Sygn. akt KIO 488/22

WYROK

z dnia 14 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 9 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego 22 lutego 2022 r.

przez wykonawcę: G. C. KANZEON Wrocławski Catering, Wrocław [„Odwołujący”]

w postępowaniu pn. Usługi restauracyjne na rzecz uczniów Szkoły Podstawowej nr 77 im. T. Różewicza we Wrocławiu w 2022 roku

prowadzonym przez zamawiającego: Szkoła Podstawowa nr 77 im. T. Różewicza we Wrocławiu [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: H. J. S., Wrocław [„Przystępujący] - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego oraz uwzględnienie tej oferty przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11682 zł 00 gr

(słownie: jedenaście tysięcy sześćset osiemdziesiąt dwa złote zero groszy) - odpowiadającą kosztom poniesionym przez Odwołującego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia

pełnomocnika i kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

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

Szkoła Podstawowa nr 77 im. T. Różewicza we Wrocławiu {dalej: „Zamawiający”}

prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne pn. Usługi

restauracyjne na rzecz uczniów Szkoły Podstawowej nr 77 im. T. Różewicza we Wrocławiu w 2022 roku.

Ogłoszenie o tym zamówieniu 28 stycznia 2022 r. zostało zamieszczone w Biuletynie

Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00039673/01

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

17 lutego 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania - wyborze jako najkorzystniejsze oferty złożonej przez H. J. S. z Wrocławia {dalej: „H." lub „Przystępujący"}, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez G. C. KANZEON Wrocławski Catering z Wrocławia {dalej również: „Kanzeon"}.

22 lutego 2022 r. Kanzeon {dalej również: „Odwołujący"} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 - polegające na zastosowaniu tych przepisów i odrzuceniu oferty Kanzeonu w sytuacji, gdy nie było ku temu podstaw, gdyż złożone przezeń wyjaśnienia uzasadniały podaną w ofercie cenę.

2. Art. 239 ust. 1 i 2 - polegające na wyborze oferty H., pomimo że nie była najkorzystniejsza spośród złożonych ofert, które nie powinny podlegać odrzuceniu, gdyż oferta Kanzeonu z najniższą ceną powinna być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Kanzeonu.

2. Unieważnienia wyboru oferty H.. Ponownego badania i oceny ofert złożonych w przetargu oraz jego rozstrzygnięcia zgodnie z postanowieniami SWZ i przepisami ustawy pzp.

3. Wyboru oferty Kanzeonu jako najkorzystniejszej.

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

{okoliczności faktyczne}

Aktualnie prowadzone przez Zamawiającego postępowanie jest trzecim z kolei o udzielenie tego samego zamówienia. Jednym z warunków udziału określonych przez Zamawiającego jest dysponowanie sprzętem kuchennym i wyposażeniem szczegółowo wskazanym w pkt 6.2.4.2 SWZ.

Kanzeon złożył ofertę w drugim postępowaniu (ogłoszenie nr 2021/BZP 00306637/01), do której załączył wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, których wymagał Zamawiający zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ poprzedniego postępowania. Z wykazu tego wynikało, że Kanzeon dysponuje na własność sprzętem kuchennym i wyposażeniem wymaganym przez Zamawiającego.

Poprzednie postępowanie zostało unieważnione przez Zamawiającego 22 grudnia 2021 r., przy czym z treści ogłoszenia wynikało, że druga oferta została złożona przez H., która jest dotychczasowym wykonawcą usług objętych przedmiotem zamówienia.

W SWZ dotyczącej niniejszego postępowania Zamawiający nie zażądał, aby do oferty załączyć wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych wymaganych przez Zamawiającego. Zgodnie z pkt 8.3. ppkt 2 lit. b) SWZ wykaz ten miał być przedstawiony dopiero przez wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona. Na potrzeby złożenia oferty wystarczające było złożenie oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, które miało tymczasowo zastępować wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe (pkt 8.2. SWZ).

Kanzeon złożył ofertę w aktualnie prowadzonym postępowaniu, załączając oświadczenia zgodnie ze wzorem w SWZ.

Cena oferty Kanzeonu jest o 10,35% niższa od ceny oferty H., a sumarycznie

(po przemnożeniu przez szacowaną liczbę dni i posiłków) wynagrodzenie, jakie otrzymywałby Kanzeon, byłoby tylko o 20% niższe od kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Pismem z 7 lutego 2022 r. Zamawiający poinformował, że cena oferty Kanzeonu wydaje się rażąco niska oraz budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, wobec czego zażądał wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny i jej części składowych. Zamawiający ograniczył się do powielenia zapisów art. 224 ust. 3 pzp, w tym wskazując, że interesują go zwłaszcza m.in. „metody budowy" czy też „oryginalność robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę". W szczególności Zamawiający nie zadał jakichkolwiek pytań odnośnie konkretnych czynników wpływających na cenę oferty Kanzeonu.

W odpowiedzi z dnia 9 lutego 2022 r. Kanzeon udzielił wyczerpujących wyjaśnień odnośnie wyceny przygotowania i wydawania posiłków, w szczególności wskazując, że:

1) stale zatrudnia 2 konserwatorów na umowie o pracę, których może skierować

do wykonywania ewentualnych napraw (a zatem usuwanie napraw odbywałoby się bez

dodatkowych kosztów robocizny);

2) przewiduje miesięcznie 350 zł jako koszt zakupu materiałów niezbędnych do przeprowadzenia napraw czy też uzupełnienia wyposażenia;

3) dysponuje nowoczesną i energooszczędną bazą maszynową, dzięki której znacznie

obniża koszty pracy, dodatkowo wskazując, że maszyny zostały zakupione

(sfinansowane z kredytów i pożyczek);

4) posiada grono sprawdzonych dostawców produktów i półproduktów, którzy dostarczają

je bezpośrednio do bloków żywieniowych, dzięki czemu nie ponosi kosztów

ich transportu.

Do pisma załączono uproszczony budżet miesięczny, wskazujący strukturę kosztów, które będą ponoszone co miesiąc w celu wykonania przedmiotu zamówienia. Wskazano również wysokość planowanego zysku miesięcznego, jaki Kanzeon miał osiągnąć podczas realizacji umowy.

Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Kanzeonu Zamawiający wskazał art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. z art. 224 ust. 6 pzp. Zamawiający stwierdził, że oferta Kanzeonu zawierała rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Zamawiającego złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, gdyż nie wykazano w nich kosztu zapewnienia sprzętu/wyposażenia koniecznego do realizacji przedmiotowego zadania (np. zakupu, transportu, instalacji, naprawy etc.).

{okoliczności prawne}

(...) Przyjmuje się bowiem, że treść wystosowanego wezwania determinuje zakres i kształt odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę. W sytuacji zatem, gdy tylko to jest możliwe, wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych powinno mieć formę konkretnych zagadnień (pytań), które budzą wątpliwości zmawiającego i które następnie będą podlegały wyjaśnieniu przez wykonawcę. Pytania lub też zagadnienia określone przez zamawiającego, które zostają przedstawione wykonawcy, powinny wskazywać elementy oferty, które podczas jej badania wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Tego rodzaju konstrukcja treści wyjaśnień wystosowanych przez zamawiającego do wykonawcy ma służyć temu, aby wykonawca posiadał wiedzę, które elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. Zamawiający nie powinien oczekiwać od wykonawcy, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty zamawiający zakwestionował (które budzą jego wątpliwości), albo spodziewać się, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty {komentarz do art. 224 pzp [w:] Gawrońska-Baran Andrzela i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, dostępny w SIP LEX}.

W uzasadnieniu wyroku z 26 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 758/20 Izba stwierdziła, 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 rozpatrywane 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.

Choć ww. wyrok został wydany jeszcze na gruncie poprzedniej ustawy pzp prawo zamówień publicznych, tezy jego uzasadnienia zachowują w pełni swoją aktualność.

{zarzuty odwołania}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania, dodatkowo podnosząc, co następuje.

Według Odwołującego przy powyżej wskazanej niewielkiej różnicy w stosunku do ceny oferty drugiego wykonawcy i ubruttowionej wartości oszacowania Zamawiającego nie sposób twierdzić, że cena jego oferty jest nierealistyczna, niewiarygodna i mogła sprawiać wrażenie rażąco niskiej.

Zdaniem Odwołującego skoro miał zadeklarować, czy posiada sprzęt i wyposażenie

na własność (a zatem, czy poniesie w związku z tym dodatkowe koszty) dopiero w przypadku uznania jego oferty za najwyżej ocenioną, jeżeli Zamawiający powziął w tym zakresie wątpliwości już po otwarciu ofert, powinien je wyartykułować w żądaniu wyjaśnienia ceny.

Z kolei wobec braku jakichkolwiek wskazówek co do informacji, jakich oczekuje Zamawiający - w tym, że oczekuje wyszczególnienia kosztów zapewnienia sprzętu i wyposażenia, tj. jego zakupu, transportu, instalacji i naprawy - nie sposób było oczekiwać od Odwołującego, aby ten odnosił się do wszelkich możliwych czynników, które potencjalnie mogłyby wpływać na cenę.

Tym bardziej nie sposób wymagać od Odwołującego, aby odnosił się do tych kosztów, które według jego wiedzy i doświadczenia miały nie występować przy realizacji zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że ponieważ jest właścicielem całego sprzętu i wyposażenia,

nie musi go kupować czy brać w leasing, stąd nie mógł wykazać w miesięcznej strukturze kosztów raty kredytu czy raty leasingowej.

Niezależnie od powyższego według Odwołującego Zamawiający powinien wręcz założyć, że takich kosztów Kanzeon nie będzie ponosić, skoro już przy okazji poprzedniego postępowania złożył wykaz sprzętu i wyposażenia posiadanego na własność.

Odwołujący podsumował, że Zamawiający:

- całkowicie zignorował zarówno złożone wyjaśnienia, jak i informacje na temat sprzętu i wyposażenia, które pozyskał przy okazji poprzedniego postępowania;

- bez próby wyjaśnienia nieporuszanych w żądaniu kwestii, arbitralnie założył, że Odwołujący nie posiada niezbędnego sprzętu ani wyposażenia, a kosztów jego pozyskania nie uwzględnił w przedstawionych wyjaśnieniach.

Odwołujący stwierdził, że nie odniósł się w wyjaśnieniach do kosztu transport sprzętu i wyposażenia, gdyż jest to jednorazowa czynnością w ramach przygotowania się do wykonywania usługi przygotowania i wydawania posiłków, której wyceny bezpośrednio dotyczyło wezwanie.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zaznaczył, że jak wskazała w wyjaśnieniach, posiada on własną flotę oraz pracowników, w tym konserwatorów. Stąd jednorazowy koszt transportu sprzętu i wyposażenia do kuchni Zamawiającego był na tyle niski, że nie przekładałby się w widoczny sposób na miesięczną strukturę kosztów wykonywania zamówienia.

Odwołujący zauważył, że nieprawdziwe jest stwierdzenie przez Zamawiającego, jakoby nie odniósł się do kosztów instalacji i naprawy sprzętu i wyposażenia, gdyż wyjaśnił, że zatrudnia na stałe dwóch konserwatorów, z czego wynika logiczny wniosek, że nie ponosiłby w trakcie wykonywania umowy dodatkowych kosztów robocizny związanych z instalacją lub naprawą sprzętu. Z kolei na poczet materiałów niezbędnych do przeprowadzenia napraw lub uzupełnienie wyposażenia (np. zastawy) przewidział miesięcznie 350 zł.

W złożonej na posiedzeniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc następujące okoliczności i argumentację.

Zamawiający podniósł, że to na wykonawcy, do którego zostało skierowane wezwanie do wyjaśnienia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, spoczywa ciężar wykazania powyższego zamawiającemu. Wykonawca również ma najlepszą wiedzę, w jaki sposób kalkulował cenę oferty, z jakich metod korzystał oraz jakie zastosował szczególne czynniki, które wpłynęły na wycenę i powinien dochować należytej staranności przy formułowaniu swoich wyjaśnień.

Zdaniem Zamawiającego profesjonalista, jakim niewątpliwie jest Odwołujący, który ubiega się i uzyskuje zamówienia publiczne wedle procedur przewidzianych w ustawie pzp, ma świadomość, że kierowane do niego wezwanie oznacza konieczność wyjaśnienia w jak najszerszy sposób podstaw wyceny i kalkulacji ceny ofertowej i wykazania, że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia.

Natomiast nie było możliwe odniesienie się przez Zamawiającego w treści wezwania do wszystkich części składowych ceny, ze względu na to, że wycena nie była dokonywana na podstawie arkusza kalkulacyjnego, w którym należałoby wskazać poszczególne elementy ceny. Z kolei dokumenty zamówienia wskazywały na konieczność zapewnienia sprzętu do realizacji zadania.

Według Zamawiającego ponieważ złożone wyjaśnienia mają charakter kalkulacyjny i szczegółowy, Odwołujący miał świadomość i wiedzę o jakie elementy ceny zapytuje Zamawiający, w tym że niezbędne jest zapewnienie przez wykonawcę sprzętu do realizacji tego zamówienia.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania, że zaoferowana przez niego cena jest realna, rynkowa i gwarantuje wykonanie zadania w należyty sposób, zapewniając jednocześnie zysk w realnej wysokości.

Zamawiający wyraził przypuszczenie, że zapewnienie sprzętu niezbędnego do realizacji tego zamówienia może stanowić znaczącą pozycję w kosztach, zwłaszcza że według złożonych sprzęt, którym dysponuje Odwołujący jest finansowany z pożyczek i leasingu. Zamawiający podkreślił, że w wyjaśnieniach nie ma jednoznacznego stwierdzenia, że wymagany na potrzeby tego zamówienia sprzęt został już zakupiony. Nawet jeśli Odwołujący dysponuje takim sprzętem może on wymagać serwisu lub wymiany. Zatrudnienie konserwatorów nie oznacza, że koszty serwisowania czy wymiany sprzętu nie będą występowały.

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. 528 pzp

i nie zgłoszono 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 Strony podtrzymały dotychczasowe stanowisko i argumentację, a Przystępujący poparł Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy, 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. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła poniższe okoliczności jako istotne dla rozpoznawanej sprawy.

W piśmie z 7 lutego 2022 r. Zamawiający nie sprecyzował ani dlaczego cena oferty złożonej przez Kanzeon wydała mu się rażąco niska, ani dlaczego wzbudziła jego wątpliwości co do możliwości wykonania zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikających z odrębnych przepisów, choć poza wszelkim sporem jest, że nieznacznie odbiegała ona od średniej arytmetycznej cen dwu złożonych w tym postępowaniu ofert i nie odbiegała znacząco od ubruttowionej wartości szacunkowej dla tego zamówienia. Zamawiający ograniczył się do przytoczenia w całości brzmienia art. 224 ust. 1 pzp. Zamawiający nie skonkretyzował również żadnych oczekiwań co do zakresu i szczegółowości wyjaśnień, ograniczając się do przytoczenia brzmienia art. 224 ust. 3 pzp, nawet w zakresie tych elementów, które dotyczą wyłącznie robót budowlanych. W końcowej części pisma Zamawiający przytoczył brzmienie art. 224 ust. 5 pzp

W odpowiedzi z 9 lutego 2022 r. Kanzeon nie ograniczył się do powołania się na swoje wieloletnie doświadczenie w branży gastronomicznej, zastosowanie nowoczesnego sprzętu, dysponowaniu dwoma niezależnymi kuchniami, korzystnymi warunkami zakupu produktów i półproduktów dzięki dużej skali działalności [w drugiej część pisma rozpoczynającej się od stwierdzenia: Dodatkowo na sposób wyliczenia ceny podanej w ofercie ma wpływ:].

W pierwszej części wyjaśnień przedstawiona została kalkulacja, począwszy od przedstawienia założeń co do okresu wykonywania usługi i jej skali, przez wyszczególnienie w jedenastu punktach poszczególnych elementów kosztowych [1) czynszu za wynajem pomieszczeń, 2) opłat za media, 3) podatku od nieruchomości, 4) kosztu utylizacji resztek i zużytego oleju, 5) kosztu czyszczenia odstojników tłuszczu, 6) kosztu przeglądu dwóch dźwigów towarowych, 7) kosztu pomiarów elektrycznych tych dźwigów, 8) kosztu deratyzacji, 9) kosztów zatrudnienia personelu kuchennego, 10) kosztów zakupu środków czystości i środków ochrony osobistej, 11) kosztów napraw, serwisu i konserwacji sprzętu i wyposażenia] oraz przedstawienie sposobu wyliczenia wysokości tych kosztów, aż do wskazania zysku stanowiącego różnicę pomiędzy wyliczonymi koszami a założonymi przychodami.

Ponieważ Zamawiający w ramach uzasadnienia faktycznego ograniczył się do stwierdzenia, że brak jest wykazania kosztu zapewnienia (np. zakup, transport, instalacja, naprawy etc.) sprzętu/wyposażenia koniecznego do realizacji przedmiotowego zadania, należy uznać, że w pozostałym zakresie przedstawiona w ramach wyjaśnień kalkulacja została przez niego uznana za rzetelną, wiarygodną oraz niewymagającą przedstawienia dodatkowych dowodów.

Z kolei biorąc pod uwagę, że ponieważ prowadzone postępowanie zostało bezpośrednio po unieważnieniu poprzedniego na ten sam przedmiot zamówienia, Zamawiający miał z urzędu wiedzę o tym, że Kanzeon dysponuje własnym sprzętem i wyposażeniem niezbędnym do wykonywania tej usługi, co wynika również opisowej części wyjaśnień, a pośrednio także z faktu nieujęcia takiej pozycji w ramach szczegółowej kalkulacji. Dodatkowo niesporna okazała się na rozprawie okoliczność, że z uwagi na wymaganie uruchomienia wydawania posiłków nie później niż trzeciego dnia od podpisania umowy, de facto w postępowaniu mogli wziąć udział wykonawcy, którzy faktycznie już dysponują wymaganym sprzętem i wyposażeniem, co dodatkowo pośrednio potwierdza nikła i sprowadzająca się do tych samych co w poprzednio prowadzonym postępowaniu wykonawców.

Zamawiający przeoczył uwzględnienie w kalkulacji kosztu napraw sprzętu i wyposażenia, gdyż w rzeczywistości taka pozycja została ujęta w kalkulacji.

Wreszcie do zamknięcia rozprawy Zamawiający nie był w stanie choćby w przybliżeniu podać kosztów transportu i instalacji sprzętu i wyposażenia, a zatem bezpodstawnie przyjął, że będzie on przekraczać wysokość zysku podanego przez Kanzeon, który wprost zastrzegł w wyjaśnieniach, że zysku wyjaśnieniach zysku, co do którego Kanzeon wprost zastrzegł, że w razie potrzeby zostanie przeznaczony na zakup usług lub materiałów, które będą dodatkowo konieczne dla wykonania tego zamówienia.

Natomiast w toku rozprawy, na pytanie o liczbę osób objętych żywieniem wskazaną w dokumencie dot. określenia wartości szacunkowej, Zamawiający potwierdził, że odpowiednio 350 w pierwszym semestrze i 450 w drugim semestrze osób to maksymalna liczba, która może wystąpić.

Tymczasem zawarta w wyjaśnieniach kalkulacja ceny oparta jest na przyjęciu ostrożnego założenia, czyli minimalnie możliwej liczby 143 osób. Oczywiste jest, że im więcej osób będzie faktycznie żywionych, tym większe będą przychody Odwołującego, nawet jeżeli niektóre koszty wzrosną, a w konsekwencji założony przez niego zysk będzie wyższy.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.

Zamawiający nie miał podstaw, aby odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 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 ewentualnie powziął w związku z treścią pierwotnych wyjaśnień.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

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

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym art. 224 ust. 4 pzp stanowi, że w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 537 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.

Ponieważ ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp"} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania poprzednio obowiązujących przepisów.

Zgodnie z normą prawną wynikającą z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (hipoteza), oferta ta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną (dyspozycja). Obecnie obowiązująca regulacja wprost odzwierciedla interpretację poprzednio obowiązującego art. 90 ust. 3 popzp, który literalnie stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oczywiste było bowiem, że za takie „potwierdzenie", które rzadko wprost wynika ze złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, należy również poczytać sytuację, w której nie potwierdzają one, że cena oferty nie jest rażąco niska. De lege lata niewykazanie przez wezwanego do wyjaśnień wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska mieści się w zakresie hipotezy normy prawnej dotyczącej oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którą zamawiający w takiej sytuacji, zgodnie z dyspozycją tej normy, obowiązany jest odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp).

Należy rozważyć, co oznacza termin „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 {dalej: „UZP"} 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 toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez takiego wykonawcę nie powinny być brane pod uwagę. Przy czym nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 pzp (90 ust. 1 popzp) obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp), konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13]. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Dla tej sprawy najistotniejsze znaczenie ma jednak rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w kontekście granic kognicji Izby, a więc relacji przepisów art. 534 ust. 1 i art. 537 pzp oraz art. 192 ust. 7 pzp.

Według art. 534 ust. 1 pzp (art. 190 ust. 1 zd. 1 popzp) strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przy czym art. 535 pzp (art. 190 ust. 1 zd. 2 popzp) dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 537 pzp (art. 190 ust. 1a popzp) 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 przepisem art. 534 ust. 1 pzp, a także z uwzględnieniem normy wynikającej z art. 555 pzp (art. 192 ust. 7 popzp).

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 popzp) 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. 535 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. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzony w art. 537 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. 226 ust. 1 pkt 8 pzp lub art. 224 ust. 6 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 i potwierdzono w ramach poczynionych ustaleń - 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 kluczowe znaczenie ma kolejny aspekt wspomnianej już powyżej regulacji art. 555 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 przedstawia 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. 555 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. 253 ust. 1 pkt 2 pzp. Przepis ten nakazuje bowiem zamawiającemu niezwłoczne poinformowanie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, czyli powodów odrzucenia oferty. Stąd w tej sprawie Izba nie wzięła pod uwagę okoliczności, na które Zamawiający powołał się dopiero na rozprawie, gdyż wykraczały one poza ramy uzasadnienia faktycznego przekazanego uprzednio Odwołującemu. Tym bardziej nie mogły zostać wzięte pod uwagę krytyczna ocena wyjaśnień zaprezentowana przez Przystępującego w toku rozprawy.

Izba zważyła, że Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień, jeżeli zrodziły u niego pewne wątpliwości, nie próbował ich wyjaśnić, pomimo że mógł i powinien w takiej sytuacji to uczynić, gdyż w powyżej ustalonych okolicznościach przepisy ustawy pzp (w tym art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp lub art. 224 ust. 6 pzp rozpatrywanych w kontekście wyrażonych w art. 16 pkt 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. 224 ust. 6 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 może i 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 odosobnione w orzecznictwie 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 jakieś nowe szczegółowe 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 Odwołującego na podstawie dotychczas złożonych wyjaśnień, których zakres odpowiadał wystosowanemu wezwaniu. Działanie takie należy uznać również za nieodpowiadające zasadzie proporcjonalności wyrażonej w art. 16 pkt 3 pzp w sytuacji, gdy nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający uzyskał wyjaśnienie swoich wątpliwości, zamiast przedwcześnie i arbitralnie podejmować decyzję eliminującą definitywnie Odwołującego z postępowania.

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.

Izba stwierdziła, że ponieważ naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 4 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia - wobec czego - działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie, orzeczono - w pkt 2. sentencji - stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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. poz. 2437) - obciążając nimi Zamawiającego.