

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

Warszawa, dnia 12 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
 Katarzyna Odrzywolska
 Beata Pakulska-Banach

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 13 lutego 2024 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Gminę Miasto Grudziądz od wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 stycznia 2024 r.,

(znak: KND/15/23/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: Odbieranie odpadów komunalnych od wskazanych właścicieli nieruchomości z terenu gminy-miasto Grudziądz

wyraża opinię:

zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Uznając za zbędne przywoływanie niespornego stanu faktycznego sprawy, a w szczególności ustaleń kontroli wskazanego na wstępie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wniosków z kontroli i zastrzeżeń zamawiającego, Izba zważyła co następuje.

Zastrzeżenia Zamawiającego Gminy Miasto Grudziądz zgłoszone 13 lutego 2024 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 31 stycznia 2023 roku nr KND/15/23/DKZP nie zasługują na uwzględnienie.

Izba w całości podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym złożone przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Sp. z o.o. w części 5 zamówienia wyjaśnienia, w piśmie z dnia 14 listopada 2022 r., w zakresie czynników cenotwórczych nie potwierdziły, że zaofferowana przez tego wykonawcę cena nie nosi znamion rażąco niskiej. Tym samym zamawiający, który zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp.

Trafnie też stwierdził Kontrolujący, że doszło w niniejszej sprawie do naruszenia zasady wynikającej z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem nie traktował w tym postępowaniu wszystkich wykonawców w sposób zapewniający ich równe traktowanie, zachowując zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający w treści zgłoszonych zastrzeżeń powoływał się na konieczność analizy treści wezwania do złożenia wyjaśnień, jakie skierował do wykonawcy PUM w dniu 7 listopada 2022 r. zarzucając Kontrolującemu błędne ustalenie stanu faktycznego sprawy i przyjęcie, że z treści tego wezwania wynikało, że wykonawca PUM został zobowiązany do przekazania kalkulacji cenowej oraz przedstawienia dowodów na okoliczność, że możliwe jest obniżenie ceny ofertowej do poziomu przedstawionego w kalkulacji cenowej. Zamawiający nie przeczył, że wykonawca PUM został wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w części 5 zamówienia, twierdził jednak, że w piśmie z 7 listopada 2022 r., skierowanym do tego podmiotu, nie zażądał przedłożenia szczegółowej kalkulacji ceny oferty. Przyznawał jednocześnie, co wyartykułował wprost oraz na co wskazuje przywoływane przez zamawiającego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, że pierwsze wezwanie do wyjaśnień było ogólne i sprowadzało się do przywołania treści art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji, w ocenie zamawiającego, wykonawca PUM nie powinien ponosić konsekwencji nieprawidłowego działania zamawiającego. Tym też uzasadniał konieczność skierowania do tego wykonawcy powtórnego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 18 listopada 2022 r.

Izba nie podziela tej oceny zamawiającego, analiza akt sprawy prowadzi bowiem do odmiennych wniosków. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, że kierowane przez niego do wykonawcy PUM w dniu 7 listopada 2022 r. wezwanie w przedmiotowej sprawie było nieprawidłowe czy też zbyt ogólne i, że nie wynikało z niego, co powinno stanowić przedmiot wyjaśnień. Treść wezwania do złożenia wyjaśnień była klarowna i jednoznaczna i wskazywała, że przedmiotem wyjaśnień wykonawcy ma być „zaofferowana cena”, zaś przedłożone dowody mają dotyczyć „zaofferowanej ceny”. Nie budzi zatem wątpliwości, że zamawiający oczekiwał takich wyjaśnień, które pozwolą mu ocenić czy zaproponowana przez wykonawcę PUM cena ofertowa pozwala mu na realizację zamówienia. Zamawiający, poprzez odniesienie do konkretnego przepisu również wskazał na zakres wyjaśnień.

Tymczasem złożone przez wykonawcę PUM wyjaśnienia, jak trafnie zauważył Kontrolujący, złożone w piśmie z 14 listopada 2022 r. ograniczają się wyłącznie do ogólnikowych twierdzeń na temat posiadanego przez niego doświadczenia, znajomości miasta, posiadania w pełni wyposażonej bazy na terenie miasta oraz kilku dwukomorowych śmieciarek. To, czego brakuje w wyjaśnieniach, a co stanowi konieczny warunek, aby zamawiający mógł ocenić czy zaoferowana cena nie została rażąco zaniżona, to odniesienie się do cen proponowanych przez wykonawcę w postępowaniu. Przy czym, owo odniesienie się do poziomu ceny nie może polegać wyłącznie na porównywaniu stawek oferowanych w innych ofertach, w innych częściach. Wykonawca musi bowiem odnieść się do swojej kalkulacji, przedstawić zamawiającemu w jaki sposób on kalkulował cenę swojej oferty. Bez przedstawienia obliczenia ceny, odniesienia się do ponoszonych przez wykonawcę kosztów, jak też przedłożenia stosownych dowodów, odnoszących się do obliczenia ceny, zamawiający nie ma możliwości stwierdzić czy poziom ceny oferowany w postępowaniu jest realny tj. czy możliwa jest realizacja zamówienia za podaną cenę.

Rację ma zatem Kontrolujący, że już pierwsze wyjaśnienia wykonawcy PUM nie zasługiwały na pozytywną ocenę zamawiającego, przede wszystkim z uwagi na okoliczność, że nie zawierały jakiegokolwiek kalkulacji czy danych matematycznych przedstawiających sposób zbudowania ceny jego oferty. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, zawartym w Zastrzeżeniach to na wykonawcy wezwanym do wyjaśnień spoczywał obowiązek wyjaśnienia w jaki sposób skalkulował cenę swojej oferty. Treść wezwania z dnia 7 listopada 2022 r. nie budziła w tym zakresie wątpliwości, że wykonawca PUM wezwany do wyjaśnień miał wykazać, iż zaoferowana przez niego cena za realizację części 5 zamówienia jest wystarczająca do pokrycia kosztów, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania zamówienia publicznego. Złożone z kolei przez wykonawcę PUM wyjaśnienia ceny oferty sprowadzały się w istocie do części opisowej, w której to zapewniał zamawiającego, że na kalkulację ceny oferty wpływ ma szereg czynników i szereg wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia.

Wyjaśnienia te, w ocenie Izby, stanowiły wyłącznie gołosłowne deklaracje wykonawcy PUM, i co kluczowe w przypadku kontrolowanego postępowania nie czyniły zadość wymaganiom zamawiającego wskazanym w treści wezwania z dnia 7 listopada 2022 r., w szczególności w zakresie przedstawienia kalkulacji ceny oferty będącej istotą procedury rażąco niskiej ceny. Innymi słowy, opisowe wyjaśnienia złożone przez wykonawcę PUM były nieweryfikowalne z uwagi na brak przedstawienia kalkulacji ceny.

Nie jest również przekonujący argument podnoszony przez zamawiającego, odnoszący się do okoliczności, że kontrola doraźna dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w 2022 r., natomiast zawarta z wykonawcą PUM umowa dotyczyła usług świadczonych w 2022 r. Z kolei w trakcie realizacji zamówienia

wykonawca PUM nie zgłaszał żadnych roszczeń dotyczących podwyższenia jego wynagrodzenia. Argumentacja ta nie zasługuje na uwzględnienie z tego powodu, że zamawiający dokonuje oceny czy cena zaoferowana przez danego wykonawcę nie jest rażąco niska na etapie prowadzonego postępowania. W każdym przypadku, gdy występuje domniemanie zaoferowania ceny, za którą wykonawca nie będzie w stanie zamówienie zrealizować, istnieje obowiązek weryfikacji przez zamawiającego takiej ceny. Brak takiej weryfikacji może bowiem powodować problemy na etapie realizacji zamówienia publicznego, zarówno po stronie wykonawcy, który nie będzie w stanie zrealizować umowy zgodnie z jej postanowieniami, ale też po stronie zamawiającego w przypadku gdy wykonawca takiej umowy nie będzie w stanie zrealizować. Stąd tak ważne jest, aby wdrożyć stosowną procedurę na etapie udzielania zamówienia, a nie opierać swoje przekonania na fakcie, że umowa za zaoferowaną stawkę została wykonana.

W konsekwencji Izba zgadza się także z twierdzeniami Kontrolującego, że zamawiający naruszył przywoływane przez niego przepisy ustawy Pzp wzywając wykonawcę PUM ponownie do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w dniu 18 listopada 2022 r. Prowadzenie postępowania wyjaśniającego w przedmiocie domniemania rażąco niskiej ceny nie może naruszać zasad określonych w przepisach ustawy Pzp. Zamawiający może zatem prosić wykonawcę o złożenie wyjaśnień dodatkowych tj. kolejnych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Takie działanie nie jest w ustawie Pzp co do zasady zakazane, jednakże może być stosowane wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca wezwany do pierwszych wyjaśnień składa rzeczowe i konkretne wyjaśnienia i dopiero analiza tychże szczegółowych wyjaśnień, zawierających odpowiedzi na wszystkie pytania zamawiającego, prowadzi do nowych wątpliwości, bądź konieczności ich doprecyzowania lub wyjaśnienia. Z pewnością instytucja wezwania uzupełniającego nie może być stosowana przez zamawiającego do „ratowania” wykonawcy, czy wielokrotnego dopytywania wykonawcy o to samo, w sytuacji gdy ten w odpowiedzi na pierwsze wezwanie nie składa szczegółowych, rzetelnych, konkretnych i pełnych wyjaśnień.

Powyższy pogląd należy uznać za utrwalony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która wielokrotnie odnosiła się do sposobu prowadzenia procedury wyjaśniającej. Dla przykładu przywołać należy choćby wyrok KIO z dnia 14 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 220/22, w którym stwierdzono: Zamawiający ma prawo skierować do wykonawcy kolejne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale jedynie w sytuacji, gdy lektura pierwszych złożonych wyjaśnień wymaga doszczegółowienia. Za niedopuszczalne należy uznać kolejne wezwanie polegające de facto na konieczności poproszenia wykonawcy po raz kolejny o to samo, to jest o przedstawienie brakujących elementów kalkulacji, które mogły i powinny być złożone już w pierwszych wyjaśnieniach. Podobnie Izba orzekła w wyroku KIO z dnia 31 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 125/22): W świetle tych zasad zamawiający

może ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, ale jedynie wtedy, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych, popartych dowodami wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który wprowadził w terminie udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka a nie inna cena oferty.

W konsekwencji Izba podzieliła stanowisko Kontrolującego, że wystosowanie do wykonawcy PUM kolejnego wezwania w dniu 18 listopada 2022 r. do uzupełnienia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny stanowiło próbę ratowania oferty tego wykonawcy, ale też naruszało zasady prowadzenia postępowania: równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Powyższe zasady nabierają także znaczenia w sytuacji, w której jak trafnie dostrzegł Kontrolujący zamawiający w przypadku wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. również wystosował wezwanie na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, przywołując art. 224 ust. 3, 5 i 6 ustawy Pzp, a następnie, po ocenie wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę, podjął decyzję o odrzuceniu jego oferty uznając, że złożone wyjaśnienia są niewystarczające. Potraktował zatem obu wykonawców w sposób odmienny pomimo, że obydwa podmioty zostały wezwane do złożenia wyjaśnień w tym postępowaniu i takie wyjaśnienia złożyły. Odmienna jednak była całkowicie ocena tych wyjaśnień przez zamawiającego.

Izba, podobnie jak Kontrolujący, stwierdziła, że zamawiający w odmienny sposób traktował wykonawcę PUM i ALBA w tym postępowaniu. W przypadku pierwszego z nich pomimo, że złożone przez niego wyjaśnienia były ogólne, nie zawierały odpowiedzi na zadane pytania i, co kluczowe, nie wyjaśniały w żaden sposób poziomu oferowanej ceny, zamawiający zdecydował o tym, że konieczne i celowe jest kontynuowanie procedury wyjaśniającej. Z kolei w przypadku wykonawcy ALBA, jak wskazał, zaistniała odmienna sytuacja, gdyż w wezwaniu skierowanym do niego z dnia 23 listopada 2022 r. zawarł żądanie przedstawienia szczegółowej kalkulacji zaoferowanej ceny.

Z takim podejściem nie sposób się zgodzić i działanie takie wyczerpuje przesłankę art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Doszło bowiem w tym wypadku do nierównego traktowania wykonawców, gdyż każdy z nich, celem wykazania zaoferowania ceny realnej, gwarantującej należyte wykonanie zamówienia publicznego, miał obowiązek przedłożyć wyliczenia ceny np. w postaci kalkulacji cenowej.

W konsekwencji należy uznać, że zasadne było stwierdzenie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PUM, który w złożonych wyjaśnieniach z 14 listopada 2022 r. nie udowodnił, iż zaoferowana przez niego cena nie zawiera znamion ceny rażąco niskiej. Trafnie też Kontrolujący zarzucił naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stwierdzając, że wykonawcy PUM i ALBA nie byli traktowani w sposób równy, w konsekwencji zamawiający naruszył także zasady prowadzenia postępowania: równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza działając na podstawie art. 610 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....