

Projekt współfinansowany jest przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego oraz środków budżetu województwa opolskiego w ramach projektu Mobilny przewodnik po województwie opolskim oraz kraju ołomunieckim (E-Turysta) Program INTERREG V-A Republika Czeska – Polska

Opole, dnia 29.06.2022 r.

(Zawiadomienie podlega publikacji na stronie prowadzonego postępowania)

Zamawiający:

Województwo Opolskie
Urząd Marszałkowski
Województwa Opolskiego
ul. Piastowska 14,
45 – 082 Opole

ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Dotyczy postępowania: DOA-ZP.272.5.2022 pn.: „Wykonanie modernizacji turystycznego portalu internetowego wraz z aplikacją mobilną w ramach projektu pn. "Mobilny przewodnik po województwie opolskim oraz kraju ołomunieckim (E-Turysta)"".

Zgodnie z art. 255 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; zwana dalej: ustawą Pzp),. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż wszystkie oferty podlegały odrzuceniu.

Jednocześnie zgodnie z art. 260 ust. 1 i ust. 2 ww. ustawy o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty podając uzasadnienie faktyczne i prawne oraz udostępnia niezwłocznie ww. informacje, na stronie internetowej prowadzonego postępowania (<https://miniportal.uzp.gov.pl/>).

Uzasadnienie prawne:

Na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, tj. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Uzasadnienie faktyczne:

Brak ważnej oferty lub wniosku jest obligatoryjną przesłanką unieważnienia postępowania, która nie nasuwa żadnych wątpliwości, gdyż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty **nie podlegającej odrzuceniu** (art. 255 pkt 2 Pzp). Jest rzeczą oczywistą, że gdy brak jest choćby jednej prawidłowej oferty - postępowanie o udzielenie zamówienia nie może osiągnąć swego celu w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy w sprawie zamówienia.

W niniejszym postępowaniu, do upływu wyznaczonego terminu na składanie ofert, tj. do dnia 13.04.2022r., do godz. 09 : 00 wpłynęło 8 ofert.

Jednakże złożone oferty podlegają odrzuceniu w oparciu o przesłanki wynikające z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp. „Przepis art. 226 Pzp zawiera nakaz dla Zamawiającego odrzucenia oferty, jeżeli spełniona została co najmniej jedna przesłanka odrzucenia. Zamawiający nie może zatem odstąpić od odrzucenia oferty, jeśli wypełniona została co najmniej jedna przesłanka odrzucenia wskazana w art. 226 ust 1 pkt 1–18 Pzp. Odrzucenie oferty następuje na etapie badania i oceny ofert. Oferty, które zostają odrzucone, nie są uwzględniane w rankingu ofert, niemniej jednak są uznawane za złożone w ramach postępowania. Oznacza to, że oferty odrzucone powinny być ujawnione niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp). Przepis ten nakazuje podać powody odrzucenia oferty poprzez wskazanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonania tej czynności.” (Komentarz do ustawy PZP, UZP str. 712).

Mając powyższe na uwadze podaje się powody odrzucenia ofert poprzez wskazanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonania tej czynności:

Oferta nr 1 złożona przez: **WEBSTER-STUDIO SP. Z O.O.**, UL. MARCELIŃSKA 94B/169,
60-324 POZNAŃ

Uzasadnienie faktyczne:

Zgodnie z opinią UZP „(...) Zamawiający w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, które zostały wszczęte i nie są zakończone przed wejściem w życie ww. ustawy ma obowiązek zbadać, czy wobec wykonawcy nie zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w treści art. 7 ust. 1 ww. ustawy. Jeśli wobec wykonawcy zachodzi, którakolwiek z podstaw wymienionych w treści art. 7 ust. 1 pkt 1-3 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego, wówczas oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp,

tj. z uwagi na fakt, że oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.” (<https://www.uzp.gov.pl/ukraina/pytania-i-odpowiedzi>).

Na podstawie art. 274 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający pismem z dnia 12.05.2022 r. wezwał Wykonawcę do złożenia **oświadczenia na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia**, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego.

Wykonawca do wymaganego przez Zamawiającego terminu **nie uzupełnił** przedmiotowego dokumentu zgodnie z wezwaniem Zamawiającego.

W związku z powyższym Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 03.06.2022 r. wezwał Wykonawcę ponownie do złożenia wyżej wymienionego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, o których mowa w art. 7 ust. 1 cytowanej ustawy. Wykonawca do wskazanego terminu **nie uzupełnił** dokumentów zgodnie z wezwaniem Zamawiającego.

Zatem Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, gdyż wykonawca nie złożył przedmiotowego oświadczenia na potwierdzenie braku wykluczenia, o którym mowa w art. 7 ust. 1 pkt 1-3 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego.

Uzasadnienie prawne:

Oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub przedmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, **lub innych dokumentów lub oświadczeń.**

Oferta nr 2 złożona przez: **PRO MULTIMEDIA PATRYK FILIPEK, UL. SZKOLNA 2 M 18, 41-250 CZELADŹ**

Uzasadnienie faktyczne:

W związku z tym, że cena oferty (brutto) zaproponowana przez Wykonawcę w ofercie wynosi **200 490,00 zł brutto** a wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania wynosi **491 364,29 zł**, średnia arytmetyczna cen ze wszystkich ofert wynosi **304 786,87 zł** - Zamawiający stwierdził, że:

cena złożonej oferty jest **niższa o 59,20%** od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz jest **niższa o 34,22%** od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zatem budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W dniu 27.04.2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień **wraz z dowodami** w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych. Zamawiający wskazał w przedmiotowym wezwaniu, iż przedłożone wyjaśnienia mogły 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 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.

Ustawodawca w katalogu zagadnień, których mogą dotyczyć wyjaśnienia wykonawcy, posłużył się formułą „w szczególności”, co oznacza, że jest to katalog otwarty, a wyjaśnienia wykonawcy mogły dotyczyć także innych aspektów.

Jednocześnie w wystosowanym wezwaniu powołując się na wyrok Izby z dnia 14.04.2015r. (sygn. akt. KIO 637/15) Zamawiający wskazał, że „(...) Wykonawca jest zobowiązany nie tylko **wyjaśnić**, ale także **udowodnić**, czy choćby **uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie**

oferty. (...) Nie będą zatem spełniać przesłanki "wykazania" gołosłowne, niczym nie poparte twierdzenia."

W wezwaniu z dnia 27.04.2022r. Zamawiający podkreślił, że Wykonawca w udzielanych wyjaśnieniach powinien **udowodnić Zamawiającemu w sposób niebudzący wątpliwości**, że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Zatem wykonawca **zobowiązany był** do przedstawienia dowodów lub przynajmniej uprawdopodobnienia, że za zaproponowaną cenę jest w stanie **z zyskiem zrealizować zamówienie.**

Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia Wykonawcy stwierdził, że m.in.:

1. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego złożył w dniu 04.05.2022r. „Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny” w zakresie wyliczenia ceny złożonej oferty.
2. Udzielone przez Wykonawcę lakoniczne wyjaśnienia sprowadzają się jedynie do ogólnikowych informacji i zapewnień tj.:
 - 1) do przedstawienia uproszczonej kalkulacji, w której nie wykazano zysku - rentowności zamówienia,
 - 2) zapewnienia, że „(...) Wykonawca zamierza wykonać większość prac samodzielnie(...)”, bez załączenia dowodów, konkretnych wyjaśnień,
 - 3) zapewnienia, że „(...) Wykonawca zamierza skorzystać z usług grafika zatrudnionego (...) na umowę o dzieło (...)”, bez załączenia dowodów oraz kalkulacji szczegółowych kosztów pracy,
 - 4) zapewnienia, że „Wykonawca podtrzymuje swoją ofertę” bez załączenia dowodów, konkretnych wyjaśnień,
 - 6) zaniechanie przedstawienia dowodów na poparcie sposobu zbudowania ceny ofertowej.

Reasumując:

Zamawiający nie uzyskał w odpowiedzi na wystosowane wezwanie konkretnych, rzetelnych, wyczerpujących, popartych dowodami szczegółowych informacji, które pozwoliłyby na pozytywne zweryfikowanie ceny oferty jako prawidłowo skalkulowanej, w tym ustalenie, w jaki konkretnie sposób ogólnikowo powoływane czynniki przełożyły się na obniżenie ceny, której wysokość wzbudziła wątpliwości Zamawiającego (Wyrok KIO 3738/21 z dnia 24.01.2022r.).

Ponadto brak złożenia dowodów przez Wykonawcę PRO MULTIMEDIA PATRYK FILIPEK na poparcie swoich twierdzeń, negatywnie wpłynęło na ocenę wyjaśnień wykonawcy.

Zaniechanie przedstawienia dowodów na poparcie sposobu zbudowania ceny ofertowej uniemożliwia rzetelną weryfikację złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny czyniąc je gołosłownymi (KIO w wyroku 23.12.2020 r. (sygn. akt KIO 3095/20).

Zawarte w przedmiotowym ww. piśmie oświadczenie, że m.in. (...) „Wykonawca podtrzymuje swoją ofertę” (...) w ocenie Zamawiającego jest niewystarczające, nierzeczowe, niekonkretne, zbyt ogólne.

Lakoniczne, krótkie zapewnienia wykonawcy, uproszczona kalkulacja ceny bez załączenia dowodów nie pozwoliły Zamawiającemu uzyskać odpowiedzi oraz pozytywnie zweryfikować cenę oferty jako prawidłowo skalkulowaną, w tym ustalić w jaki sposób ogólnikowo powołane czynniki przełożyły się na obniżenie tej ceny, której wysokość wzbudziła wątpliwości Zamawiającego.

Zatem brak konkretnych wyjaśnień, próby uprawdopodobnienia twierdzeń, szczegółowego wyliczenia poszczególnych kosztów (np. pracy), brak załączenia dowodów nie pozwoliły Zamawiającemu ocenić realność i rentowność przedsięwzięcia – dostawy za zaproponowaną cenę. Zamawiający podkreślił w wezwaniu, że generalną zasadą jest obowiązek dowodowy, który spoczywa na wykonawcy.

Tym samym, jeżeli wykonawca powoływał się na planowane do zawarcia „wstępne” umowy (tj. umowy o dzieło – pkt 2 w wyjaśnieniach) lub wykonywanie „większości prac samodzielnie” (pkt 1 w wyjaśnieniach), to nic nie stało na przeszkodzie, aby przedstawić Zamawiającemu stosowne dokumenty, wskazując np. 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, jaka ilość pracowników i w jakim wymiarze czasowym została skalkulowana w ramach ujętych kosztów. **Wykonawca podając te argumenty jw. tego nie uczynił.**

Każdy z wykonawców może wykazać się wykwalifikowaną i doświadczoną kadrą, która pozwala na szybkie i efektywne wykonywanie prac, dysponowaniem odpowiednim zapleczem sprzętowym, czy własnym serwisem gwarancyjnym, który umożliwia szybkie naprawy i sprawne utrzymanie sprzętu w stanie gotowości, więc trudno traktować te **ogólne zapewnienia wykonawcy** w kategoriach konkretnych i szczególnych okoliczności pozwalających na obniżenie ceny oferty.

W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie **mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie**

Zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami.

Powyższe stanowisko potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej 1462/21 z dnia 7 lipca 2021 r. zgodnie z którym „Wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca w ramach odpowiedzi na wezwanie powinien przedłożyć wyjaśnienia i **dowody**, które w jego ocenie **uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień** sposobu wyliczenia ceny. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytnie i wymierne wartości ekonomiczne, **co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (...)**”.

Uzasadnienie prawne:

Oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Art. 226 ust. 1 pkt 8)

„1.Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

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

w związku z

Art. 224 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.”

Komentarz PZP str. 709

„(...) Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień – przy czym za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 224 ust. 6 Pzp należy uznać również złożenie wyjaśnień lakonicznych – lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie doprowadziły do obalenia tego domniemania, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.”

Oferta nr 3 złożona przez: **AUDIOTOUR SP. Z O.O.**, PL. JANA KILIŃSKIEGO 2, 35-005 RZESZÓW

Uzasadnienie faktyczne:

W związku z tym, że cena oferty (brutto) zaproponowana przez Wykonawcę w ofercie wynosi **102 000,00 zł brutto** a wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania wynosi **491 364,29 zł**, średnia arytmetyczna

cen ze wszystkich ofert wynosi **304 786,87 zł** Zamawiający stwierdził, że cena złożonej przez Państwa oferty jest niższa o **79,24%** od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz jest niższa o **66,53%** od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 - zatem budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W dniu 27.04.2022r. Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych. Przedłożone wyjaśnienia mogły 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 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.

Ustawodawca w katalogu zagadnień, których mogą dotyczyć wyjaśnienia wykonawcy, posłużył się formułą „w szczególności”, co oznacza, że jest to katalog otwarty, a wyjaśnienia wykonawcy mogą dotyczyć także innych aspektów. Jednocześnie powołując się na wyrok Izby z dnia 14.04.2015r. (sygn. akt. KIO 637/15) Zamawiający wskazał, że „(...) Wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. (...) Nie będą zatem spełniać przesłanki "wykazania" gołosłowne, niczym nie poparte twierdzenia.”

W wezwaniu z dnia 27.04.2022r. Zamawiający podkreślił, że Wykonawca w udzielanych wyjaśnieniach powinien **udowodnić Zamawiającemu w sposób niebudzący wątpliwości**, że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Zatem wykonawca **zobowiązany był** do przedstawienia dowodów lub przynajmniej uprawdopodobnienia, że za zaproponowaną cenę jest w stanie **z zyskiem zrealizować zamówienie**.

Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia Wykonawcy stwierdził że:

Wykonawca złożył w dniu 04.05.2022r. wyjaśnienia, które zawierały informacje niezwiązane z wyjaśnieniem czynników mających wpływ na wysokość ceny ofertowej, zatem nie pozwoliły Zamawiającemu uzyskać w odpowiedzi konkretnych, rzetelnych, wyczerpujących, popartych dowodami szczegółowych informacji, które umożliwiłyby pozytywne zweryfikowanie ceny oferty jako prawidłowo skalkulowanej, w tym ustalenie, w jaki konkretnie sposób czynniki przełożyły się na obniżenie ceny, której wysokość wzbudziła wątpliwości Zamawiającego.

(Powyższe stanowisko potwierdza Wyrok KIO 3738/21 z dnia 24.01.2022r.).

W złożonym piśmie Wykonawca zawarł zapytania, na które Zamawiający udziela wyjaśnień.

Ustosunkowując się do pytania Wykonawcy zawartego w odpowiedzi na rażąco niską cenę, wyjaśniam, że kwota szacunkowa jest jedyną kwotą, w stosunku do której następuje badanie rażąco niskiej ceny zgodnie z przepisem art. 224 ust. 2 ustawy Pzp.

Natomiast kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia nie jest podstawą do dokonania ww. czynności tj. porównania ofert do średniej arytmetycznej czy do tzw. ceny Zamawiającego tj. wartości szacunkowej powiększonej o VAT. Jest to wyłącznie kwota przewidziana w budżecie Zamawiającego, która w niektórych przypadkach może zostać podwyższona do ceny najkorzystniejszej oferty. Tak więc Wykonawca błędnie rozumie funkcję jaką obie te kwoty pełnią w Prawie zamówień publicznych. Kwota przeznaczona na sfinansowanie może być niższa lub wyższa od wartości szacunkowej zamówienia. Obie kwoty regulują odrębne przepisy i kwoty te nie są od siebie zależne. Wyjaśnieniem przeznaczenia na sfinansowanie zamówienia kwoty niższej niż wartość szacunkowa jest między innymi fakt, iż ceny rynkowe niekoniecznie muszą odpowiadać wartości szacunkowej zamówienia, co nie znaczy, że wartość ta została ustalona nienależycie lub w przypadku wiarygodnych wyjaśnień – ceny Wykonawców okażą się cenami rynkowymi, prawidłowo skalkulowanymi.

Przepisy ustawy Pzp nie nakazują, aby **kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia**, była tożsama z **szacunkową wartością zamówienia**.

Ustalenie wartości szacunkowej ma przede wszystkim na celu dokonanie wyboru co do właściwego sposobu postępowania przez zamawiającego, tj. pozwala na określenie czy procedura objęta jest reżimem ustawy Pzp, czy też należy prowadzić ją w oparciu o regulacje krajowe czy też przekracza ona tzw. progi unijne.

Zamawiający nie naruszył w ten sposób przepisów obowiązującego prawa, albowiem możliwe jest zabezpieczenie w budżecie środków na poziomie nawet znacznie odbiegającym od kwoty jaką zamawiający ustalił, szacując wartość zamówienia. Izba w orzeczeniach podkreślała, że ustalenie wartości szacunkowej zamówienia na danym poziomie nie powoduje po stronie zamawiającego obowiązku dopasowania czy też ustalenia kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na takim samym poziomie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2015 r., KIO 1132/15).

Wykonawca przed złożeniem oferty **miał możliwość zapoznania** się z informacją o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, gdyż podano ją publicznie na stronie prowadzonego postępowania w dniu 08.04.2022 r.

Zgodnie z art. 222 ust. 4 Pzp zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W jednostkach sektora finansów publicznych kwota ta, w przeciwieństwie do wartości zamówienia i zaoferowanej ceny, ma swoje źródło w planie finansowym lub w dokumentach planowania wieloletniego. Jest to wiążąca deklaracja na temat minimalnej sumy gwarantowanej, która stanowi dodatkowy warunek zamówienia. Udostępnienie informacji o minimalnej sumie gwarantowanej, najpóźniej przed otwarciem ofert, zapobiega bezzasadnemu unieważnieniu postępowania z powodu rzekomego braku środków. Przez złożenie oświadczenia w sprawie deklarowanej kwoty zamawiający zobowiązuje się przyjęć ofertę najkorzystniejszą, jeśli zaoferowana cena lub koszt nie przekroczy tej kwoty. Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, odnosi się zarówno do ceny, jak i – jeżeli dotyczy – kosztu. Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, może zostać ujawniona przed upływem lub po upływie terminu składania ofert, lecz przed otwarciem ofert (art. 222 ust. 4 Pzp). Ustawodawca wyraźnie dopuścił możliwość zwiększenia kwoty pokrycia finansowego w związku z wyborem oferty. Decyzja o zwiększeniu tej kwoty jest oparta na swobodnym uznaniu zamawiającego. **Wyrażenie „może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty” należy interpretować jako uprawnienie**

zamawiającego i to do jego decyzji należy kwestia możliwości zwiększenia środków finansowych na dany cel. Zatem zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. (Komentarz UZP).

Ponadto informuję, że przepisy art. 224 ust. 2 ustawy Pzp obligatoryjnie wskazują „przesłanki kwotowe” podstawy badania zaproponowanej przez Wykonawcę ceny ofertowej, żądania od wykonawcy wyjaśnień w tym złożenia dowodów wyliczenia ceny.

Przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp obejmuje dwie okoliczności, wyrażone w formie alternatywy łącznej „lub”, do których należy odnieść wartość 30% ceny całkowitej oferty, tj. **wartość zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, a także średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na określonych podstawach.** Powyższe powoduje, że w każdym przypadku, gdy wystąpi co najmniej jedna z tych okoliczności, zamawiający będzie miał obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

Uzasadnienie prawne:

Oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

Oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Art. 226 ust. 1 pkt 8)

„1.Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

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

związku z

Art. 224 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.”

Komentarz PZP str. 709

„(...) Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień – przy czym za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 224 ust. 6 Pzp należy uznać również złożenie wyjaśnień lakonicznych – lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie doprowadziły do obalenia tego domniemania, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.”

Oferta nr 4 złożona przez: **T2T SYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ,**
UL. JANA PAWŁA II 25A/C, 47-440 NĘDZA

Uzasadnienie faktyczne:

W związku z tym, że cena oferty (brutto) zaproponowana przez Wykonawcę w ofercie wynosi **153 750,00 zł brutto** a wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania wynosi **491 364,29 zł**, średnia arytmetyczna cen ze wszystkich ofert wynosi **304 786,87 zł** - Zamawiający stwierdził, że:

cena złożonej oferty jest **niższa o 68,71%** od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz jest **niższa o 49,55%** od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zatem budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W dniu 27.04.2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień **wraz z dowodami** w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych. Zamawiający wskazał w przedmiotowym wezwaniu, iż przedłożone wyjaśnienia mogły 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 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.

Ustawodawca w katalogu zagadnień, których mogą dotyczyć wyjaśnienia wykonawcy, posłużył się formułą „w szczególności”, co oznacza, że jest to katalog otwarty, a wyjaśnienia wykonawcy mogą dotyczyć także innych aspektów.

Jednocześnie w wystosowanym wezwaniu powołując się na wyrok Izby z dnia 14.04.2015r. (sygn. akt. KIO 637/15) Zamawiający wskazał, że „(...) Wykonawca jest zobowiązany nie tylko **wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty.** (...) Nie będą zatem spełniać przesłanki "wykazania" gołosłowne, niczym nie poparte twierdzenia.”

W wezwaniu z dnia 27.04.2022r. Zamawiający podkreślił, że Wykonawca w udzielanych wyjaśnieniach powinien **udowodnić Zamawiającemu w sposób niebudzący wątpliwości**, że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Zatem wykonawca **zobowiązany był** do przedstawienia dowodów lub przynajmniej uprawdopodobnienia, że za zaproponowaną cenę jest w stanie **z zyskiem zrealizować zamówienie.**

Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia Wykonawcy stwierdził:

1. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego złożył w dniu 29.04.2022r. „Wyjaśnienia do wyliczonej ceny”.
2. **Udzielone przez Wykonawcę lakoniczne wyjaśnienia sprowadzają się jedynie do ogólnikowych informacji i zapewnień m.in.:**
 - 1) przedstawienia w opracowanej przez Wykonawcę tabeli „operacji/procesów” zamówienia, gdzie wyszczególnione koszty po zsumowaniu nie odzwierciedlają zaoferowanej ceny w ofercie Wykonawcy. Całkowity koszt realizacji zamówienia brutto zawarty w tabeli wynosi **153 694,65 zł**, przy zaoferowanej w ofercie cenie **153 750,00 zł**.
 - 2) zapewnienia, że „(...) Cena zawiera oszacowanie ryzyka (...)”, bez załączenia dowodów, konkretnych wyjaśnień,
 - 3) zapewnieniu, że „(...) wszyscy nasi pracownicy przewidziani do realizacji projektu zatrudnieni są na umowę o pracę na czas nieokreślony (...)”, bez załączenia dowodów oraz kalkulacji szczegółowych kosztów pracy,

- 4) stwierdzenia, że „(...)Utrzymujemy stosunkowo niskie koszty zatrudnienia (...), część pracowników korzysta ze zwolnienia z podatku dochodowego do 26 r.ż. (...)”, bez załączenia dowodów, konkretnych wyjaśnień,
- 5) stwierdzeniu, że „(...) Prowadzimy działalność gospodarczą na prowincji, wynajmujemy lokal biurowy na wsi (...)”, bez załączenia dowodów, konkretnych wyjaśnień.

Reasumując:

Zamawiający nie uzyskał w odpowiedzi na wystosowane wezwanie konkretnych, rzetelnych, wyczerpujących, popartych dowodami szczegółowych informacji, które pozwoliłyby na pozytywne zweryfikowanie ceny oferty jako prawidłowo skalkulowanej, w tym ustalenie, w jaki konkretnie sposób ogólnikowo powoływane czynniki przełożyły się na obniżenie ceny, której wysokość wzbudziła wątpliwości Zamawiającego (Wyrok KIO 3738/21 z dnia 24.01.2022r.).

Ponadto brak złożenia dowodów przez Wykonawcę na poparcie swoich twierdzeń, negatywnie wpłynęło na ocenę wyjaśnień wykonawcy.

Zaniechanie przedstawienia dowodów na poparcie sposobu zbudowania ceny ofertowej uniemożliwia rzetelną weryfikację złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny czyniąc je gołosłownym (KIO w wyroku 23.12.2020 r. (sygn. akt KIO 3095/20).

Zawarte w przedłożonych wyjaśnieniach oświadczenie Wykonawcy, że m.in. (...) **„Podana przez cena jest ceną rynkową, określiliśmy ją w taki sam sposób, w jaki określamy ceny dla podobnych projektów”** (...) w ocenie Zamawiającego jest niewystarczające, nierzeczowe, niekonkretne, zbyt ogólne.

Lakoniczne, krótkie zapewnienia i deklaracje wykonawcy, uproszczona kalkulacja ceny bez załączenia dowodów nie pozwoliły Zamawiającemu uzyskać odpowiedzi oraz pozytywnie zweryfikować cenę oferty jako prawidłowo skalkulowaną, w tym ustalić w jaki sposób ogólnikowo powołane czynniki przełożyły się na obniżenie tej ceny, której wysokość wzbudziła wątpliwości Zamawiającego.

Zatem brak konkretnych wyjaśnień, próby uprawdopodobnienia twierdzeń, szczegółowego wyliczenia poszczególnych kosztów (np. pracy), brak załączenia dowodów nie pozwoliły Zamawiającemu ocenić realność i rentowność przedsięwzięcia – dostawy za zaproponowaną cenę. Zamawiający podkreślił w wezwaniu, że generalną zasadą jest obowiązek dowodowy, który spoczywa na wykonawcy.

W załączonej przez Wykonawcę uproszczonej kalkulacji wystąpiła różnica pomiędzy sumą wartości brutto za wszystkie „operacje/procesy” zamówienia a ceną zawartą w złożonej ofercie Wykonawcy. Zatem Wykonawca, nie dołożył wszelkich starań, aby rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość zaproponowanej ceny.

Złożone wyjaśnienia, Wykonawca sprowadził jedynie do zapewnień i deklaracji, że wszyscy pracownicy przewidziani do realizacji projektu zatrudnieni są na umowę o pracę na czas nieokreślony, a wynagrodzenie programistów w rejonie jest niższe niż przeciętne zarobki w kraju. Przytaczając ten argument Wykonawca nie przedstawił szczegółowo kosztów wynagrodzenia pracowników i innych składników np.: związanych z tym kosztów po stronie pracodawcy i innych obciążeń przewidzianych przepisami Prawa pracy. Tym samym, jeżeli wykonawca powołuje się na koszty pracownicze wynikające z zawartych już umów o pracę na czas nieokreślony, zatrudnienie pracowników korzystających ze zwolnienia z podatku dochodowego do 26 r. ż. lub zatrudnienia programistów, których część kosztów wynagrodzeń pokrywa Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, to nic nie stało na przeszkodzie, aby przedstawić zamawiającemu stosowne dokumenty - dowody wskazując np. 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. W takich okolicznościach wyjaśnienia wykonawcy dotyczące rażąco niskiej ceny uwzględnić powinny kalkulację oszczędności, prezentując faktyczny koszt pracowniczy w porównaniu z kosztami, które wykonawca poniósłby, kompletując z rynku zespół dedykowany konkretnemu zamówieniu. Tego Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił.

Istotny jest również brak złożenia dowodów przez Wykonawcę T2T System sp. z o.o. na poparcie stwierdzenia, że „(...) Prowadzimy działalność gospodarczą na prowincji, wynajmujemy lokal biurowy na wsi (...)”. Istnienie tego rodzaju okoliczności obliguje do wykazania w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny lub kosztu. To wykonawca powinien przedkładać dowody na potwierdzenie wszystkich przywołanych okoliczności mających wpływ na rentowność zaoferowanej ceny ofertowej. (Powyższe stanowisko potwierdza Wyrok KIO 3738/21 z dnia 24.01.2022r.). Tego argumentu Wykonawca nie uzasadnił i nie poparł dowodami.

Każdy z wykonawców może wykazać się wykwalifikowaną i doświadczoną kadrą, która pozwala na szybkie i efektywne wykonywanie prac, dysponowaniem odpowiednim zapleczem

sprzętowym, czy własnym serwisem gwarancyjnym, który umożliwi szybkie naprawy i sprawne utrzymanie sprzętu w stanie gotowości, więc trudno traktować te **ogólne zapewnienia wykonawcy** w kategoriach konkretnych i szczególnych okoliczności pozwalających na obniżenie ceny oferty.

W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie **mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, nieoparte stosownymi dowodami.**

Powyższe twierdzenie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej 1462/21 z dnia 7 lipca 2021 r. zgodnie z którym Wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca w ramach odpowiedzi na wezwanie powinien przedłożyć wyjaśnienia i **dowody**, które w jego ocenie **uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień** sposobu wyliczenia ceny. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, **co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (...)**”.

W związku z powyższym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podst. art. 224 ust 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, oferta ta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną.

Uzasadnienie prawne:

Oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Art. 226 ust. 1 pkt 8)

„1.Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

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

w związku z

Art. 224 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.”

Komentarz PZP str. 709

„(...) Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień – przy czym za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 224 ust. 6 Pzp należy uznać również złożenie wyjaśnień lakonicznych – lub złożone

wyjaśnienia wraz z dowodami nie doprowadziły do obalenia tego domniemania, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.”

Oferta nr 5 złożona przez: **VAVATECH SP. Z O.O., UL. OLESIŃSKA 21, 02-548 WARSZAWA**

Uzasadnienie faktyczne:

W związku z tym, że cena oferty (brutto) zaproponowana przez Wykonawcę w ofercie wynosi **220 785,00 zł brutto** a wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania wynosi **491 364,29 zł**, średnia arytmetyczna cen ze wszystkich ofert wynosi **304 786,87 zł** - **Zamawiający** stwierdził, że:

cena złożonej oferty jest **niższa o 55,07%** od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz jest niższa o 27,56% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zatem budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W dniu 27.04.2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień **wraz z dowodami** w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych. Zamawiający wskazał w przedmiotowym wezwaniu, iż przedłożone wyjaśnienia mogły 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 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.

Ustawodawca w katalogu zagadnień, których mogą dotyczyć wyjaśnienia wykonawcy, posłużył się formułą „w szczególności”, co oznacza, że jest to katalog otwarty, a wyjaśnienia wykonawcy mogą dotyczyć także innych aspektów.

Jednocześnie w wystosowanym wezwaniu powołując się na wyrok Izby z dnia 14.04.2015r. (sygn. akt. KIO 637/15) Zamawiający wskazał, że „(...) Wykonawca jest zobowiązany nie tylko **wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty.** (...) Nie będą zatem spełniać przesłanki "wykazania" gołosłowne, niczym nie poparte twierdzenia.”

W wezwaniu z dnia 27.04.2022r. Zamawiający podkreślił, że Wykonawca w udzielanych wyjaśnieniach powinien **udowodnić Zamawiającemu w sposób niebudzący wątpliwości**, że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Zatem wykonawca **zobowiązany był** do przedstawienia dowodów lub przynajmniej uprawdopodobnienia, że za zaproponowaną cenę jest w stanie **z zyskiem zrealizować zamówienie.**

Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia Wykonawcy stwierdził:

1. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego złożył w dniu 04.05.2022r. „Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny”.
2. **Udzielone przez Wykonawcę lakoniczne wyjaśnienia sprowadzają się jedynie do ogólnikowych informacji i zapewnień m.in.:**
 - 1) że Wykonawcy „udaje (...) się utrzymać stosunkowo niskie (w kontekście branży IT) koszty pracy pracowników, oferując różnego rodzaju inne elementy warunków pracy (...)”, bez załączenia dowodów, konkretnych wyjaśnień,
 - 2) potwierdzenia, „że koszty pracy przyjęte do ustalenia ceny nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę (...)”, bez załączenia dowodów, konkretnych wyjaśnień,
 - 3) zapewnienia, że „(...) nasza firma posiada bardzo duże doświadczenie i know-how oraz gotowe komponenty i rozwiązania pozwalające bardzo szybko i oszczędnie wykonywać tego typu zlecenia (...)”, bez załączenia dowodów, konkretnych wyjaśnień,
 - 4) „używane przez nas technologie pozwalają na wyjątkowo oszczędną realizację projektów (...)”, bez załączenia dowodów, konkretnych wyjaśnień,

5) powoływanie się Wykonawcy, iż „(...) realizowaliśmy już zamówienie zbliżone zakresem do przedmiotowego systemu (...)”, bez załączenia dowodów, konkretnych wyjaśnień.

Reasumując:

Zamawiający nie uzyskał w odpowiedzi na wystosowane wezwanie konkretnych, rzetelnych, wyczerpujących, popartych dowodami szczegółowych informacji, które pozwoliłyby na pozytywne zweryfikowanie ceny oferty jako prawidłowo skalkulowanej, w tym ustalenie, w jaki konkretnie sposób ogólnikowo powoływane czynniki przełożyły się na obniżenie ceny, której wysokość wzbudziła wątpliwości Zamawiającego (Wyrok KIO 3738/21 z dnia 24.01.2022r.).

Ponadto brak złożenia dowodów przez Wykonawcę na poparcie swoich twierdzeń, negatywnie wpłynęło na ocenę wyjaśnień wykonawcy.

Zaniechanie przedstawienia dowodów na poparcie sposobu zbudowania ceny ofertowej uniemożliwia rzetelną weryfikację złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny czyniąc je gołosłownymi (KIO w wyroku 23.12.2020 r. (sygn. akt KIO 3095/20).

Lakoniczne, krótkie zapewnienia wykonawcy, deklaracje, uproszczona kalkulacja ceny bez załączenia dowodów nie pozwoliły Zamawiającemu uzyskać odpowiedzi oraz pozytywnie zweryfikować cenę oferty jako prawidłowo skalkulowaną, w tym ustalić w jaki sposób ogólnikowo powołane czynniki przełożyły się na obniżenie tej ceny, której wysokość wzbudziła wątpliwości Zamawiającego.

Zatem brak konkretnych wyjaśnień, próby uprawdopodobnienia twierdzeń, szczegółowego wyliczenia poszczególnych kosztów, załączenia stosownych dowodów nie pozwoliły Zamawiającemu ocenić realność i rentowność przedsięwzięcia – dostawy za zaproponowaną cenę. Zamawiający podkreślił w wezwaniu, że generalną zasadą jest obowiązek dowodowy, który spoczywa na wykonawcy.

Zapewnienie wykonawcy, że „(...) nasza firma posiada bardzo duże doświadczenie i know-how oraz gotowe komponenty i rozwiązania pozwalające bardzo szybko i oszczędnie wykonywać tego typu zlecenia (...)” bez załączenia wyczerpujących wyjaśnień, kalkulacji oraz dowodów jest niewystarczające, bowiem Zamawiający nie może domniemywać jakie rozwiązania, wprowadzone komponenty itp. czynniki uzasadnią wpływ na tak skalkulowaną cenę. Ponadto powoływanie się Wykonawcy, iż „(...) realizowaliśmy już zamówienie zbliżone zakresem do przedmiotowego systemu (...)” jest jedynie deklaracją, która nie została w żaden sposób udokumentowana w jaki sposób ma wpływ na kalkulację ceny.

Brak złożenia dowodów przez Wykonawcę **Vavatech sp. z o.o.** na poparcie swoich twierdzeń m.in. na stwierdzenie, że „(...)koszty pracy przyjęte do ustalenia ceny nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę (...)”, negatywnie wpłynęło na ocenę wyjaśnień wykonawcy.

Obowiązek przedstawienia dowodów spoczywa na wykonawcy w sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów.

Potencjał kadrowy to często element decydujący o wartości niejednej firmy. Jeżeli wykonawca dysponuje takim zespołem na stałe, jego przewaga konkurencyjna nie musi przejawiać się wyłącznie w jakości personelu, ale także kosztach jego utrzymania i warunków zatrudnienia (możliwość pracy na niepełny etat, możliwość pracy zdalnej, elastyczne godziny pracy). W takich okolicznościach wyjaśnienia wykonawcy dotyczące rażąco niskiej ceny uwzględnić powinny kalkulację w jaki sposób te korzystne warunki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Tym samym, jeżeli wykonawca argumentując wysokość zaoferowanej ceny powołał się na oszczędności związane z utrzymaniem stosunkowo niskich kosztów pracy pracowników to nic nie stało na przeszkodzie, aby przedstawić zamawiającemu stosowne dowody potwierdzające ich wpływ na cenę ofertową. Wykonawca nie udowodnił Zamawiającemu, że powyższe argumenty mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Mając powyższe na uwadze nie jest wystarczające ogólne powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny lub kosztu.

Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena lub koszt nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy, to wykonawca powinien przedkładać dowody na potwierdzenie wszystkich przywołanych okoliczności mających wpływ na rentowność zaoferowanej ceny ofertowej.

Zamawiający zauważa, że każdy z wykonawców może wykazać się wykwalifikowaną i doświadczoną kadrą, która pozwala na szybkie i efektywne wykonywanie prac, dysponowaniem odpowiednim zapleczem sprzętowym, czy własnym know - how, więc trudno traktować te **ogólne zapewnienia wykonawcy** w kategoriach konkretnych i szczególnych okoliczności pozwalających na obniżenie ceny oferty. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie **mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami.**

Powyższe twierdzenie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej 1462/21 z dnia 7 lipca 2021 r. zgodnie z którym Wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca w ramach odpowiedzi na wezwanie powinien przedłożyć wyjaśnienia i **dowody**, które w jego ocenie **uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień** sposobu wyliczenia ceny. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytnie i wymierne wartości ekonomiczne, **co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (...)**”.

Wykonawca przytaczając swoje argumenty nie udowodnił Zamawiającemu, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska oraz nie poparł swoich tez, zapewnień odpowiednimi dowodami.

W związku z powyższym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podst. art. 224 ust 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, oferta ta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną.

Uzasadnienie prawne:

Oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Art. 226 ust. 1 pkt 8)

„1.Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;”
związku z

Art. 224 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.”

Komentarz PZP str. 709

„(...) Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień – przy czym za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 224 ust. 6 Pzp należy uznać również złożenie wyjaśnień lakonicznych – lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie doprowadziły do obalenia tego domniemania, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.”

Oferta nr 6 złożona przez: **CORMO SP. Z O.O.**, UL. KOTAŃSKIEGO 8/5, 10-166 OLSZTYN

Uzasadnienie faktyczne:

W związku z tym, że cena oferty (brutto) zaproponowana przez Wykonawcę w ofercie wynosi **183 270,00 zł brutto** a wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania wynosi **491 364,29 zł**, średnia arytmetyczna cen ze wszystkich ofert wynosi **304 786,87 zł** - Zamawiający stwierdził, że:

cena złożonej oferty jest **niższa o 62,70%** od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz jest **niższa o 39,87%** od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zatem budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W dniu 27.04.2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień **wraz z dowodami** w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych. Zamawiający wskazał w przedmiotowym wezwaniu, iż przedłożone wyjaśnienia mogły 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 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.

Ustawodawca w katalogu zagadnień, których mogą dotyczyć wyjaśnienia wykonawcy, posłużył się formułą „w szczególności”, co oznacza, że jest to katalog otwarty, a wyjaśnienia wykonawcy mogą dotyczyć także innych aspektów.

Jednocześnie w wystosowanym wezwaniu powołując się na wyrok Izby z dnia 14.04.2015r. (sygn. akt. KIO 637/15) Zamawiający wskazał, że „(...) Wykonawca jest zobowiązany nie tylko **wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty.** (...) Nie będą zatem spełniać przesłanki "wykazania" gołosłowne, niczym nie poparte twierdzenia.”

W wezwaniu z dnia 27.04.2022r. Zamawiający podkreślił, że Wykonawca w udzielanych wyjaśnieniach powinien **udowodnić Zamawiającemu w sposób niebudzący wątpliwości,** że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Zatem wykonawca **zobowiązany był** do przedstawienia dowodów lub przynajmniej uprawdopodobnienia, że za zaproponowaną cenę jest w stanie **z zyskiem zrealizować zamówienie.**

Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia Wykonawcy stwierdził:

1. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego złożył w dniu 04.05.2022r. „Wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny” w zakresie wyczenia ceny złożonej oferty.
2. Udzielone przez Wykonawcę lakoniczne wyjaśnienia sprowadzają się jedynie do ogólnikowych informacji i zapewnień m.in.:
 - 1) przedstawienia uproszczonej „opisowej” kalkulacji, która zawiera określenia „około” bez szczegółowych obliczeń,
 - 2) „załączenia informacji o zarobkach w grupach zawodowych związanych z realizacją projektu, pozyskanych z serwisu www.wynagrodzenia.pl” bez załączenia dowodów, konkretnych wyjaśnień,
 - 3) oświadczenia, że „pracownicy, którzy będą zaangażowani w projekt związani z naszą firmą umowami o pracę bądź długoterminowymi kontraktami b2b, mają opłacany ZUS a także dostęp do prywatnej opieki medycznej (...), bez załączenia dowodów oraz kalkulacji szczegółowych kosztów pracy,
 - 4) deklaracji dot. charakteru pracy (praca biurowa) i warunków pracy, bez załączenia dowodów, konkretnych wyjaśnień.

Reasumując:

Zamawiający nie uzyskał w odpowiedzi na wystosowane wezwanie konkretnych, rzetelnych, wyczerpujących, popartych dowodami szczegółowych informacji, które pozwoliłyby na pozytywne zweryfikowanie ceny oferty jako prawidłowo skalkulowanej, w tym ustalenie, w jaki

konkretnie sposób ogólnikowo powoływane czynniki przełożyły się na obniżenie ceny, której wysokość wzbudziła wątpliwości Zamawiającego (Wyrok KIO 3738/21 z dnia 24.01.2022r.).

Ponadto brak złożenia dowodów przez Wykonawcę na poparcie swoich twierdzeń, negatywnie wpłynęło na ocenę wyjaśnień wykonawcy.

Zaniechanie przedstawienia dowodów na poparcie sposobu zbudowania ceny ofertowej uniemożliwia rzetelną weryfikację złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny czyniąc je gołosłownymi (KIO w wyroku 23.12.2020 r. (sygn. akt KIO 3095/20).

Zawarte w przedmiotowym ww. piśmie oświadczenia, deklaracje bez załączonych dowodów w ocenie Zamawiającego są niewystarczające, nierzeczowe, niekonkretne, zbyt ogólne.

Lakoniczne, krótkie zapewnienia wykonawcy, uproszczona „opisowa” kalkulacja ceny bez załączenia dowodów nie pozwoliły Zamawiającemu uzyskać odpowiedzi oraz pozytywnie zweryfikować cenę oferty jako prawidłowo skalkulowaną, w tym ustalenie w jaki sposób ogólnikowo powołane czynniki przełożyły się na obniżenie tej ceny, której wysokość wzbudziła wątpliwości Zamawiającego.

Zatem w złożonych przez Wykonawcę wyjaśnieniach Zamawiający stwierdził brak uprawdopodobnienia zawartych w nich twierdzeń, szczegółowego wyliczenia poszczególnych kosztów (np. pracy), załączenia dowodów, które pozwoliłyby Zamawiającemu ocenić realność i rentowność przedsięwzięcia – dostawy za zaproponowaną cenę. Zamawiający podkreślił w wezwaniu, że generalną zasadą jest obowiązek dowodowy, który spoczywa na wykonawcy.

Tym samym, jeżeli wykonawca powołuje się na oferowane stawki (godzinowe), które jego zdaniem można uznać za stosunkowo niskie, co wynika z geograficznej lokalizacji oddziału firmy, to nic nie stało na przeszkodzie, aby przedstawić Zamawiającemu stosowne dokumenty, wskazując np. 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 z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, jaka ilość pracowników i w jakim wymiarze czasowym została skalkulowana w ramach kosztów ujętych. Powoływanie się na źródła różnicujące wynagrodzenia w zależności od regionów (raport) zdaniem Zamawiającego nie jest dowodem w sprawie, gdyż nie został określony w sposób mierzalny jego wpływ na wysokość ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Są to jedynie ogólne informacje dostępne na stronach internetowych a nie wyliczenia wykonawcy.

Złożone deklaracje dot. opłacania składek ZUS, czy prywatnej opieki medycznej pracowników nie zostało wyliczone w sposób mierzalny jaki ma wpływ na cenę oraz poparte stosownymi dowodami, kalkulacjami itp. Wskazane argumenty dot. charakteru pracy jako „biurowy” oraz warunków pracy również nie zostały poparte dowodami o pozytywnym wpływie na wysokość zaoferowanej ceny.

Każdy z wykonawców może wykazać się wykwalifikowaną i doświadczoną kadrą, która pozwala na szybkie i efektywne wykonywanie prac, dysponowaniem odpowiednim zapleczem sprzętowym, czy własnym serwisem gwarancyjnym, który umożliwi szybkie naprawy i sprawne utrzymanie sprzętu w stanie gotowości, więc trudno traktować te **ogólne zapewnienia wykonawcy** w kategoriach konkretnych i szczególnych okoliczności pozwalających na obniżenie ceny oferty.

W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie **mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami.**

Powyższe twierdzenie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej 1462/21 z dnia 7 lipca 2021 r. zgodnie z którym Wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca w ramach odpowiedzi na wezwanie powinien przedłożyć wyjaśnienia i **dowody**, które w jego ocenie **uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień** sposobu wyliczenia ceny. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, **co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (...)**”.

Uzasadnienie prawne:

Oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Art. 226 ust. 1 pkt 8)

„1.Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

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

związku z

Art. 224 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.”

Komentarz PZP str. 709

„(...) Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień – przy czym za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 224 ust. 6 Pzp należy uznać również złożenie wyjaśnień lakonicznych – lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie doprowadziły do obalenia tego domniemania, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.”

Oferta nr 7 złożona przez: **NETKONCEPT SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ**,
UL. PARTYZANCKA 5A, 45-801 OPOLE
WSPÓLNIE Z
GRZEGORZ PRZEWŁOCKI, GRZEGORZ ZIELEŹNY, SŁAWOMIR MILEWSKI, MATEUSZ CHUDY
NETKONCEPT.COM SP.J., UL. PARTYZANCKA 5A, 45-801 OPOLE

Uzasadnienie faktyczne:

Oferta Wykonawcy została podpisana przez Grzegorza Przewłockiego, Grzegorza Zieleźnego, Sławomira Milewskiego oraz Mateusza Chudego tj. wszystkich wymienionych w Krajowym Rejestrze Sądowym wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz wspólników spółki jawnej. Do oferty nie dołączono żadnego pełnomocnictwa, z którego wynikałaby reprezentacja jednoosobowa Wykonawcy.

W KRS następująco określono sposób reprezentacji:

- NETKONCEPT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością:

W przypadku zarządu jednoosobowego oświadczenia w imieniu spółki składa Członek zarządu. W przypadku zarządu składającego się z dwóch lub większej ilości osób do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z Prokurentem.

- NETKONCEPT.COM sp.j.:

Każdy wspólnik ma prawo reprezentować spółkę samodzielnie w sprawach nie przekraczających zakresu zwykłych czynności. Do reprezentowania spółki w sprawach przekraczających zakres zwykłych czynności wymagane jest współdziałanie dwóch wspólników.

Należy wskazać, iż w spółce z o.o. każdy ze wspólników jest jednocześnie członkiem zarządu, stąd, zgodnie z KRS, do reprezentacji spółki na zewnątrz wymagane jest działanie dwóch członków Zarządu (łącznie), bądź jednego członka Zarządu wraz z prokurentem.

Działanie jednego członka zarządu (bez stosownego pełnomocnictwa), wobec konieczności współdziałania dwóch członków organu, powoduje skutek nieważności tak wyrażonego oświadczenia woli za spółkę.

W wyroku SN z 6.11.2008 r., III CSK 209/08, stwierdza się, że "nie jest także uzasadniony zarzut, że członek zarządu spółki z o.o. nie może skutecznie, wraz z drugim członkiem zarządu, udzielić pełnomocnictwa samemu sobie do reprezentowania spółki. Odmienne stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w uchwale z 23.08.2006 r., III CZP 68/06, OSNC z 2007 r., nr 6, poz. 82, stwierdzającej, że członek zarządu spółki z o.o., uprawniony umową spółki do jej reprezentowania łącznie z drugim członkiem zarządu, może być ustanowiony pełnomocnikiem do poszczególnych czynności. Stanowisko to podziela Sąd Najwyższy w obecnym składzie." Uchwała SN z 24.04.2014 r., III CZP 17/14, OSNC z 2015 r., nr 2, poz. 17, stwierdza natomiast, że "członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, uprawniony według umowy spółki do jej reprezentowania łącznie z drugim członkiem zarządu, może być ustanowiony pełnomocnikiem do czynności określonego rodzaju". W spółce jawnej, o której mowa wyżej, każdy wspólnik ma prawo reprezentować spółkę samodzielnie w sprawach nie przekraczających zakresu zwykłych czynności. Do reprezentowania spółki w sprawach przekraczających zakres zwykłych czynności wymagane jest współdziałanie dwóch wspólników. Samo złożenie oferty, podpisanej przez wszystkie osoby, reprezentujące dwa podmioty, Zamawiający uznał za prawidłowe. Z przepisu art. 58 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika bowiem zakaz złożenia oświadczenia woli, jakim jest oferta, przez wszystkich wspólników, czy członków zarządu spółek j.w.

Zgodnie z treścią art. 58 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z zapisami SWZ pkt XII „Opis sposobu przygotowania oferty” oraz pkt XIII „Sposób i termin składania ofert” Zamawiający wymagał m.in.:

- „(...) XII.5 Oferta powinna być podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy, zgodnie z formą reprezentacji Wykonawcy określoną w rejestrze lub innym dokumencie, właściwym dla danej formy organizacyjnej Wykonawcy albo przez uprawnionego przedstawiciela Wykonawcy (...).
- XIII.11 W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, składa każdy z wykonawców. Oświadczenia te

potwierdzają brak podstaw wykluczenia z postępowania oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu (...) w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 4 i załącznik nr 5 do SWZ) . Art. 58 ust. 2 PZP - przepisy o pełnomocniku stosuje się odpowiednio.

- pkt XIII.15.3) Jeżeli w imieniu wykonawcy działa osoba, której umocowanie do jego reprezentowania nie wynika z dokumentów, o których mowa w pkt. 1, zamawiający może żądać od wykonawcy pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania wykonawcy.”

W niniejszym postępowaniu Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie ustanowili pełnomocnika do reprezentowania w postępowaniu oraz do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wobec powyższego Zamawiający wezwał w dniu 02.05.2022r. do złożenia stosownego pełnomocnictwa, z którego wynikać będzie, kto reprezentował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiający otrzymał tylko KRS Sp. z o.o. i Sp. jawnej. Wykonawca do wskazanego terminu nie uzupełnił dokumentów zgodnie z wezwaniem Zamawiającego jw. Brak stosownego pełnomocnictwa, udzielonego przez właściwą liczbę członków zarządu dla osoby, która będzie składała oświadczenie woli za spółkę, jest podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp. Wykonawca, w przypadku spółek, dla ważności złożenia oświadczenia, w przedmiocie wyrażenia zgody w imieniu podmiotów, na przedłużenie terminu związania ofertą, z uwagi na oświadczenie jednej osoby, winien przedłożyć pełnomocnictwo, czego nie uczynił, stąd jego oferta winna być odrzucona. Tak, jak wskazano powyżej, złożenie oświadczenia, wbrew zapisom reprezentacji w KRS, przez jedną osobę, bez stosownego pełnomocnictwa, jest nieważne.

Ponadto w toku postępowania Zamawiający na podstawie art. 307 ust. 2 ustawy Pzp zwrócił się do NETKONCEPT Sp. z o.o., wspólnie z Grzegorz Przewłocki, Grzegorz Zieleźny, Sławomir Milewski, Mateusz Chudy NETKONCEPT.COM sp. j. z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą – w odpowiedzi otrzymał zgodę podpisaną tylko przez Pana Mateusza Chudego, wpisanego w Formularzu Ofertowym jako osoba do korespondencji.

Uzasadnienie prawne:

Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy na podstawie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp, gdyż została złożona przez Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub

podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń,

2) art. 226 ust.1 pkt 4) ustawy Pzp, gdyż jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Oferta nr 8 złożona przez: **AMISTAD SP. Z O. O., UL. PLAC NA GROBLACH 8/2, 31-101 KRAKÓW**

Uzasadnienie faktyczne:

W związku z tym, że cena oferty (brutto) zaproponowana przez Wykonawcę w ofercie wynosi **224 999,99 zł brutto** a wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania wynosi **491 364,29 zł**, średnia arytmetyczna cen ze wszystkich ofert wynosi **304 786,87 zł** - Zamawiający stwierdził, że:

cena złożonej oferty jest **niższa o 54,21%** od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz jest niższa o 26,18% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zatem budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W dniu 27.04.2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień **wraz z dowodami** w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych. Zamawiający wskazał w przedmiotowym wezwaniu, iż przedłożone wyjaśnienia mogły 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 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.

Ustawodawca w katalogu zagadnień, których mogą dotyczyć wyjaśnienia wykonawcy, posłużył się formułą „w szczególności”, co oznacza, że jest to katalog otwarty, a wyjaśnienia wykonawcy mogą dotyczyć także innych aspektów.

Jednocześnie w wystosowanym wezwaniu powołując się na wyrok Izby z dnia 14.04.2015r. (sygn. akt. KIO 637/15) Zamawiający wskazał, że „(...) Wykonawca jest zobowiązany nie tylko **wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty.** (...) Nie będą zatem spełniać przesłanki "wykazania" gołosłowne, niczym nie poparte twierdzenia.”

W wezwaniu z dnia 27.04.2022r. Zamawiający podkreślił, że Wykonawca w udzielanych wyjaśnieniach powinien **udowodnić Zamawiającemu w sposób niebudzący wątpliwości**, że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat.

Reasumując:

Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia Wykonawcy stwierdził:

1. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego złożył w dniu 04.05.2022r. „Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny” w zakresie wyliczenia ceny złożonej oferty.
2. Udzielone przez Wykonawcę lakoniczne wyjaśnienia sprowadzają się jedynie do ogólnikowych informacji i zapewnień min.:
 - 1) zapewnienia, że „(...) współpracujemy z grupą kilkuset klientów (...)”, „(...) jesteśmy firmą, która posiada największe na polskim rynku portfolio (...)”, „(...) od wielu lat zajmujemy się realizacją zamówień tego typu (...)”,
 - 2) zapewnienia, że „realizacje opierane są na utworzonym dzięki dotacji unijnej systemie (...)”,
 - 3) stwierdzenia, że „(...)zatrudnieni przez nas fachowcy są w stanie zoptymalizować realizację zlecenia zarówno pod kątem czasu jak i jej kosztów (...)”, bez załączenia dowodów,

- 4) zapewnienia, że „(...) dla celów niniejszego postępowania dokonaliśmy rzetelnej i pełnej kalkulacji kosztów realizacji, której efektem jest zaproponowana przez nas cena”, bez załączenia dowodów, konkretnych wyjaśnień,
- 5) załączony wykaz zrealizowanych wdrożeń wraz z załącznikami (referencje/protokoły) nie jest wymagany na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny a na etapie wezwań do złożenia podmiotowych środków dowodowych,
- 6) Zapewnienia, że od wielu lat firma zajmuje się tego typu zamówieniami, dysponuje odpowiednią technologią i wiedzą, bez załączenia dowodów.

Reasumując:

Zamawiający nie uzyskał w odpowiedzi na wystosowane wezwanie konkretnych, rzetelnych, wyczerpujących, popartych dowodami szczegółowych informacji, które pozwoliłyby na pozytywne zweryfikowanie ceny oferty jako prawidłowo skalkulowanej, w tym ustalenie, w jaki konkretnie sposób ogólnikowo powoływane czynniki przełożyły się na obniżenie ceny, której wysokość wzbudziła wątpliwości Zamawiającego.

(Powyższe stanowisko potwierdza Wyrok KIO 3738/21 z dnia 24.01.2022r.).

Ponadto brak złożenia dowodów przez Wykonawcę **Amistad sp. z o.o.** na poparcie swoich twierdzeń, negatywnie wpłynęło na ocenę wyjaśnień wykonawcy.

Zaniechanie przedstawienia dowodów na poparcie sposobu zbudowania ceny ofertowej uniemożliwia rzetelną weryfikację złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny czyniąc je gołosłownymi (sygn. akt KIO 3095/20).

Zamawiający nie uzyskał odpowiedzi na wystosowane wezwanie konkretnych, wyczerpujących i rozwiewających wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów (Wyrok KIO 3571/21 z dnia 23.12.2021r.).

Zawarte w przedmiotowym wyjaśnieniu wykonawcy oświadczenie, że m.in. (...) „cena zbliżona do innych realizacji tego typu i uwzględnia ona wszystkie koszty opisane w przedmiocie (...)” w ocenie Zamawiającego jest **niewystarczające, nierzeczowe, niekonkretne, zbyt ogólne.**

Wskazane w wyjaśnieniach przez Wykonawcę argumenty, zapewnienia, deklaracje mające wpływ na cenę nie zostały poparte konkretnymi wyjaśnieniami, czy choćby próbą uprawdopodobnienia twierdzeń, szczegółowym wyliczeniem poszczególnych kosztów (np. pracy), czy załączeniem dowodów, które pozwoliłyby ocenić realność i rentowność przedsięwzięcia - dostawy. Zamawiający podkreślił w wezwaniu, że generalną zasadą jest obowiązek dowodowy, **który spoczywa na wykonawcy.**

Podobny tok rozumowania można zastosować przy innych niż ludzkie zasobach własnych np.: do deklaracji, że od wielu lat firma zajmuje się tego typu zamówieniami, dysponuje odpowiednią technologią i wiedzą. Chodzi np. o możliwość skorzystania np. ze swojego sprzętu technicznego, którego użycie jest tańsze w porównaniu do kosztów jego wynajęcia lub dzierżawy itp. Wykonawca nie przedstawił rzeczowego wyjaśnienia jak ww. czynniki miały wpływ na wysokość ceny oferty. Warto wskazać zamawiającemu, ile kosztowałyby podobne usługi, gdyby miały być nabyte na rynku. Wykonawca ww. aspektów **nie wyjaśnił i nie załączył dowodów na poparcie swoich wyjaśnień.**

Tym samym, jeżeli wykonawca powołuje się „posiadanie własnego wykwalifikowanego zespołu programistów” (3 akapit w wyjaśnieniach) oraz „własnych zasobów kadrowych” (7 akapit w wyjaśnieniach), to nic nie stało na przeszkodzie, aby przedstawić Zamawiającemu stosowne dokumenty, wskazując np. 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, jaka ilość pracowników i w jakim wymiarze czasowym została skalkulowana w ramach kosztów ujętych. Wykonawca ww. aspektów **nie wyjaśnił i nie załączył dowodów na poparcie swoich wyjaśnień.**

Natomiast załącznik do wyjaśnień wykonawcy pn.: „Kosztorys szczegółowy” jest zdaniem Zamawiającego zbyt ogólny, nie zawiera żadnych kalkulacji pozwalających ocenić realność wykonania przedmiotu zamówienia za określone stawki czy też ilość przeznaczonych godzin. Dokumentacja potwierdzająca należyte wykonanie zamówień (referencje, podane linki w wyjaśnieniach wykonawcy) jest weryfikowana na etapie badania i oceny ofert, nie zaś na etapie wyjaśnienia w sprawie rażącej ceny i nie ma ona wpływu na wysokość zaoferowanej ceny. Trudno traktować te **ogólne zapewnienia wykonawcy** w kategoriach konkretnych i szczególnych okoliczności pozwalających na obniżenie ceny oferty.

W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy **nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami.**

Powyższe twierdzenie potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej 1462/21 z dnia 7 lipca 2021 r. zgodnie z którym Wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca w ramach odpowiedzi na wezwanie powinien przedłożyć wyjaśnienia i **dowody**, które w jego ocenie

uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (...)

Uzasadnienie prawne:

Oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Art. 226 ust. 1 pkt 8)

„1.Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

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

związku z

Art. 224 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.”

Komentarz PZP str. 709

„(...) Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień – przy czym za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 224 ust. 6 Pzp należy uznać również złożenie wyjaśnień lakonicznych – lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie doprowadziły do obalenia tego domniemania, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.”

Ponadto:

Uzasadnienie prawne:

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawa zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) – dalej: ustawa Pzp: „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Aby uznać zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, w momencie przekazania informacji wykonawca musi:

- **zastrzec, że nie można ich udostępniać oraz**
- **wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.**

WYROK z dnia 8 listopada 2017 r., Sygn. akt KIO 2252/17: „Mając na uwadze generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający powinien każdorazowo dokonać oceny czy w stosunku do informacji, których poufność wykonawca zastrzegł nastąpiło kumulatywne ziszczenie się przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz 8 ust. 3 Pzp” (aktualnie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp).

W związku z powyższym za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać taką informację, która spełnia łącznie następujące przesłanki:

- **ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją posiadającą wartość gospodarczą,**
- **nie została ujawniona do wiadomości publicznej,**
- **podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.**

Uzasadnienie faktyczne:

Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach w sprawie rażąco niskiej ceny zawarł jedynie oświadczenie następującej treści „Poufność. Ze względu na potrzebę ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa utajniamy załączniki do niniejszego pisma licząc, że pozostanie on tylko do Państwa wiadomości”.

Stanowisko Zamawiającego:

W ocenie Zamawiającego, Wykonawca nie wykazał w stosunku do zastrzeżonego dokumentu tj.: załączników do niniejszego dokumentu pn.: „Wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny – podpisane” - że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa **powinien przedstawić umotywowane stanowisko, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia.** Ponadto wykonawca w chwili przekazania informacji zamawiającemu musi udowodnić zasadność zastrzeżenia, a więc powinien przedłożyć dowody na potwierdzenie swego stanowiska.

Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach w sprawie rażąco niskiej ceny nie oświadczył, ani nie udowodnił, że zastrzeżone informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa, czy też posiadają wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a także czy podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Ogólne stwierdzenie Wykonawcy o samym fakcie zastrzeżenia informacji, czy przekazaniu ich wyłącznie Zamawiającemu bez odniesienia się do konkretnych informacji zawartych w dokumentach, w ocenie Zamawiającego jest niewystarczające.

W takiej sytuacji prawem, i wręcz obowiązkiem po stronie Zamawiającego jest ujawnienie nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy, to nie jakiegokolwiek oświadczenie złożone przez Wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi Wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek warunkujących skuteczność takiego zastrzeżenia.

Ponadto Wykonawca podejmując decyzję o udziale w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musi uwzględniać fakt, że podając określone informacje dotyczące np. wyjaśnień rażąco niskiej ceny, będzie musiał te informacje ujawnić, chyba że faktycznie będzie w stanie w sposób niezbity wykazać, że informacje te są jego tajemnicą i słusznie powinny być chronione. Jak wskazała Izba w wyroku z 13 lutego 2019 r., KIO 185/19, „(...) Zgodnie z zasadą jawności obowiązującą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. (...)”.

W przekazanym Zamawiającemu wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny i zawartym tam oświadczeniu odnośnie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Wykonawca nie poinformował o podjęciu odpowiednich działań ukierunkowanych na zachowanie poufności przekazywanych informacji w ramach przedmiotowego postępowania. Z samego oświadczenia nie wynika, jakie konkretnie działania zostały podjęte i czy przekazane Zamawiającemu informacje faktycznie nie są dostępne innym zainteresowanym.

Reasumując:

W związku z faktem, iż Wykonawca wraz z przekazanym plikiem pn.: „Wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny - podpisane” zastrzegł, iż jest to tajemnica przedsiębiorstwa, ale nie wykazał dodatkowo, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa, Zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu zastrzeżonych informacji.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2021 r. KIO 3130/21 „Dla skutecznego zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa niezbędna jest nie tylko wola dysponenta tych informacji oraz podjęcie określonych w ustawie czynności (element subiektywny). Pamiętać bowiem należy, że tajemnica przedsiębiorstwa musi mieć ponadto charakter obiektywny, tj. nie można tej tajemnicy subiektywizować jedynie na podstawie oświadczeń osób pragnących takiego zastrzeżenia dokonać. Gdyby przyjąć taką możliwość, dla skutecznego zastrzeżenia informacji tajemnica przedsiębiorstwa wystarczające byłoby samo przejawienie woli ze strony podmiotu zainteresowanego. Natomiast samo przejawienie takiej woli nie jest wystarczające, ponieważ niezbędne jest ponadto wykazanie przez wykonawcę wartości gospodarczej, która to przesłanka ma charakter obiektywny”.

Wykonawca w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa **powinien przedstawić umotywowane stanowisko, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia**. Ponadto wykonawca w chwili przekazania informacji zamawiającemu musi udowodnić zasadność zastrzeżenia, a więc powinien przedłożyć dowody na potwierdzenie swego stanowiska.

W ofercie nr 8 w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny brak dowodów na potwierdzenie powyższego, stąd decyzja Zamawiającego o odtajnieniu przekazanych informacji ze względu na nieskuteczność zastrzeżenia.

Zgodnie z opinią UZP:

„Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Pzp (np. art. 96 ust. 3) lub odrębnych przepisów, zamawiający zobowiązany jest do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezasadne zastrzeżenie przez wykonawcę informacji z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi natomiast przesłanki odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05). Zgodnie z treścią powyższej uchwały "negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki ustawowej przesądzającej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji (brak podstaw do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa) wywołuje

tylko konsekwencje w postaci wyłączenia, przewidzianego w art. 96 ust. 4 zd. 1 pzp zakazu ujawniania, bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta informacji. Wynik negatywnej weryfikacji przez zamawiającego charakteru informacji, objętych przez oferenta zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania, nie przesądza przecież o niezgodności oferty z ustawą, a dowodzi jedynie bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia, co wyłącza obowiązek zamawiającego odrzucenia takiej oferty. W konsekwencji oferta taka będzie przedmiotem oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tyle że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także i te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania.""

Z up. Zarządu Województwa Opolskiego

Marcin Puszcz
Dyrektor Departamentu
Organizacyjno-Administracyjnego

.....
Kierownik zamawiającego lub osoba upoważniona do
podejmowania czynności w jego imieniu

Główny Specjalista Kierownik Referatu
Zamówień Publicznych

Agnieszka Witarczyk Monika Kamińska

