Sygn. akt KIO 758/20

WYROK

z dnia 26 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 23 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego 7 kwietnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: E.B.I. GreenSky sp. z o.o. z siedzibą w Wąbrzeźnie, E.B.I. „GreenSky" S. K., Wąbrzeźno, Plumber Instal W. C., Bałoszyce

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa sieci wodociągowej w miejscowości Narty (nr postępowania ZO.271.1.2020.RB) prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Jedwabno

przy udziale wykonawcy: Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Rolnictwa w Wodę „Wodrol-Olsztyn" sp. z o.o. z siedzibą w Dywitach zgłaszającego przystąpienie do postępowania

odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz kontynuowanie badania, czy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia w odniesieniu do sprecyzowanych w uzasadnieniu odrzucenia oraz w toku postępowania odwoławczego wątpliwości powziętych w związku z treścią wyjaśnień z 10 marca 2020 r.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez

Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13600 zł 00 gr (słownie:

trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Olsztynie.

U z a s a d n i e n i e

Gmina Jedwabno {dalej: „Zamawiający"} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp", „pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. Budowa sieci wodociągowej w miejscowości Narty (nr postępowania ZO.271.1.2020.RB).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 5 lutego 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 509695-N-2020.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

2 kwietnia 2020 r. Zamawiający przesłał zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania - wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Rolnictwa w Wodę „Wodrol-Olsztyn" sp. z o.o. z siedzibą w Dywitach {dalej: „Przystępujący" lub „Wodrol"}, a także o odrzuceniu oferty złożonej wspólnie przez E.B.I. GreenSky sp. z o.o. z siedzibą w Wąbrzeźnie, E.B.I. „GreenSky" S. K., Wąbrzeźno, Plumber Instal W. C., Bałoszyce {dalej: „Odwołujący" lub „Konsorcjum"}.

7 kwietnia 2020 r. Konsorcjum wniosło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 90 ust. 3 przez jego niezasadne zastosowanie wobec Konsorcjum, które złożyło obszerne wyjaśnienia na wystosowane względem niego wezwanie, a jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. Art. 91 ust. 1 przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na braku wyboru oferty Konsorcjum, która była najkorzystniejsza spośród wszystkich innych ofert biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „SIWZ"}.

3. Art. 7 ust. 1 przez niezachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości podczas przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia, polegające na wyborze oferty o stosunkowo podobnej cenie do ceny oferty Konsorcjum, która została odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę i brak odpowiedniego wyjaśnienia.

4. Art. 7 ust. 3 przez wybranie oferty, a tym samym podjęcie decyzji o udzieleniu zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy wskazanymi wyżej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.

2. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.

3. Ponownego przeprowadzenia badania, oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród złożonych ofert, włącznie z ofertą Konsorcjum.

Odwołujący sprecyzował ponadto powyższe zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Z odwołania wynika następujący przebieg badania jego oferty.

4 marca 2020 r. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym przedłożenia kalkulacji metodą szczegółową, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny:

- szczegółowego wykazu materiałów ze wskazaniem producentów oferowanych materiałów,

- ilości roboczogodzin z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz ilości wynikających z przedmiaru i dokumentacji projektowej.

Zamawiający zaznaczył, że do wyjaśnień w powyższym zakresie należy dołączyć dowody potwierdzające, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, np. oferty, umowy, faktury dostawców materiałów itp.

Pismem z 10 marca 2020 r. Konsorcjum udzieliło wyjaśnień, które zawierały wszystkie element wprost zostały wymienione w wezwaniu takie, jak: kalkulacja metodą szczegółową, zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu, szczegółowy wykaz materiałów w postaci oferty materiałowej firmy Bohamet-armatura sp. z o.o., dokładnego wskazania roboczogodzin z uwzględnieniem minimalnej stawki godzinowej. W szczególności do wyjaśnień został załączony szczegółowy kosztorys, wraz z zestawieniem robocizny (uwzględniającym ilość i stawkę roboczogodziny przewyższającą minimalną stawkę godzinową za pracę), materiałów i sprzętu.

Wyjaśnienia miały wręcz charakter o wiele szerszy i obejmowały także elementy wpływające na obniżenie zaproponowanej ceny, o których wyjaśnienie sam zamawiający nie wnosił, tj.:

- korzystanie z pomocy de minimis udzielonej przez Starostę Wąbrzeskiego (na dowód dołączono stosowne zaświadczenie, a także umowę związaną z refundacją kosztów wyposażenia lub doposażenia stanowiska pracy dla skierowanego bezrobotnego);

- zatrudnianie pracownika z orzeczeniem o stopniu niepełnosprawności (na dowód dołączono umowę o pracę, a także kopię orzeczenia o stopniu niepełnosprawności tego pracownika);

- posiadanie przez Plumber Instal W. C. własnych maszyny do wierceń, co wpłynęło na

możliwość zaproponowania konkurencyjnej ceny na przewierty (na dowód dołączono faktury

dotyczące zakupu tych maszyn);

- referencje oraz zestawienie wykonanych dotychczas robót, potwierdzające doświadczenie w wykonywaniu podobnych zamówień i rzetelność ich realizacji.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego konsorcjum w oparciu o art. 90 ust. 3 pzp, wskazując w uzasadnieniu, że:

- złożone wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy, nieodpowiadający wezwaniu, nieprzekonujący, że cena oferty została obliczona rzetelnie; Zamawiający w szczególności

wyjaśnienia są niewystarczające, a cena oferty pozostaje rażąco niska i to bez względu na to, że kalkulacja ceny roboczogodziny, czy kosztów pracy sprzętu i transportu jest stawką realną i odpowiednią do prac objętych zamówieniem;

nieuwzględnienie w kalkulacji wszelkich przewidywanych kosztów realizacji zamówienia, w tym kosztów odtworzenia dróg, materiałów potrzebnych do wykonania nawierzchni,

a także kosztów robót geodezyjnych;

- nie miał możliwości zbadania prawdziwości twierdzeń wykonawcy co do posiadania

maszyn wiertniczych, gdyż na przedstawionej fakturze nie była widoczna cena zakupu.

w sposób niewystarczający zostało wyjaśnione i udokumentowane uzyskiwanie pomocy de minimis i zatrudniania osoby niepełnosprawnej.

Według Odwołującego:

- w powyższych okolicznościach nie można odmówić złożonym przez niego wyjaśnieniom z 10 marca 2020 r. rzetelności;

- wobec potwierdzenia przez Zamawiającego, że kalkulacja obejmuje stawki realne, nie wiadomo na jakiej podstawie wywodzi on jednocześnie, że cena jest rażąco niska;

- uwzględnił w kalkulacji wszelkie przewidywane koszty realizacji zamówienia, w tym koszty

odtworzenia dróg, materiałów potrzebnych do wykonania nawierzchni, a także kosztów robót geodezyjnych;

- zamawiający bezprawnie odrzucił ofertę Konsorcjum, gdyż powołał się na niewyczerpujący charakter wyjaśnień w zakresie, który nie był wskazany w treści wezwania;

- oczywistym jest, iż sam fakt zakupu maszyn, co potwierdza faktura, a nie ich cena, wskazuje na ich posiadanie przez partnera konsorcjum.

Odwołujący powołał się na ugruntowane orzecznictwo i poglądy doktryny, które

zgodnie wskazują, że aby uzyskać konieczne do zbadania ceny oferty informacje, zamawiający powinien zawsze starannie opracować treść wezwania. Brak jednoznacznego wskazania w treści wezwania zakresu informacji i dokumentów, których się oczekuje od oferenta, odbiera zamawiającemu możliwość powoływania się na brak wyjaśnień w zakresie, w jakim zamawiający ich oczekiwał. W piśmie UZP z 22.08.2013 r. (nr UZP/DP/JBE/0/026/814/13) wskazano, że w tym celu zalecane jest by zamawiający zwracając się do wykonawcy o wyjaśnienia wskazał na konieczność przedłożenia przez wykonawcę szczegółowych wyliczeń lub kalkulacji cenowych, przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej, co umożliwia zbadanie oraz weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny. Co więcej, wyrok Izby z 6 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2224/14 (LEX nr 1611754) stanowi, że: Z fundamentalnych zasad ustawy wynika reguła, którą można sprowadzić do stwierdzenia „jakie wezwanie, takie wyjaśnienia". Zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji stoją na straży gwarancji braku ryzyka faworyzowania jednego z wykonawców kosztem innych i arbitralnego traktowania wykonawców przez zamawiającego. Kolejno, zasady jawności i pisemności postępowania, składające się na obowiązek przejrzystości działań zamawiającego, domagają się, aby ocena oświadczeń wykonawców oparta była na jasnych i jednoznacznych wymaganiach. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 13 marca 2012 r. sygn. akt XII Ga 73/12 (LEX nr 1714129) stwierdził natomiast, 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.

Zdaniem Odwołującego takie zachowanie Zamawiającego jest tym bardziej bezprawne, że nie zwrócił się do Konsorcjum o złożenie dodatkowych wyjaśnień, co mógł, a nawet winien był uczynić. Odwołujący stwierdził, że podziela stanowisko zaprezentowane przez Ewę Wiktorowską w komentarzu do prawa zamówień publicznych (Skubiszak-

Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2019), że przepisy Prawa zamówień publicznych oraz prawa unijnego nie zawierają regulacji stanowiącej wprost, że zamawiający nie może wystąpić o wyjaśnienia więcej niż jeden raz. Można z tego a contrario wnioskować, że wystąpienie o ponowne wyjaśnienia konkretyzujące jest możliwe, a nawet konieczne. W piśmiennictwie przyjmuje

się, że jeżeli wyjaśnienia są wyczerpujące, ale należałoby je doprecyzować, to należy kontynuować procedurę przedstawiania wyjaśnień i dowodów. Także w innym komentarzu do ustawy (Nowicki Józef Edmund, Kołecki Mikołaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, WKP 2019) można wyczytać, że (...) ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia. (...) Ponowne wezwanie wykonawcy do udzielenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, powinno być wystosowane w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody na pierwsze wezwanie zamawiającego zrodziły po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia.

Zdaniem Odwołującego, jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do złożonych wyjaśnień, winien był wezwać Konsorcjum do ich rozwiania, formułując wprost, czego dalsze wyjaśnienia miałby dotyczyć, zwłaszcza że od czasu złożenia wyjaśnień do ogłoszenia wyboru najkorzystniejszej oferty minęły aż 23 dni.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwołujący podał, że zgodnie z informacją z otwarcia ofert:

- Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 2.004.235,21 zł;

- różnica pomiędzy ceną oferty Konsorcjum (1.033.015,15 zł) a ceną wybranej oferty (1.138.203,08) zł nie jest znacząca.

Według Odwołującego w tych okolicznościach:

- Zamawiający dokonał wyboru oferty, która również mogłaby zostać uznana przez niego za zawierającą rażąco niską cenę;

- cena oferty Konsorcjum nie może być uznana za rażąco niską.

Odwołujący wywiódł, że ma uzasadnione podejrzenie, że nie został potraktowany w ten sam sposób jak wybrany wykonawca w zakresie oceny udzielonych wyjaśnień odnośnie ceny oferty. Odwołujący jednocześnie stwierdził, że wobec tego dla ustalenia, czy wykonawca ten był wzywany do złożenia takich wyjaśnień, ewentualnie treści tych wyjaśnień, niezbędne będzie zbadanie w postępowaniu odwoławczym całości dokumentacji dotyczącej Wodrolu.

14 kwietnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Wodrol przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności powyższego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 17 czerwca 2020 r. (która wpłynęła do Izby 22 czerwca 2020 r.), wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający zrelacjonował co do faktów przebieg badania oferty Konsorcjum w sposób zbieżny z odwołania.

Zamawiający stwierdził, że o ile przyjmuje się istnienie domniemania rynkowego poziomu ceny podanej w ofercie przez wykonawcę, o tyle wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp obala to domniemanie. Zamawiający zacytował również brzmienie art. 90 ust. 1 pzp oraz wypowiedź przedstawiciela doktryny dotyczącą obligatoryjności wezwania w trybie tego przepisu, gdy zajdą przesłanki objęte jego treścią.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej ceny obciąża wykonawcę. Zamawiający zacytował ponadto wypowiedź przedstawiciela doktryny, że obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień, które w pierwszej kolejności powinny odnosić się do wątpliwości zamawiającego sformułowanych w wezwaniu. W przypadku, kiedy wezwanie dotyczy ceny oferty, wykonawca powinien odnieść się kompleksowo do zaoferowanej ceny. Zgodnie bowiem z treścią ust. 2 (art. 90 ustawy Pzp) komentowanego przepisu, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego cena (lub koszt) nie jest rażąco niska, pomimo ziszczenia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie (...) Istotne jest, aby składane wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego. Celem składanych wyjaśnień jest bowiem stworzenie u zamawiającego podstaw do stwierdzenia, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty było nieuzasadnione. Na konieczność przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dodatkowo wskazuje fakt, iż wykonawca zobowiązany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu oferty, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. (.) W niektórych sytuacjach dowody mogą okazać się niezbędne (zob. komentarz do art. 90 Pzp, A. Matusiak Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Legalis 2020).

W ocenie Zamawiającego w świetle obowiązujących przepisów i orzecznictwa Izby nie można uznać złożonych przez Odwołującego wyjaśnień za wyczerpujące, a tym samym obalające domniemanie, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Wyjaśnienia są niewystarczające, a cena oferty Odwołującego się pozostaje rażąco niska i to bez względu na to, że kalkulacja ceny roboczogodziny czy kosztów pracy sprzętu i transportu jest stawką realną i odpowiednią do rodzaju prac objętych zamówieniem. Odwołujący się w swoich wyjaśnieniach nie odniósł się bowiem do kosztów całego zamówienia, jakie winien ponieść wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie, tj. nie uwzględnił kosztów: pozyskania całego materiału potrzebnego do wykonania nawierzchni dróg, wykonania odtworzenia dróg, i robót geodezyjnych.

Zamawiający sprecyzował, że kalkulacja cen jednostkowych w kosztorysie

szczegółowym (str. 21 podsumowanie kosztorysu) z podziałem na rodzaje robót wskazuje, że Odwołujący nie uwzględnił w dziale robót odtworzeniowych materiału w postaci pospółki (żwiru) do naprawy nawierzchni drogowych. Projekt budowlany w części opisowej wyraźnie wskazuje, że po wykonaniu wykopów, zmontowaniu wodociągów, należy przystąpić do zasypania wykopu materiałem mineralnym wraz z zagęszczeniem gruntu warstwami oraz wykonać nawierzchnię z kruszywa żwirowopiaskowego dowiezionego, wykonując dwie warstwy (10 i 8 cm) wraz z zagęszczeniem. Do wyjaśnień nie załączono żadnych dowodów na potwierdzenie przyjęcia do kalkulacji materiału do wykonania nawierzchni dróg.

Według Zamawiającego brak wskazania sposobu wykonania odtworzenia dróg (umowa podwykonawstwa, oferta na dowóz i wbudowanie materiału itp.) stanowi podstawę odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę.

Podobnie zdaniem Zamawiającego brak wskazania sposobu wykonania robót geodezyjnych (umowa podwykonawstwa, oferta na wykonanie prac geodezyjnych, itp. ) oraz brak miejsca skalkulowania tej usługi, wobec nieprzedstawienia dowodów na potwierdzenie, że cena oferty obejmuje koszt obsługi geodezyjnej, również stanowi podstawę do odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę. Zamawiający dodał, że żaden z członków Konsorcjum nie ma w ramach wykonywanej działalności gospodarczej możliwości wykonywania działalności gospodarczej.

Niezależnie od powyższego w ocenie Zamawiającego zbyt ogólne (a więc niewystarczające do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny) są również wyjaśnienia dotyczące kosztów zatrudnienia pracowników, gdyż nie zawierają szczegółowego wyliczenia tych kosztów, tj. ilu pracowników, jakie wynagrodzenie i przez jaki okres będzie je otrzymywać. Jeżeli w wyjaśnieniach powołano się na otrzymywanie pomocy de minimis lub zatrudnienie osoby niepełnosprawnej, należało wskazać wysokość i okres tej pomocy, czy obejmuje również dofinansowanie na pracownika niepełnosprawnego, a jeżeli tak, przez jaki okres i w jakiej wysokości. Innymi słowy Odwołujący winien wykazać, jakie dokładnie koszty ponosi na wynagrodzenie pracowników. W związku z tym nie wiadomo, czy przedłożone przez Odwołującego dowody faktycznie potwierdzają te wyliczenia.

Zamawiający podtrzymał stanowisko, że ponieważ w przedstawionej przez Odwołującego fakturze zakupu maszyn wiertniczych nie ujawniono ceny sprzedaży, nie można zbadać prawdziwości ogólnych twierdzeń Odwołującego.

Dodatkowo częściowa anonimizacja, polegająca na zasłonięciu cen jednostkowych, uniemożliwia weryfikację podanej przez Odwołującego ceny, zwłaszcza że niektóre ilości poszczególnych materiałów wskazanych w zapytaniu ofertowym 329/DPA/2020 różniły się od tych wskazanych w dokumentacji postępowania np. przedmiarze robót.

Zamawiający wywiódł, że to na wykonawcy ciąży obowiązek złożenia gruntownych wyjaśnień tj. szczegółowej kalkulacji wszelkich kosztów, które składają się na cenę, wraz z podparciem tych wyliczeń konkretnymi dowodami, z których jednoznacznie będą wynikały koszty. Zamawiający natomiast ma obowiązek dokonania analizy wyjaśnień i przedstawionych dowodów, a nie dokonywania za wykonawcę wyliczeń do kalkulacji. Innymi słowy wykonawca przedstawia swoje wyliczenia i podpiera je odpowiednim dowodem, a zamawiający tylko to sprawdza.

Zmawiający zacytował za M. Sieradzką, że w orzecznictwie podkreśla się, że obowiązkiem wykonawcy jest jak najpełniejsze wyjaśnienie zaoferowanej ceny, a zwłaszcza szczegółowego sposobu jej ustalenia (wyr. KIO z 11.1.2017 r., KIO 2381/16, Legalis, KIO 2382/16, Legalis) [komentarz do art. 90 ustawy pzp (w:) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. dr hab. Małgorzata Sieradzka, Legalis 2018). W wyroku z 8 października 2019 r. sygn. akt KIO 1834/19 Izba wskazała, że przepis art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wymaga od wykonawcy, aby dowody załączone do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdzały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia wymagane od przedsiębiorców muszą przekonywać, że podana przez nich cena rzeczywiście nie jest rażąco niska, a dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia muszą być konkretne i muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów.

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Odwołującego są niedokładne i sformułowane w sposób ogólny, a nie rzeczowy. Mimo iż nie istnieje jeden wyłącznie poprawny i wspólny wszystkim wykonawcom w danym postępowaniu wzorzec wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w ramach których przedstawiany jest przyjęty przez wykonawcę model kalkulacji ceny, wspólnym mianownikiem dla wyjaśnień rażąco niskiej ceny w każdym postępowaniu jest odpowiedź na oczekiwania zamawiającego wyrażone w treści wezwania (zob. wyrok Izby z 25 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 671/19).

Jeżeli w niniejszym postępowaniu Zamawiający wezwał do przedstawienia kalkulacji metodą szczegółową, taką kalkulację każdy wykonawca powinien zawrzeć. Wykonawca wprost winien wskazywać dokładne wartości, jakie przyjął do kalkulacji, oraz skąd one wynikają. Innymi słowy, jeżeli wykonawca podaje w kalkulacji pewną wartość, to winien ją objaśnić Zamawiającemu, w tym wskazać, dlaczego przyjął wartość w takiej a nie innej wysokości oraz który dowód załączony na poparcie jego wyjaśnień to potwierdza.

Zamawiający podzielił w pełni stanowisko Izby, zgodnie z którym złożenie wyjaśnień ogólnikowych, nieodpowiadających na wezwanie zamawiającego, nieprzekonujących, że cena oferty została obliczona rzetelnie jest zrównane w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień w ogóle. W obu przypadkach oferta podlega odrzuceniu. Przyczyną odrzucenia oferty nie jest wówczas fakt, że cena danej oferty jest rażąco niska, lecz brak wykazania tego przez wykonawcę (wyrok Izby z 8 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 502/19).

W zakresie wynikającej z SIWZ ceny ryczałtowej w utrwalonym orzecznictwie zarówno sądów powszechnych, jak Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że w przypadku ceny ryczałtowej za wykonanie zamówienia wykonawca zobowiązany jest tylko ująć wszystkie koszty związane z realizacja zamówienia, a ustalona kwota wynagrodzenia za wykonanie zamówienia jest niezmienna. Ponadto przy wynagrodzeniu ryczałtowym, w kontekście wymogów wynikających z legalnej definicji ceny, nie jest ważna struktura wewnętrzna ceny. tj. ceny jednostkowe (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy). Przy cenie ryczałtowej załączone do oferty kosztorysy czy formularze cenowe mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści SIWZ, wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy pozycjami kosztorysu czy formularza cenowego.

Odwołujący nie wskazał oraz nie dołączył dowodów na poparcie skalkulowanych cen za materiały do wykonania nawierzchni drogowych oraz obsługi geodezyjnej inwestycji. W świetle ugruntowanego orzecznictwa na tle przepisów pzp Odwołujący nie dowiódł braku istnienia rażąco niskiej ceny, a wręcz przeciwnie, poprzez złożenie wyjaśnień potwierdził, iż nie wycenił w ogóle pewnych elementów zamówienia lub nie wskazał przeniesienia tych kosztów do innych pozycji choć był do tego był uprawniony. Tym samym dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z kolei uzasadnione i udokumentowane wyjaśnienia złożył Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, co potwierdza treść wyjaśnień oraz opinia uzyskana przez Zamawiającego. Oferta tego podmiotu, jako oferta ważna, niepodlegająca odrzuceniu i przy uwzględnieniu kryteriów oceny ofert została wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie dopuścił się żadnego naruszenia procedury oceny i wyboru ofert oraz innych zarzucanych przez Odwołującego się czynów niezgodnych z ustawa pzp. Zamawiający na każdym etapie postępowania stosował powszechnie obowiązujące przepisy prawa, w szczególności przepisy ustawy pzp oraz prowadził postępowanie przy zachowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W świetle niniejszej sprawy odrzucenie oferty Odwołującego się było uzasadnione i konieczne, zaś wybór oferty Przystępującego zgodny z prawem i warunkami zamówienia.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymano dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi odrzucenia jego oferty, co uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

Zrelacjonowane powyżej za odwołaniem okoliczności faktyczne dotyczące kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie tego zamówienia, cen złożonych ofert, przebiegu badania oferty Konsorcjum oraz treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy i nie były sporne.

W ramach podsumowania i uzupełnienia Izba stwierdziła, że zasadniczo złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia (str. 5.-88. tomu III dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego) odpowiadają treści wezwania, gdyż zawierają:

- jako oczekiwany trzon wyjaśnień kalkulację sporządzoną metodą szczegółową, czyli określenie wartości kosztorysowej odpowiadającej cenie oferty polegające na obliczeniu dla wszystkich pozycji przedmiaru robót (przygotowanego przez Zamawiającego) wartości kosztów bezpośrednich (odrębnie robocizny, materiału i sprzętu) oraz doliczeniu odpowiednio kosztów pośrednich, zysku i podatku od towarów i usług (str. 53.-73. tomu III);

- jako szczegółowy wykaz materiałów wraz ze wskazaniem producentów oferowanych materiałów zestawienie materiałów w tabeli pod kosztorysem poparte dowodem w postaci oferty ich sprzedaży od konkretnego dostawcy (str. 74.-76. tomu III);

- określenie w kosztorysie liczby roboczogodzin z uwzględnieniem 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 2018 r. poz. 2177 ze zm.) oraz ilości wynikających z przedmiaru i dokumentacji projektowej, przy czym w odniesieniu do osoby zatrudnionej na stanowisku montera sieci wodno-kanalizacyjnej wskazano na uzyskiwanie pomocy de minimis, załączając na dowód urzędowe zaświadczenie, aneks do umowy o refundację kosztów wyposażenia lub doposażenia stanowiska pracy dla skierowanego bezrobotnego, orzeczenie o stopniu niepełnosprawności oraz umowę o pracę (kosztorys jw. oraz zestawienie robocizny na str. 74, pozostałe dokumenty na str. 78.-84. tomu III);

- zestawienie sprzętu w tabeli pod kosztorysem (wyszczególniające dodatkowo w poz. 1. obsługę geodezyjną dotyczącą długości w zaokrągleniu 8,6 km) wraz fakturą potwierdzającą nabycie używanej wiertnicy konkretnego producenta, typu i roku produkcji (str. 76.-77. oraz 85 tomu III).

Podkreślić należy, że w ocenie samego Zamawiającego, powtórzonej również w odpowiedzi na odwołanie, cena roboczogodziny, kosztów pracy sprzętu i transportu została skalkulowana na realnym poziomie i odpowiednio do rodzaju prac objętych przedmiotem tego zamówienia.

Podstawą faktyczną pozytywnej weryfikacji kosztorysu w tym zakresie było ustalenie zawarte w sporządzonej przez Biuro Projektów Inżynierskich sp. z o.o. sp. k. ze Szczytna {dalej: „BPI"} opinii z 12 marca 2020 r. (por. pkt 1.-2. str. 43.-45. dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego). Przy czym wynikający z kosztorysu koszt pracy robotników na poziomie 17 zł za godzinę został w tej opinii uznany za stawkę realną i odpowiednią do rodzaju prac objętych zamówieniem pomimo braku możliwości stwierdzenia, w jaki sposób dokładnie udzielona pomoc de minimis ma wpływ na ukształtowanie tej stawki, gdyż załączony aneks do umowy dotyczy wyposażenia i doposażenia 1 stanowiska pracy robotnika drogowego, a dołączona również umowa o prace dotyczy pracownika zatrudnionego na stanowisku monter instalacji wodno-kanalizacyjnych. Opiniujący nie miał

również zastrzeżeń co do kosztów pracy i sprzętu, w tym do wiarygodności informacji, że

Plumber W. C. posiada maszyny do wierceń.

W opinii BPI odnośnie materiałów co do zasady uznano, że wartość całkowita materiałów objętych ofertą po stosownych rabatach pozwala na realizację zamówienia, przy jednoczesnym zastrzeżeniu braku możliwości zweryfikowania poszczególnych cen jednostkowych z uwagi na ich zakrycie w załączonej ofercie (por. pkt 3.l. str. 45 dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego).

Natomiast zasadnicze zastrzeżenie BPI dotyczyło nieuwzględnienia przez Konsorcjum w kosztorysie kosztu materiału w postaci pospółki (żwiru) do naprawy nawierzchni drogowej.

Drugie zasadnicze zastrzeżenie BPI zgłosiło odnośnie braku przedstawienia dowodów jak to ujęto „na potwierdzenie, iż oferta zawiera koszt obsługi geodezyjnej" oraz braku informacji, gdzie zostały one skalkulowane np. w kosztach zarządu czy innych pozycjach złożonej oferty.

Izba stwierdziła, że sformułowany w podsumowaniu tej opinii negatywna ocena wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum jako niedowodzących, że cena jego oferty nie zawiera rażąco niska cena, w tym stwierdzenie, że sam brak podania kosztu materiału do odtworzenia dróg musi stanowić podstawę do odrzucenia oferty, jest oderwana od poczynionych w tej opinii zasadniczo prawidłowo ustaleń faktycznych.

Natomiast uzasadnienie odrzucenia oferty i odpowiedź na odwołanie powtarzają argumentację sporządzonej dla Zamawiającego opinii prawnej z 19 marca 2020 r., która w przeważającej mierze sprowadza się do cytowania wypowiedzi doktryny i orzecznictwa pozostających co najwyżej w luźnym związku z przywołanymi w tej opinii za opinią BPI ustaleniami faktycznymi.

Przede wszystkim Izba stwierdziła, że z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty czy treści powyższych opinii, ani nawet z odpowiedzi na odwołanie nie wynika, aby poczynione zostały ustalenia co do tego, jaki jest udział kosztu materiału do naprawy nawierzchni drogowej w całkowitych kosztach realizacji przedmiotu zamówienia.

Na rozprawie okazało się, że według Odwołującego rynkowy koszt materiału, dla którego w poz. 48. i 49. kosztorysu wskazał 0 zł, opiewa na kwotę 30 tys. zł, natomiast wg Zamawiającego zawiera się on przedziale od 60 do 90 tys. zł „w zależności od sytuacji rynkowej" (przy czym w kosztorysie Wodrolu został on w tych pozycjach skalkulowany na łączną kwotę netto w zaokrągleniu 55 tys. zł ).

Z kolei nie było sporne, że prace geodezyjne towarzyszące wykonaniu robót zasadniczych dla tego przedmiotu zamówienia (według przedmiaru dotyczących w zaokrągleniu 8,6 km drogi) to koszt netto rzędu 12-13 tys. zł (zaokrąglone wartości wynikające odpowiednio z wyjaśnień Wodrolu i Konsorcjum, ta druga w poz. 1 zestawienia materiałów pod kosztorysem Konsorcjum str. 74 dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego).

Reasumując, Izba stwierdziła, co następuje.

Przede wszystkim Zamawiający nie wykazał, aby brak wyceny kosztów materiału w poz. 48. i 49. kosztorysu ofertowego Konsorcjum stanowił istotną część składową ani oferty złożonej przez Odwołującego, ani oszacowania wartości zamówienia dokonanej przez samego Zamawiającego.

Z kolei w odniesieniu do prac geodezyjnych, które nie były ujęte w przygotowanym przez Zamawiającego przedmiarze robót jako odrębna pozycja, Zamawiający bezpodstawnie uznał, choć nie wspomniał o tym w wezwaniu, że Konsorcjum w wyjaśnieniach powinno dodatkowo podać, gdzie w kosztorysie uwzględniło koszty obsługi geodezyjnej przedsięwzięcia.

Podobnie skoro Zamawiający w wezwaniu nie sprecyzował, że oprócz określenia w kosztorysie liczby roboczogodzin w wysokości uwzględniającej obowiązujące przepisy o minimalnym wynagrodzeniu, oczekuje również wskazania „ilu pracowników, jakie wynagrodzenie i przez jaki okres będzie je otrzymywać" bezpodstawnie uznał wyjaśnienia za niewystraczające w tym zakresie.

Wobec braku zastrzeżeń co do stawki roboczogodziny w wysokości 17 zł jako odpowiadającej wysokości minimalnej stawki godzinowej według obowiązujących przepisów, powzięte przez Zamawiającego niejasności co do wpływu pomocy de minimis, o której wspomniano w wyjaśnieniach, nie jest wystarczającą podstawą faktyczną do uznania tych

wyjaśnień za potwierdzające rażące zaniżenie stawki wynagrodzenia.

Podobnie wobec braku zastrzeżeń co do skalkulowanych przez Konsorcjum kosztów materiałów (z wyj. materiału z poz. 48.-49. kosztorysu), w tym potwierdzenia ich łącznej wysokości załączoną ofertą sprzedaży, uniemożliwienie sprawdzenia, jak kształtują się koszty poszczególnych materiałów, również nie jest wystarczającą podstawą faktyczną do uznania złożonych wyjaśnień za potwierdzające rażące zaniżenie wyceny materiałów koniecznych do wykonania tego zamówienia.

Odnośnie przyjętego przez Zamawiającego jako pewnik nieuwzględnienia w kosztorysie materiału do naprawy nawierzchni drogowej, na rozprawie okazało się, że Konsorcjum nieprzypadkowo wyceniło w poz. 48. i 49. koszt materiału na 0 zł, gdyż przewidziało użycie kruszywa, którym już dysponuje dzięki odzyskowi betonu z rozbiórki przy realizacji innego zamówienia, które następnie zostało przemielone na kruszywo.

Wreszcie okoliczności takie jak: objecie zakresem faktury maszyny wiertniczej bez żerdzi sterującej, (bliżej niesprecyzowane w odpowiedzi na odwołanie) rozbieżności pomiędzy ilościami materiałów w kosztorysie a załączonej ofercie ich sprzedaży, nie zostały

przez Zamawiającego wskazane jako postawa faktyczna odrzucenia.

Poza wszelkim sporem była okoliczność, że Zamawiający nie wzywał Konsorcjum do wyjaśnień w zakresie zidentyfikowanych w opinii BPI czy opinii prawnej wątpliwości (nie wspominając o tych, które Zamawiający wskazał dopiero w toku postępowania odwoławczego).

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający nie miał podstaw, aby odrzucić ofertę Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp, skoro udzielone wyjaśnienia odpowiadały wezwaniu, a także nie było przeszkód natury prawnej ani faktycznej, aby Zamawiający zwrócił się o dodatkowe wyjaśnienia w odniesieniu do wątpliwości, które powziął w związku z treścią pierwotnych wyjaśnień.

Zgodnie z Art. 90 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich 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 lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 1a pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) 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; 2) 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 ust. 1.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena". Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny" orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich,

po pierwsze - nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność", „niewiarygodność", „nieadekwatność", „znaczne odbieganie" etc.), po drugie - terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność", „koszt wytworzenia", „rentowność na zadaniu"), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej - jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP - jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość

rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W tej sprawie poza wszelkim sporem jest okoliczność, że zarówno cena oferty Konsorcjum, jak i cena oferty Wodrolu (a także ceny ofert jeszcze innych wykonawców) odbiegały od ubruttowionej wartości zamówienia więcej niż 30%, co czyniło koniecznym wezwanie do wyjaśnienia w trybie powyżej przywołanych przepisów, a na Odwołującego nałożyło obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w kontekście granic kognicji Izby, a więc relacji przepisów art. 190 ust. 1 i 1a oraz art. 192 ust. 7 pzp.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest - na zamawiającym (pkt 2). Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja wprowadzająca szczególny rozkładu ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z poprzedzającym art. 190 ust. 1 pzp, a także z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 7 pzp.

Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie.
W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy bowiem rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzony w art. 190 ust. 1a pzp szczególny rozkład ciężaru dowodu, nie zmienia tego, że wpierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy 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.

W tej sprawie w odwołaniu, jak to powyżej zrelacjonowano, adekwatnie sprecyzowano okoliczności, które świadczą o tym, że Zamawiający nie miał wystarczających podstaw faktycznych, aby negatywnie ocenić złożone na jego żądanie wyjaśnienia.

Dla tej sprawy podstawowe znaczenie ma jednak inny aspekt wynikający z art. 192 ust. 7 pzp - w przypadku spraw dotyczących odwołań od czynności odrzucenia zakres kognicji Izby nie może wykraczać poza uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego przekazane wykonawcy. Oczywiste jest, że odwołujący się wykonawca może skutecznie zakwestionować tylko znane mu powody odrzucenia jego oferty. W konsekwencji jeżeli w toku postępowania odwoławczego zamawiający przedstawi dodatkowe podstawy faktyczne odrzucenia oferty wykonawcy, nie podlegają one rozpoznaniu i nie mogą mieć

wpływu na wynik sprawy. W tym aspekcie zasada wynikająca z art. 192 ust. 7 pzp chroni wykonawców przed wdaniem się w spór co do nieznanych im uprzednio motywów decyzji, które zamawiający przez przeoczenie lub celowo nie podał zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp. Przepis ten nakazuje bowiem zamawiającemu niezwłoczne poinformowanie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i powodach odrzucenia oferty. Stąd w tej sprawie Izba nie wzięła pod uwagę okoliczności, na które Zamawiający powołał się dopiero w odpowiedzi na odwołanie lub na rozprawie, gdyż wykraczały one poza ramy uzasadnienia faktycznego przekazanego uprzednio Konsorcjum.

Izba zważyła, że Zamawiający po otrzymaniu pierwszych wyjaśnień, które mogły zrodzić u niego pewne wątpliwości, nie próbował ich wyjaśnić, pomimo że mógł i powinien to uczynić, gdyż w powyżej ustalonych okolicznościach przepisy ustawy pzp (w tym art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 3 pzp rozpatrywanych w kontekście wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców), nie stały temu na przeszkodzie, a wręcz obligowały do tego, skoro niewyjaśnione stały się podstawą faktyczną odrzucenia oferty. W szczególności przy stosowaniu art. 90 ust. 3 pzp należy mieć na uwadze, że zgodnie z art. 69 ust. 3 zd. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE {dalej: „dyrektywa klasyczna”} - czyli przepisem, który podlegał implementacji do krajowego porządku prawnego instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem (analogiczny przepis zawierała również uchylona dyrektywa 2004/18/WE). Stąd procedura wyjaśniająca cenę oferty nie zawsze powinna ograniczać się do jednokrotnego wezwania do wyjaśnień i ich oceny przez zamawiającego. Użycie sformułowania „konsultacje” wskazuje bowiem nie tylko na większą aktywność obydwu stron, ale i na dopuszczenie etapowego przebiegu tej procedury.

Możliwość wielokrotnego wzywania do udzielenia wyjaśnień potwierdzają też opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych (np. zawarte w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11 z 2013 r.) oraz wyroki sądów okręgowych (np. Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 lipca 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, Sądu Okręgowego w Olsztynie z 9 grudnia 2010 r. sygn. akt V Ga 122/10), w których sądy jednoznacznie wskazały, że brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną. Stanowisko to nie jest również oczywiście kwestionowane w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, która wielokrotnie wskazywała, że po pierwsze gdy pierwotne wezwanie Zamawiającego jest zbyt ogólne, to wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania, a co za tym idzie, zamawiający winien ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, wskazując, które kwestie wymagają uszczegółowienia, a po drugie że nie ma żadnych przeszkód, aby ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia budzą jeszcze wątpliwości (np. wyrok z 23 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1143/15 oraz wyrok z 18 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 150/16).

Wobec tego rozpoznając sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że należy uznać je za zasadne, gdyż Zamawiający nie miał podstaw, aby odrzucić ofertę Konsorcjum na podstawie dotychczas złożonych wyjaśnień, których zakres odpowiadał wystosowanemu wezwaniu.

Jednocześnie Izba nie ma podstaw, aby odbierać Zamawiającemu prawo do wyjaśnienia swoich wątpliwości, stąd ma on w pełni możliwość kontynuowania badania, czy cena oferty Konsorcjum nie jest rażąco niska pod ich kątem, co wymaga ich sprecyzowania w wezwaniu w taki sposób, aby Wykonawca miał szanse je rozwiać.

Naruszenie pozostałych przepisów wymienionych na wstępie odwołania, należy formalnie uznać za potwierdzone, jednak zarzuty te nie mają charakteru samoistnego, a są jedynie konsekwencją zasadności zarzutu zasadniczego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego - działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) - obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.