

WYROK

z dnia 5 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2020 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: "WOD-GAZ" Zakład Robót Inżynieryjno-Transportowych C. S. z Solca Zdroju oraz Uzdrowisko Solec Zdrój M. C. S. Sp. Jawna z Solca Zdroju (ul. 1 Maja 1G, 28-131 Solec-Zdrój) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Pawłów (ul. Pawłów 56a, 27-225 Pawłów),

przy udziale wykonawcy: Sanitex Sp. z o. o. z Tryńcy (Tryńcza 120, 37-204 Tryńcza) - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: "WOD-GAZ" Zakład Robót Inżynieryjno-Transportowych C. S. z Solca Zdroju oraz Uzdrowisko Solec Zdrój M. C. S. Sp. Jawna z Solca Zdroju (ul. 1 Maja 1G, 28-131 Solec-Zdrój) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: Gmina Pawłów (ul. Pawłów 56a, 27-225 Pawłów) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Sygn. akt KIO 1477/20

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Gmina Pawłów w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Krajków i Grabków, Gm. Pawłów”. Numer referencyjny: IGKiP.271.4.2020. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 29 kwietnia 2020 r. w BZP pod nr 535766-N-2020. Wartość zamówienia jest niższa niż dotycząca robót budowlanych kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: "WOD-GAZ" Zakład Robót Inżynieryjno-Transportowych C. S. oraz Uzdrawisko Solec Zdrój M. C. S. Sp. Jawna z Solca Zdroju (wykonawca Wod-Gaz) wskazał na naruszenie - w związku z odrzuceniem jego oferty - przepisów ustawy Pzp:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp - bezzasadne uznanie, że

wykonawca nie wyjaśnił wątpliwości w zakresie „rażąco niskiej ceny”, tj. nie sprostął ciężarowi dowodowemu wykazania, że cena nie jest rażąco niska, w sytuacji kiedy wezwanie nie zawierało jakichkolwiek precyzyjnych żądań w swej treści, a pomimo tego Wykonawca w sposób szeroki i kompletny wyjaśnił, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska,

2) art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp - przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawia się w szczególności odrzuceniem oferty Odwołującego, pomimo że przedstawił wyczerpujące wyjaśnienia - i to dodatkowo w sytuacji kiedy nie wiedział jakich dokładać dokumentów, danych i wyliczeń żąda Odwołujący,

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o: 1) uchylenie skarżonej czynności

(odrzućenie oferty Odwołującego), 2a) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego wraz z uznaniem, że Odwołujący należycie wyjaśnił „rażąco niską cenę” lub 2b) nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia złożonego wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny” o dodatkowe elementy które pozwolą Zamawiającemu dokonać pełnej analizy.

Podał, że Odwołujący (...) posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp albowiem w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta winna zostać uznana za najkorzystniejszą co będzie skutkować udzieleniu Odwołującemu zamówienia publicznego. Powyższa okoliczność ewidentnie świadczy o posiadaniu tzw. interesu prawnego we wniesieniu odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazał:

(a) art. 89 ust. 1 pkt.4 w zw. z art 90 ust.2 i 3 ustawy Pzp

Zamawiający lakonicznym pismem z dnia 22 maja 2020 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie tzw. „rażąco niskiej ceny”. Treść wezwania brzmiała następująco: „Działając na podstawie art. 90 ust. 1a w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy (...) Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Państwa ceny, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny”. W wezwaniu Zamawiający nie wskazał jakich dowodów, dokumentów i wyliczeń od Odwołującego żąda, a po złożeniu szczegółowych wyjaśnień i dowodów Odwołującego (które w zupełności wystarczą do uznania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska a które zostały przez Odwołującego złożone na zasadzie „domyślenia się” czego żąda Zamawiający) Zamawiający uznał, że złożone wyjaśnienia są bardzo ogólne, nie są konkretne, wyczerpujące i nie udowadniają, iż cena nie jest rażąco niska. Tymczasem ugruntowana już doktryna w tym zakresie jasno przecież stanowi, że wezwanie zawsze powinno być konkretne, precyzyjne, szczegółowe, zawierać podstawę prawną wezwania ... przygotowując wezwanie, zamawiający zawsze powinien pamiętać, że ocena udzielonych wyjaśnień zawsze następuje w granicach zakreślonych treścią wezwania i wykonawca może odnieść się tylko do wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu elementów. Również J. Nowicki podkreśla iż Jeżeli zamawiający w wezwaniu nie wskaże, o jakie konkretne elementy ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych chodzi, wykonawca ma prawo dokonać wyjaśnienia w zakresie elementów wybranych przez siebie i które sam uważa za istotne. W takim przypadku zarzut, iż wykonawca nie udzielił wyjaśnień, będzie nieuzasadniony”. Odwołujący wskazał, że skoro Zamawiający nie wskazał o jakie elementy ceny mu chodzi i nie zażądał konkretnych informacji, to złożył on takie wyjaśnienia jakie uważał za stosowne - niemniej jednak są one pełne, kompletne i udowadniają iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wskazał na wyroki KIO: 1498/13, 1399/14, 1135/15 oraz 82/20, stwierdzając, że w pierwszym wyroku KIO stwierdziła: „wezwanie do wyjaśnienia

ceny należy formułować w formie pytań wskazujących elementy oferty, które podczas badania wzbudziły wątpliwości i które mają być wyjaśnione. Zbyt ogólnikowe formułowanie żądania wyjaśnienia ceny powoduje, iż wykonawca może się jedynie domyslać w jakim kierunku mają być przygotowane wyjaśnienia, ale nie wie czy domysły jakimi się kieruje są zgodne z niewyartykułowanymi intencjami zamawiającego". W podobnym tonie wypowiedziała się KIO w drugim wyroku, w którym wskazano m.in., że (...) w sytuacji gdy pytanie zamawiającego nie odnosi się do konkretnych elementów oferty, a więc ma ogólny charakter i nie precyzuje przyczyn wątpliwości zamawiającego co do ceny, to zamawiający nie może czynić wykonawcy zarzutu przedstawienia ogólnikowych wyjaśnień". Również w ostatnim z przywołanych wyroków z br. Izba stwierdziła, że w sytuacji, gdy tylko to jest możliwe, to wezwanie do złożenia wyjaśnień winno być sformułowane w formie konkretnych zagadnień, które budzą wątpliwości zamawiającego, a które następnie będą podlegały wyjaśnieniu przez wykonawcę. Pytania lub też zagadnienia zakreślone przez zamawiającego, które zostały przedstawione wykonawcy powinny wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Tego rodzaju konstrukcja treści wyjaśnień wystosowanych przez zamawiającego do wykonawcy ma służyć temu, aby wykonawca posiadał wiedzę, które elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia.

(b) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Zamawiający naruszył również zasadę uczciwej konkurencji albowiem złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w sposób rzetelny i nie budzący wątpliwości udowadniają, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Odwołujący w sposób precyzyjny określił składowe mające wpływ na zaoferowaną cenę, które Zamawiający kwestionuje bez wyraźnych powodów, nie wskazując przy tym podstawy do takiego kwestionowania. Nie bez znaczenia jest fakt, że Zamawiający prowadził równoległe drugie postępowanie o udzielenie zamówienia na budowę kanalizacji o tożsamy parametrach które to postępowanie rozstrzygnął dokonując wyboru oferty za cenę - 3.115.294,80 zł brutto za wykonanie 7 305 mb kanalizacji, co w przeliczeniu na jeden mb wykonania kanalizacji cena wynosi 426,46 zł brutto.

Natomiast przenosząc sposób oceny oferty pod względem badania rażąco niskiej ceny Odwołującego który zaoferował wykonanie 9091 mb kanalizacji za kwotę 3 689 000,00 zł brutto, co w przeliczeniu na jeden mb wykonania kanalizacji cena wynosi 405,83 zł brutto za mb. W tym przypadku Zamawiający uznał wykonanie kanalizacji za cenę zaoferowaną przez Odwołującego za niemożliwą do wykonania, a przecież zawsze wykonanie dłuższego odcinka kanalizacji przekłada się na zmniejszenie ceny 1 mb kanalizacji z uwagi na zmniejszone koszty wykonawstwa. W zaistniałej sytuacji gdzie Zamawiający wzywając do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ograniczył się do jednoznaczniego wezwania, to w ramach procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny Zamawiający nie musi poprzestać na jednokrotnym wezwaniu. Dyrektywa unijna 2014/24/UE w art. 69 ust. 3 mówi, że Zamawiający w „drodze konsultacji” ocenia dostarczone przez wykonawcę informacje o zaoferowanej cenie. Odwołujący ma świadomość, że skorzystać z możliwości ponownego wezwania do wyjaśnienia elementów ceny, Zamawiający musi mieć na uwadze, że: może prowadzić konsultacje wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca udziela rzetelnych wyjaśnień popartych dowodami, a niektóre z elementów tych wyjaśnień wymagają doprecyzowania. Opinia UZP (dostępna na stronie urzędu) dotycząca badania rażąco niskiej ceny wskazuje, że: „(...) żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Takie żądanie jest dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy złożone na wcześniejsze wezwanie zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Biorąc pod uwagę że Zamawiający w wezwaniu nie wskazywał na żadne elementy zaoferowanej ceny które należy wyjaśnić to ta zasada ponownego wezwania uszczegółowienia wyjaśnień nie będzie naruszona.”

Z pewnością ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej ale dopuszczalne jest przedłożenie dalszych wyjaśnień których Zamawiający nie żądał. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę »na pierwsze wezwanie«. Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli wezwanie było precyzyjne a wykonawca nie rozwił jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W sytuacji wyjaśnienia rażąco niskiej ceny będącej przedmiotem wniesionego odwołania trudno mówić o wystarczającym lub nie wystarczającym wyjaśnieniu

zaoferowanej ceny skoro swych potrzeb w wezwaniu do wyjaśnienia nie określił Zamawiający.

Ponownie wskazała na orzecznictwo KIO, w tym przypadku: sygn. akt. KIO 77/16, (...)

stwierdzając, że (...) art. 90 ust 1 ustawy (...) pozwala zamawiającemu na skierowanie do

wykonawcy wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny, jednak w sytuacji, gdy wykonawca złożył rzetelne, szczegółowe wyjaśnienia poparte dowodami, ale jakieś elementy tych wyjaśnień budzą jego wątpliwości, czy wymagają doprecyzowania. Jest to prawo zamawiającego, a nie jego obowiązek. Uprawnienie to nie może jednak prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu, do czego mogłoby dojść, gdyby zamawiający zwracając się powtórnie o wyjaśnienia, sugerował wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i podtrzymał decyzję dotyczącą odrzucenia oferty Odwołującego.

Stwierdził w szczególności, że (.) u podstaw negatywnej oceny oferty Odwołującego leżała treść wezwania skierowanego przez Zamawiającego, co zdaje się sugerować Odwołujący. Żaden przepis nie określa elementów, które zobowiązany był zawrzeć zamawiający w treści wezwania. Stąd, działając w granicach prawa Zamawiający ma swobodę co do sposobu wezwania. Podstawą wezwania do wyjaśnień było zaistnienie przesłanki, o której mowa w art. 90 ust. 1a, a więc 30 % różnica pomiędzy ceną oferty a wartością szacunkową zamówienia i średnią arytmetyczną. W takiej sytuacji na zamawiającym ciąży obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień, nawet jeśli nie stwierdził określonych obszarów swojego zainteresowania. Oczywiście, gdyby zamawiający uznał, że któryś element oferty, w szczególności jakaś konkretna część składowa ceny budzi jego wątpliwości wówczas miałby obowiązek wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zaś ust. 1a. Wiązałoby się to z tym, że musiałby wskazać, które konkretnie elementy wzbudziły jego wątpliwości. Natomiast, jeśli podstawą wezwania był art. 90 ust. 1a, który wymusza niejako automatyczne wezwanie spowodowane czynnikami arytmetycznymi narzuconymi przez ustawodawcę to trudno nakładać na zamawiającego obowiązek precyzowania konkretnych obszarów do wyjaśnień. Wskazał na wyrok KIO 1056/19, w którym zaznaczono, że zamawiający nie ma obowiązku zawierać w wezwaniu do wykonawcy takich szczegółowych pytań odnoszących się do ceny jego oferty, gdyż z żadnego przepisu ustawy - Prawo zamówień publicznych obowiązek taki nie wynika. Zamawiający może zatem ograniczyć się w wezwaniu do przytoczenia treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ocena postawy wykonawcy może być częściowo zależna od działań zamawiającego jednak przy wezwaniu w trybie art. 90 ust. 1 nie zaś ust. 1a. W Świetle odwróconego ciężaru dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny nie jest możliwe obarczanie zamawiającego odpowiedzialnością za nienależyte złożenie wyjaśnień i nie złożenie dowodów. Odwołujący powołał w swojej argumentacji wyroki KIO 1498/13, KIO 1399/14 które wydane zostały w poprzednim stanie prawnym. Z kolei w wyroku KIO 82/20 rozstrzygnięcie Izby opierało się głównie na przyjęciu, że wykonawca złożył wyjaśnienia i dowody na wystarczającym do oceny poziomie. Wykonawca złożył przede wszystkim kosztorys obrazujący ceny jednostkowe, czego nie uczynił Odwołujący w mniejszym postępowaniu. Zamawiający ponadto zwrócił uwagę, że zarzut związany z treścią wezwania należy uznać za spóźniony, gdyż wykonawca mógł kwestionować tę czynność w zawitym terminie biegnącym od dnia jej dokonania tj. od 22.05.20 r. Odnosząc się do kwestii weryfikacji ceny oferty wykonawcy, zdaniem Zamawiającego nie dość, że nie zaprezentował w jaki sposób skalkulował cenę, to nie załączył również stosownych dowodów, a dokumenty przedłożone w formie ofert od podwykonawców nie zostały przez wykonawcę należycie skomentowane. Trudno bowiem uznać, że wskazanie cen zakupów określonych elementów dla zadania polegającego na wykonaniu robót budowlanych byłoby wystarczające. Zakup określonych urządzeń czy materiałów to jedynie mała część całego zamówienia. Stąd, należało przyjąć, że złożone wyjaśnienia są nie wystarczające. Odwołujący, jak wynika ze str. 3 wyjaśnień nie miał wątpliwości, jakie aspekty powinien wyjaśnić, gdyż powołał się wprost na te wymienione w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. oszczędność metody wykonania zamówienia, rozwiązania techniczne, sprzyjające warunki wykonania zamówienia, koszty pracy itd. Określenie samodzielnie przez Odwołującego obszarów do wyjaśnień stoi w sprzeczności z tezą, iż zamawiający nie określił szczegółowego wezwania. Wykonawca był w stanie bowiem udzielić i nie musiał się domyślać intencji zamawiającego, który powołał się na ww. przepis. Jednak problem udzielonych wyjaśnień polega na tym, że mają one charakter deklaratoryjny i opierają się na ogólnych oświadczeniach bez potwierdzenia w dowodach, na co powołał się zamawiający w podstawie faktycznej odrzucenia oferty. I tak wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał kilka okoliczności:

- 1) Posiadanie bogatej bazy pojazdów i bazy sprzętowej, przy czym wykonawca nie wykazał np. poprzez faktury zakupu albo dowody rejestracyjne, iż faktycznie je posiada oraz nie wyjaśnił jak wpływa to na poziom zaoferowanej ceny
- 2) Dysponowanie wykwalifikowanym personelem jednak wykonawca nie przedłożył umów o

pracę i nie wykazał, a jedynie oświadczył, że wynagrodzenie jest zgodne z przepisami o płacy minimalnej.

3) Uwzględnienie uwarunkowań gruntowych i geograficznych, lecz wykonawca nie wskazał dowodów na uwzględnienie w cenie np. wykonania odwiertów czy badań.

4) Uwzględnienie przyznanych rabatów na urządzenia i materiały — jednak wykonawca nie wykazał poziomów tych upustów

5) Wycena oferty obejmowała narzuty w postaci kosztów pośrednich i zysku jednak z powodu braku załączenia do wyjaśnień szczegółowej kalkulacji np. w formie kosztorysu wykonawca nie poinformował jakie zastosował ceny jednostkowe poszczególnych robót budowlanych a jedynie zadeklarował, że są one zgodne z cennikiem Sekocenbud, co również nie zostało wykazane. Kosztorys ofertowy umożliwia weryfikację założeń, jakie przyjął wykonawca przy opracowywaniu oferty — wskazuje, czy oferowany przedmiot jest poprawny, zgodny z opisem przedmiotu zamówienia i prawidłowo wyceniony a więc stanowiłby ewentualny dowód.

6) Wykonawca powołał się na otrzymaną pomoc publiczną, z której rzekomo sfinansował zakup maszyn jednak nie wskazał w jakiej wysokości i w jaki sposób przekłada się to na obniżenie ceny. Na cenę oferty wpływ mają raczej koszty eksploatacji sprzętu, nie zaś koszty jego zakupu.

Wszystkie powołane pozostają gołosłowne, gdyż nie mają poparcia w dowodach. Jedynym elementem wykazanim są ceny za zakup materiałów, które jednak w całkowitej cenie za zamówienie stanowią tylko część. Dla zamówienia na roboty budowlane ceny materiałów mają drugorzędne znaczenie, a skoro wykonawca nie poinformował o cenach jednostkowych poszczególnych robót i nie wykazał jakie poniesie koszty zatrudnienia pracowników należało uznać, że złożone w tym częściowym zakresie dowody są niewystarczające. Gdyby zamawiający przyjął złożone wyjaśnienia niepoparte dowodami nałaziłby się na zarzut naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W art. 90 ust. 2 ustawa określa, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W tym miejscu należy zauważyć, że art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zawiera przesłankę odrzucenia oferty skonstruowaną odmiennie niż w art. 89 ust. 1 pkt 4 tej ustawy, który stanowi o odrzuceniu oferty zawierającej rażąco niską cenę. Przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie wymaga stwierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska. Przepis ten natomiast zawiera sankcję, którą objęty zostaje wykonawca, który albo nie uniesie ciężaru dowodu wyjaśnień o których mowa w art. 90 ustawy Pzp, albo który nie dołoży należytych starań w składaniu tych wyjaśnień - bądź też całkowicie zaniecha podjęcia działań w tym kierunku. Przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja jest logiczną konsekwencją ustalonego rozkładu ciężaru dowodu, który w zakresie braku rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. W sytuacji bowiem, gdy zamawiający wezwałby do wyjaśnień, a wykonawca nie udzieliłby jednoznacznej i konkretnej odpowiedzi zamawiający nie mógłby jednoznacznie stwierdzić, że oferta zawiera rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Zamawiający pozostałby bez narzędzia pozwalającego na dyscyplinowanie nierzetelnego wykonawcy, co paraliżowałoby postępowanie. Ponownie wskazał na orzecznictwo w tym przypadku KIO: 23/18 i 503/18, podkreślając, że (...) jako brak udzielenia wyjaśnień należy rozumieć nie tylko całkowitą bierność po stronie wykonawcy (tj. brak odpowiedzi na wezwanie zamawiającego), ale również złożenie wyjaśnień o charakterze ogólnym, nierzeczowym, niepopartym faktami. Odmienne podejście do wykonawcy, który wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie dokłada należytej staranności w złożeniu wyjaśnień, stanowiłoby jego uprzywilejowanie, co z kolei naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, 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 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia lub wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1. Jak wynika ze stanu faktycznego sprawy, określona w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp przesłanka wezwania do wyjaśnień zaistniała, co było jest okolicznością bezsporną. Nie budzi zatem wątpliwości, że po stronie Przystępującego zrodził się określony w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wobec wezwania zamawiającego. W ocenie

zamawiającego analiza złożonych przez Odwołującego musi prowadzić do wniosku, iż w tej sprawie zachodzi powyżej opisana sytuacja braku należytej staranności. Odwołujący przesłał wyjaśnienia niepoparte stosownymi dowodami. Obowiązek złożenia dowodów wynika zarówno wprost z ustawy (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), jak i nałożony został przez Zamawiającego w treści wezwania do wyjaśnień. W tym stanie rzeczy ponowne wezwanie Odwołującego do wyjaśnień byłoby nieuprawnione a ofertę należało odrzucić.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca: Sanitex Sp. z o.o. z Tryńcza wnosząc (jak zamawiający) o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący w odwołaniu wskazał na naruszenie:

3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp z uwagi na bezzasadne jego zdaniem uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wyjaśnił wątpliwości w zakresie „rażąco niskiej ceny”, tj. nie sprostął ciężarowi dowodowemu wykazania, że cena nie jest rażąco niska, w sytuacji kiedy wezwanie nie zawierało jakichkolwiek precyzyjnych żądań w swej treści, a pomimo tego Wykonawca w sposób szeroki i kompletny wyjaśnił, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska,

4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, ponieważ postępowanie zostało przeprowadzone w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawia się w szczególności odrzuceniem oferty Odwołującego pomimo iż przedstawił on wyczerpujące wyjaśnienia - i to dodatkowo w sytuacji kiedy nie wiedział jakich dokładać dokumentów, danych i wyliczeń żąda Odwołujący.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uchylenie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego wraz z uznaniem, że Odwołujący należycie wyjaśnił „rażąco niską cenę” lub nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia złożonego wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny” o dodatkowe elementy które pozwolą Zamawiającemu dokonać pełnej analizy.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający na realizację inwestycji przewidział kwotę brutto 5 261 659,82 zł. W postępowaniu oferty złożyło sześciu wykonawców: „INSTALBUD” sp z o.o. z ceną 9 704 760,35 zł; 2) WOD-GAZ” - 3 689 000 00 zł; 3) Przedsiębiorstwo Budowlane „Moduł” Sp. z o.o.

- 5 462 495,19 zł; 4) Przedsiębiorstwo Budowlane „Budomont” Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum
- 5 392 935,00 zł; 5) Sanitex” Sp z o.o. 4 769 940,00 zł; 6) „EKOKANWOD” C. i P. sp. j. -

5 891 700,00 zł

O wyjaśnienie ceny ofertowej w piśmie z dnia 22.05.2020 r. został wezwany Odwołujący WOD-GAZ” z uwagi na cenę oferty w kwocie 3.689.000 zł. W tym wezwaniu - co do meritum - wskazano: (...) Działając na podstawie art. 90 ust. 1a w zw. z art. 90 ust. 1

ustawy (...) Prawo Zamówień Publicznych (.....) Zamawiający zwraca się o udzielenie

wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Państwa ceny, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Wyjaśnienia i stosowne dowody należy złożyć w terminie do dn. 27.05.2020 r”. Niewątpliwie to wezwanie jest wezwaniem ogólnym, jednakże w tym przypadku należy mieć na uwadze postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w których Zamawiający w punkcie 13.9 do 13.12 opisał mechanizm dla procedury badania, czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Na okoliczność tej procedury badania wskazano: „13.9. Jeżeli zaoferowana cena lub jej istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w

stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w szczególności w zakresie:

- a) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, oryginalności projektu Wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę na podstawie art. 2 ust. 3—5 ustawy z dnia 10 października 2002 r.
- a. minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177);
- b) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- c) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- d) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- e) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

13.10. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- a) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w pkt 13.10., chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- b) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, Zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w pkt 13.10.

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

13.12. Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

W wezwaniu z dnia 22.05.2020 r. Zamawiający zwrócił uwagę (dwukrotnie) na obowiązek przedłożenia dowodów. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przedstawił wyjaśnienia w piśmie z dnia 26 maja 2020 r. w których:

- na str 1 podał informacje o działalności firmy i bogatej (jak zaznacza wykonawca) bazie sprzętowo-transportowej deklarując, że: „Sprzęt, którym dysponujemy pozwala wykonać powyższe zamówienie w stosunku krótkim czasie w prawidłowy sposób. Sprzęt, który używamy jest nowy, a co za tym idzie również nowoczesny pod względem rozwiązań technicznych”.
- na str 2 i str 3, które stanowią powtórzenie tych samych treści podał, że: „Poniżej przedstawiamy elementy kalkulacji ceny ofertowej, gdzie cena zakupu poszczególnych/najważniejszych materiałów kształtuje się następująco: (.). Dalej wymienia w 15 pozycjach materiały i podaje ceny za mb (lub komplet lub wartość zakupu), (jak wskazał) materiały, co do których „Wykonawca przed sporządzeniem oferty zwrócił się z zapytaniem do Firm o przedstawienie ofert cenowych na materiały i urządzenia niezbędne do wybudowania sieci kanalizacyjnej.”
- na str 4 wymienił pozycję 16 i deklarował, że: „materiały posiadają odpowiednie atesty i certyfikaty oraz aprobaty techniczne. Materiały odpowiadają zapisom projektu budowlanego i specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Dalej (także na str 4 i str 5) wskazał:

„Wykonawca kalkulując cenę oferty założył narzut kosztów pośrednich w wysokości 25,5% oraz zysk w wysokości 15%. Na generowanie niskich kosztów ma wpływ bycie małym przedsiębiorcą, dysponowanie kadrą o wieloletnim doświadczeniu zawodowym oraz stosowanie oszczędnej metody wykonania zamówienia za pomocą właściwej organizacji pracy i wydajności oraz przy wybraniu najnowszych rozwiązań technicznych.

Wykonawca posiada własną piaskownię piasku, na którą posiada koncesję wydaną przez Starostę Buskiego.

Również koszty pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę (czyli 2.600,00 złotych obowiązującego w 2020 roku) ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3—5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm., Dz. U. 2015r. poz. 2008 oraz z 2016r. poz. 1265).

Wykonawca dokonując oceny, zastosował podstawy wyceny wg katalogów norm rzeczowych, stosując własne współczynniki do norm adekwatne do możliwości wykonawstwa, uwzględniając posiadanie nowoczesnego sprzętu, a ceny robocizny, materiałów i pracy sprzętu zostały skalkulowane zgodnie z obowiązującymi cenami wg

SEKOCENBUDU, ustawy o minimalnym za pracę obowiązujących obecnie na rynku. Wszystkie elementy wyceny robót spełniają techniczne wymagania wykonania i odbioru zgodnie ze sztuką budowlaną.

Wykonawca współpracuje od lat ze stałymi dostawcami materiałów i urządzeń (hurtowniami, producentami materiałów i urządzeń), dlatego też korzysta z rabatów na materiały i zakupuje je po korzystnych, konkurencyjnych cenach.

Zaoferowana cena jest ceną pokrywającą wydatki wykonawcy związane z realizacją zamówienia, jest ceną realną w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, jak również jest ceną wiarygodną i nie oderwaną od realiów. Za tą cenę jest możliwe należyte zamówienie. Sposób ukształtowania ceny wynika z powodów o obiektywnym charakterze. Warto również wskazać, że dla oceny, czy rozpatrywana oferta zawiera rażąco niską cenę, należy badać ogólną cenę oferty, a nie oceniać poprawność wyliczeń dokonanych przez wykonawcę, ani też poszczególnych składników, jakie składają się na cenę oferty, ponieważ zamawiający nie powinien oceniać poszczególnych cen jednostkowych lecz cenę całej oferty.

Rozwarstwienie cen ofert w postępowaniu każdorazowo jest pochodną ogólnej sytuacji rynkowej, jak też istniejącej konkurencji między wykonawcami w danej branży, rzutującej, na ile wykonawcy są skłonni obniżyć marżę zysku, aby uzyskać zamówienie. Zaoferowana cena pokrywa koszty realizacji zamówienia oraz zapewnia osiągnięcie minimalnego założonego zysku.

Wykonawca kalkulując cenę oferty brał pod uwagę wyłącznie koszt realizacji zamówienia oraz założony zysk. Kalkulację opierał na rzeczywistym doświadczeniu na rynku robót. Wykonawca wziął pod uwagę wszystkie czynniki w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem m.in. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, sprzyjające

warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, dla których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, przepisów wynikających z prawa pracy i przepisów społecznych, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, wykonanie zamówienia zgodnie z przepisami prawa ochrony środowiska, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, które bez zakłócenia uczciwej konkurencji wpłynęły na wysokość ceny w złożonej ofercie. Wykonawca dochował należytej staranności podczas dokonywania szacowania zamówienia.

Wykonawca informuje również, że uzyskał pomoc publiczną w rozumieniu ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (Dz. U. z 2007r., Nr 59, poz. 404 ze zm.) na podstawie umowy o dofinansowaniu projektu w ramach Działania 1.1 „Bezpośrednie wsparcie sektora mikro, małych i średnich przedsiębiorstw” Oś I „Rozwój Przedsiębiorczości” na „Zakup nowoczesnych maszyn w celu podniesienia konkurencyjności i innowacyjności firmy „WOD-GAZ”. W ramach przyznanej pomocy zostały zakupione nowoczesne maszyny (koparko ładowarki, spycharka, samochody ciężarowe), które będą również uczestniczyć w realizacji zadania związanego z budową sieci kanalizacyjnej. Zakupiony sprzęt jest sprzętem nowym, ekonomicznym co przedkłada się na niskie koszty jego utrzymania, mniejsze zużycie paliwa oraz większą szybkość wykonania prac.

Firma „WOD-GAZ” nie przewiduje powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom. Podane powyżej czynniki miały również wpływ na skalkulowanie ceny oferty.

Reasumując wskazujemy, że oferowana przez nasze konsorcjum Firma, cena dla przedmiotowego zadania nie jest ceną, którą należy kwalifikować jako rażąco niską w szczególności w świetle sytuacji na rynku usług robót budowlanych.

Wykonawca oświadcza, że zadanie związane z budową kanalizacji sanitarnej w miejscowości Krajków i Grabków, gmina Pawłów, wykona za zaoferowaną cenę ofertową zgodnie ze sztuką budowlaną i obowiązującymi przepisami prawa budowlanego oraz w wyznaczonym terminie, nie pomniejszając jakości wykonania robót i udzielając gwarancji zgodnie z zapisami SIWZ”.

Do tych wyjaśnień jako dowody żądane w wezwaniu dołączono 4 handlowe oferty cenowe: trzy - od firmy handlowej Neptun i jedną - od firmy Hydro-Marko. W pierwszej ofercie (od firmy neptun) dotyczącej m.in. rur zastrzeżono jej ważność, co do cen w przypadku realizacji całości zamówienia. W toku rozprawy wykonawca Przystępujący podnosił, że ilości są zawyżone (czemu Odwołujący się nie sprzeciwił) i dotyczyć muszą dostaw także na rzecz innych zamówień. Także Przystępujący zwracał uwagę na pozycję 4 z wyjaśnień (str 2 i powtórzenie ze str 3), że wymienione rury nie dotyczą (bez protestu Odwołującego) tego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w decyzji z dnia 26.06.2020 r. wskazał, że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (.) ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia co potwierdza dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami”.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w uzasadnieniu tej decyzji, że: wyjaśnienia złożone (...) są jednak bardzo ogólne i zawierają jedynie informacje o bazie sprzętowej i jednostkowych cenach materiałów, które są dostępne na wolnym rynku dla wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz w żaden sposób nie przedstawiają żadnych konkretnych wyliczeń czy szczegółowych kalkulacji”. Niewątpliwie załączone do wyjaśnień oferty cenowe na materiały i urządzenia od dwóch dostawców niewiele wnoszą do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, które ogólnie ograniczyło się do stwierdzenia, że wzięło pod uwagę te składowe, co nie dawało Zamawiającemu możliwości ich weryfikacji w jakikolwiek sposób. Z uwagi na znaczną dysproporcję w stosunku do pozostałych cen ofertowych w postępowaniu wyjaśnienia Wykonawcy nie potwierdzają w jaki sposób cena ofertowa Konsorcjum mieści się w zakresie cen oferowanych na rynku usług związanych z budownictwem sieci kanalizacyjnych. Brak jest również w wyjaśnieniach Konsorcjum dowodów na ustalenie, że cena przyjęta została biorąc pod uwagę minimalne wynagrodzenie za pracę na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu, a tym samym minimalnej stawki godzinowej wymaganej przepisami prawa pracy. Informacja Konsorcjum o uzyskaniu pomocy publicznej na zakup maszyn nie ma wpływu na obniżenie wartości oferty w stosunku do cen pozostałych wykonawców, a jedynie potwierdza dysponowanie wymaganym przez Zamawiającego sprzętem technicznym. Ponadto założenie przez Konsorcjum zysku w wysokości 15% jest zaprzeczeniem wskazanego sposobu na obniżenie ceny oferty a tym samym uzyskania konkurencyjności zaoferowanej wartości realizacji przedmiotowego zadania. Z uwagi na warunki geologiczne występujące w gminie Pawłów (w tym miejscowościach sąsiednich, gdzie wybudowano już sieć kanalizacji sanitarnej w b. trudnych gruntach skalistych oraz rumoszach skalnych) Zamawiający w pkt 12.5.2 i 15.5.4 SIWZ wyraźnie zastrzegł konieczność wykonania dodatkowych przewiertów w ilości ok. 1000 mb oraz wykonania wykopów w ściankach szczylnych ok. 200 mb, co dodatkowo podnosi wartość kosztów zrealizowania inwestycji. Świadczy to fakcie, iż Wykonawca w swej ofercie nie uwzględnił wszystkich kosztów realizacji inwestycji i w sposób nierzetelny dokonał obliczenia ceny. Mając powyższe na uwadze należało zgodzić się z Zamawiającym, że wyjaśnienia Konsorcjum nie są konkretne, i nie pozwalają Zamawiającemu przyjąć bez żadnych wątpliwości, że zaoferowana cena pozwoli na terminowe i zgodne ze sztuką budowlaną wykonanie Zamówienia. Wyjaśnienia Wykonawcy nie udowadniają zatem w sposób maksymalnie rzeczowy, precyzyjny, jednoznaczny i nie budzący najmniejszej wątpliwości Zamawiającego, że składowe ceny są racjonalne i umożliwiają prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia”.

W odwołaniu wykonawca nie odnosi się do tych okoliczności. Zarzuty jakie podnosi w odwołaniu są skierowane do treści wezwania z dnia 22 maja 2020 r., jednakże w odpowiedzi na to wezwanie oświadczył, że: „Wykonawca wziął pod uwagę wszystkie czynniki w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem m.in. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane

rozwiązania techniczne, sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, dla których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, przepisów wynikających z prawa pracy i przepisów społecznych, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, wykonanie zamówienia zgodnie z przepisami prawa ochrony środowiska, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, które bez zakłócenia uczciwej konkurencji wpłynęły na wysokość ceny w złożonej ofercie. Wykonawca dochował należytej staranności podczas dokonywania szacowania zamówienia."

Izba zwraca uwagę, że w punkcie 12.6. SIWZ zawarto wytyczne, co do podstaw ustalania ceny ofertowej: „Cena ofertowa powinna wynikać z kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą kalkulacji uproszczonej. Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona złoży na wezwanie Zamawiającego kosztorys ofertowy według wzoru druku kalkulacji wartości kosztorysowej określonego w załączniku nr 9 do SIWZ, według kolejności pozycji wymienionych w przedmiarach robót. Wykonawca celem sporządzenia kosztorysu ofertowego wykorzystuje pomocniczo przedmiar robót.

Kosztorysy ofertowe należy opracować zgodnie z załączonymi przedmiarami z podsumowaniem wartości poszczególnych rozdziałów i elementów robót, wraz z dołączeniem tabeli elementów scalonych. Wykonawcy zobowiązani są do wyceny wszystkich pozycji

przedmiaru zgodnie z ich opisem.

Jeżeli jakieś roboty zdaniem wykonawcy powinny być zgodnie z dokumentacją techniczną ujęte w wynagrodzeniu ryczałtowym a nie są podane w przedmiarze robót, to wykonawca powinien je przyjąć do wykonania w kosztorysie ofertowym. W przypadku różnic pomiędzy dokumentacją techniczną a przedmiarem robót wykonawca zobowiązany będzie uwzględnić w pierwszej kolejności dokumentację techniczną".

Zatem wezwany wykonawca mógł jako dowód przedstawić właśnie taki dokument, który musiał dysponować, chociażby dlatego, że stanowił on wymaganą podstawę do obliczenia ceny ryczałtowej i także ten wykonawca, (gdy oferta zostałaby najwyżej oceniona) mógł być wezwany do jego złożenia.

Reasumując, Izba podzieliła argumentację Zamawiającego i Przystępującego wykonawcy, że argumentacja przedstawiona w odwołaniu (także na rozprawie), w części dotyczącej uzasadnienia zarzutów odwołania, sprowadza się do żądania wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, podczas gdy zarzuty odwołania dotyczące bezpodstawnego uznania złożonych wyjaśnień za niewystarczające nie zawierają uzasadnienia faktycznego i prawnego. Także na rozprawie (poza ogólnymi stwierdzeniami) nie odniesiono się do ustaleń Zamawiającego i nie podano, które elementy wyjaśnień świadczą o tym, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny - zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp - spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu odwołania - w tym stanie faktycznym - nie odniesiono się do okoliczności, które miałyby przemawiać za uznaniem, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska i na jakiej podstawie Zamawiający dysponując złożonymi przez Odwołującego wyjaśnieniami miałby uznać cenę za realną. Niewątpliwie odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, powinno zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp, szczególnie gdy kwestionowana jest czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 lub art 90 ust 3 Pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty (nie) jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień (nie) powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów

kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).