

**WYROK**  
**z dnia 16 marca 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska  
Członkowie:       Andrzej Niwicki  
                      Anna Osiecka

Protokolant:       Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2021 r. przez:

I. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „Developer i Recykling” Sp. z o.o. w Zabrzcu i Jerzego Rumanek prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Rumanek Jerzy BUDREM w Chorzowie sygn. akt: KIO 293/21,

II. wykonawcę Dariusza Małek prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Małek Dariusz Ulman w Mikołowie sygn. akt: KIO 296/21,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu przy udziale:

- wykonawcy ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o. w Sosnowcu przystępującego do postępowania odwoławczego w sprawach sygn. akt: KIO 293/21 i KIO 296/21 po stronie odwołujących,
- wykonawcy Dariusza Małek prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Małek Dariusz Ulman w Mikołowie przystępującego do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt: KIO 293/21 po stronie zamawiającego,
- wykonawcy Christos Stoicis prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Stoicis Christos Firma Handlowa „ITOS” Wyburzenie Obiektów Przemysłowych w Psarach przystępującego do postępowania odwoławczego w sprawach sygn. akt: KIO 293/21 i KIO 296/21 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

I.W przedmiocie odwołania sygn. akt: **KIO 293/21:**

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 p.z.p., dotyczących oceny i badania oferty wykonawcy Dariusza Małek prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Małek Dariusz Ulman w Mikołowie, a także zaniechania odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert, w ramach którego zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy Christos Stoicis prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Stoicis Christos Firma Handlowa „ITOS” Wyburzenie Obiektów Przemysłowych w Psarach,
3. kosztami postępowania odwoławczego w części 1/2 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „Developer i Recykling” Sp. z o.o. w Zabrzcu i Jerzego Rumanek prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Rumanek Jerzy BUDREM w Chorzowie oraz w części 1/2 obciąża zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu i:
  - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „Developer i Recykling” Sp. z o.o. w Zabrzcu i Jerzego Rumanek prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Rumanek Jerzy BUDREM w Chorzowie tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od zamawiającego Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „Developer i Recykling” Sp. z o.o. w Zabrzcu i Jerzego Rumanek prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Rumanek Jerzy BUDREM w Chorzowie kwotę 6 800,00 zł (sześć tysięcy osiemset złotych) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.

I.W przedmiocie odwołania sygn. akt **KIO 296/21:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert, w ramach którego zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy Christos Stoicis prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Stoicis Christos Firma Handlowa „ITOS” Wyburzenie Obiektów Przemysłowych w Psarach,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu i:
  - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Dariusza Małek prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Małek Dariusz Ulman w Mikołowie tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu na rzecz wykonawcy Dariusza Małek prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Małek Dariusz Ulman w Mikołowie kwotę 13 600,00 zł (trzynaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Członkowie:       .....

.....

## Uzasadnienie

### wyroku z dnia 16 marca 2021 r. w sprawach o sygn. akt: KIO 293/21, KIO 296/21

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Likwidacja wybranych obiektów budowlanych Zakładu Mechanicznej Przeróbki Węgla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Makoszowy” w Zabrze”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 27 maja 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 544323-N-2020, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: **KIO 293/21**:

W dniu 27 stycznia 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wioślo konsorcjum „Developer i Recykling” Sp. z o.o. ul. Młodego Górnika 2/D, 41-808 Zabrze i Jerzy Rumanek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Rumanek Jerzy BUDREM ul. Katowicka 154, 41-500 Chorzów (dalej zwani jako „odwołujący” lub „odwołujący konsorcjum Developer”) W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

- 1.art. 7 ust. 1 i 3 Pzp 2004, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co polegało na pominięciu braku wiarygodnych wyjaśnień oraz dowodów, jakie nie zostały złożone przez wykonawców Stoicis Christos prowadzącego działalność jako Firma Handlowa „ITOS” Wyburzanie Obiektów Przemysłowych, ul. Parkowa 36, 51-180 Psary oraz Dariusza Małek prowadzącego działalność gospodarczą jako ULMAN Dariusz Małek, ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów na wezwanie Zamawiającego w ramach procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny,
- 2.art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp 2004, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Stoicis Christos prowadzącego działalność jako Firma Handlowa „ITOS” Wyburzanie Obiektów Przemysłowych, ul. Parkowa 36, 51-180 Psary jako oferty zawierającej rażąco niską, podczas gdy ww. wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie złożył żądanych przez Zamawiającego dowodów,
- 3.art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp 2004, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Stoicis Christos prowadzącego działalność jako Firma Handlowa „ITOS” Wyburzanie Obiektów Przemysłowych, ul. Parkowa 36, 51-180 Psary jako oferty zawierającej rażąco niską, w sytuacji gdy Zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawcę, pomijając fakt, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz złożenia dowodów spoczywa na wykonawcy,
- 4.art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp 2004, poprzez bezpodstawne ponowne zwrócenie się do wykonawcy Stoicis Christos prowadzącego działalność jako Firma Handlowa „ITOS” Wyburzanie Obiektów Przemysłowych, ul. Parkowa 36, 51-180 Psary z ponownym wezwaniem z dnia 24.11.2020 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, podczas gdy treść uprzednio udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień była zdawkowa, ogólnikowa i gołosłowna, a ww. wykonawca nie odpowiedział na pierwsze wezwania skierowane przez Zamawiającego w sposób rzetelny i wyczerpujący;
- 5.art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp 2004, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Dariusza Małek prowadzącego działalność gospodarczą jako ULMAN Dariusz Małek, ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów jako oferty zawierającej rażąco niską, podczas gdy ww. wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie złożył żądanych przez Zamawiającego dowodów;
- 6.art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp 2004, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Dariusza Małek prowadzącego działalność gospodarczą jako ULMAN Dariusz Małek, ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów jako oferty zawierającej rażąco niską, w sytuacji gdy Zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawcę, pomijając fakt, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz złożenia dowodów spoczywa na wykonawcy,
- 7.art. 91 ust. 1 Pzp 2004, polegające na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę Stoicis Christos prowadzącego działalność jako Firma Handlowa „ITOS” Wyburzanie Obiektów Przemysłowych, ul. Parkowa 36, 51-180 Psary, w sytuacji w której oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp 2004.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności z dnia 22.01.2021 r. polegającej na wyborze oferty Stoicis Christos prowadzącego działalność jako Firma Handlowa „ITOS” Wyburzanie Obiektów Przemysłowych, ul. Parkowa 36, 51-180 Psary (dalej jako „wykonawca ITOS”) i odrzucenia oferty tego wykonawcy, a także odrzucenia oferty wykonawcy Dariusza Małek prowadzącego działalność gospodarczą jako ULMAN Dariusz Małek, ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów (dalej jako „wykonawca ULMAN”) oraz powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W związku z ustaleniem, iż zaproponowane przez wykonawcę ITOS i wykonawcę ULMAN ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia wzbudziły uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, kiedy zaoferowana cena jest niższa o 30% od wartości średniej ofert złożonych w postępowaniu i od wartości szacunkowej zamówienia, pismami z dnia 20.07.2020 r. zamawiający zwrócił się do obu wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w odniesieniu do zakresu przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ.

Odwołujący przytoczył treść wezwań i brzmienie wyjaśnień wykonawcy ITOS oraz podniósł, że wykonawca powinien dolożyć wszelkiej staranności, aby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były konkretne, rzetelne, zwięzłe i zawierające odpowiednie kalkulacje. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinien mieć na uwadze doniosły charakter owych wyjaśnień (KIO wielokrotnie na powyższą okoliczność wskazywała i nadal wskazuje, nie rozumiejąc bagatelizowania tej instytucji przez wielu profesjonalnych uczestników rynku). Ogólne wyjaśnienia, nie uzasadniające wysokości zaoferowanej ceny, nie rozwiewające wątpliwości co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji, powinny skutkować odrzuceniem oferty. W orzecznictwie KIO przesądzono także, że wyłączenie formalne realizowanie obowiązku przez wykonawcę, a więc złożenie wyjaśnień ogólnych, lakonicznych i nie stanowiących wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny, nie może prowadzić do pozytywnej ich weryfikacji. Uznano bowiem, że skoro wykonawca nie uzasadnił i nie

wykazal elementów kosztotwórczych zaoferowanej ceny, to tym samym nie jest możliwa ocena, czy stanowi ona cenę realną. Podkreślenia przy tym wymaga również, że zamawiający nie jest uprawniony do domniemywania jakichkolwiek okoliczności, niestanowiących treści wyjaśnień, za pomocą których sam wykonawca nie opisuje własnej sytuacji i które pozostają nieudowodnione.

Zdaniem odwołującego wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę ITOS na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. nie spełniają podstawowych wymagań w zakresie dokładności, rzetelności oraz mocy dowodowej, o których mowa w tym przepisie. Wykonawca ograniczył wyjaśnienia do gołosłownych zapewnień i, biorąc pod uwagę zakres wezwania zamawiającego z dnia 20.07.2020 r., nie odniósł się do wszystkich jego elementów. Nie wykazano także wysokości ponoszonych kosztów, nie podano wpływu wymienionych czynników na wysokość ceny, a przede wszystkim nie przedstawiono żadnych dowodów, których złożenia zamawiający wprost oczekiwał w treści ww. pisma. Zbiór ogólnych deklaracji, zapewnień i cech charakteryzujących wykonawcę nie został w żaden sposób wykazany, ani nie wyjaśniono wpływu poszczególnych okoliczności na wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący dodał, że zamawiający oczekiwał wskazania w kalkulacji kosztów pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienia, dlaczego koszty te skalkulowano w takim wymiarze. W kalkulacji należało uwzględnić także koszty pracodawcy wynikające z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Wykonawca nie wykazał powyższych okoliczności, nie wykazano też zarobków pracowników zatrudnionych w przedsiębiorstwie, mimo że zamawiający żądał przedstawienia dowodów. Nie wiadomo, ile osób będzie wykonywać przedmiotowe zamówienie, jaka będzie wysokość ich wynagrodzenia oraz jakie koszty poniesie pracodawca. Wbrew wezwaniu zamawiającego do wyjaśnień nie załączono szczegółowej kalkulacji kosztów (a jedynie ogólne, nieprecyzyjne zestawienie kosztów z podziałem na 3-4 kategorie). Wykonawca zaniżył lub pominął szereg czynników kosztotwórczych składających się na koszty realizacji zamówienia, więc zamawiający nie miał podstaw do uznania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej i co najistotniejsze nie przedłożono jakichkolwiek dowodów potwierdzających rzetelność zaoferowanej ceny (w szczególności dotyczących okoliczności, które miałyby spowodować obniżenie ceny oferty). W miejsce dowodów, o których mowa w art. 90 ust. 3 p.z.p., wykonawca powołuje się gołosłownie na swoje zaplecze techniczne, doświadczenie i możliwości organizacyjne. Jak również wyjaśnienia w zakresie ceny oferty powinny zostać rzetelnie opracowane oraz zawierać konkretne i wyczerpujące informacje, kiedy wyjaśnienia firmy ITOS zostały przedstawione w sposób lakoniczny, jako zbiór niepowiązanych ze sobą informacji, nie popartych komentarzami i rzetelnymi dowodami, co powinno spowodować odrzucenie oferty na zasadzie art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 p.z.p.

Ponadto, w ocenie odwołującego zamawiający w sposób bezpodstawny zwrócił się do wykonawcy ITOS, wezwaniem z dnia 24.11.2020 r., do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Wbrew wyraźnej treści wezwania z dnia 20.07.2020 r. wykonawca nie udzielił zamawiającemu kompleksowych wyjaśnień, odnoszących się do wszystkich aspektów wezwania oraz nie przedłożył dowodów. Skoro treść uprzednio udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień była ogólnikowa i gołosłowna, a także nie odpowiedziano na pierwsze wezwanie w sposób rzetelny i wyczerpujący, to zamawiający nie był upoważniony do wystąpienia z ponownym wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień powoduje przesuniecie na wykonawcę ciężaru dowodu, na okoliczność, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Dlatego zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień, aż do momentu, gdy wykonawca wykaże, że cena nie jest rażąco niska. Przepis, co prawda nie ogranicza ilości możliwych wezwań, jednak zarówno zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i zasada szybkości i ekonomiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uzasadniają wniosek, że ponowienie wezwania musi być w sposób szczególny uzasadnione - nie może stanowić „ratowania” oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, niepoparte faktami. Wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Według odwołującego w orzecznictwie wskazuje się, że ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który uchyla się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawia wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy, czy uchyla się od przedstawienia dowodów, czego wymaga art. 90 ust. 3 p.z.p.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy ULMAN odwołujący przytoczył odpowiedź wykonawcy na wezwanie zamawiającego z dnia 22.07.2020 r. i podniósł, że zamawiający nieprawidłowo uznał wyjaśnienia za wystarczające, w szczególności pomimo ich ogólnej, lapidarnej treści i braku przedstawienia jakichkolwiek dowodów potwierdzających twierdzenia wykonawcy (przykładowo: lista płac, umowy z pracownikami i zleceniobiorcami, wykaz środków trwałych, umowy najmu lub leasingu, faktury, inne umowy, cenniki lub oferty, itp.). Tymczasem krytyczna oraz staranna analiza treści wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny złożonych przez wykonawcę ULMAN w piśmie z dnia 22.07.2020 r. prowadzi do wniosku, iż wykonawca ten nie udowodnił zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W szczególności, wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób możliwe było ponad dziesięciokrotne obniżenie ceny z poziomu 7 380 000,00 zł brutto (oferta z dnia 15.06.2020 r.) do kwoty 648 000,00 zł brutto (aukcja elektroniczna z dnia 17.07.2020 r.). Złożone wyjaśnienia nie zawierają elementu kalkulacyjnego, z którego wynikałoby z jakich powodów doszło do tak znaczącej optymalizacji ceny oferty. Dlatego też, na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający nie był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę nie są rażąco niskie.

W opinii odwołującego wyjaśnienia są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ULMAN nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Wykonawca podał okoliczności, które - w jego przekonaniu - mają wpływ na obniżenie ceny, bez wskazania, w jaki sposób i o jakie wartości cena mogła zostać obniżona. W istocie wykonawca nie udzielił odpowiedzi na pytania zadane mu przez zamawiającego, który prosił między innymi o wyjaśnienie, w jaki sposób dokonano kalkulacji ceny oraz w jaki sposób podane okoliczności wpływają na obniżenie ceny oferty. Nie wykazano także, aby podane czynniki obniżające cenę były wyjątkowe i przysługujące jedynie firmie ULMAN, a nie także innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu (w praktyce są to czynniki typowe, powszechnie dostępne dla każdego profesjonalnego uczestnika rynku).

Odwołujący dodał, że spośród wykonawców, którzy ubiegają się o udzielenie zamówienia, większość stanowią mali przedsiębiorcy, których „koszty ogólne są niskie”, a ich siedziby znajdują się w budynkach prywatnych będących ich własnością, zaś cały park maszynowy mieści się na ich posesjach. Zatem wykonawcy ponoszą „znikome koszty utrzymania biura oraz zerowe koszty związane z przechowywaniem maszyn i urządzeń”. Ponadto, również pozostali

wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu „poza wyburzeniami zajmują się obrotem odpadami, mają więc własne kontenery i środki transportu, tak więc koszty wywozu gruzu i pozostałych odpadów są zmniejszane do minimum”. Należy również zauważyć, że „w związku z prowadzonymi pracami inni wykonawcy również wykazują „zapotrzebowanie na materiał poroziobkowy, który zostanie przekruszony i następnie wbudowany”. Podobnie jak wykonawca ULMAN także i większość przedsiębiorstw ubiegających się o zamówienie „posiada na własność cały sprzęt specjalistyczny służący do rozbiórek, w tym: koparki, samochody samowładowcze, dźwig samojedyny 50 t, nożyce hydrauliczne itp. a więc koszty pośrednie prowadzenia działalności są ograniczone do minimum”.

Odwolujący dodał, że zamawiający, wzywając wykonawcę ULMAN do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, nie ograniczył się wyłącznie do przytoczenia przepisu art. 90 ust. 1 p.z.p., ale wskazał przy tym konkretne obszary, których wyjaśnienia oczekiwał. Zamawiający bardzo dokładnie wskazał, jakiego rodzaju wyjaśnień oczekuje wraz z zaznaczeniem obowiązku wykazania, w jaki sposób okoliczności te będą miały wpływ na zaoferowaną cenę. Wreszcie, co również jest istotne, zamawiający wprost oczekiwał przedstawienia dowodów na potwierdzenie okoliczności wpływających na obniżenie ceny, na które wykonawca będzie się powoływał. Biorąc pod uwagę zakres wezwania zamawiającego z dnia 20.07.2020 r., należy podnieść, że wykonawca ULMAN nie odniósł się do wszystkich jego elementów, nie wykazał wysokości ponoszonych kosztów, nie podał wpływu wymienionych przez siebie czynników na wysokość ceny, a przede wszystkim nie przedstawił żadnych dowodów, których złożenia zamawiający wprost oczekiwał w treści ww. pisma.

W szczególności, zamawiający oczekiwał wskazania w kalkulacji kosztów pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienia, dlaczego koszty te skalkulowano w takim wymiarze. Wykonawca obowiązany był wykazać i udowodnić, że przyjęte koszty pracy nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej określonej we właściwych przepisach. Ponadto w kalkulacji należało uwzględnić koszty pracodawcy wynikające z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. W ocenie odwołującego wykonawca ULMAN nie wykazał powyższych okoliczności. Co istotne nie wykazał zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, mimo że zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał również przedstawienia dowodów na poparcie wskazanych okoliczności. Nie wiadomo, ile osób będzie wykonywać przedmiotowe zamówienie, jaka będzie wysokość ich wynagrodzenia oraz jakie koszty poniesie pracodawca. Wbrew informacji zawartej w wyjaśnieniach, do wyjaśnień nie załączono szczegółowej kalkulacji kosztów. Wszystkie pozostałe, wskazane w wyjaśnieniach okoliczności, mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie.

Co się zaś tyczy „szczegółnej okoliczności wpływającej na cenę”, za którą wykonawca ULMAN uznaje zmianę technologii prowadzenia prac rozbiórkowych z ręcznych na mechaniczne oraz zastosowanie różnego rodzaju maszyn pomocniczych przyspieszających tempo prac, to oczywiście dla odwołującego jest, że współczesne metody rozbiórki obiektów budowlanych opierają na zastosowaniu takich właśnie metod. Mechaniczny wyburzenia obiektów składających się na przedmiot zamówienia wynika wprost z dokumentacji projektowej załączonej do SIWZ. Wykonawca ULMAN nie ma zatem podstaw by twierdzić, iż przyjęta przez niego technologia wykonania rozbiórki wyróżnia go w szczególnie sposób na tle innych wykonawców, albowiem wszyscy wykorzystują ciężki sprzęt wyburzeniowy minimalizując udział prac ręcznych.

Odwolujący zaznaczył również, że wykonawca nie przedłożył jakichkolwiek dowodów potwierdzających rzetelność zaoferowanej ceny (w szczególności nie wykazał szczególnych okoliczności, które miały spowodować obniżenie ceny oferty). W miejsce dowodów, o których mowa w art. 90 ust. 3 p.z.p., wykonawca powołuje się głośnie na swoje zaplecze techniczne, doświadczenie i możliwości organizacyjne, kiedy ustawowe pojęcie „wykazania” jest tożsame z pojęciem „udowodnienia”, a nie „uprawdopodobnienia”. Oznacza to, iż wykonawca składający wyjaśnienia musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie. Ponadto, wyjaśnienia i dowody muszą mieć charakter obiektywny, bowiem wprost nakazuje to norma z art. 90 ust. 2 p.z.p., która ciężar dowodowy w tym zakresie przerzuca na wykonawcę, zaś wobec braku dowodów nie można ustalić, czy przedstawiony przez wykonawcę ULMAN sposób zbudowania zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia był rzetelny i wiarygodny. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania obszernie przywołał także orzecznictwo lzby dotyczące rażąco niskiej ceny.

Odwolujący podsumował, iż obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę, co uzasadnia ostatni zarzut odwołania. Właściwa ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ITOS oraz wykonawcę ULMAN powinna skutkować odrzuceniem ich ofert, bowiem wyjaśnienia te są ogólnikowe, niekompletne i nie odpowiadają wymaganiom wskazanym przez zamawiającego. Skoro zamawiający żądał złożenia dowodów wraz z wyjaśnieniami, to nie powinien premiować wykonawców, którzy takich dowodów nie dostarczyli. Takie preferencyjne traktowanie ww. wykonawców odbyło się bowiem z naruszeniem interesu pozostałych wykonawców, w tym odwołującego, co uzasadnia naruszenie przez zamawiającego zasad naczelnych p.z.p z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., poprzez pominięcie w dokonanej ocenie ofert faktu, że wykonawcy nie złożyli ani wiarygodnych wyjaśnień, ani dowodów.

Odwolanie w sprawie o sygn. akt: **KIO 296/21**:

W dniu 27 stycznia 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Dariusz Małek prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Małek Dariusz Ulman ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów (dalej zwany jako „odwołujący” lub „odwołujący Ulman”) W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

- 1.art. 91 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa, ustawa PZP, PZP) poprzez wybór oferty ITOS, która nie powinna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza, oraz poprzez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Wykonawcę ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty ITOS z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny lub jako oferty zawierającej rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
- 2.art. 90 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa, ustawa PZP, PZP) poprzez skierowanie przez Zamawiającego do wykonawcy ITOS ponownego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, mimo że co do zasady Zamawiający powinien jednokrotnie wezwać do wyjaśnień, a ponowne wezwanie jest możliwe jedynie wyjątkowo i w szczególne uzasadnionych przypadkach oraz może dotyczyć jedynie wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia - kilkukrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień prowadzi bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, a to przez sugerowanie wykonawcy, jaka winna być ostateczna treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 22 stycznia 2021 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, powtórzenia badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę ITOS, odrzucenia oferty złożonej przez ITOS i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł również o zasądzenie na jego rzecz od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów reprezentacji przez profesjonalnego pełnomocnika, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał jak niżej.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz jego zakres wraz z uwarunkowaniami techniczno-organizacyjnymi zawarto w załączniku nr 2 do SIWZ, gdzie co istotne w pkt 1.2. wskazano następujący zakres zamówienia: wykonanie prac zgodnie z projektem budowlanym opracowanym przez Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynierskie ARGO Artur Szombara z siedzibą w Bełku oraz z przedmiarami robót pn.: projekt rozbiórki obiektu nr 2 (2.b.2) - stacja przygotowania węgla surowego i projekt rozbiórki obiektu nr 6 (2.b.6) - budynek zbiornika wyrównawczego. Zakres robót obejmuje rozbiórkę obiektów budowlanych wraz z demontażem złomowym wyposażenia, instalacji i urządzeń wewnętrznych. Ponadto w § 4 projektu umowy (Załącznik nr 3 do SIWZ) określono istotne obowiązki wykonawcy w toku realizacji umowy. Natomiast w pkt 17.1 SIWZ wskazano, że zamawiający dokona oceny ofert w oparciu o kryterium cena oferty - znaczenie 100%, a zgodnie z pkt 15.1. i 15.2. SIWZ wykonawca winien zaofertować cenę kompletną, jednoznaczną, ostateczną dla całego zadania objętego zamówieniem; w cenie winien się mieścić całkowity koszt kompletnego wykonania zadania stanowiącego przedmiot zamówienia, w tym również wszystkie inne koszty towarzyszące wykonaniu zadania, zaś na podstawie pkt 15.5. SIWZ wartość robót należy określić na podstawie załączonego do SIWZ przedmiaru robót.

W zakresie uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 2 i 3 p.z.p. odwołujący wskazał, że po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, pismem z dnia 20 lipca 2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę ITOS do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący przywołał treść wyjaśnienia i zaznaczył, że należało podać rodzaje i wysokość kosztów realizacji poszczególnych elementów, które składają się na złożoną ofertę. Zamawiający podkreślił też, że wyjaśnienia mają zawierać element kalkulacyjny i wymagał, aby wykonawca podał koszty pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienie dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca ITOS przedłożył w dniu 21 lipca 2020 r. wyjaśnienia, które należy ocenić jako wyjątkowo lakoniczne i ogólnikowe, brak w nich bowiem odniesienia do wymagań określonych przez zamawiającego. Przede wszystkim nie zawierają one prawidłowej kalkulacji kosztów realizacji poszczególnych elementów. Mimo, że przedmiotem zamówienia jest rozbiórka dwóch obiektów budowlanych (stacja przygotowania węgla surowego oraz budynek zbiornika wyrównawczego) wykonawca nie podał kwot wykonania rozbiórki przypadających na dany obiekt, zawarł jedynie bardzo pobieżne przedstawienie kosztów w rozbiu na: koszt pracy 8 pracowników przez 70 dni - 188 160,00 zł, koszt pracy sprzętu sześciu maszyn (koszt paliwa i koszt eksploatacji sprzętu) - 259 200,00 zł, koszt usunięcia odpadów - 50 000,00 zł i koszty pośrednie - 30 000,00 zł, co stanowi łącznie kwotę 527 360,00 zł brutto i zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy są to „złożenia maksymalne wszelkich kosztów prac”. Wykonawca nie podał wprost kwoty stanowiącej zysk przedsiębiorcy, jednak całkowita kwota oferty wynosi 630 000,00 zł brutto tak więc można się domyślić że zysk został przyjęty na poziomie  $630\ 000,00 - 527\ 360,00 = 102\ 640,00$  zł brutto, co stanowi kwotę 83 447,15 zł zysku netto.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z zasadami kosztorysowania robót budowlanych koszty pośrednie (Kb) to wartość nakładów rzeczowych: wartość robocizny, wartość pracy sprzętu, wartość materiałów wraz z kosztami transportu zewnętrznego (R- robocizny, M - materiałów, S-sprzętu). Natomiast koszty pośrednie są to koszty utrzymania, funkcjonowania firmy niezwiązane bezpośrednio z realizacją danej inwestycji. Do kosztów pośrednich zalicza się wynagrodzenie pracowników nieprodukcyjnych, czyli takich którzy są niezbędni dla funkcjonowania firmy ale nie generują przychodów (np. pracownicy biurowi), do kosztów pośrednich zaliczane są również koszty utrzymania siedziby, koszty mediów, abonamenty telefoniczne, leasingi maszyn, koszty zarządu itp.

Mając na uwadze powyższe dla odwołującego jest oczywiste, że wykonawca ITOS nie uwzględnił jakichkolwiek materiałów potrzebnych do wykonania zadania, które są niezbędne do prawidłowego wykonania prac. Zgodnie z zapisami projektów rozbiórkowych oraz zgodnie ze szczegółowymi przedmiarami jakie udostępnił zamawiający, wolną przestrzeń po rozbiórce fundamentów należy zasypać materiałem zasypowym w ilości 1 837,50 m<sup>3</sup> w przypadku budynku przygotowania węgla surowego oraz 2500 m<sup>3</sup> dla zbiornika wyrównawczego. Zgodnie z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony środowiska gruz pochodzący z rozbiórki jest odpadem który należy na wstępie przetworzyć, aby można było go zastosować do zasypania wykopów. W celu przetworzenia gruzu w materiał budowlany dopuszczony do stosowania, niezbędne jest posiadanie decyzji zezwalającej na przetwarzanie odpadów, ponadto należy mieć na uwadze, że decyzje te wydawane są w odniesieniu do konkretnej działki przywołanej w decyzji. Reasumując wykonawca nie wykazał w swojej ofercie jakichkolwiek kosztów związanych z koniecznością przetworzenia odpadów lub kosztów związanych z zakupem i dostawą materiału niezbędnego do zasypania wykopów, a jednocześnie nie ma prawa zasypać wykopów gruzem bezpośrednio z rozbiórki. Koszt przetworzenia 4337 m<sup>3</sup> gruzu w cenie rynkowej stanowi koszt około 60 000,00 zł netto bez uwzględnienia kosztów transportu.

Wykonawca nie uwzględnił również zakupu i dostawy ziemi urodzajnej (humusu), którą należy rozplintować w miejscu wykonanych rozbiórek a następnie posiać trawę. Zgodnie z projektem rozbiórki oraz przedmiarem zamawiającego należy zakupić i dostarczyć 142 m<sup>3</sup> humusu którego rynkowa wartość wynosi około 8500,00 zł netto. Ponadto, zgodnie z projektem i przedmiarami zamawiającego, poza rozbiórką należy wykonać szereg prac budowlanych polegających na wykonaniu zabudowy nowej płyty wierzchniej kanału kablowego o powierzchni 40 m<sup>2</sup> oraz wykonaniu zamurowania czy zaślepienia przejścia powstałego po rozbiórce pomostu. Wykonawca nie uwzględnił zakupu i dostawy nowych płyt betonowych służących do przykrycia istniejącego kanału kablowego, oraz nie wykazał jakichkolwiek kosztów związanych z zabezpieczeniem kanału, mimo iż jest to wymagane zgodnie z zapisami projektu rozbiórki. Wykonawca nie zawarł w swojej ofercie także kosztów związanych z opracowaniem geodezyjnej mapy powykonawczej. Jak również nie podano w sposób właściwy kosztów pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, nie przedstawiono także uzasadnienia przyjętej ich wysokości.

W związku z powyższym zdaniem odwołującego wykonawca ITOS nie spełnił wymagań zamawiającego i nie przedstawił w swoich wyjaśnieniach szczegółowych wysokości kosztów poszczególnych elementów mających wpływ na wysokość ceny, tym samym jego oferta powinna ulec odrzuceniu. Pomimo tak poważnych braków w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny zamawiający ponownie wezwał wykonawcę do wniesienia wadium, a następnie (pismem z dnia

24 listopada 2020 r.) do uzupełnienia pierwotnych wyjaśnień. W odpowiedzi na drugie wezwanie zamawiającego wykonawca ITOS nie złożył uzupełnienia swoich pierwszych wyjaśnień, lecz w dniu 26 listopada 2020 r. przedłożył całkowicie nową kalkulację, której zapisy są sprzeczne z pierwotnymi wyjaśnieniami.

Odwołujący zauważył, że w pierwszych wyjaśnieniach wykonawca ITOS deklarował koszt roboczogodziny wynoszący 42,00 zł brutto, a po ponownym wezwaniu do wyjaśnień zmienił ten koszt na 23,00 zł. Następnie najpierw podano zysk 83 447,15 zł netto, zaś w ponownych wyjaśnieniach został on zmniejszony do 3%, co stanowić będzie kwotę nie większą niż 15 000,00 zł. Ponadto w nowych wyjaśnieniach wykonawca ITOS przedstawił szczegółowy kosztorys wykonania całego zakresu zgodnie z przedmiarami zamawiającego, jednak tym razem jego kalkulacja nie zawiera kosztów pracy kierownika budowy, kosztów związanych z mobilizacją i organizacją zaplecza budowy, kosztów mediów, kosztów szkoleń wstępnych pracowników, kosztów przewozów maszyn. W ocenie odwołującego powyższe dowodzi, iż wykonawca ITOS nie posiada własnej, prawidłowej i spójnej kalkulacji kosztów wykonania zadania, a jedynie usiłuje dostosować swoje wyjaśnienia na ponowne prośby zamawiającego.

Dalej odwołujący zaznaczył, że zamawiający już w piśmie z dnia 20 lipca 2020 r. poinformował, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 p.z.p. obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy oraz przypominał, iż na mocy art. 90 ust. 3 p.z.p. jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Równocześnie nie można tracić z pola widzenia, iż „obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty” (tak orzeczenie Izby sygn. akt KIO 681/17). Zamawiający miał obowiązek oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ITOS zgodnie z warunkami określonymi w wezwaniu, a z powodu braku wymaganych elementów powinien był uznać, że wykonawca ITOS nie złożył wyjaśnień, ewentualnie że wyjaśnienia ITOS nie spełniają wymagań zamawiającego, a oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust 1 p.z.p. odwołujący wskazał, że zamawiający dwukrotnie skierował do wykonawcy ITOS wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, wskazując braki w pierwotnym wyjaśnieniu oraz informując, że „w związku z faktem, iż złożone wyjaśnienia mają charakter ogólny zamawiający nie może uznać takich wyjaśnień jako wystarczających”, kiedy w orzecznictwie Izby wskazano, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006 r. (sygn. akt. V Ca 459/06), że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa - jeżeli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, czy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty (sygn. akt KIO 2239/20, KIO 2240/20). W orzecznictwie Izby przyjęto także, iż co do zasady zamawiający powinien jednokrotnie wezwać do wyjaśnień, a ponowne wezwanie jest możliwe jedynie wyjątkowo i w szczególne uzasadnionych przypadkach oraz może dotyczyć jedynie wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia - kilkukrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień prowadzi bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, a to przez sugerowanie wykonawcy, jaka winna być ostateczna treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny (por. wyrok KIO 2240/20 oraz cytowane w nim orzecznictwo).

Odwołujący zauważył również, iż Izba dopuszcza kilkukrotne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 p.z.p., jednak jak wskazano w wyroku z dnia 4 sierpnia 2020 r. (sygn. akt KIO 1461/20): 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. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień, czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę - na pierwsze wezwanie. Podobnie Izba wskazała w wyroku z dnia 29 czerwca 2020 r. (sygn. akt KIO 792/20): zamawiający mają prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 lub 1a p.z.p., ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 7 ust. 1 p.z.p., który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W zależności od konkretnych okoliczności faktycznych ponowne wezwanie może wynikać przede wszystkim z braku szczegółowego sformułowania pierwotnego wezwania, czego konsekwencją są również nie dość szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy, jak też może dotyczyć sytuacji, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które jedynie w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia.

W niniejszej sprawie pierwszej wezwaniu do złożenia wyjaśnień było szczegółowe, a zamawiający wskazał jakie okoliczności i w jaki sposób wykonawca winien wyjaśnić. Wykonawca ITOS nie sprostął tym wymogom, a zatem jego oferta powinna być odrzucona już po złożeniu wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20 lipca 2020 r., zamawiający jednak w sposób nieuprawniony ponowić wezwanie. Odwołujący dodał, że w najnowszym orzecznictwie Izby, zapadłym na gruncie spraw dotyczących zamawiającego wskazano, iż „za nieuprawnione należy uznać ponowne skierowanie do konsorcjum (...) wezwania do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny. (...) ponowne wezwanie nie może stanowić próby ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami. Wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć” (sygn. akt KIO 2717/20).

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołania w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie obu odwołań w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego stanowisku procesowym.

Skład orzekający wskazuje także, iż mając na uwadze, że odwołania zostały wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2021 r. do postępowania odwoławczego – zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) – znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), dalej zwanej „n.p.z.p.”.

Ponadto, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 n.p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym: wykonawcę ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o. w Sosnowcu przystępującego w sprawach sygn. akt: KIO 293/21 i KIO 296/21 po stronie odwołujących, wykonawcę Dariusza Małek prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Małek Dariusz Ulman w Mikołowie przystępującego w sprawie sygn. akt: KIO 293/21 po stronie zamawiającego i

wykonawcę Christos Stoicis prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Stoicis Christos Firma Handlowa „ITOS” Wyburzanie Obiektów Przemysłowych w Psarach przystępującego w sprawach sygn. akt: KIO 293/21 i KIO 296/21 po stronie zamawiającego (dalej zwanego „przystępujący Itos”).

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, stanowiskami przystępujących, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że połączone do wspólnego rozpoznania odwołania dotyczą materii określonej w art. 513 ust. 1 n.p.z.p. i podlegają rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ust. 1 n.p.z.p., a także, iż odwołujący wykazali, że posiadają legitymację materialną do wniesienia środków zaskarżenia, zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 n.p.z.p.

Izba stwierdziła dalej, że odwołanie w sprawie sygn. akt: KIO 293/21 częściowo podlega odrzuceniu, co znalazło odzwierciedlenie w pkt I ppkt 1 sentencji tenoru wyroku. Co istotne dla rozpoznawanego sporu oscylującego wokół badania i oceny ofert w zakresie zaoferowanych cen przez przystępującego Itos i odwołującego Ulman, Izba ustaliła, że wezwaniem z dnia 20 lipca 2020 r. zamawiający zażądał wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny od obu wykonawców. Następnie, w dniu 10 września 2020 r., dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę P.H.U „Complex” Lech Wietrzyk w Żorach co zaskarżył odwołujący Ulman. W wyniku uwzględnienia zarzutów zaniechania eliminacji oferty wybranego wykonawcy przez zamawiającego, Izba w dniu 7 października 2020 r. wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego sygn. akt: KIO 2323/20.

Dalej ustalono, że zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert, w ramach którego drugi raz wezwano przystępującego Itos do złożenia wyjaśnień sposobu obliczenia ceny (wezwanie z 24.11.2020 r. i wyjaśnienia z 26.11.2020 r. w aktach sprawy). Zgodnie z aktami postępowania odwoławczego zamawiający nie dokonywał jakichkolwiek nowych czynności w zakresie badania ceny ofertowej odwołującego Ulman, jedynym wyjaśnieniem odnośnie kalkulacji ceny są z dnia 20 lipca 2020 r., czyli sprzed pierwszego rozstrzygnięcia przetargu. Ponadto w dniu 22 lutego 2021 r. dokonano drugiego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu – oferty złożonej przez przystępującego Itos. Odwołujący nie zdecydował się na wniesienie odwołania dotyczącego weryfikacji ceny oferty wykonawcy Ulman po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, zaskarżono to w ramach drugiego wyboru.

Izba stwierdziła, że w ustalonym stanie rzeczy właściwy termin na wniesienie zarzutów w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Ulman z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 p.z.p., czyli zarzuty nr 5 i nr 6 z *petitum* odwołania sygn. akt: KIO 293/21), a także naruszenia zasad naczelnych p.z.p., poprzez pominięcie braku wiarygodnych wyjaśnień i braku dowodów w ramach procedury wyjaśniającej cenę wykonawcy Ulman (naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. w toku badania i oceny oferty tego wykonawcy, czyli częściowo zarzut nr 1 z *petitum* odwołania sygn. akt: KIO 293/21), oparte na okolicznościach faktycznych wskazanych w wyjaśnieniach wykonawcy Ulman z dnia 20 lipca 2020 r. – które zamawiający ocenił jako wystarczające i potwierdzające realny charakter ceny już podczas pierwszego rozstrzygnięcia przetargu – należało wnieść po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej. Zawity termin na wniesienie przedmiotowych zarzutów skutecznie upłynął dnia 15 września 2020 r., czyli po pięciu dniach od momentu przekazania wykonawcom w dniu 10 września 2020 r. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 515 ust. 1 pkt 2 n.p.z.p.). W szczególności, że od pierwszego wyboru zamawiający nie zmienił swojej decyzji w sprawie oceny wyjaśnień wykonawcy Ulman jako właściwych, nie dokonywano ponownej weryfikacji ceny, nie wzywano wykonawcy do złożenia kolejnych wyjaśnień, nie doszło więc do zaistnienia w postępowaniu żadnych nowych okoliczności, które pozwoliłyby uznać, że bieg terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie należy rozpocząć na nowo. Zarzuty w stosunku do tej oferty oparto wyłącznie na okolicznościach dotyczących wyjaśnień wykonawcy z dnia 20 lipca 2020 r. i nie podnoszono żadnych innych faktów, które miały miejsce po pierwszym rozstrzygnięciu przetargu. Innymi słowy, skoro zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny nie odrzucił oferty wykonawcy Ulman i uznał ją za właściwą umieszczając w rankingu ważnych i prawidłowych ofert już podczas pierwszego wyboru, a następnie nic z tą ofertą się nie działo w postępowaniu, to kolejny wybór nie cofa sytuacji w postępowaniu do możliwości ponownego skarżenia wszystkich czynności zamawiającego.

Odwołujący konsorcjum Developer również nie wskazał żadnej okoliczności, która pozwalałaby Izbie na podzielenie jego stanowiska o wniesieniu omawianych zarzutów w ustawowym terminie. Wskazanie na czynność drugiego wyboru oferty najkorzystniejszej jako czynności będącej podstawą postawienia zamawiającemu przedmiotowych zarzutów, jest wadliwe i stanowi próbę obejścia prawa, skoro wiedzę o czynnościach i zaniechaniach zamawiającego, z którymi odwołujący polemizuje powzięto już po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej i nie uległy one jakiegokolwiek zmianie.

Skład orzekający wskazuje również, że przetarg prowadzony jest w tzw. procedurze odwróconej, czyli z zastosowaniem art. 24aa ust. 1 p.z.p. Krótko przypomnieć należy, że procedura odwrócona różni się od procedury zasadniczej kolejnością i zakresem przeprowadzanych przez zamawiającego czynności w ramach etapu badania i oceny ofert. Stosując tryb z art. 24aa ust. 1 p.z.p., po dokonaniu formalnej weryfikacji poprawności złożonych ofert, zamawiający przechodzi do ich badania pod kątem wystąpienia przesłanek odrzucenia, a następnie ocenia oferty niepodlegające odrzuceniu przez pryzmat ustalonych kryteriów i wylania ofertę najwyższej ocenioną, najlepszą. Po tym etapie dokonuje się oceny podmiotowej, ale tylko wykonawcy najlepszego. Zamawiający, stosując procedurę odwróconą najpierw dokonuje oceny ofert – w tym co relewantne ustala ranking złożonych ofert spośród tych, które nie podlegają odrzuceniu dokonując weryfikacji i przyznając punkty w kryteriach oceny ofert – a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta uzyskuje najwięcej punktów nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (ocenia jego sytuację podmiotową weryfikując podmiotowe środki dowodowe złożone na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 i 2 p.z.p.).

Warto także zaznaczyć, że właśnie wobec zastosowania procedury odwróconej, orzecznictwo Izby i sądów powszechnych stanęło na stanowisku, że nie tylko wykonawcy drugiemu w rankingu należy przyznać interes w zaskarżeniu wyboru oferty najwyższej ocenionej. Skoro nie dokonuje się weryfikacji podmiotowej wszystkich przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w przetargu, to także wykonawca z pozycji piątej (jak oceniono ofertę odwołującego konsorcjum Developer w zawiadomieniu o wyborze z 10.09.2020 r.) posiada legitymację materialną do zaskarżenia wyboru, ponieważ weryfikacja podmiotowa może diametralnie ten ranking zmienić. Izba nie podzieliła zatem stanowiska odwołującego konsorcjum Developer o konieczności zaskarżenia wszystkich oferty sklasyfikowanych w rankingu wyżej,

niż odwołujący, ponieważ dotyczy to procedury klasycznej, a nie odwróconej i nie ma zastosowania w ustalonym stanie rzeczy. Ponadto, w ocenie składu orzekającego nie ma żadnego znaczenia dla badania właściwego terminu na postawienie zarzutów okoliczność, że w ponownym rozstrzygnięciu przetargu odwołujący z pozycji piątej rankingu został przesunięty na pozycję trzecią. O ile podejmując decyzję o skorzystaniu z prawa do wniesienia odwołania należy uwzględnić szanse na wygranie przetargu i upraszczając, to czy wniesienie środka zaskarżenia wykonawcy się kalkuluje, to jednak okoliczności te są wewnętrznymi kwestiami danego przedsiębiorcy, nie mającymi żadnego wpływu na uwarunkowania normatywne dotyczące prawa do wniesienia odwołania, a także ustawowe obostrzenia w tym zakresie.

Izba podzieliła także stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 17 marca 2016 r. sygn. akt: XXIII Ga 104/16, gdzie trafnie wskazano, że zasada koncentracji środków ochrony prawnej, którą statuuje ustawa Prawo zamówień publicznych, polega na konieczności zgłaszania, w ściśle określonym terminie, przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących działań lub zaniechań zamawiającego, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania. Dalej dodano, że „Aktualny jest pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 r. (V CA 2056/07), zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością – zatem również tak aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym. (...) Podkreślenia wymaga, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a tym bardziej postępowanie odwoławcze, stanowi fragment profesjonalnego obrotu gospodarczego. Uczestnictwo w nim, możliwość uzyskania zamówienia zależne jest od aktywności, przezorności i zapobiegliwości wykonawców, dokładania aktów należytej staranności w celu zabezpieczenia swoich praw w postępowaniu oraz możliwości uzyskania zamówienia. (...) W sprzeczności z zasadą koncentracji byłoby również przyzwolenie, aby istniejące uprzednio okoliczności, co do których wykonawca powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł co najmniej powziąć wiadomość, służyły za podstawę do wnoszenia odwołania na późniejszym etapie postępowania”.

Konkludując, ustawodawca nie ogranicza prawa do wniesienia odwołania wykonawcom, którzy w rankingu zajęli dalsze pozycje, kiedy zamawiający zastosował odwróconą procedurę oceny i badania ofert, a mając na uwadze treść art. 515 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 pkt 2 n.p.z.p. oraz zasadę koncentracji środków ochrony prawnej trudno uznać za uzasadnione i objąć ochroną prawną działanie odwołującego konsorcjum Developer. Przyjęcie do merytorycznego rozpoznania zarzutów, które dotyczyły okoliczności, o których odwołujący dowiedział się w ramach pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej – treść wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oraz wynik ich weryfikacji i oceny przez zamawiającego, o czym poinformowano wszystkich wykonawców w dniu 10 września 2020 r. i co nie uległo ponownej analizie, ani jakiegokolwiek zmianie – stanowiłoby naruszenie norm wskazujących na obowiązek wniesienia zarzutów w ustawowym terminie pięciu dni od daty powzięcia wiedzy o rzeczonych okolicznościach i byłoby nieuprawnionym przywróceniem zawitego terminu, któremu odwołujący uchybił. Stanowiłoby to także naruszenie zasady koncentracji środków ochrony prawnej stanowiąc przyzwolenie, aby istniejące uprzednio okoliczności nie były podstawą do wniesienia zarzutów w ustawowym terminie pięciu dni, a służyły za podstawę do wniesienia odwołania, kiedy wykonawca swobodnie uzna, że to jest mu na rękę. Zatem usankcjonowanie możliwości przywrócenia zawitego terminu na wniesienie odwołania jest niedopuszczalne na kanwie n.p.z.p., a także byłoby sprzeczne z zasadami naczelnymi zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 p.z.p.).

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniach, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołujących zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty przystępującego Itos i nieuprawnionego ponownego wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołania zasługują na uwzględnienie.

Jak wspomniano we wcześniejszej części uzasadnienia skład orzekający ustalił, że przystępujący Itos został dwukrotnie wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty. Na pierwsze wezwanie z dnia 20 lipca 2021 r., gdzie zamawiając żądał wyjaśnienia czynników mających wpływ na wysokość ceny, zgodnie z przesłankami art. 90 ust. 1 p.z.p., a także podania rodzajów i kosztów realizacji poszczególnych elementów oferty wraz z elementem kalkulacyjnym, w tym – co szczególnie akcentował zamawiający – w zakresie kosztów pracy, wykonawca przedłożył wyjaśnienia z dnia 21 lipca 2020 r. Izba ustaliła także, że złożone wyjaśnienia zamawiający uznał za posiadające charakter ogólny i niewystarczające, co wskazano w ponownym wezwaniu do złożenia wyjaśnień ceny (wezwanie do wyjaśnień z 24.11.2020 r.). Zamawiający zażądał również dodatkowych wyjaśnień w postaci szczegółowej kalkulacji dotyczącej wszystkich pozycji w przedmiarach, dla każdego z obiektów osobno, uwzględniając uwarunkowania zawarte w projekcie rozbiórki, SIWZ i wizji lokalnej. W odpowiedzi na to wezwanie przystępujący przedstawił drugie wyjaśnienia, do których załączono kosztorys (drugie wyjaśnienia kalkulacji ceny z 26.11.2020 r.).

Skład orzekający podzielił argumentację odwołujących, że w ustalonym stanie rzeczy ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień było nieuprawnione. Przystępujący Itos, wbrew treści pierwszego wezwania do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, nie zdecydował się na przedstawienie wyczerpującego materiału pozwalającego na uznanie jego ceny za realną ani dowodów, potwierdzających ekwiwalentny charakter zaoferowanej ceny. Jak trafnie zauważył zamawiający w ponownym wezwaniu do wyjaśnienia ceny, pierwsze wyjaśnienia przystępującego mają charakter zbyt ogólny, aby uznać je za wystarczające, a tym samym przystępujący nie wykazał w nich, że jego cena nie jest rażąco niska, co w ocenie Izby obowiązało zamawiającego do odrzucenia tej oferty.

Skład orzekający podzielił utrwalone w orzecznictwie stanowisko, że ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny nie jest co do zasady wykluczone. Tym niemniej możliwość żądania od wykonawcy doprecyzowania elementów kalkulacji lub udzielenia szerszych informacji w zakresie pierwotnie przekazanych wyjaśnień, jest uzasadniona jedynie w przypadku szczegółowego i rzetelnego udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień na pierwsze żądanie. Powtórzenie wezwania musi wynikać więc z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie pierwszych wyjaśnień, a ponawianie wezwania nie może następować w sytuacji, gdy wyjaśnienia są niekompletne, lakoniczne, czy nie zawierają odpowiedzi na wszystkie pytania zamawiającego. Kolejne wezwania nie mogą zatem stanowić *de facto* przywrócenia terminu do złożenia wyjaśnień, które należało złożyć już na pierwsze wezwanie. Takie działanie naruszałoby uregulowaną w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasadę generalną zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 2 grudnia 2020 r. (sygn. akt: II Ca 915/20) ponowne wezwanie powinno być wystosowane w sytuacji, gdy zakres wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie odpowiadał temu wezwaniu, a mimo to zrodziły one po stronie zamawiającego dalsze

wątpliwości, które wymagają dodatkowego wyjaśnienia, doszczegółowienia, ewentualnie udowodnienia. Nie budzi także zastrzeżeń dopuszczalność kontynuowania procedury wyjaśniającej w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie zamawiającego było zbyt ogólne i nieprecyzyjne, wykonawca nie powinien bowiem ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania. Zgodzić się trzeba również z tym, że kolejne wezwanie nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty, a także prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skład orzekający stanowisko to podziela i przyjmuje za własne.

Oceniając jako nierzetelne wyjaśnienia przystępującego Itos Izba uwzględniła także treść wyjaśnień pozostałych wykonawców, którzy wyjaśniali swoją cenę ofertową, ponieważ zamawiający wystosował wezwania o tożsamym brzmieniu do ośmiu wykonawców. W ocenie składu rozpoznającego spór wyjaśnienia przystępującego i odrzuconego wykonawcy P.H.U. „Complex” Lech Wietrzyk w Żorach wyróżniają się w sposób negatywny na tle innych wyjaśnień, co dodatkowo przekonuje o niedochowaniu przez tego wykonawcę staranności w ich złożeniu. Wyjaśnienia Itos odbiegają od standardu staranności – ciężko je nawet nazwać wyjaśnieniami, albowiem w istocie nic one nie wyjaśniały, poza okolicznością, jakie fragmenty prac i jakie elementy cenowe wykonawca wziął pod uwagę. Wyjaśnienia złożono blokowo, poprzez zgrupowanie kosztów w zbiory – bez faktycznego wskazania podstawy wyliczenia. W miejsce zatem precyzyjnego wyliczenia, przedstawiono zbiorowe oszacowanie kosztów przypominającego wstępny ogólny szacunek, a nie faktyczne, poparte danymi wyliczenie – co urąga standardowi staranności wymaganej w profesjonalnym obrocie. Już jednak samo wskazanie tych zbiorów kosztów pozwoliło na niewątpliwe ustalenie w zakresie tego, czy wyjaśnienia powinny skutkować uznaniem ceny za rażąco niską – nie ze względu na to, co się w nich znalazło, a ze względu na to, czego w nich nie ujęto.

Izba stwierdziła, że istotną wadą pierwszych wyjaśnień przystępującego Itos jest wprost potwierdzenie, że wykonawca nie wycenił w cenie wszystkich niezbędnych prac i materiałów, które zawarto w przedmiarach i projektach rozbiórki, zatem cena oferty nie zawiera wszystkich elementów wskazanych w dokumentacji przetargu, co powinno skutkować odrzuceniem oferty, a nie kolejnym wezwaniem, na które przedłożono całkowicie nową kalkulację, a o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia.

W pierwszych wyjaśnieniach przystępujący wskazał, że koszty realizacji prac wyceniono na 527 260,00 zł. Wykonawca zaznaczył także, iż na dokładną kalkulację ceny oferty składają się: koszty pracowników (188 160,00 zł), koszty pracy sprzętu (259 200,00 zł) i inne koszty wynoszące 80 000,00 zł (50 000,00 zł za oczyszczenie terenu z gruzu i pozostałości porozbiórkowych oraz 30 000,00 za koszty pośrednie firmy), czyli łącznie 527 260,00 zł brutto. Zawarte w wyjaśnieniach zestawienie kosztów implikuje stwierdzenie, że w cenie oferty nie uwzględniono wszystkich niezbędnych prac i materiałów wymaganych w dokumentacji przetargu. Skoro także jest to „dokładna kalkulacja ceny”, zawierająca koszty „całościowej realizacji”, jak wskazywał przystępujący, trudno byłoby uznać za uzasadnione, że istnieją jeszcze jakieś dodatkowe koszty, których nie wyszczególniono w wyjaśnieniach. Izba w całości podzieliła stanowisko odwołującego Ulman o wadzie kalkulacji przystępującego Itos w postaci braku zawarcia w cenie niezbędnych kosztów: materiałów zasypowych potrzebnych do wykonania zamówienia (w ilości 1837,50 m<sup>3</sup> dla budynku przygotowania węgla surowego i 2500,00 m<sup>3</sup> dla zbiornika wyrównawczego), zakupu i dostawy 142 m<sup>2</sup> humusu, wykonania zabudowy nowej płyty wierzchniej kanału kablowego o powierzchni 40 m<sup>2</sup> i zamurowania/zaślepienia przejścia po rozbiórcie pomostu, a także opracowania geodezyjnej mapy powykonawczej. W związku ze wskazanymi brakami, dotyczącymi elementów zamówienia zawartych w przedmiarach i projektach rozbiórki, weryfikacja wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny powinna skutkować uznaniem jej za rażąco niską, nieuwzględniającą wymagań przedmiotu zamówienia. W ustalonym stanie rzeczy, kiedy informacje podane w wyjaśnieniach jednoznacznie potwierdzają wadę oferty, żadne dodatkowe wyjaśnienia nie były konieczne. Nie było bowiem możliwym, aby wykonawca „doprecyzował” elementy pierwszej kalkulacji, w taki sposób, by wynikało z nich zawarcie wyżej wskazanych pominiętych elementów w cenie oferty. Zamawiający także w odpowiedzi na wezwanie nie odniósł się do przedmiotowych kosztów w korelacji z pierwszymi wyjaśnieniami, a wskazano na treść drugich wyjaśnień, z tej prostej przyczyny, że nie ma w pierwszych wyjaśnieniach takiego elementu, w którym koszty ww. materiałów zostały wycenione. Natomiast jeżeli przystępujący zawarł koszty materiałów w pozycji z nazwą, która bezpośrednio się do nich nie odnosi, np. w koszcie oczyszczenia terenu z gruzu, to należało to wskazać w pierwszych wyjaśnieniach, ewentualnie w drugich wyjaśnieniach bądź ostatecznie na rozprawie, czego ani zamawiający, ani przystępujący nie zrobili.

Kolejnym powodem, dla którego oferta przystępującego Itos powinna zostać przez zamawiającego odrzucona jest treść drugich wyjaśnień, złożonych na ponowne wezwanie do złożenia kalkulacji ceny. Weryfikacja kolejnych wyjaśnień przez Izbę spowodowała uznanie za uzasadnione stanowiska odwołujących, że drugie wyjaśnienia ceny są sprzeczne z pierwotnymi wyjaśnieniami, ponieważ przystępujący zmienił wysokość istotnych czynników cenotwórczych. Nie są to zmiany błahе, czy o niskiej wartości, przystępujący podał nowy poziom stawki za roboczogodzinę – w pierwszych wyjaśnieniach wskazano 42,00 zł brutto, zaś w drugich wyjaśnieniach w kosztorysie policzono 23,00 zł netto (28,29 zł brutto). Zmieniono poziom zysku z 102 640,00 zł brutto (ok. 16%) na 3% netto (ok. 15 000,00 zł), a także zwiększono wysokość kosztów pośrednich z 30 000,00 zł brutto (ok. 13%) na 40%. W nowych wyjaśnieniach przystępujący Itos przedstawił więc szczegółowy kosztorys wykonania całego zakresu zgodnie z przedmiarami zamawiającego, odmienny od pierwszych wyjaśnień, zatem trudno uznać, że było to jedynie uszczegółowienie, czy doprecyzowanie pierwszej kalkulacji ceny.

Złożenie nowej kalkulacji podważyło także wiarygodność pierwszych wyjaśnień, ponieważ posiadając dwie sprzeczne kalkulacje zamawiający nie był w stanie ustalić, które ceny są prawdziwe i które przyjęto do obliczenia ceny, zamawiający nie posiadał więc materiału do zweryfikowania jej wysokości. Jeżeli zaś przystępujący uznał za stosowne zmienić istotne składniki ceny z pierwszych wyjaśnień, to w drugich wyjaśnieniach należało wskazać szczegółowe uzasadnienie tej zmiany, żeby zamawiający dowiedział się jak zbadać i ocenić ofertę wykonawcy, tj. aby mógł ustalić czy, i ewentualnie w jaki sposób, pierwsza kalkulacja jest powiązana z drugim kosztorysem, jaka wysokość elementów ceny została faktycznie zawarta w ofercie i dalej, by mógł ocenić czy zmiana cen z kalkulacji jest dopuszczalna i obiektywnie uzasadniona oraz zweryfikować czy nie doszło do manipulacji cenami. Innymi słowy, przystępujący, chcąc zachować minimalny stopień staranności wymagany od podmiotu zawodowo trudniącego się działalnością na rynku, składając nową wycenę, powinien wyjaśnić zamawiającemu sprzeczność pomiędzy złożonymi kalkulacjami, żeby zamawiający powziął wiedzę, która cena jest właściwa i dlaczego kalkulacja została przez przedsiębiorcę zmieniona, by ocenić czy można dopuścić taką zmianę. Wyjaśnienia ceny są co do zasady czynnością jednokrotną, drugie wyjaśnienia mogą jedynie pierwotne kalkulacje doprecyzować i uzupełnić, a nie je w sposób istotny zmienić.

Jeżeli wykonawca nie zdecyduje się na przedstawienie racjonalnej i przekonującej argumentacji, dzięki której zamawiający będzie mógł dowiedzieć się co było powodem tak diametralnej zmiany, a w postępowaniu zostały złożone

dwie sprzeczne kalkulacje, jednostka zamawiająca nie ma żadnej podstawy do prawidłowego zweryfikowania poziomu zaferowanej ceny. W sprawie nie mamy do czynienia z niewielkimi odstępstwami, czy drobnymi rozbieżnościami, a ze złożeniem drugich wyjaśnień, których treść podważa pierwszą kalkulację. Trudno więc uznać, że przystępujący dysponuje spójną wyceną kosztów zadania, które kalkulował wyceniając cenę oferty, skoro po terminie na jej złożenie przedstawia różne kalkulacje. Ponadto, akceptowanie sprzecznych wycen, które przekazano zamawiającemu bez uzasadnienia dokonanej zmiany stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców i zasadą zachowania uczciwej konkurencji, ponieważ bezpodstawnie premiuje przystępującego, który zaniechał przedstawienia uzasadnienia zmiany wyceny, albo nie dołożył właściwych starań w złożeniu pierwszej kalkulacji.

Izba wskazuje również, że wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny winny być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i w jaki sposób przekładają się one na poziom kosztów, czy jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Natomiast w rozpoznawanym stanie rzeczy zamawiający nie dysponował nawet jednoznaczną informacją w jakiej wysokości koszty zawarto w cenie, ani wiarygodnymi danymi jak okoliczności właściwe przystępującemu ItoS (własny sprzęt, brak obciążeń kredytowych, leasingowych oraz wykonanie prac siłami własnymi bez udziału podwykonawców) przekładają się na koszty, czyli czy powodują ceny wskazane w pierwszych wyjaśnieniach, czy jednak nie jest to ta wysokość, a zupełnie odmienna kwota, podana w kolejnej kalkulacji.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że postępowanie wyjaśniające cenę przystępującego ItoS zostało przeprowadzone przez zamawiającego z naruszeniem art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., a także zaniechano odrzucenia oferty przystępującego na podstawie z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 p.z.p., kiedy złożone wyjaśnienia i szczegółowy kosztorys potwierdzają, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie wykazał jej rzetelnego obliczenia. Izba podzieliła także stanowiska odwołujących o nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty przystępującego ItoS naruszającym art. 7 ust. 1 p.z.p.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła oba odwołania, gdyż wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. na nieprawidłowy wybór oferty przystępującego ItoS jako oferty najkorzystniejszej.

W konsekwencji powyższego orzeczono jak w sentencji.

Na marginesie należy zaznaczyć, że po wydaniu postanowienia sygn. akt: KIO 2323/20 zamawiający nie był zobowiązany do ponownego badania i oceny wszystkich ofert, ponieważ odwołanie w tej sprawie dotyczyło wyłącznie oferty wykonawcy P.H.U „Complex” Lech Wietrzyk w Żorach. Nie można tracić z pola widzenia, że żądanie i przytoczone na jego uzasadnienie fakty dotyczą wyłącznie tej oferty, a nie jakichkolwiek czynności, czy innych ofert. O ile zamawiający po unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej, w ramach ponownego badania i oceny ofert, jest uprawniony do dokonywania czynności w przetargu zgodnie z własną decyzją, to jednak budzi wątpliwość podnoszenie argumentów, że ponowne wezwanie do przedstawienia kalkulacji ceny przystępującego ItoS było spowodowane odwołaniem w sprawie KIO 2323/20, ponieważ odwołanie to w żaden sposób nie jest związane z ofertą tego wykonawcy.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 n.p.z.p. obciążając strony kosztami, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego.

W sprawie o sygn. akt: KIO 293/21 na koszty postępowania w wysokości 13 600,00 zł złożył się uiszczony przez odwołującego wpis (10 000,00 zł) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, na podstawie złożonej faktury VAT, w kwocie zmniejszonej do limitu wynikającego z § 5 ust. 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), w wysokości 3600,00 zł. Wobec wyniku postępowania Izba obciążyła zamawiającego w części 1/2 kosztów (6 800,00 zł), jak również w tej samej wysokości obciążono kosztami odwołującego z powodu konieczności poniesienia przez stronę kosztów w części, w której Izba odrzuciła odwołanie.

Natomiast w sprawie sygn. akt: KIO 296/21 na koszty postępowania odwoławczego w wysokości 13 600,00 zł złożył się uiszczony przez odwołującego wpis (10 000,00 zł) i koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zasądzone na podstawie przedłożonej faktury (3 600,00 zł), gdzie wobec przegranej zamawiającego obciążono stronę całością kosztów.

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie: .....

.....