

Warszawa, dnia 28.05.2024 r.

Znak sprawy: WZP.331-1-13/24.U.WIPFE

Adresat
(wszyscy Wykonawcy)

**Zawiadomienie o odrzuconych ofertach Wykonawcy oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty
w przedmiotowym postępowaniu**

Dotyczy: *postępowania prowadzonego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji na „Usługę przeprowadzenia kampanii informacyjno-promocyjnej szerokiego zasięgu dotyczącej 20-lecia Funduszy Europejskich na Mazowszu” (nr sprawy: WZP.331-1-13/24.U.WIPFE)*

I. Zawiadomienie o odrzuconych ofertach Wykonawców

1. Działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 oraz art. 224 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p.) Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (dalej Zamawiający) informuje, że w przedmiotowym zamówieniu na „Usługę przeprowadzenia kampanii informacyjno-promocyjnej szerokiego zasięgu dotyczącej 20-lecia Funduszy Europejskich na Mazowszu” (nr sprawy: WZP.331-1-13/24.U.WIPFE) postanowił odrzucić ofertę Wykonawcy, **CreativeHarder Sp. z o.o.**, ul. Drwali 9A, 04-840 Warszawa (oferta nr 02; dalej Wykonawca) z uwagi na fakt, iż (A) oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ Wykonawca, w związku z wezwaniem Zamawiającego, nie udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w wyznaczonym terminie. Przy czym Zamawiający zaznacza, że powodem odrzucenia oferty skutkującym uznaniem, iż złożono ofertę z rażąco niską ceną jest treść art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p., zgodnie z którym „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”. Brak jakichkolwiek wyjaśnień uniemożliwia merytoryczną weryfikację kwestii ceny zaoferowanej za przedmiot zamówienia. Ponadto oferta podlega odrzuceniu również z uwagi na fakt, iż (B) w związku z wezwaniem Zamawiającego, Wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie innych dokumentów lub oświadczeń, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak również oferta powinna zostać odrzucona z uwagi na to, że (C) w związku z wezwaniem Zamawiającego, Wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

(A) W dniu 10.05.2024 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wskazania sposobu kalkulacji wartości oferty złożonej w postępowaniu, którego przedmiotem jest przeprowadzenia kampanii informacyjno-promocyjnej szerokiego zasięgu dotyczącej 20-lecia Funduszy Europejskich na Mazowszu.

Wątpliwości Zamawiającego budziła całkowita wartość za realizację usługi stanowiącej przedmiot zamówienia w wysokości 462 895,00 zł brutto. Ceny jednostkowe oraz całkowita wartość oferty zostały wskazane przez Wykonawcę w pkt 1 Formularza oferty stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ. Całkowita wartość oferty Wykonawcy jest niższa o więcej niż 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi 815 295,97 zł brutto. Wartość szacunkowa wynosi 662 842,25 zł netto i została wskazana w Ogłoszeniu o zamówieniu.



Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 „W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”.

Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO, Izba) wydanym na podstawie przepisów obowiązujących do 31 grudnia 2020 r. „(...) zgodnie z (...) Pzp, zamawiający jest uprawniony i zobowiązany zarazem do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w przypadku wystąpienia okoliczności określonych w tym przepisie, uzasadniających wątpliwości co do rażąco niskiej ceny oferty. Zgodnie z (...) Pzp, na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena, która istotnie (o 30%) odbiega od wartości przedmiotu zamówienia lub od średniej arytmetycznej złożonych ofert, nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Treść składanych wyjaśnień musi być wyczerpująca i musi czynić zadość oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w treści wezwania (...)” jak wskazano w wyroku z dnia 24 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1887/16). Wskazane orzecznictwo dotyczy ustawy sprzed nowelizacji, niemniej jednak, wprowadzone zmiany przepisów w zakresie konieczności badania potencjalnie rażąco niskiej ceny nie wpłynęły na jego radykalną zmianę, co wynika np. z wyroku z dnia 8 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO 117/22) „Z powołanych na wstępie przepisów prawa wynika zasada nakładająca na Zamawiającego obowiązek prowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską ceną w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2” ustawy P.z.p. oraz z orzecznictwa wskazanego w dalszej części niniejszego pisma. Potwierdzają to również okoliczności opisane w komentarzach do aktualnej ustawy P.z.p. obowiązującej od 1 stycznia 2021 r., których autorzy wskazują m.in., że „Szczególną sytuację, w której zamawiający musi ex lege powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, przewidziano w art. 224 ust. 2 pkt 1. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o minimum 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający jest zobowiązany zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, niezależnie od tego, jak ocenia jego ofertę. W takim wypadku spełnienie formalnego, matematycznego wymogu obliuguje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia”.

Z powyższego wynika, że Zamawiający ma obowiązek wezwać do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanej ceny każdego Wykonawcę, którego oferta cenowa jest niższa o więcej niż 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy P.z.p. wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) „zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r., poz. 2207, z późn. zm.) 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”.

Powyższe przesłanki nie stanowią zamkniętego katalogu. Wykonawca może wskazać wszystkie okoliczności, które uzna za istotne dla wyjaśnienia zaoferowanej ceny.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy.

Zgodnie z obowiązującym dotychczas wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 189/15) Wykonawca musi wykazać, że odpowiednio skalkulował cenę ofertową, a w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Powyższe potwierdza również wyrok z dnia 25 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1257/21) gdzie wskazano „Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia”.

Jak dotychczas wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza (np. w wyroku z dnia 11 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 121/16) „Jednocześnie Izba podkreśla, że wykonawca musi nie tylko wyjaśnić »co« – jaki czynnik ma wpływ czy jakie czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca musi też wyjaśnić »w jaki sposób« wskazane czynniki mają wpływ na wysokość tej ceny. Jednocześnie wykonawca może wykazać, że jest w stanie zastosować czynniki niedostępne dla innych wykonawców i w ten sposób wpłynąć na wysokość ceny, a w zasadzie na niski poziom ceny. Samo przytoczenie i nawet udowodnienie (...) bez wykazania wpływu tego elementu na cenę i odmiennego zastosowania tego czynnika od innych wykonawców nie może dać zamawiającemu podstaw do przyjęcia takich wyjaśnień i potwierdzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wprost przeciwnie – zamawiający w takim przypadku jest obowiązany zastosować się do art. (...) Pzp, który brzmi »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«”. Wskazane orzecznictwo również dotyczy ustawy sprzed nowelizacji, niemniej jednak, wprowadzone zmiany przepisów w zakresie konieczności badania potencjalnie rażąco niskiej ceny nie wpłynęły na jego radykalną zmianę, co wynika z szerokiego orzecznictwa nie tylko Izby ale również sądów, gdzie wielokrotnie podkreślano, że wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Tym samym nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami (np. umowa zawarta z Podwykonawcą czy oferta handlowa). Wykonawca, wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne, dotyczące tylko tego wykonawcy okoliczności, wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w kalkulacji.

Działając zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. „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”. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 24 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1887/16) „(...) brak dostatecznych wyjaśnień powinien skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o art. (...) Pzp. Zgodnie bowiem z poglądem wypracowanym w orzecznictwie, złożenie przez wykonawcę, wezwanego w trybie (...) Pzp, wyjaśnień niedostatecznych jest zrównane w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień lub uznaniem, że wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (...)”. Konieczność odrzucenia oferty wynika również z bieżącego orzecznictwa. Zgodnie z wyrokiem KIO z 5 sierpnia 2021 r. (sygn. akt KIO 1663/21) ciężar dowodu obciąża Wykonawcę. Jeżeli Wykonawca temu ciężarowi nie podoła, to spełnia się przesłanka odrzucenia oferty. Wówczas bowiem istnieje tzw. domniemanie rażąco niskiej ceny, któremu wykonawca nie zaprzeczył.

W związku z obowiązkiem wynikającym z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., Zamawiający wezwał Wykonawcę do podania całokształtu okoliczności mających wpływ na wysokość podanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, tj. świadczenie „Usługi przeprowadzenia kampanii informacyjno-promocyjnej szerokiego zasięgu dotyczącej 20-lecia Funduszy Europejskich na Mazowszu” zgodnie z wymaganiami wskazanymi w SWZ, oraz – w uzasadnionym przypadku – do załączenia stosownych dokumentów i oświadczeń potwierdzających przedstawione twierdzenia i obliczenia.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnienia ceny zaoferowanej za realizację przedmiotu zamówienia, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 14.05.2024 r., do godz. 14:00. Wyjaśnienia, o których mowa powyżej, miały być przesłane do Zamawiającego we wskazanym terminie, w formie elektronicznej, przy

użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, tj. do 14.05.2024 r., do godziny 14:00 Wykonawca nie złożył żadnych wyjaśnień dotyczących zaproponowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia.

W przypadku upływu terminu wyznaczonego na udzielenie odpowiedzi na wezwanie Zamawiający nie może pozostawać w niepewności wyrażającej się w oczekiwaniu na doręczenie przez Wykonawcę wyjaśnień. Gdyby przyjąć odmienne stanowisko, to należałoby odpowiedzieć na pytanie, jak długo Zamawiający obowiązany byłby się wstrzymać z podjęciem następnym kroków w postępowaniu, w tym z podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty takiego Wykonawcy oraz dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty. W związku z tym, iż zagadnienia te nie zostały uregulowane przez ustawodawcę, jak i mając na uwadze podstawowe zasady udzielania zamówień, należy zdaniem KIO uznać, iż przekroczenie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu na złożenie wyjaśnień należy traktować tak jak sytuację zaniechania złożenia tychże wyjaśnień przez wykonawcę. Powyższe stanowisko zostało wyrażone w wyroku Izby z dnia 1 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 282/18). Dodatkowo, zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych (dalej UZP) „Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli dostawca nie złożył wyjaśnień w wyznaczonym terminie albo jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (...)”.

W związku z powyższym, odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. jest uzasadnione.

(B) Działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. Zamawiający wezwał Wykonawcę, do uzupełnienia prawidłowego pełnomocnictwa do samodzielnego reprezentowania Wykonawcy dla Pana M.S.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania”.

Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego wskazanym w pkt 25.2 SWZ „Wykonawca za pośrednictwem Portalu e-Zamówienia składa ofertę, przygotowaną w języku polskim, sporządzoną pod rygorem nieważności w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Formularz oferty stanowi załącznik nr 1 do SWZ”. Natomiast zgodnie z pkt 25.21 SWZ „W przypadku, gdy Wykonawcę reprezentuje pełnomocnik do oferty musi być załączone pełnomocnictwo, w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, określające zakres pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo musi być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu, chyba że pełnomocnictwo wynika z innych załączonych do oferty dokumentów”. Wszystkie dokumenty dołączone do oferty muszą być opatrzone podpisem kwalifikowanym osoby do tego upoważnionej.

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych „oferta złożona za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej powinna zostać opatrzona właściwym podpisem. Podpis może zostać złożony bezpośrednio na pliku z ofertą wykonawcy lub na „paczce” dokumentów elektronicznych zawierających ofertę wykonawcy. Opatrzenie właściwym podpisem oferty (lub paczki) następuje przed czynnością jej zaszyfrowania. Złożenie podpisu jedynie w innym miejscu nie jest równoznaczne ze złożeniem podpisu pod ofertą. Oferta, która została złożona bez opatrzenia właściwym podpisem elektronicznym podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność z art. 63 ustawy Pzp”.

Ponadto, zgodnie z pkt 25.12 SWZ „Pouczenie o sposobie sporządzania dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów zgodnie z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia: (...)”

- 10) w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy P.z.p., oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, nie wystawione przez upoważnione podmioty lub pełnomocnictwo, zostały sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej;
- 11) poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w pkt 25.22.11 SWZ, dokonuje w przypadku:
- podmiotowych środków dowodowych – odpowiednio Wykonawca, Wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub Podwykonawca, w zakresie podmiotowych środków dowodowych, które każdego z nich dotyczą;
 - przedmiotowego środka dowodowego, oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy P.z.p., lub zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby – odpowiednio Wykonawca lub Wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia;
 - pełnomocnictwa – mocodawca;
- 12) poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, może dokonać również notariusz”.

Powyższe wymagania zostały określone w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r., poz. 2452).

Wykonawca złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Oferta została podpisana podpisem elektronicznym przez Pana M.S. Do oferty dołączono pełnomocnictwo do samodzielnego reprezentowania Wykonawcy przez Pana M.S. Pełnomocnictwo w oryginale zostało wystawione w Postaci Aktu Notarialnego, w którym Prezes Zarządu Pan J.B. wspólnie z Wiceprezesem Zarządu Panem K.M. przed Notariuszem Panią A.Z. udzieliłi pełnomocnictwa do reprezentowania spółki i działania na jej rzecz Panu M.S. Wersja papierowa pełnomocnictwa/aktu notarialnego została podpisana i Panów J.B. oraz K.M. a także poświadczona przez Panią A.Z. W ocenie Zamawiającego, intencją Wykonawcy było dołączenie do oferty opisanego pełnomocnictwa jako jego cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Takie cyfrowe odwzorowanie dokumentu jest skuteczne pod warunkiem, że zostanie właściwie podpisane/poświadczone.

Dokument pełnomocnictwa nie został opatrzony jakimkolwiek kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Jest to wyłącznie tzw. „skan” dokumentu.

Wykonawca prowadzi działalność gospodarczą w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. W przypadku Wykonawcy składającego ofertę, w Dziale 2, rubryka 1, poz. 1 „Nazwa organu uprawnionego do reprezentowania podmiotu” dokumentu stanowiącego Informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, jako nazwę organu uprawnionego do reprezentowania podmiotu wskazano „ZARZĄD”, ponadto, w poz. 2 „Sposób reprezentacji podmiotu” wskazano, że „DO SKŁADANIA OŚWIADCZEŃ WOLI I PODPISYWANIA W IMIENIU SPÓŁKI JEST UPRAWNIONY SAMODZIELNIE CZŁONEK JEDNOOSOBOWEGO ZARZĄDU; JEŻELI ZARZĄD SPÓŁKI JEST WIELOOSOBOWY, DO SKŁADANIA OŚWIADCZEŃ I PODPISYWANIA W IMIENIU SPÓŁKI WYMAGANE JEST WSPÓŁDZIAŁANIE PREZESA ZARZĄDU WRAZ I INNYMI CZŁONKAMI ZARZĄDU, ALBO CZŁONKA ZARZĄDU WRAZ Z PROKURENTEM”. W Dziale 2, podrubryka 1 „Dane osób wchodzących w skład organu” ww. dokumentu Wykonawca wskazał dwie osoby, upoważnione do reprezentowania: Pan J.B. – Prezes Zarządu oraz Pan K.M. – Wiceprezes Zarządu.

Właściwe umocowanie do podejmowania czynności prawnych jest niezbędne do tego, by Wykonawca, który nie działa osobiście, złożył w postępowaniu skuteczną ofertę. W przypadku, gdy Wykonawcę reprezentuje Pełnomocnik, Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty stosowne pełnomocnictwo. Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2023 r., poz. 1610, z późn. zm., jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”. Zgodnie z brzmieniem art. 78 Kc, zdanie 1 „§ 1. do

zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli” oraz art. 78¹ Kc „§ 1. Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarczy złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. § 2. Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej”. Bez wątplenia oryginał dokumentu pełnomocnictwa spełnia ten wymóg. To samo dotyczy pełnomocnictwa w formie aktu notarialnego jak również notarialnego odpisu pełnomocnictwa, ponieważ odpisy notarialnie poświadczone zastępują dokumenty pierwotne (oryginały).

Jak wskazano wyżej dołączone pełnomocnictwo jako forma cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej przesłane do Zamawiającego nie zostało podpisane w żaden sposób. Jak wynika z pkt 25.22.6 SWZ *„w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej”*. Tym samym dopuszczalne jest złożenie dokumentu, który powstał w wyniku odwzorowania cyfrowego (w tym przypadku – zeskanowania) jego wersji pisemnej.

Dlatego, jak wskazano w cytowanym wyżej pkt 25.22.12.c SWZ *„poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w pkt 25.12.10 SWZ, dokonuje w przypadku: (...) pełnomocnictwa – mocodawca” lub jak wynika z pkt 25.22.8 SWZ „poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w pkt 25.12.10 SWZ, może dokonać również notariusz”*. W niniejszym przypadku odwzorowanie cyfrowe załączonego pełnomocnictwa w ogóle nie zostało podpisane.

W związku z powyższym, Zamawiający nie mógł uznać załączonego pełnomocnictwa za prawidłowe ponieważ nie mogło stanowić ono faktycznego odwzorowania cyfrowego, gdyż nie zostało podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym ani przez mocodawców, upoważnionych do reprezentowania Wykonawcy (w tym przypadku Panów J.B. oraz K.M.) ani przez notariusza (w tym przypadku Panią A.Z.).

Ustawa P.z.p. nie reguluje literalnie obowiązków Zamawiającego w sytuacji, gdy Wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył pełnomocnictwa wadliwe. Jednak art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p., ustanawiający obowiązki zamawiającego w zakresie wezwania Wykonawcy odpowiednio do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów odnosi się nie tylko do oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, czy podmiotowych środków dowodowych, a również do innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Pojęcie „inne dokumenty lub oświadczenia” obejmuje wszelkie dokumenty lub oświadczenia, jakich może żądać Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie, poza wskazanymi literalnie (oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, podmiotowe środki dowodowe). W tej kategorii mieści się zatem pełnomocnictwo. Jeżeli zatem Wykonawca nie złożył pełnomocnictwa lub złożył pełnomocnictwo wadliwe, Zamawiający wzywa Wykonawcę odpowiednio do jego złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Zamawiający zobowiązany był zatem do wezwania Wykonawcy do uzupełnienia prawidłowego pełnomocnictwa do samodzielnego reprezentowania Wykonawcy dla Pana M.S., które spełnia ww. wymagania w nieprzekraczalnym terminie do dnia 14.05.2024 r., do godz. 14:00. Pełnomocnictwo miało być przesłane do Zamawiającego we wskazanym terminie, w formie elektronicznej, przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Zamawiający poinformował Wykonawcę, że brak uzupełnienia wskazanego pełnomocnictwa będzie skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy P.z.p.

W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, tj. do 14.05.2024 r., do godziny 14:00 Wykonawca nie uzupełnił prawidłowego pełnomocnictwa dla Pana M.S.

Jak wskazała KIO w uchwale z dnia 31.10.2022 r., (sygn. akt KIO/KU 29/22) pełnomocnictwo uzupełnione w tym trybie powinno być prawidłowe (wolne od wad) zarówno w zakresie treści, jak i formy; powinno również potwierdzać istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania. Tym samym brak uzupełnienia wolnego od wad pełnomocnictwa skutkować musi odrzuceniem oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy P.z.p.

(C) Ponadto, w dniu 09.05.2024 r., Zamawiający działając na podstawie art. 307 ust. 2 ustawy P.z.p, zgodnie z treścią którego „*W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą określonego w dokumentach zamówienia, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 30 dni*” wezwał Wykonawcę I do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu, o okres 30 dni, tj. do dnia 13.06.2024 r. Zgodnie z art. 307 ust. 3 ustawy P.z.p. „*Przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą*”.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z obowiązującą doktryną, przedłużenie terminu związania ofertą może zostać dokonane wyłącznie w pierwotnym terminie związania ofertą, tj. nie później niż do dnia 14.05.2024 r. Wyrażenie zgodny na przedłużenie terminu związania ofertą po upływie pierwotnego terminu związania ofertą uznaje się za nieskuteczne.

Zamawiający poinformował Wykonawcę, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. „*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą*”. Powyższe odrzucenie dotyczy zarówno odmowy przedłużenia terminu związania ofertą przez Wykonawcę I, jak i nieskutecznego przedłużenia terminu związania ofertą. Wykonawca we wskazanym terminie nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W związku z powyższym, Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę Wykonawcy również z tego powodu.

Z dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że brak odpowiedzi Wykonawcy na wezwanie Zamawiającego dotyczące przedłużenia terminu składania ofert jest równoznaczny z rezygnacją z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba w wyroku z dnia 9 września 2014 r. (sygn. KIO 1737/14) wskazała, że dla wyrażenia przez Wykonawcę woli przedłużenia terminu związania ofertą konieczne jest złożenie przez niego stanowczego oświadczenia w tym przedmiocie i jednoznaczne potwierdzenie woli kontynuacji uczestnictwa w postępowaniu. Dla rezygnacji z dalszego udziału w postępowaniu wystarczające jest natomiast samo powstrzymanie się od jakichkolwiek działań.

W opinii KIO, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na regulację ustawy P.z.p. dotyczącą instytucji terminu związania ofertą. Zgodnie z nim Wykonawca jest związany ofertą od momentu upływu terminu składania ofert aż do momentu upływu terminu określonego w SWZ. Jednocześnie dopuszczalna jest możliwość przedłużenia tego terminu. Zamawiający może wówczas zwrócić się do Wykonawców z odpowiednim wnioskiem, oznaczając czas, o jaki okres związania ofertą ma ulec przedłużeniu (nie więcej niż 30 dni). Zdaniem KIO, w świetle regulacji ustawy P.z.p. wyłącznie od decyzji Wykonawcy zależy, czy przedłużeniu ulegnie termin związania go złożoną ofertą. Brak jednoznacznego stanowiska będzie natomiast uprawniał Zamawiającego do odrzucenia oferty Wykonawcy, który wezwany do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, takiej pisemnej zgody wprost nie wyraził. W swojej argumentacji KIO wskazała, że to na Wykonawcach ciąży obowiązek weryfikacji biegu terminu związania ofertą i podejmowania odpowiednich działań służących zabezpieczeniu ich interesów. Możliwość przedłużenia tego terminu daje im natomiast pewność, że tak długo jak będzie się utrzymywał stan związania ofertą, Zamawiający będzie miał obowiązek uwzględnić ją przy rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z drugiej strony instytucja ma zabezpieczać także interesy Zamawiającego, którego przekonanie, że w przypadku wybrania określonej oferty Wykonawca zawrze z nim umowę, a następnie zrealizuje zamówienie publiczne będzie uzasadnione. Ponadto Zamawiający w przypadku wyboru oferty, którą Wykonawca był związany, będzie mógł na drodze sądowej dochodzić jej zawarcia. Jak wynika z powyższego, Wykonawca, który wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą musi złożyć odpowiednie oświadczenie woli w tym zakresie. W sytuacji, gdy takiej zgody nie wyraża, może albo złożyć stosowne oświadczenie, albo powstrzymać się od jakichkolwiek działań (tzn. wyrazić milczącą odmowę).

Powyższe stanowisko potwierdzały również m.in. wyroki KIO z dnia 19 października 2010 r. (sygn. KIO 2204/10), z dnia 7 marca 2014 r. (sygn. KIO 276/14, KIO 302/14). Nowelizacja ustawy P.z.p. w powyższym zakresie wprowadziła jedną zmianę polegającą na tym, iż aktualnie jedyną konsekwencją nieprzedłużenia terminu związania ofertą, zarówno na podstawie odmowy Wykonawcy, jak również braku odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, jest wyłącznie odrzucenie oferty Wykonawcy. Zamawiający nie wyklucza Wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. również jest uzasadnione.

2. Działając na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 oraz art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p.) Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (dalej Zamawiający) informuje, że w przedmiotowym zamówieniu na „*Usługę przeprowadzenia kampanii informacyjno-promocyjnej szerokiego zasięgu dotyczącej 20-lecia Funduszy Europejskich na Mazowszu*” (nr sprawy: WZP.331-1-13/24.U.WIPFE postanowił odrzucić ofertę Wykonawcy, **Agencja Reklamowa dsk Sp. z o.o.** ul. Niedźwiedzia 10, 02-737 Warszawa (oferta nr 03; dalej Wykonawca) z uwagi na fakt, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ Wykonawca, w związku z wezwaniem Zamawiającego, nie udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w wyznaczonym terminie. Przy czym Zamawiający zaznacza, że powodem odrzucenia oferty skutkującym uznaniem, iż złożono ofertę z rażąco niską ceną jest treść art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p., zgodnie z którym „*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*”. Wykonawca złożył wyjaśnienia, które mogłyby być uwzględnione w przypadku, gdyby zostały złożone w określonym przez Zamawiającego terminie.

W dniu 26.04.2024 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wskazania sposobu kalkulacji wartości oferty złożonej w postępowaniu, którego przedmiotem jest przeprowadzenia kampanii informacyjno-promocyjnej szerokiego zasięgu dotyczącej 20-lecia Funduszy Europejskich na Mazowszu.

Wątpliwości Zamawiającego budziła całkowita wartość za realizację usługi stanowiącej przedmiot zamówienia w wysokości 504 961,74 zł brutto (w związku z poprawieniem innej omyłki oraz omyłki rachunkowej w ofercie Wykonawcy). Ceny jednostkowe oraz całkowita wartość oferty zostały wskazane przez Wykonawcę w pkt 1 Formularza oferty stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ. Całkowita wartość oferty Wykonawcy jest niższa o więcej niż 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi 815 295,97 zł brutto. Wartość szacunkowa wynosi 662 842,25 zł netto i została wskazana w Ogłoszeniu o zamówieniu.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 „*W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnień*”.

Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO, Izba) wydanym na podstawie przepisów obowiązujących do 31 grudnia 2020 r. „(...) zgodnie z (...) Pzp, zamawiający jest uprawniony i zobowiązany zarazem do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w przypadku wystąpienia okoliczności określonych w tym przepisie, uzasadniających wątpliwości co do rażąco niskiej ceny oferty. Zgodnie z (...) Pzp, na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena, która istotnie (o 30%) odbiega od wartości przedmiotu zamówienia lub od średniej arytmetycznej złożonych ofert, nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Treść składanych wyjaśnień musi być wyczerpująca i musi czynić zadość oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w treści wezwania (...)” jak wskazano w wyroku z dnia 24 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1887/16). Wskazane orzecznictwo dotyczy ustawy sprzed nowelizacji, niemniej jednak, wprowadzone zmiany przepisów w zakresie konieczności badania potencjalnie rażąco niskiej ceny nie wpłynęły na jego radykalną zmianę, co wynika np. z wyroku z dnia 8 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO 117/22) „*Z powołanych na wstępie przepisów prawa*

wynika zasada nakładająca na Zamawiającego obowiązek prowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską ceną w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2" ustawy P.z.p. oraz z orzecznictwa wskazanego w dalszej części niniejszego pisma. Potwierdzają to również okoliczności opisane w komentarzach do aktualnej ustawy P.z.p. obowiązującej od 1 stycznia 2021 r., których autorzy wskazują m.in., że „Szczególną sytuację, w której zamawiający musi ex lege powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, przewidziano w art. 224 ust. 2 pkt 1. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o minimum 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający jest zobowiązany zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, niezależnie od tego, jak ocenia jego ofertę. W takim wypadku spełnienie formalnego, matematycznego wymogu obliuguje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia”.

Z powyższego wynika, że Zamawiający ma obowiązek wezwać do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanej ceny każdego Wykonawcę, którego oferta cenowa jest niższa o więcej niż 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy P.z.p. wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) „zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r., poz. 2207, z późn. zm.) 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”.

Powyższe przesłanki nie stanowią zamkniętego katalogu. Wykonawca może wskazać wszystkie okoliczności, które uzna za istotne dla wyjaśnienia zaoferowanej ceny.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy.

Zgodnie z obowiązującym dotychczas wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 189/15) Wykonawca musi wykazać, że odpowiednio skalkulował cenę ofertową, a w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Powyższe potwierdza również wyrok z dnia 25 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1257/21) gdzie wskazano „Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia”.

Jak dotychczas wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza (np. w wyroku z dnia 11 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 121/16) „Jednocześnie Izba podkreśla, że wykonawca musi nie tylko wyjaśnić »co« – jaki czynnik ma wpływ czy jakie czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca musi też wyjaśnić »w jaki sposób« wskazane czynniki mają wpływ na wysokość tej ceny. Jednocześnie wykonawca może wykazać, że jest w stanie zastosować czynniki niedostępne dla innych wykonawców i w ten sposób wpłynąć na wysokość ceny, a w zasadzie na niski poziom ceny. Samo przytoczenie i nawet udowodnienie (...) bez wykazania wpływu tego elementu na cenę i odmiennego zastosowania tego czynnika od innych wykonawców nie może dać zamawiającemu podstaw do przyjęcia takich wyjaśnień i potwierdzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej

ceny. Wprost przeciwnie – zamawiający w takim przypadku jest obowiązany zastosować się do art. (...) Pzp, który brzmi »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«. Wskazane orzecznictwo również dotyczy ustawy sprzed nowelizacji, niemniej jednak, wprowadzone zmiany przepisów w zakresie konieczności badania potencjalnie rażąco niskiej ceny nie wpłynęły na jego radykalną zmianę, co wynika z szerokiego orzecznictwa nie tylko Izby ale również sądów, gdzie wielokrotnie podkreślano, że wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Tym samym nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami (np. umowa zawarta z Podwykonawcą czy oferta handlowa). Wykonawca, wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne, dotyczące tylko tego wykonawcy okoliczności, wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w kalkulacji.

Działając zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. „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”. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 24 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1887/16) „(...) brak dostatecznych wyjaśnień powinien skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o art. (...) Pzp. Zgodnie bowiem z poglądem wypracowanym w orzecznictwie, złożenie przez wykonawcę, wezwanego w trybie (...) Pzp, wyjaśnień niedostatecznych jest zrównane w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień lub uznaniem, że wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (...)”. Konieczność odrzucenia oferty wynika również z bieżącego orzecznictwa. Zgodnie z wyrokiem KIO z 5 sierpnia 2021 r. (sygn. akt KIO 1663/21) ciężar dowodu obciąża Wykonawcę. Jeżeli Wykonawca temu ciężarowi nie podoła, to spełnia się przesłanka odrzucenia oferty. Wówczas bowiem istnieje tzw. domniemanie rażąco niskiej ceny, któremu wykonawca nie zaprzeczył.

W związku z obowiązkiem wynikającym z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., Zamawiający wzywa Wykonawcę do podania całokształtu okoliczności mających wpływ na wysokość podanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, tj. świadczenie „Usługi przeprowadzenia kampanii informacyjno-promocyjnej szerokiego zasięgu dotyczącej 20-lecia Funduszy Europejskich na Mazowszu” zgodnie z wymaganiami wskazanymi w SWZ, oraz – w uzasadnionym przypadku – do załączenia stosownych dokumentów i oświadczeń potwierdzających przedstawione twierdzenia i obliczenia.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnienia ceny zaoferowanej za realizację przedmiotu zamówienia, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 30.04.2024 r., do godz. 14:00. Wyjaśnienia, o których mowa powyżej, miały być przesłane do Zamawiającego we wskazanym terminie, w formie elektronicznej, przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, tj. do 30.04.2024 r., do godziny 14:00 Wykonawca nie złożył żadnych wyjaśnień dotyczących zaproponowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia.

W dniu 30.04.2024 r., o godz. 19:19, tj. **po terminie wskazanym przez Zamawiającego**, Wykonawca przesłał wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny.

W orzecznictwie KIO (np. wyrok z dnia 1 marca 2018 r., KIO 282/18) podkreśla się, że w przypadku, gdy Wykonawca uzna, iż nie zdąży przygotować wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego może złożyć wniosek o jego wydłużenie. Co jest jednak bardzo istotne, wniosek o przedłużenie terminu musi być złożony przed upływem pierwotnego terminu na złożenie wyjaśnień. Decyzja co do przesunięcia terminu należy do Zamawiającego. Zamawiający musi jednak pamiętać, że termin na złożenie wyjaśnień musi być równy dla wszystkich Wykonawców. Jeśli więc Zamawiający przychyliła się do prośby Wykonawcy, zobowiązany jest przedłużyć termin wszystkim Wykonawcom, od których zażądał wyjaśnień tak, aby termin na ich złożenie był równy dla wszystkich Wykonawców. Decyzja Zamawiającego również musi być podjęta przed upływem pierwotnego terminu na złożenie wyjaśnień. Należy podkreślić, że Wykonawcy zobowiązani są do dotrzymania

terminu na złożenie wyjaśnień wyznaczonego przez Zamawiającego. Jeśli Zamawiający nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu, Wykonawcę obowiązuje pierwotnie ustalony termin.

Wykonawca nie złożył wniosku o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień zaoferowanej ceny.

Niewątpliwie w ustawie P.z.p. brak jest regulacji dotyczących instytucji przywrócenia terminu. Zdaniem KIO powyższe związane jest z ogólnym założeniem, jakie powinno przyświecać wykładni przepisów tejże ustawy, wywodzonym z celu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest efektywne i sprawne udzielenie zamówienia publicznego. Działanie Zamawiających nakierowane jest nie tylko na uzyskanie świadczenia odpowiedniego pod względem jakości i ceny, ale również na możliwie szybkie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W przypadku upływu terminu wyznaczonego na udzielenie odpowiedzi na wezwanie Zamawiający nie może pozostawać w niepewności wyrażającej się w oczekiwaniu na doręczenie przez Wykonawcę wyjaśnień. Gdyby przyjąć odmienne stanowisko, to należałoby odpowiedzieć na pytanie, jak długo Zamawiający obowiązany byłby się wstrzymać z podjęciem następnym kroków w postępowaniu, w tym z podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty takiego Wykonawcy oraz dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty. W związku z tym, iż zagadnienia te nie zostały uregulowane przez ustawodawcę, jak i mając na uwadze podstawowe zasady udzielania zamówień, należy zdaniem KIO uznać, iż przekroczenie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu na złożenie wyjaśnień należy traktować tak jak sytuację zaniechania złożenia tychże wyjaśnień przez wykonawcę. Powyższe stanowisko zostało wyrażone w wyroku Izby z dnia 1 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 282/18).

Z regulacji art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. wynika, iż Zamawiający obowiązany jest do odrzucenia na tej podstawie oferty nie tylko w sytuacji, gdy ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, iż oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale również w sytuacji nie udzielenia przez Wykonawcę wyjaśnień we wskazanym przez Zamawiającego terminie. Zdaniem KIO złożenie przez Wykonawcę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty po upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego należy traktować na równi z sytuacją, w której wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone przez Wykonawcę.

Pogląd taki podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 października 2014 r. (sygn. KIO 2003/14). Jednym z zarzutów postawionych przez Odwołującego było fakt nieuznania przez Zamawiającego wyjaśnień, które zostały złożone 7 minut po upływie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu.

Jak wskazała Izba *„Podniesiony przez odwołującego zarzut w zakresie zaniechania oceny złożonych przez odwołującego po wyznaczonym terminie wyjaśnień opiera się na błędnym założeniu o dopuszczalności oceny oferty (...) na podstawie takich właśnie, złożonych z uchybieniem terminu wyjaśnień (...) Konieczność stwierdzenia przez zamawiającego faktu niezłożenia wyjaśnień może być w pierwszej kolejności konsekwencją stwierdzenia niezłożenia takich wyjaśnień w terminie wyznaczonym, w drugiej kolejności konsekwencją złożenia wyjaśnień w terminie, jednak takich, których treść jest w szczególności nieadekwatna, nieprzydatna lub wręcz bez związku z celem, któremu ma służyć (...) Reasumując, złożenie wyjaśnień z uchybieniem terminu wyznaczonego przez zamawiającego jest tożsame w skutkach z ich brakiem i stanowi odrębną przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy (...)”*. Podobne stanowisko zostało wskazane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1538/14, sygn. akt KIO 1540/14). Izba orzekła, że *„(...) skoro odwołujący nie uzupełnił dokumentów w wyznaczonym terminie to zamawiający postąpił prawidłowo, wykluczając go z postępowania (...)”*.

W związku z powyższym, odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. jest uzasadnione.

II. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty

Działając na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p.) Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania

Programów Unijnych (dalej Zamawiający) informuje, że w przedmiotowym postępowaniu, tj. na „Usługę przeprowadzenia kampanii informacyjno-promocyjnej szerokiego zasięgu dotyczącej 20-lecia Funduszy Europejskich na Mazowszu” (nr sprawy: WZP.331-1-13/24.U.WIPFE) postanowił jako najkorzystniejszą wybrać ofertę złożoną przez Wykonawcę, **Media Group Sp. z o.o.**, ul. Żurawia 6/12 lok. 320, 00-503 Warszawa (oferta nr 04; dalej Wykonawca).

Kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiocie zamówienia były: cena (35% – max 35pkt), kreacja kampanii (5% – max 5pkt), nagrody (5% – max 5pkt), jakość – treatment do jednego filmu (6% – max 6pkt), efekty zaproponowanych działań promocyjnych Wykonawcy (35% – max 35 pkt), dodatkowe działania promocyjne (14% – max 14pkt). Wykonawca, Media Group Sp. z o.o. zaproponował najkorzystniejszy bilans wszystkich wskazanych w SWZ kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego spośród Wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu.

W przedmiotowym postępowaniu złożono pięć ofert. Zamawiający nie wykluczył z udziału w postępowaniu żadnego Wykonawcy. Zamawiający odrzucił dwie oferty Wykonawców, w tym dwie oferty Wykonawców m.in. w związku z faktem, iż Wykonawcy nie złożyli we wskazanym terminie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z art. 253 ust 2 ustawy P.z.p. zostanie przekazana Wykonawcom, którzy złożyli oferty, a także zamieszczona na [stronie internetowej prowadzonego postępowania](#) oraz na [Platformie e-Zamówienia](#).

Zgodnie z art. 308 ust. 2 ustawy P.z.p. Zamawiający przewiduje zawarcie umowy w sprawie każdej części zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Załącznikami do niniejszego zawiadomienia są:

1. zbiorcze zestawienie ofert, zawierające nazwy (firmy) i adresy Wykonawców;
2. punktacja przyznana ofertom w kryterium oceny ofert oraz łączna punktacja.

Ilona Soja-Kozłowska
p.o. Dyrektora
Mazowieckiej Jednostki Wdrażania Programów Unijnych
/- podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym/

Sprawa prowadzi:

Anna Pogorzelska
tel. 22 542 27 43
email: a.pogorzelska@mazowia.eu