

**Wykonawcy biorący udział w
postępowaniu**

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Druk i dostawę albumy”

INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), dalej „ustawa”, Zamawiający informuje, że przedmiotowe postępowanie zostaje unieważnione, ponieważ w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu.

UZASADNIENIE

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców:

1. PETIT -skład – druk – oprawa Wojciech Guz i Wspólnicy Spółka Komandytowa, ul. Tokarska 13, 10-210 Lublin z ceną ofertową 17 500 zł;
2. AGRAF Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 80, 03-301 Warszawa z ceną ofertową 38 850 zł.

23 października, Zamawiający wezwał Wykonawcę PETIT -skład – druk – oprawa Wojciech Guz i Wspólnicy Spółka Komandytowa zm.), w celu ustalenia czy oferta zwiiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający złożenia wyjaśnień, **w tym złożenia dowodów**, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Na wstępie należy wskazać, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do szacunkowej wartości zamówienia lub cen rynkowych (wyr. SO w Katowicach z 21.6.2010 r., XIX Ga 175/10, niepubl.; wyr. SO w Radomiu z 14.2.2006 r., IV Ca 28/06, niepubl.; wyr. KIO z 14.2.2008 r., KIO/UZP 73/08; wyr. ZA z: 29.10.2007 r., UZP/ZO/0-1273/07, Legalis; 25.10.2007 r., UZP/ZO/0-1251/07, Legalis; wyr. KIO z 27.9.2013 r., KIO 2181/13; wyr. KIO z 20.5.2013 r., KIO 1018/13; wyr. KIO z 4.6.2013 r). KIO 1187/13: *"Cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających"*. W wyr. z 22.4.2013 r., KIO 810/13 wskazano, iż podstawowym wyznacznikiem rażąco niskiej ceny jest jej "nierealność": "Jak słusznie zauważa zamawiający to nieokreślone procentowe odstępstwo od wartości szacunkowej zamówienia brutto, czy od średniej cen złożonych ofert decyduje o zaferowaniu ceny rażąco niskiej, ale to, czy zaferowana cena nie jest ceną nierealistyczną, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy,

niepozwalającą na wygenerowanie przez niego zysku. Tym samym może się okazać, że cena nie odbiegająca znacznie np. więcej niż 30%-40% od innych cen zaoferowanych jest jednak ceną niepozwalającą na zrealizowanie przedmiotu zamówienia".¹

W sytuacji gdy wykonawca nie złoży wyjaśnień lub gdy ocena złożonych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza zarzut rażąco niskiej ceny, wówczas Zamawiający ma obowiązek odrzucenia takiej oferty, zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Zgodnie z wyr. z 14.5.2013 r., KIO 960/13: *"Udzielone wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, w przeciwnym wypadku będą one miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie Izby uznaje się, że złożenie wyjaśnień, zawierających niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy traktować jako niezłożenie wyjaśnień w ogóle, co w konsekwencji oznacza konieczność odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 PrZamPubl"*; wyr. KIO z 19.4.2013 r., KIO 791/13: *"Wyjaśnienia treści oferty oraz wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę mają z punktu widzenia wykonawcy różną doniosłość prawną, mimo że są wykorzystywane przez zamawiającego w toku jednej czynności - badania oferty. Wykonawca wezwany do wyjaśnienia treści oferty może nie udzielić żądanych wyjaśnień, a jedyną konsekwencją takiego zaniechania będzie to, że zamawiający oceni ofertę wyłącznie na podstawie jej treści. Natomiast bierność wykonawcy i brak złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę powoduje bezwzględną konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 PrZamPubl". Z art. 90 ust. 3 PrZamPubl wynika, że zamawiający podejmuje decyzję co do rażąco niskiej ceny nie tylko na podstawie wyjaśnień zamawiającego, lecz także na podstawie dowodów (wyr. SO w Warszawie z 22.6.2004 r., V Ca 1112/04, niepubl.; wyr. ZA z: 25.7.2006 r., UZP/ZO/0-2116/06, Legalis; 28.3.2006 r., UZP/ZO/0-2996/06, Legalis; wyr. KIO z 23.4.2013 r., KIO 848/13: *"Z kolei art. 90 ust. 3 ustawy mówi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami, potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z powyższego należy wywieść, iż wykonawca nie może poprzestać na samych wyjaśnieniach, w sytuacji, gdy zamawiający zażąda przedłożenia dowodów na poparcie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Izba w całości podziela poglądy, że wyjaśnienia wykonawcy aby mogły zostać uwzględnione muszą mieć charakter konkretny, sprawdzalny, nadający się do weryfikacji, czy przywołujący fakty powszechnie wiadome"*). Należy uznać, że wykonawca powinien przedstawić dowody na brak okoliczności wystąpienia rażąco niskiej ceny w przypadku żądania od niego wyjaśnień w tym przedmiocie. Same bowiem wyjaśnienia nigdy nie są obiektywne, gdyż składa je podmiot jak najbardziej zainteresowany w sprawie. Z drugiej jednak strony nie wolno zapominać o zasadzie, że to na twierdzącym spoczywa obowiązek udowodnienia prawdziwości swoich twierdzeń (art. 6KC w zw. z art. 14 PrZamPubl).²*

Oceniając informacje składane przez wykonawców w ramach wyjaśnienia poprawności skalkulowania ceny ofertowej Izba wielokrotnie w orzeczeniach wskazywała na pewną nieprawidłową regułę zachowań wykonawców, polegającą na tym, iż wezwani wykonawcy nie przywiązują większej wagi do tego czy udzielane Zamawiającemu wyjaśnienia są pełne i zamykają w pewien logiczny ciąg sposób i realność

¹ Za P. Granecki, Prawo zamówień publicznych – Komentarz, 2014 r.

² Ibid.

skalkulowanej ceny. Wykonawcy nie zawsze zdają sobie sprawę, jak poważne jest wezwanie dotyczące wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę. W praktyce często traktują je na równi np. z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów składanych wraz z ofertą. Jest to błędne podejście, ponieważ wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę ustanawia domniemanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę (a więc że podlega odrzuceniu). Niestety częstym zjawiskiem jest przesyłanie zamawiającemu wyjaśnienia po to, aby wypełnić obowiązek wynikający z wezwania. Natomiast dopiero kiedy Zamawiający nie uzna przesłanych wyjaśnień za wystarczające dla obalenia wystąpienia przesłanki rażąco niskiej ceny i ofertę odrzuci, to wtedy wykonawcy kompletują różnego rodzaju dowody, które przesyłają wraz z odwołaniem do KIO mające wskazywać na rynkowość ceny ofertowej. Jest to działanie błędne, gdyż przesłane po upływie terminu wskazanego w wezwaniu wyjaśnienia, nie mogą mieć ono żadnego znaczenia dowodowego. Otóż podstawą oceny zasadności zarzutu odrzucenia oferty z powodu niewykazania, że cena oferty jest prawidłowa są tylko i wyłącznie wyjaśnienia wykonawców przesłane Zamawiającemu na termin wskazany w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w oparciu o te wyjaśnienia dokonuje oceny ceny ofertowej. Przykładowo, w wyroku z 2 marca 2017 r. (KIO 311/17) Izba wskazała, że *„poddając analizie złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny stwierdza, że wyjaśnienia uzyskane od Odwołującego składały się wyłącznie z wyjaśnień bez wskazania jakiegokolwiek dowodu mającego potwierdzać prezentowane zawarte w wyjaśnieniach stanowisko. Wskazywał na niewłaściwe kosztorysowanie robót, na korzystne upusty które posiada u dostawców towaru, wskazywał na fakt posiadania wytwórni mas bitumicznych, stacji paliw, jednakże w żaden sposób nie wykazał w jaki w jakim zakresie ma to przełożenie na cenę kosztorysową.”*

Przekładając powyższe na prowadzone postępowanie, należy wskazać że wyjaśnienia złożone przez wezwanego Wykonawcę, są wyjaśnienia bardzo ogólnymi. Wykonawca, pomimo szczegółowego wezwania i wyartykułowania przez Zamawiającego elementów podlegających wyjaśnieniu, przedstawił kalkulację, która nie daje Zamawiającemu podstaw do uznania, że Wykonawca skalkulował cenę oferty w sposób prawidłowy i rzetelny. Wyjaśnienia są tak ogólne, że należałoby mieć na względzie nie ich uszczegóławianie, ale ponowienie wezwania o złożenie wyjaśnień (czego Zamawiający nie może zrobić biorąc pod uwagę zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania). Ewentualne dopytywanie w zakresie elementów nie znajdujących się w wyjaśnieniach byłoby działaniem sprzecznym ze zasadą równego traktowania (art. 7 ust. 1 Pzp) i stanowiłoby de facto, przywracanie terminu. Za wyrokiem KIO z 24.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1637, sygn. akt: KIO 1673/17 oraz wyrokiem z 27.06.2019 r., sygn. akt: KIO 1060/19: *„Izba naturalnie pamięta o możliwości wieloetapowego wezwania do wyjaśnień (dopytywania), ale także w granicach pierwszych wyjaśnień, a nie ponad je. Izba wskazuje, że można wnosić o dowody dodatkowe, a nie dowody, których nie było, gdyż jest to przejaw (brak ich załączenia do wyjaśnień, czy też brak wskazania) - braku współpracy ze strony Wykonawcy. W przedmiotowym stanie faktycznym, Izba nie dopuszcza możliwości nakazania ponownego wezwania o wyjaśnienia - tzn. dopytywania (doprecyzowania), gdyż byłoby to ponad to, co zostało faktycznie złożone przez Odwołującego. Brak wiarygodnych wyjaśnień i dowodów - brak ich załączenia do wyjaśnień - to brak współpracy ze strony Wykonawcy. Podobnie w wyroku KIO z 14.06.2016 r., sygn. akt: KIO 962/16, czy też w wyroku KIO z 06.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1598/16.”* Ponadto żadna z zasygnalizowanych w wyjaśnieniach okoliczności nie została poparta przez Wykonawcę jakichkolwiek dowodami. Do wyjaśnień nie załączono żadnych dowodów (mimo wskazania w

wzwaniu aby Wykonawca je przedstawił). W szczególności nie wiadomo w jaki sposób na wykonanie przedmiotu zamówienia, wpływa posiadanie przez Wykonawcy „maszyny offsetowej”, „własnych pomieszczeń produkcyjnych i biurowych” albo „brak ponoszenia kosztów pozyskania zlecenia i windyacji”. Mając na uwadze powyższe (tj, ogólnikowość wyjaśnień), Zamawiający zobligowany jest ofertę Wykonawcy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4) zgodnie z którym, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie należy wskazać, że wezwanie do Wykonawcy zostało przesłane w dniu 23 października 2020 r. W tym samym dniu wezwano również Wykonawcę do dostarczenia –w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, próbki oprawy, czyli pustej makiety. Termin na przedłożenie próbki został określony na dzień 29.10.2020 r. do końca dnia. Do tego terminu Wykonawca próbki nie złożył, a po terminie przedłożył jedynie oświadczenie że próbki jest wstanie dostarczyć najszybciej w dniu 10 listopada. W tym miejscu należy wskazać, że to Zamawiający jako gospodarz postępowania (mając na uwadze przepisy ustawy) wyznacza terminu na przedłożenie wymaganych dokumentów, czy też oświadczeń. Nie wiadomo więc dlaczego, mimo iż w terminie odpowiedział Wykonawca na wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, po terminie złożył oświadczenie, że we wskazanym (zgodnym z ustawą co warto podkreślić) terminie nie jest wstanie przedłożyć wymaganej próbki. Co więcej na etapie prowadzonego postępowania żaden z Wykonawców nie wskazywał na trudności o jakich w swoim piśmie pisze Wykonawca. Orzecznictwo stoi na stanowisko że Wykonawca biorący udział w postępowaniu przetargowym jest traktowany jako profesjonalista. Należy zatem odnosić do niego podwyższony miernik staranności, o którym mowa w art. 355 §2 kodeksu cywilnego.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że Zamawiający zobligowany jest do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1. pkt. 2) ponieważ w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu.