowi ok. 17%.* Przedstawiona przez wykonawcę Laguna informacja wskazuje jedynie na procentowe zobrazowanie wielkości

obsługiwanego rynku na terenie gminy Strzelce Krajeńskie i udziału w tym wielkości usługi dla Zamawiającego. Nie wynika jednakże z tego w jaki sposób miałyby być dzielone koszty, na jakim poziomie kwotowym czy procentowym, jakie stanowiłyby pokrycie w ramach złożonej oferty faktycznych kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Najistotniejsze jednak jest to, że w złożonych wyjaśnieniach takiej informacji w ogóle nie było, co oznacza, że Zamawiający nie mógł brać jej pod uwagę przy ocenie złożonych wyjaśnień. Podobnie rzecz się ma w odniesieniu do kwestii związanej z kosztami dzierżawy pojemników na odpady, bowiem z żadnego miejsca złożonych wyjaśnień nie wynika, że koszty te jak podał w tracie rozprawy pełnomocnik wykonawcy Laguna *nie zostały ujęte w tym zestawieniu, bowiem wykonawca dysponuje własnymi pojemnikami i zostały one już amortyzowane*. Słusznie w ocenie Izby podnosił Odwołujący, że informacje takie powinny być wskazane w wyjaśnieniach. Izba dodaje, że przedstawianie argumentacji uzasadniającej cenę oferty dopiero na rozprawie, a nie w treści złożonych wyjaśnień, stanowi działanie spóźnione. Izba w ocenie wyjaśnień nie zastępuje Zamawiającego, a jedynie sprawdza poprawność jego działania – skoro informacje powyższe przedstawione zostały dopiero w trakcie rozprawy i nie zostały w żaden sposób ujęte w wyjaśnieniach, a widać w ocenie Laguna uzasadniają zaoferowaną cenę, w ocenie Izby potwierdza to, że złożone Zamawiającemu wyjaśnienia nie odnoszą się do wszystkich ich składowych ceny, które to elementy uzasadniały wysokość zaoferowanej ceny oferty. Brak wskazania w wyjaśnieniach informacji przedstawianych w trakcie rozprawy potwierdza ogólnikowość, wybiórczość poczynionych wyjaśnień, a z całą pewnością potwierdza to, że nie wszystkie informacje mające wpływ na wysokość ceny zostały przez wykonawcę podane. Jednocześnie potwierdza nieczytelność przedstawionej kalkulacji, która bez wyjaśnienia nie jest czytelna – i nie była czytelna, co potwierdza chociażby stanowisko Zamawiającego w piśmie z dnia 29 grudnia 2022 roku, równie lakoniczne.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień obowiązany jest zgodnie z art. 244 ust. 5 ustawy wykazać Zamawiającemu, że oferta złożona w postępowaniu nie zawiera ceny rażąco niskiej oraz, co istotne obowiązany jest również do przedstawienia dowodów potwierdzających owe wyliczenia. Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie sprecyzować katalogu informacji, danych i innych jakie mogą mieć wpływ na cenę składanej oferty i jakie mogą być jej składową, bowiem to wykonawca wyceniając cenę ofertą uwzględnia w jej wyliczeniach składowe jakie ujmuje i w takich zakresach jakie są mu dostępne np. z uwagi na szczególne uwarunkowania, sposób realizacji i inne. Samo enumeratywne, zamknięte określenie elementów ceny oferty jakie miałyby stanowić składową całkowitej ceny, a określone przez Zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień mogłyby stanowić nieuprawnione ograniczenie. Zestawiając powyższe z obowiązkiem wykonawcy wykazania (art. 244 ust. 5 ustawy), w zasadzie „udowodnienia”, bowiem tak na kanwie

orzecnictwa i doktryny odczytywany jest obowiązek wykazania - wezwanie do złożenia wyjaśnień obliguje wykonawcę do konkretnego, jednoznacznego precyzyjnego i pełnego przedstawienia wyjaśnień elementów ceny oferty jakie miały wpływ na jej ukształtowanie w cenie ofertowej. Ustawodawca przesądził w przywołanym przepisie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 244 ustawy ma obowiązek udowodnić Zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Oznacza to, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia i w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Izba podkreśla, że Odwołujący będący profesjonalistą, zobowiązany był udzielić wyczerpujących wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego, które w ocenie Izby w sposób jednoznaczny określało zakres wymaganych wyjaśnień i odnosiło się do wyjaśnienia wyliczenia ceny oferty. Ciężar dowodu w zakresie wyjaśnienia zaoferowanej ceny oferty spoczywał na wykonawcy i w przedmiotowej sprawie odwoławczej wykonawca Laguna temu obowiązkowi nie sprostał co potwierdził prezentowaną w trakcie rozprawy argumentacją.

Zasadą prowadzenia badania oferty z wykorzystaniem procedury z art. 244 ust. 1 ustawy pzp jest jednokrotne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty oraz złożenia dowodów. Wynika to z faktu konieczności prowadzenia postępowania w poszanowaniu zasad prawa zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców. Jako wyjątek należy traktować dodatkowe wezwania, które mogą jedynie odnosić się do wyjaśnienia treści już złożonych na wezwanie wyjaśnień, a nie stanowić ich uzupełnienie, rozwinięcie. Zamawiający ma możliwość powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień, jednakże jest to możliwe jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia. Sytuacja taka powstać może w okolicznościach, gdy w wyniku złożenia precyzyjnych, jednoznacznych wyjaśnień zamawiający powziął nowe wątpliwości. Nie można zastosować ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie składa wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne nie poparte żadnymi dowodami. W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 30 czerwca 2021 r. sygn. akt XXIII Ga 1803/20, sąd wyjaśnił, że to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. W przypadku niewykazania przez wykonawcę powyższych kwestii uzasadnione jest zaś przyjęcie, że oferta przez niego przedstawiona zawiera rażąco niską cenę lub koszty. Sąd jednoznacznie również wskazał, że przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego

dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji oferty. Izba wskazuje, że podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są wystarczające konkretne, kompletne czy rzetelne. Wymaga podkreślenia, że kolejne wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia ceny oferty nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając żadnych dowodów potwierdzających sposób zbudowania ceny oferty. Tak więc w przypadku, gdy wykonawca nie dołoży należytej staranności przy składaniu wyjaśnień ceny oferty, brak jest po stronie Zamawiającego obowiązku ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, natomiast samo wezwanie w takich okolicznościach stanowiłoby naruszenie zasad prawa zamówień publicznych, w tym w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, co podnoszone jest w orzecznictwie Izby, że możliwość powtórnego wezwania do wyjaśnienia ceny (na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych – przy czym orzecznictwo w tym zakresie pozostaje aktualne na podstawie obowiązującej ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych) może mieć miejsce tylko w celu doprecyzowania złożonych już wcześniej wyjaśnień i nie może stanowić wezwania do uzupełniania wyjaśnień o elementy ceny oferty, czy też dowody, jakie nie zostały przedstawione przez wykonawcę w ramach pierwotnie składanych wyjaśnień. W przedmiotowej sprawie przedstawione przez wykonawcę Laguna wyjaśnienia były nieprecyzyjne, niepełne i pomijały informacje jakie zostały ujawnione dopiero na rozprawie, a były to informacje jakie nie są efektem złożonych wcześniej wyjaśnień.

W zakresie zarzutu 3 Izba wskazuje, że zarzut ten podniesiony był ewentualnie w razie nieuwzględnienia powyższych zarzutów. Izba zarzut 1 i 2 odwołania uwzględniła czemu dała wyraz w powyższym uzasadnieniu. Tym samym zarzut podniesiony ewentualnie jest bezprzedmiotowy.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz

w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawaniu sprawy odwołanie okazało się zasadne w całości (zarzut 1 i 2), bowiem bezprzedmiotowy z uwagi na uwzględnienie zarzutów 1 i 2 odwołania był zarzut 3 podniesiony ewentualnie na okoliczność nieuwzględnienia zarzutu 1 i 2 odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. a, b oraz § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: