

WYROK

z dnia 12 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie 7 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego 28 sierpnia 2022 r.

przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usługowe SOS BARWIT - B. J., Warszawa

[„Odwołujący”]

w postępowaniu pn. Usługa kompleksowego sprzątnia pomieszczeń w budynkach Prokuratury Okręgowej w Warszawie i podległych jej prokuratur rejonowych, wraz ze sprzątniem terenów zewnętrznych i pielęgnacją zieleni (nr 3041-7.261.1.2022)

prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Prokuratura Okręgowa w Warszawie [„Zamawiający”]

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w obu częściach zamówienia unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego oraz uwzględnienie tej oferty przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu, w tym kontynuowanie badania, czy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia w odniesieniu do sprecyzowanych w uzasadnieniu odrzucenia oraz w toku postępowania odwoławczego wątpliwości powziętych w związku z treścią wyjaśnień z 15 czerwca 2022 r.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18600 zł 00 gr

(słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) - odpowiadającą

kosztom poniesionym przez Odwołującego z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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

Prokuratura Generalna z siedzibą w Warszawie {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 „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. Usługa kompleksowego sprzątania pomieszczeń w budynkach Prokuratury Okręgowej w Warszawie i podległych jej prokuratur rejonowych, wraz ze sprzątaniem terenów zewnętrznych i pielęgnacją zieleni (nr 3041-7.261.1.2022).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 2 maja 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S_085 pod poz. 230265.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

22 sierpnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania w obu częściach tego zamówienia - wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez: w części nr 1 - BM Complex z Warszawy, w części nr 2 - F.U. M.A.D. Service M. D., z Jamielnika Kolonii, a także o odrzuceniu w każdej z tych części oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowe SOS BARWIT - B. J. z Warszawy [brzmienie firmy przedsiębiorcy za CEIDG] {dalej również: „Barwit”}.

28 sierpnia 2022 r. Barwit {dalej również: „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych, a także innych czynności i zaniechań Zamawiającego objętych poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 - przez nieuprawnione odrzucenie oferty Barwitu, pomimo złożonych przez niego wyjaśnień dotyczących ceny.
2. Art. 253 ust. 1 - przez zaniechanie przedstawienia pełnego, szczegółowego i konkretnego uzasadnienia faktycznego powyższej czynności.
3. Art. 224 - przez niejasną treść wezwania do złożenia wyjaśnień jako niezawierającego sprecyzowania ich zakresu.
4. Art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 - przez zaniechanie wezwania Barwitu do doprecyzowania lub złożenia dodatkowych wyjaśnień w ramach kontynuowania procedury wyjaśnienia ceny tej oferty.
5. Art. 239 w zw. z art. 16 pkt 1 - przez wadliwy wybór ofert najkorzystniejszych w postępowaniu zamiast wyboru oferty Barwitu jako najkorzystniejszej w obu częściach zamówienia.
6. Art. 16 - przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nieprzejrzysty i nieproporcjonalny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości (ewentualnie w części nr I)

i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Barwitu.
3. Ponownego badania i oceny złożonych ofert.
4. Kontynuowania procedury wyjaśnień ceny oferty Barwitu (ewentualnie).

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, które wynikają z uzasadnienia odwołania.

{okoliczności faktyczne}

Zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia podał art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw.

z art. 224 ust. 6 ustawy pzp.

Brzmienie uzasadnienia faktycznego [cytat za odwołaniem po wyodrębnieniu stosownych fragmentów i uporządkowaniu ich kolejności na zgodną z pierwotną]:

W związku z tym, że:

a) cena oferty w części 1 jest niższa od ceny zastosowanej przez Wykonawcę w postępowaniu o 11,47% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (tj. od kwoty 2 146 817,03 zł) oraz o 14,93% ustalonej na podstawie średniej arytmetycznej (tj. od kwoty: 2 234 002,45).

b) cena oferty w części 2 jest niższa o 37,9% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (tj. od kwoty 530 789,42 zł) oraz o 29,75% ustalonej na podstawie średniej arytmetycznej (tj. od kwoty: 469 251,28);

c) cena jest niższa (w części 2) i zbliżona (w części 1) od ceny za tożsamy zakres zamówienia realizowany na podstawie umowy z dnia 28.09.2020 r., pomimo występującego po podpisaniu tej umowy znaczącego wzrostu inflacji oraz wzrostu płacy minimalnej, a także tego, że Wykonawca już dwukrotnie o waloryzację wynagrodzenia z ww. umowy;

(...)

W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca w dniu 15.06.2022 r. złożył wyjaśnienia, które nie zostały uznane przez Zamawiającego za uzasadniające realność zastosowanej wyceny z następujących powodów:

1. Wykonawca przedstawił kalkulację wyceny w ujęciu miesięcznym składającą się z następujących elementów:

a) koszty zatrudnienia pracowników (koszty w przeliczeniu na 1 etat); b) koszty środków chemicznych (koszty w przeliczeniu na 1 m²); c) koszty środków higienicznych (koszty w przeliczeniu na 1 osobę); d) koszty mycia stolarki okiennej (koszty w przeliczeniu na 1 m²); e) koszty impregnacji marmuru (koszty w przeliczeniu na m²); f) koszty prania firan, obrusów (koszty w przeliczeniu na 1 miesiąc).

Wykonawca nie wskazał przy tym sposobu wyceny poszczególnych elementów świadczenia tj. sposobu wyceny kosztów jednostkowych, które są niezbędne do oceny realności zastosowanej wyceny, w szczególności, nie wskazał sposobu wykonania kalkulacji ceny podając w pozycji b) c) i f) zapis „kalkulacja własna wykonawcy”.

(...)

[fragment urwany w odwołaniu]

...żadnym dowodem (np. zanonimizowana umowa o pracę lub zanonimizowane listy płac):

(...)

[fragment urwany w odwołaniu]

b) koszty zakupu środków chemicznych (koszty w przeliczeniu na 1 m²) nie zostały poparte żadnym dowodem (dodatkowo Zamawiający nie uzyskał informacji jaką ilość środków planuje Wykonawca do zużycia i jakie koszty zakupu ponosi wykonawca co uniemożliwia ocenę realności kosztów zakupu tych środków);

c) koszty zakupu środków higienicznych (koszty w przeliczeniu na 1 osobę) nie zostały poparte żadnym dowodem (dodatkowo Zamawiający nie uzyskał informacji jaką ilość środków planuje Wykonawca do zakupu, jakie koszty zakupu ponosi Wykonawca co uniemożliwia ocenę realności kosztów zakupu tych środków);

d) koszty mycia stolarki okiennej (koszty w przeliczeniu na 1 m²) nie zostały poparte żadnym dowodem (dodatkowo Zamawiający nie uzyskał także szczegółowej informacji jaki jest rozkład kosztów robocizny, chemii, sprzętu oraz jaki jest zysk firmy, które wg Wykonawcy są wliczone do ceny jednostkowej wg kalkulacji własnej Wykonawcy);

e) koszty zakupu środków do impregnacji marmuru (koszty w przeliczeniu na m²) nie zostały

poparte żadnym dowodem (dodatkowo Zamawiający nie uzyskał informacji jaką ilość środków planuje Wykonawca do zużycia, jakie koszty zakupu ponosi Wykonawca co uniemożliwia ocenę realności kosztów zakupu tych środków);

f) koszty prania firan, obrusów (koszty w przeliczeniu na 1 miesiąc) nie zostały poparte żadnym dowodem (dodatkowo Zamawiający nie uzyskał informacji czy czynności wykonuje samodzielnie Wykonawca i jakie koszty w związku z tym ponosi, czy też zleca je podmiotom zewnętrznym i w tym zakresie uzyskuje np. rabaty).

W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Wykonawca w ogóle nie wskazał sposobu ujęcia w cenie następujących kosztów wynikających z opisu przedmiotu zamówienia: .kosztów dojazdu koordynatora do jednostek prokuratur, b) ubezpieczenia OC, c) kosztów sprzątania piwnic i terenu zewnętrznego, co uniemożliwia przyjęcie założenia, że zostały objęte kalkulacją Wykonawcy.

Ponadto w ramach uzasadnienia odwołania podniesiono następujące okoliczności.

Po pierwsze, że pandemia wpłynęła na życie większości Polaków, a wprowadzane w ramach walki z nią restrykcje uderzyły w ekonomiczne podstawy tysięcy podmiotów gospodarczych, w tym firm sprzątających. Wielu klientów przestało lub znacznie ograniczyło korzystanie z nich. Głównym powodem były wprowadzone przez rząd restrykcje i ograniczenia. Zamknięte biura, sklepy meblowe, galerie handlowe czy niedziałające oddziały przedsiębiorstw, których pracownicy zaczęli działać w trybie zdalnym, sprawiły, że niepotrzebne stało się regularne sprzątanie tysięcy lokali, klubów, restauracji czy biznesowych wnętrz. W związku z tym Barwit składając swoją ofertę, musiał liczyć się z konkurentami i zaproponować atrakcyjną cenę.

Po drugie, że Barwit:

- od 1993 r. zapewnia profesjonalne usługi zarządzania czystością zarówno w instytucjach państwowych, jak i prywatnych, specjalizując się w profesjonalnym sprzątaniu powierzchni biurowych, socjalnych, ciągów komunikacyjnych, hal magazynowych oraz produkcyjnych, a także terenów zewnętrznych, z konserwacją zieleni włącznie;
- posiada wykwalifikowany personel sprzątający, systematycznie szkolony pod względem BHP i ochrony p.poż, oraz kadrę kierowniczą kontrolującą profesjonalne wykonanie usług;
- pracuje zgodnie z wymogami określonymi w normie ISO 9001:2015, wykorzystując najnowsze technologie i profesjonalny sprzęt, co w zestawieniu z przeszkolonym i w pełni nadzorowanym personelem jest gwarancją wykonania usług na najwyższym poziomie;
- wykorzystuje środki bezpieczne i ekologiczne, posiadające atesty PZH, posiada certyfikat Gwarant Czystości i Higieny nadawany przez TÜV Rheinland Polska.

Po trzecie (jako okoliczność notoryjną), że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Poszczególni przedsiębiorcy wyceniają ten sam przedmiot zamówienia adekwatnie do swojej historii na rynku, wiarygodności finansowej, relacji handlowych, potencjału technicznego i zawodowego oraz know-how, czego konsekwencją są różnice cen pomiędzy złożonymi ofertami.

Po czwarte, że skoro według art. 224 ustawy pzp zamawiający ma zwrócić się o udzielenie wyjaśnień w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, Zamawiający podzielił kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia na dwie części a oferta złożona przez Barwit

w części I była niższa od tej ostatniej kwoty o 11,47% - Zamawiający nie miał podstaw do domagania się tu wyjaśnień, a tym bardziej nie miał podstaw do odrzucenia oferty.

Po piąte, że w części II cena oferty Barwitu była niższa o 37,9% od kwoty Zamawiającego, jednak została przedstawiona w tym zakresie kalkulacja potwierdzająca prawidłowość takiego określenia ceny.

Po szóste, że złożone wyjaśnienia nie zawierają błędów ani błędów obliczeniowych, ani związanych z podstawami wyceny zgodnie z dokumentacją zamówienia, w sposób szczegółowy i konkretny wskazują, że cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również dlaczego cena została określona na takim, a nie innym poziomie. W sposób opisowy wskazano, które elementy zamówienia zostały uwzględnione w wycenie. Pomimo ryczałtowego charakteru

wynagrodzenia, złożono szczegółową kalkulację poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia.

Po siódme, Zamawiający nie określił ani w SWZ, ani w wezwaniu konieczności przedstawienia sposobu ujęcia w cenie takich kategorii kosztów jako wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, jak: dojazd koordynatora do jednostek prokuratur, ubezpieczenie OC czy sprzątnięcie piwnic i terenu zewnętrznego.

{okoliczności prawne}

[ponieważ podniesione okoliczności prawne w znakomitej większości polegają na zacytowaniu, choć nie zawsze ze wskazaniem ich źródła, wypowiedzi doktryny i orzecznictwa lub opisanu ich treści, poniżej całość została zrelacjonowana w formie cytatu

za odwołaniem, z tym że dokonano uporządkowania kolejności poruszanych zagadnień

prawnych - wychodząc od rozumienia terminu „rażąco niska cena”, przez znaczenie sposobu sformułowania wezwania, oceny treści wyjaśnień przez pryzmat treści wezwania, mocy dowodowej samych wyjaśnień, aż do kwestii ponowienia wezwania do wyjaśnień]

„Wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia ceny rażąco niskiej w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że konieczne jest porównanie ceny ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, do cen rynkowych, jak również do średniej cen ofert. Punktami odniesienia w określeniu rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: 1) wartość przedmiotu zamówienia; 2) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu z wyjątkiem tych, których cena obliczona jest błędnie lub które złożono po terminie, oraz 3) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych, jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego” (Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz).

„Podkreślić trzeba, że rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś - wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione” (Gawrońska-Baran Andrzeja i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz).

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2022 r. KIO 207/22 czytamy, iż okolicznością notoryjną, a więc nie wymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na każdą cenę ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Tak jak zestawienie różnych cen nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową - ponieważ różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskują różne ceny ofertowe w zakresie oferowanej usługi. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej i zawsze na rynku konkurencyjnym znajdują się podmioty, które oferują wykonanie danej usługi w znacznie wyższej cenie niż ich konkurent.

Przepisy Prawa zamówień publicznych nie określają minimalnej treści wezwania do wyjaśnień dokonywanego przez zamawiającego na podstawie ust. 1 komentowanego przepisu. Zasadne jest (choć brak zakazu), aby takie wezwanie nie miało charakteru blankietowego, powielającego w zasadzie przepisy Prawa zamówień publicznych, bez wskazania szczegółowych kwestii będących w obszarze zainteresowań zamawiającego. 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 zamawiającego 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 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.

W wyroku KIO z 30.01.2020 r., KIO 82/20, LEX nr 2911982, Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego opierającej się na tym, że w ramach prowadzonego postępowania miał do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym i nie składał na etapie oceny ofert kosztorysu ofertowego, a zatem w tym zakresie zasadne było wystosowanie wezwania w sposób ogólny w zakresie zaoferowanej ceny, ponieważ zamawiający nie znał wartości poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Izba wskazała, że w takim przypadku zamawiający mógł zobowiązać wykonawcę do przedstawienia kalkulacji ze szczególnym wyodrębnieniem kluczowych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zwrócono uwagę, że w rozpoznawanej sprawie przedmiotem zamówienia były roboty budowlane, z czym wiązało się posiadanie przez zamawiającego tzw. „kosztorysu inwestorskiego”, który pokazuje poziom i strukturę kosztów. Tym samym, zdaniem Izby, zamawiający był w stanie wyodrębnić najbardziej znaczące pod względem ceny grupy kosztów i w przypadku, gdyby był zainteresowany ich poziomem w ofercie odwołującego się, mógł to wyrażnie wskazać w treści wezwania. Skoro pytanie zamawiającego nie odnosiło się do konkretnych elementów oferty wykonawcy - tych elementów, które mogą budzić wątpliwości zamawiającego - i było ono w swej treści ogólnym zapytaniem, to w konsekwencji niewskazane było stawianie wykonawcy zarzutu, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są ogólnikowe i nie zostały poparte żadnymi dowodami. Zamawiający nie mógł zatem wyciągać wobec takiego wykonawcy negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty.

Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien przede wszystkim odnieść się do tych elementów oferty, które budzą wątpliwości zamawiającego, wskazane w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienia powinny być adekwatne do okoliczności faktycznych i tych ekonomiczno-organizacyjnych aspektów funkcjonowania przedsiębiorstwa wykonawcy, które na cenę podaną w ofercie wywarły wpływ. Powinny to być takie aspekty, dzięki którym wykonawca zyskuje przewagę rynkową umożliwiającą mu oferowanie świadczeń w podanej w ofercie cenie.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26.01.2015 r., KIO 2735/14 „Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 pzp (obecnie art. 224 ust. 1 pzp) należy każdorazowo oceniać w kontekście treści wezwania. W praktyce często się zdarza, że zamawiający wzywa wykonawcę, stosując formułę zawartą w treści przepisu art. 90 ust. 1 pzp (obecnie art. 224 ust. 1 pzp), pozostawiając w ten sposób wykonawcy swobodę co do zakresu składanych wyjaśnień. W takim przypadku zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z powodu zakresu złożonych wyjaśnień, tj. np. z powodu braku uszczegółowienia pewnych konkretnych kwestii, co do których zamawiający nie postawił szczegółowych pytań bądź wymagań w treści wezwania skierowanego do tego wykonawcy. Inaczej należy oceniać wyjaśnienia w przypadku, gdy zamawiający postawił konkretne wymagania w treści wezwania do złożenia wyjaśnień, dotyczące aspektów sposobu wyceny oferty lub jej konkretnych elementów. Z takim właśnie przypadkiem mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia muszą wówczas stanowić odpowiedź na konkretnie postawione przez zamawiającego pytania. Należy mieć na uwadze również to, że celem wyjaśnień jest zawsze rozwianie wątpliwości zamawiającego powstałych wobec ceny zaoferowanej przez danego wykonawcę, w kontekście ceny rażąco niskiej, zatem to zamawiający jest uprawniony do sformułowania w wezwaniu zakresu i treści żądanych wyjaśnień. Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp (obecnie art. 224 ust. 1 pzp), to zamawiający jest uprawniony do sformułowania treści wezwania, a wykonawca jest zobowiązany stosownie wyjaśnienia przedstawić. Jeśli czynność wezwania narusza przepisy ustawy pzp, wykonawca ma prawo tę czynność zakwestionować, wnosząc odwołanie do Prezesa KIO”.

Zamawiający, zwracając się do wykonawcy o wyjaśnienie wysokości ceny oferty, poza wyjaśnieniami może żądać także dowodów (zwraca się o udzielenie „wyjaśnień, w tym złożenie dowodów”). Z braku definicji dowodu należy przyjąć, że będzie to każdy dokument, opinia, oświadczenie strony (te rodzaje dowodów są przykładowo w art. 538 pzp i nie sposób odmówić wykonawcy posługiwania się nimi także w relacjach z zamawiającym). Wykonawca, odpowiadając na wezwanie, musi natomiast przedstawić przede wszystkim wyjaśnienia.

Wobec powyższego nasuwa się pytanie, czy odnośnie do okoliczności składających się na wyjaśnienia wykonawca powinien zawsze dołączać dowody. Wydaje się uzasadnione przyjęcie, że tak nie musi być. Na potwierdzenie takiego wniosku można przykładowo przywołać stanowisko zawarte w wyroku KIO z 10.08.2018 r., KIO 1453/18, LEX nr 2567877 Izba nie podzieliła w nim argumentacji odwołującego w zakresie każdorazowego obowiązku przedkładania dowodów na okoliczność kosztów pracy, w szczególności oczekiwania załączania do wyjaśnień umów o pracę. Jej zdaniem nie sposób z góry przesądzić, czy w okolicznościach konkretnej sprawy konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami

stosownych dowodów, czy też wystarczające było tylko wskazanie i powołanie określonych informacji. W ocenie Izby, jeżeli zamawiający nie sprecyzuje wezwania, wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać jedynie takie dowody, które jego zdaniem uzasadniają przyjętą cenę przedmiotu zamówienia. Jeżeli złożone wyjaśnienia rozwieją wątpliwości zamawiającego, a szczegółowa kalkulacja przedstawia realne stawki rynkowe kosztów pracy czy też wynagrodzenia, wykonawca nie ma obowiązku przedłożenia konkretnych umów o pracę. Gdyby wykonawca prezentował wartości zaniżone lub z pogranicza minimalnego wynagrodzenia dla poszczególnych osób z personelu, wtedy faktycznie zasadne byłoby potwierdzenie w postaci załączenia stosownych umów. Natomiast w sytuacji, gdy prezentowane stawki są rynkowe, nie sposób wymagać, aby podmiot łączył każdorazowo do wyjaśnień owe umowy.

Nie ulega wątpliwości, że każdy z wykonawców kalkuluje poszczególne składniki ceny, w tym przypadku co do absencji pracowników, bazując na własnych założeniach, zdobytym doświadczeniu oraz uwzględniając indywidualne możliwości organizacyjne. Subiektywne założenia nie mogą zatem stanowić jedynego wyznacznika oceny czy wyliczona przez Konkurenta cena wykazuje cechy rażąco niskiej. Nie ulega wątpliwości, że w przypadku kosztów pracy dowodzenie będzie w większości polegało na przedstawieniu szczegółowej i rzetelnej kalkulacji. Z uwagi na brak definicji „dowodu”, oświadczenia własne wykonawcy mogą być uznane za wypełniające normę z art. 224 ust. 1 pzp w zakresie konieczności „udowodnienia”, jeśli wraz ze złożonymi wyjaśnieniami uwiarygadniają zaoferowaną cenę (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2021 r. KIO 3201/21).

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2021 r., KIO 2301/21, wyjaśnienia mogą być dowodem jeśli tylko są sporządzone w odpowiednim stopniu szczegółowości.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20.01.2015 r., KIO 2824/14; KIO 12/15 (...) wykonawca w treści wyjaśnień wskazał Zamawiającemu okoliczności wpływające na sprzyjające warunki i możliwości wykonania zamówienia, dostępne dla wykonawcy w sposób indywidualny. Wykonawca złożył także przekonujące, w ocenie Izby, wyjaśnienia i wyliczenia, które ujął w kosztorysie załączonym do wyjaśnień. Zamawiający skupił swoją uwagę jedynie na wybranych pozycjach tego kosztorysu, których analiza doprowadziła, zdaniem Izby, Zamawiającego do błędnych wniosków. Zamawiający winien był skonfrontować swoje wątpliwości, które powziął na podstawie analizy kosztorysu, z szeregiem innych okoliczności, do których należy odwołać się przy ocenie, czy cena jest ceną rażąco niską - w tym do wskazanych powyżej okoliczności związanych z funkcjonującymi i akceptowanymi przez Zamawiającego cenami rynkowymi; okoliczności, iż to cenę całej oferty, a nie wybrane dwie pozycje należy analizować w kontekście rażąco niskiej ceny; faktu, iż wykonawcy nie mają obowiązku kalkulacji każdego elementu wyceny oferty na poziomie rentowności, a pewne koszty danej pozycji mogą zostać ujęte w innych pozycjach, zwłaszcza gdy dane zadanie może być zadaniem złożonym z szeregu prac i czynności. Należy także podkreślić, iż wprowadzony ustawą obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień przy zaistnieniu określonych w art. 90 ust. 1 pzp (obecnie art. 224 ust. 1, 2 pzp - przyp. Autora) faktów, nie oznacza automatycznie, że cena takiej oferty musi być uznana za cenę rażąco niską. Zamawiający nadal ma obowiązek dokonania szczegółowej i rzetelnej oceny złożonych wyjaśnień i dowodów, a kwestie rażąco niskiej ceny nie powinien odnosić jedynie do określonej proporcji w różnicy ceny tej oferty z wartością szacunkową zamówienia, ale analizować ją z uwzględnieniem szeregu innych znanych okoliczności”.

(...) Jeśli istniały dalsze wątpliwości, chociażby w zakresie przedstawienia konkretnej kalkulacji, Zamawiający miał możliwość wystąpić o taką kalkulację (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23.12.2014 r., KIO 2615/14).

{subsumpcja}

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

Po pierwsze, że Zamawiający - jako profesjonalny podmiot prowadzący postępowanie - winien kierowane wezwania formułować w sposób precyzyjny.

Po drugie, że Zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, że przyjęte przez Barwit na potrzeby kalkulacji koszty materiałów i prac są zaniżone, nierynkowe bądź nieracjonalne, zaś fakt obniżenia ceny w porównaniu do 2020 r. świadczy o konkurencyjności Barwitu.

Po trzecie, że ponieważ złożone wyjaśnienia mają charakter konkretny, weryfikowalny i zawierają obliczenia - stanowią wykazanie, że cena ofertowa nie ma znamion rażąco niskiej. Wykonawca wskazał okoliczności, które uzasadniają obniżenie ceny, równocześnie

podał cenę za jedną godzinę pracy sprzętu (wraz z czasem, w jakim sprzęt będzie używany). Nie miała zatem w tym przypadku sytuacja bagatelizowania wezwania, złożenia wyjaśnień lakonicznych czy zdawkowych. Stanowią one wystarczające i adekwatne do treści wezwania wykazanie, że cena została skalkulowana w sposób rynkowy i pełny, a zatem obalają domniemanie rażąco niskiej ceny oferty.

Po czwarte, że w szczególności ceny w części I zamówienia nie można uznać za rażąco niską, gdyż:

- nie odbiega w znaczny sposób od ceny oferty wybranej przez Zamawiającego;
- uwzględnia wszystkie koszty związane z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu niezbędnych czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty wynikających z opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy;
- nie jest symboliczna ani poniżej kosztów, co zostało uzasadnione w szczegółowych wyjaśnieniach.

Po piąte, że sankcja odrzucenia oferty Barwitu jest tym bardziej nieadekwatna w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał, aby na obecnym etapie stwierdzić można było z całym przekonaniem, że ceny określone dla obu części są rażąco niskie.

Po szóste, że przepisy ustawy pzp, uwzględniając cel procedury wyjaśniającej cenę oferty, nie stoją na przeszkodzie, aby Zamawiający uzupełniając skierował dodatkowe wezwanie co do wątpliwości, jakie ewentualnie powstały u niego w związku z przedłożonymi wyjaśnieniami ceny. Dokonanie ponownego wezwania byłoby w przedmiotowej sprawie zasadne wobec staranności, jaką wykazał Barwit przy składaniu pierwotnych wyjaśnień.

W odpowiedzi na odwołanie z 6 września 2022 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, wskazując na szereg okoliczności faktycznych, wysnute z nich wnioski oraz podnosząc argumentację prawną.

{okoliczności uzasadniające wezwanie}

Fakty [wskazane wprost]:

Wartość szacunkowa (po doliczeniu kwoty VAT), oferty z najniższymi cenami (jedyne kryterium oceny ofert), średnia arytmetyczna cen złożonych ofert i zależności stwierdzone przez Zamawiającego:

- część I zamówienia (2.146.817,03 zł): 1) 1.900.648,80 zł (Barwit), 2) 1.993.680,00 zł (BM Complex - oferta wybrana) - różnica o 93 tys. zł, różnica pomiędzy ceną oferty wybranej a ceną oferty 3) wynosi 69.184,00 zł, znacznie mniejsze różnice cenowe pomiędzy ofertami 3)-7), 2.234.002,45 zł (średnia arytmetyczna) - cena oferty Barwitu niższa o 11,47% od kwoty Zamawiającego i o 14,93% od średniej arytmetycznej;
- część II zamówienia (530.789,42 zł): 1) 329.630,40 zł (Barwit), 2) 413.280,00 zł (F.U. M.A.D. Service M. D.) - różnica o 83 tys. zł, 469.251,28 (średnia arytmetyczna) - cena oferty Barwitu niższa o 37,9% od kwoty Zamawiającego i o 29,75% od średniej arytmetycznej.

Wnioski Zamawiającego [cytaty z odpowiedzi na odwołanie]:

Nawet uwzględniając różnicę między drugą a trzecią najwyżej ocenioną ofertą (...) należy zauważyć, że dysproporcja między tymi ofertami jest zdecydowanie mniejsza aniżeli analiza porównawcza ofert z drugiego miejsca względem tej ocenionej najwyższej. Co jednak kluczowe, zróżnicowanie cen ofertowych na dalszych miejscach w kwalifikacjach nie ma decydującego znaczenia dla oceny poprawności ofert złożonych przez pozostałych bowiem w ocenie Zamawiającego już oferta złożona przez BM COMPLEX (.) zawiera cenę odpowiadającą aktualnym uwarunkowaniom rynkowym, a tym samym nie budzi ona zastrzeżeń i wątpliwości Zamawiającego w zakresie możliwości wykonania całości przedmiotu zamówienia

Zamawiający oceniając ofertę (.) powziął uzasadnione wątpliwości co do rzetelności jej przygotowanej i realności uwzględnionej w niej ceny. .oceniając zaoferowaną cenę i koszt, jako wydającą się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzącą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów,

{kilkukrotna waloryzacja wynagrodzenia w tożsamym zamówieniu}

Fakty [w tym wskazane wprost lub wynikające z tabelarycznych zestawień]:

Ceny ofert: (1) wybranego wykonawcy i (2) Barwitu, w zestawieniu z kolejno: (3) ceną oferty Barwitu sprzed dwóch lat, (4-6) zmianami maksymalnej wartości umowy (która w chwili zawarcia umowy odpowiadała cenie oferty) w celu zasymulowania, jak wzrosłaby ta cena po danej waloryzacji, gdyby przyjąć, że za każdym razem dotyczy ona całego okresu wykonywania zamówienia (analogicznie podzielonego na dwie części) i (7) wskazaniem łącznej wielkości zmiany kwotowo i procentowo ceny oferty Barwitu z poprzedniego postępowania po dotychczasowych waloryzacjach:

- część I zamówienia: 1) 1.993.680,00 zł, 2) 1.900.648,80 zł, 3) 1.899.820,80 zł, 4) 1.987.492,23 zł, 5) 2.021.275,71 zł 6) (brak waloryzacji), 7) łącznie wzrost o 121.454,91 zł (6%);
- część II zamówienia: 1) 413.280,00 zł, 2) 329.630,40 zł, 3) 382.572,00 zł, 4) 398.936,46 zł, 5) (bez zmian), 6) 406.300,80 zł, 7) łącznie wzrost o 23.728,80 zł (o 6%).

Zwiększenie zakresu przedmiotu zamówienia w stosunku do aktualnie realizowanego zamówienia:

- mycie górnej szyby wiatrołapu w holu Prokuratury Rejonowej Warszawa-Wola - 1 raz w miesiącu,
- pranie firan i zasłon - 10 kompletów rocznie,
- pranie 20 szt. flag - w razie potrzeby.

W związku z powzięciem wątpliwości co do spełnienia przez Barwit obowiązku zatrudnienia pracowników w oparciu o umowę o pracę w ramach aktualnie realizowanej umowy, 29 lipca 2022 r. Zamawiający wezwał go do przedłożenia: a) oświadczenia o zatrudnieniu na umowę o pracę osób wykonujących przedmiot umowy, b) kopii umów o pracę, c) zaświadczenia z ZUS, d) kopii potwierdzeń zgłoszeń pracowników do ubezpieczeń. W odpowiedzi Barwit przedłożył niekompletną dokumentację (tj. nie złożył wykazu pracowników dotyczących lokalizacji przy ul. Wiślickiej 6 i al. Solidarności 127), w której znalazła się również jedna umowa zlecenia.

Wnioski Zamawiającego [cytaty z odpowiedzi na odwołanie]:

Powyższe jednoznacznie potwierdza, że Wykonawca nie miał możliwości zrealizowania zamówienia we wskazanej cenie już w okresie 2020-2022, tym bardziej więc nie wykona tego w czasie, w którym rynek krajowy zmagą się ze skutkami pandemii COVID-19 oraz kryzysem gospodarczym wywołanym m.in. konfliktem rosyjsko-ukraińskim, co skutkuje galopującą inflacją i wzrostem płacy minimalnej. Sam Odwołujący w (...) odwołaniu przyznał, że zaoferował ceną niższą, niż w ubiegłym postępowaniu (dot. cz. II): „Fakt, iż Wykonawca obniżył cenę M porównaniu do 2020 r. świadczy o jego konkurencyjności” (vide: str. 9 uzasadnienia odwołania). Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem o konkurencyjności, gdyż przeczy to działaniom Wykonawcy, zmierzającym (trzykrotnie) do zwiększenia wynagrodzenia w postępowaniu 2020-2022.

Można zatem przyjąć, że Wykonawca uchybiał obowiązkowi zatrudnienia pracowników na umowę o pracę, a w konsekwencji zachodzi obawa, że w kalkulacji ceny ofertowej na potrzeby przedmiotowego postępowania nie uwzględnił wymogów związanych z płacą minimalną.

{brak dowodów na poparcie kalkulacji własnej}

[w tej części odpowiedzi na odwołanie generalnie powtórzono treść uzasadnienia odrzucenia oferty, która z kolei została w większości przywołana w ramach uzasadnienia odwołania, stąd poniżej zacytowano jedynie fragmenty tam pominięte, w tym wyraźnie urwane - co zasygnalizowano już powyżej - oraz obejmujące nową argumentację]

(.) W ocenie Zamawiającego przedstawienie wyjaśnienia jedynie z powołaniem się na dokonanie pewnej, bliżej nieokreślonej, kalkulacji przez samego Wykonawcę jest niewystarczające dla wykazania poprawności dokonanych i przyjętych założeń. Przedstawione przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie dotyczące możliwej przyjętej rażąco niskiej ceny w ofercie, winny zostać sporządzony w sposób dostatecznych do dokonania rzeczywistej oceny realności przyjętej wyceny. Sposób przedstawienia przez Wykonawcę wyjaśnień uniemożliwia dokonanie przez Zamawiającego właściwej analizy poprawności obliczeń Wykonawcy stanowiących podstawę oszacowania ceny złożonej oferty. W ocenie Zamawiającego brak rzetelnego wyjaśnienia przez Wykonawcę sposobu

przyjętej przez niego wyceny kluczowych elementów świadczenia wobec braku przedstawienia takiej analizy Zamawiającemu, świadczy o niepełności sporządzonej ceny, co uniemożliwia dokonanie obiektywnej oceny realności zastosowanej kalkulacji.

Należy podkreślić, że - jak stanowi art. 224 ust. 1 pzp - zamawiający w zakresie wezwania stosowanego w oparciu o przytoczoną regulację „żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”. W konsekwencji powyższego uznać należy, że przedstawienie dowodów na poparcie twierdzeń podnoszonych przez Wykonawcę, jest nieodzownym elementem przygotowywanych wyjaśnień. Co więcej, zgodnie z art. 224 ust. 5 pzp to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Wykonawca składając wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny może przedłożyć każde dowody, w tym stosowne kalkulacje, które wykażą sposób przeprowadzenia wyliczeń. To na

Wykonawcy ciąży obowiązek przedłożenia takich dowodów, które uwiarygodnią cenę wskazaną w jego ofercie. Tymczasem, jak precyzyjnie podkreślono w treści informacji dotyczącej odrzucenia Wykonawca do żadnej z pozycji kosztorysu przedstawionego Zamawiającemu nie dołączył dowodów potwierdzających realność dokonanej dodatkowo zaprezentowane dane mają bardzo duży stopień ogólności, w szczególności:

a) koszty zatrudnienia pracowników (koszty w przeliczeniu na 1 etat), w tym wysokość wynagrodzenia przyjęta do kalkulacji nie zostały poparte żadnym dowodem (np. zanonimizowana umowa o pracę lub zanonimizowane listy płac);

(.)

Jednocześnie Wykonawca w końcowej części złożonych wyjaśnień wskazał, że „wszystkie roboty wewnętrzne i zewnętrzne nie ujęte w powyższych zestawieniach (Cz. I i Cz. II) należą do kosztów sprzątnania codziennego” przy czym nie sposób rozstrzygnąć jakiego rodzaju koszty Wykonawca uwzględnił w tym katalogu, a tym samym czy dokonał kalkulacji poniesienia każdego niezbędnego kosztu dla należytego wykonania przedmiotowej umowy. Nie rozwiane zostały tym samym wątpliwości, czy w zakresie dokonanej kalkulacji kosztów Wykonawca uwzględnił poniesienie kosztów związanych chociażby ze sprzątnaniem piwnic i terenu zewnętrznego.

(.) Zgodnie z zapisem rozdziału XVI SWZ dotyczącym opisu sposobu obliczenia ceny oferty, Wykonawca w ofercie określi cenę oferty brutto zł (PLN), która stanowić będzie wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia natomiast w samym projekcie umowy podkreślono, że wynagrodzenie Wykonawcy wskazane w ust. 1-2 zawiera wszystkie koszty związane z realizacją Umowy, w szczególności: mycie okien, sprzątnanie, odśnieżanie, utrzymanie zieleni, przy użyciu sprzętu, materiałów, zasobów osobowych, środków czystości, środków higieny oraz transportu Wykonawcy oraz inne związane z zapewnieniem czystości i porządku”. Zestawienie powyższych zapisów SWZ z wyjaśnieniami Wykonawcy, który wskazuje, na niemożność przyjęcia założenia, że wskazane przez Zamawiającego koszty zostały uwzględnione w ofercie Wykonawcy, w ocenie Zamawiającego jednoznacznie świadczy o braku ich wyceny i braku objęcia ich kosztów w cenie za jaką Wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji oznacza brak zawarcia w ofercie wszystkich kosztów związanych z realizacją Umowy, a tym samym wadliwym jej przygotowaniem, co doprowadzić mogło do oznaczenia w niej ceny nierealnej, za którą nie jest możliwe wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Tym samym, stanowisko Zamawiającego w przedmiocie rażącego zaniżenia ceny uznać należy za zasadne.

{nieuprawnione przerzucanie ciężaru dowodzenia}

[poniżej cytaty z odpowiedzi na odwołanie]

Co więcej, Wykonawca mimo treści wezwania zastosowanego przez Zamawiającego i podkreślenia istotnych okoliczności jakie będzie brał pod uwagę przy ocenie rzetelności złożonych wyjaśnień, nie odniósł się do żadnych obiektywnych czynników mających wpływ na finalną cenę za jaką zobowiązał się od wykonać przedmiot zamówienia. Wykonawca udzielił jedynie ogólnikowych wyjaśnień, nie wskazał natomiast żadnych szczegółów, ani też obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość ceny. Wyjaśnienia Odwołującego były głosłowne, ogólnikowe i nie poparte żadnymi dowodami. Zamawiający był obowiązany dokonać oceny wyjaśnień, a przede wszystkim obowiązany był ustalić, czy mają one charakter czynników obiektywnych, są spójne i dostatecznie wyjaśniają powstałe wątpliwości. Niedostateczne wyjaśnienia stanowią bowiem podstawę odrzucenia oferty, gdyż same wyjaśnienia, a tym bardziej zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia można uznać za niezłożone (stanowisko takie zawarł Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05). W niniejszym stanie faktycznym ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego nie prowadzi do uznania, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien przedstawić dowody na brak zaistnienia okoliczności jej wystąpienia (tak też: KIO w wyroku dnia 30.06.2011 r., KIO 1279/11, KIO w wyroku 02.02.2016 r., KIO 66/16, KO w wyroku z dnia 20.05.2021, KIO 888/21). Takich okoliczności Odwołujący w udzielonych wyjaśnieniach niewątpliwie nie przedstawił, a w sposób niedozwolony forsuje teorię, że to Zamawiający ma (i) precyzować wezwanie co do każdej pozycji ofertowej i (ii) udowodnić, że wystąpienie rażąco niskiej ceny jest pewne. Nie sposób zaaprobować tego stanowiska Odwołującego, przeciwnego do - utrwalonego w judykaturze - obowiązku udowodnienia przez wykonawcę, że rażąco niska cena nie zachodzi.

Należy także podnieść, że zgodnie z stanowiskiem doktryny i orzecznictwa „O cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.” (wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2019, sygn. KIO 2640/18). W ocenie Zamawiającego nie sposób uznać, że złożona przez Wykonawcę oferta i zaoferowana przez niego cena za jaką zamierza wykonać cały przedmiot zamówienia odzwierciedla rzeczywistą, rynkową cenę za którą możliwe jest należyte wykonanie usług będących przedmiotem umowy. Zwłaszcza, że Zamawiający posiada wiedzę, iż aktualnie zadeklarowana cena po jakiej Wykonawca zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia jest niższa (w części 2) i zbliżona (w części

1) od ceny za tożsamy zakres zamówienia realizowany na podstawie umowy z dnia 28.09.2020 r., o czym mowa szerzej we wcześniejszej części pisma.

Na marginesie, Zamawiający pragnie podkreślić, że nawet sam sposób sformułowania przez Wykonawcę wniosku w przedmiocie żądanego sposobu rozstrzygnięcia postępowania sugeruje jego własną opinię w przedmiocie niedoszacowania złożonej przez siebie oferty co najmniej w zakresie części II zamówienia i zaniżenia ceny. Należy bowiem podkreślić, że Wykonawca, poza wnioskiem o uwzględnienie odwołania, sformułował wniosek alternatywny „uwzględnienie odwołania w części co do Części I Oferty Zamawiającego” [pisownia oryginalna], który jak zdaje się stanowi wniosek o uwzględnienie odwołania w zakresie oferty Wykonawcy złożonej w ramach pierwszej części zamówienia. Wobec tego można wywieść wniosek, że w zakresie oferty złożonej na potrzeby drugiej części zamówienia sam Odwołujący zdaje sobie sprawę co do wystąpienia rażąco niskiej ceny, a tym samym zasadności odrzucenia oferty Odwołującego.

Reasumując: nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego w każdym zakresie, także co do następujących okoliczności:

1. nie jest prawdą, że cena zaproponowana w ofercie Odwołującego co do I części nie odbiega od zaproponowanej przez innego wykonawcę w tym postępowaniu, gdyż - jak wykazano na wstępie - odbiega o kwotę ponad 93 000 zł;
2. Odwołujący nie wykazał, także na etapie postępowania odwoławczego, że cena (cz. I i II) zawiera wszystkie czynniki cenotwórcze, a wręcz przeciwnie - przyznał, że koszty dojazdu koordynatora do jednostek prokuratur, ubezpieczenie OC, koszty sprzątnięcia piwnic i terenu zewnętrznego, nie zostały objęte kalkulacją Wykonawcy;
3. nie jest prawdą, że cena Odwołującego nie została oszacowana poniżej kosztów, o czym świadczy brak ujęcia wszystkich okoliczności mających wpływ na jej wysokość, a także fakt waloryzacji wynagrodzenia w dotychczasowym zamówieniu, kilkukrotnie;
4. Zamawiający nie musiał ponownie kierować do Wykonawcy wezwania, gdyż pierwsze wezwanie dotyczyło wszelkich wątpliwości Zamawiającego, a to na Wykonawcy ciążył obowiązek uzasadnienia ujęcia w kalkulacji ceny wszystkich czynników cenotwórczych, przy uwzględnieniu sytuacji rynkowej na dzień składania oferty. Z kolei, wyjaśnienia Wykonawcy nie wzbudziły u Zamawiającego żadnych wątpliwości, a jedynie potwierdziły fakt rażąco niskiej ceny. Wbrew niezadowoleniu Wykonawcy - Zamawiający nie ma obowiązku, a nawet nie powinien, zawęźać i precyzować wezwania do poszczególnych pozycji ofertowych - w orzecznictwie przyjmuje się, że Wykonawca, uzasadniając brak wystąpienia rażąco niskiej ceny - powinien dysponować marginesem swobody wypowiedzi, aby umożliwić mu najpełniejsze odzwierciedlenie rzeczywistej kalkulacji ceny;
5. Nie jest prawdą, że „uzasadnienie odrzucenia oferty odnosi się do rzekomych błędów, które nie wynikały z oferty i jej specyfikacji” — brak jest takiego twierdzenia w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego;
6. Jakkolwiek można się zgodzić z Odwołującym, że „okolicznością notoryjną jest,

że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy”, tak jednak Odwołujący nie wykazał (w postępowaniu przed Zamawiającym i obecnie przed Krajową Izbą Odwoławczą) jakie to indywidualne czynniki przedsiębiorcy - Odwołującego, miałyby uzasadniać tak znaczne zniżenie ceny. Wręcz przeciwnie - wyjaśnienia Odwołującego są wymijające i nie pozwalają na zweryfikowanie pełnej kalkulacji własnej Odwołującego;

7. Odwołujący przekonuje, że „dokonanie ponownego wezwania byłoby w przedmiotowej sprawie zasadne (...)” - jednakże nadal nie wykazuje braku rażącego zniżenia ceny, a konsekwencji nawet na etapie postępowania odwoławczego, nie można przyjąć, że jakiegokolwiek dalsze wezwanie Zamawiającego byłoby zasadne, czy też nawet uprawnione (zakazane jest w prawie zamówień publicznych wzywanie wykonawcy „do skutku” - tak też KIO w wyroku z dnia 20.05.2021, KIO 888/21). Nadto, skoro Wykonawca był zobowiązany dołączyć do wyjaśnień stosowne dowody, a nie uczynił tego za pierwszy raz, nie ma podstaw by Zamawiający ponawiał wezwanie w tożsamym zakresie do pierwotnego wezwania - mógłby to uczynić dopiero, gdyby analiza załączonych dowodów nasuwała kolejne wątpliwości, a o czym powinien wiedzieć także Odwołujący, jako wieloletni uczestnik obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności;

8. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej utrwalony jest pogląd, że gdy wykonawca nie dołoży należytej staranności wyjaśnieniu Zamawiającemu sposobu kalkulacji ceny ofert w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, przez co w konsekwencji nie wykaże, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, to brak jest podstaw do zastosowania do tego wykonawcy kolejnego wezwania w ww. zakresie i taka oferta podlega odrzuceniu. KIO w wyroku z dnia 20.05.2021 r. (KIO 888/21) stwierdziła, że „Zamawiający oceniając wyjaśnienia w zakresie ceny oferty powinien zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp równo traktować wszystkich wykonawców. Za nieprawidłowe należy uznać działanie Zamawiającego, który kieruje do wykonawców tożsame wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a następnie nie różnicuje sytuacji prawnej wykonawcy, który dołożył należytej staranności i przedstawił Zamawiającemu szczegółowe, spójne wyjaśnienia poparte dowodami oraz wykonawców, którzy nie przedstawili kalkulacji ceny ofertowej oraz nie poparli elementów kosztotwórczych dowodami, pozbawiając tym samym Zamawiającego szansy na weryfikację złożonych wyjaśnień”.

{wnioski dowodowe}

Zamawiający wniósł również w odpowiedzi na odwołanie o dopuszczenie

i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

- 1) umowy z 28.09.2020 r. nr PO VII WB 261.2.2020 (cz. I) wraz z załącznikami, w tym opisem przedmiotu zamówienia,
- 2) aneksu nr 1 z 01.2021 r. do umowy z pkt 1) powyżej,
- 3) aneksu nr 2 z 01.2022 r. do umowy z pkt 2) powyżej,
- 4) umowy z 28.09.2020 r. nr PO VII WB 261.2.2020 (cz. II) wraz z załącznikami, w tym opisem przedmiotu zamówienia,
- 5) aneksu nr 1 z 01.2021 r. do umowy z pkt 4) powyżej,
- 6) aneksu nr 2 z 01.2022 r. do umowy z pkt 4) powyżej,
- 7) aneksu nr 3 z 01.2022 r. do umowy z pkt 4) powyżej,
- 8) [bliżej niesprecyzowane] korespondencji z Barwitem odnośnie zmiany wynagrodzenia,
- 9) wniosku Barwitu z 12.07.2022 r. o waloryzację wynagrodzenia,
- 10) odpowiedzi Zamawiającego z 10.08.2022 r.,
- 11) notatki urzędowej z 05.09.2022 r.,
- 12) umowy zlecenia z 29.07.2022 r.,
- 13) korespondencji e-mail z 19.08.2022 r.

- [sformułowanie tezy dowodowej - cytaty z odpowiedzi na odwołanie] wszystkich ww. na wykazanie faktu: realizacji tożsamego zamówienia przez Wykonawcę dla tego samego Zamawiającego w okresie 2020-2022, wielokrotnej waloryzacji zaoferowanego w tym

postępowaniu wynagrodzenia, braku możliwości realizacji uprzedniego zamówienia w zaoferowanej cenie, a w konsekwencji braku możliwości realizacji zamówienia będącego przedmiotem odwołania za cenę wskazaną przez Wykonawcę w ofercie, wystąpienia rażąco niskiej ceny w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, prawidłowość działania Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego, bezzasadności przedmiotowego odwołania.

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.

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 na obie jego części. 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 w każdej z tych części.

Izba ustaliła poniższe okoliczności jako istotne dla rozpoznawanej sprawy.

Treść pisma Zamawiającego z 10 czerwca 2022 r. do Barwitu sprowadza się do:

1) wskazania, że wezwanie jest kierowane „w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia” i wskazania „art. 224 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy pzp” jako podstawy jego wystosowania; 2) podania, o ile w ujęciu procentowym cena oferty Barwitu jest niższa od wskazanej kwoty ubruttowanej wartości oszacowania dokonanego przed wszczęciem postępowania, odrębnie dla każdej z części zamówienia;

3) wymienienia - jako obiektywnych czynników, które w szczególności Zamawiający będzie brał pod uwagę - punktów 1)-8) z art. 224 ust. 3 pzp; 4) przywołania i podkreślenia treści art. 224 ust. 5 pzp; 5) zakreslenia terminu na odpowiedź; 6) przywołania treści art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp i art. 224 ust. 6 pzp w funkcji pouczenia.

Opisanie zaistniałych zależności cenowych tylko w odniesieniu do części II ewentualnie mogłoby służyć powołaniu się na przepis art. 224 ust 2 pkt 1 pzp, ale tylko w odniesieniu do odbiegania o 30% od wartości szacunkowej powiększonej o kwotę podatku od towarów i usług, gdyż dla kryterium uśrednionych cen złożonych ofert do osiągnięcia tego progu zabrakło 0,25 punktu procentowego. Jednocześnie z treści wezwania nie wynika, czy cena oferty wydała się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też wzbudziła jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z określonych przepisów. Dopiero na potrzeby uzasadnienia decyzji o odrzuceniu Zamawiający ujawnił, że chodziło mu o obie te przesłanki, co jednak sprowadzało się do przytoczenia sformułowania tych przesłanek w art. 224 ust. 1 pzp, bez ich skonkretyzowania w kontekście okoliczności zaistniałych w prowadzonym postępowaniu (czemu dodatkowo towarzyszy oczywiście błędne zasugerowanie, jakoby możliwe byłoby tu również badanie kosztu cyklu życia przedmiotu tej usługi).

Choć poza wszelkim sporem jest, że w części I nie odbiega ona znacząco ani od średniej arytmetycznej cen złożonych na tę część ofert, ani od ubruttowionej wartości szacunkowej, Zamawiający nie sprecyzował ani dlaczego cena oferty Barwitu wydała mu się rażąco niska, ani dlaczego wzbudziła jego wątpliwości odnośnie możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia czy warunków umowy. Jednocześnie w odniesieniu do ceny wybranej w tej części oferty, choć jest ona wyższa od ceny oferty Barwitu o 9,6%, Zamawiający bez przeprowadzenia analogicznej procedury deklaruje pewność, że nie jest ona rażąco zaniżona.

Podkreślić należy, że choć według odpowiedzi na odwołanie bardzo istotne znaczenie ma określenie przez Barwit ceny w tym postępowaniu na bardzo zbliżonym (w części I) lub wyraźnie niższym poziomie niż w 2020 r., w powiązaniu z faktem, że na skutek dwukrotnej waloryzacji w każdej z części aktualnie wynagrodzenie Barwitu jest o 6% wyższe niż wynikające z tamtej oferty - Zamawiający w ramach wystosowanego wezwania nawet o tym nie wspomniał. Skoro stwierdzenie takich zależności wzbudziło niepokój i wątpliwości Zamawiającego, nic nie stało na przeszkodzie, aby je wyartykułował, co z kolei umożliwiłoby Barwitowi wyjaśnienie tej kwestii. Zamiast tego Zamawiający wskazał na te uwarunkowania dopiero w ramach uzasadnienia odrzucenia, uznając to za swoisty koronny dowód rażącego zaniżenia cen w aktualnej ofercie Barwitu.

Tymczasem taki wniosek Zamawiającego należy uznać za co najmniej wysoce spekulatywny, już choćby dlatego, że nie sposób zweryfikować jego adekwatności w sytuacji, gdy nie wiadomo, na jakim poziomie była marża Barwitu przy zawieraniu umowy dotyczącej danej części aktualnie wykonywanego zamówienia. Przede wszystkim wydaje się oczywiste, że przedsiębiorca, który z założenia prowadzi działalność w celu osiągnięcia zysku, dla jego zachowania na niezmiennym poziomie będzie aktywnie korzystał z umownych klauzul waloryzacyjnych. Jak wynika z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie, podstawą wszystkich wprowadzonych waloryzacji wynagrodzenia Barwitu był po prostu wynikający ze stosownych przepisów wzrost płacy minimalnej. Co prawda Zamawiający w reakcji na wnioski o waloryzację domagał się dodatkowego wykazania wysokości przewidywanego wzrostu płacy minimalnej (bardziej z powołaniem się na autorytet opinii Urzędu Zamówień Publicznych niż na treść zawartych umów), ale ostatecznie akceptował przesłane przez Barwit dane, sprowadzające się de facto do rozpisania danych wyliczonych w tzw. kalkulatorze wynagrodzeń na poszczególne etaty.

Pomimo zgłoszenia o dopuszczenie dowodu z kilkunastu dokumentów, większość z nich dotyczy potwierdzenia niespornych pomiędzy Stronami niniejszej sprawy okoliczności związanych z aktualnie wykonywanymi umowami, zawartymi 28 września 2020 r., które następnie na początku 2021 i 2022 r. były zmieniane w związku z waloryzacją wynagrodzenia za wykonywane usługi sprzątania adekwatnie do corocznego wzrostu wysokości określonej przepisami powszechnie obowiązującymi płacy minimalnej. Podkreślić należy, że z poszczególnych dokumentów wynika jedynie to, co jest w nich napisane.

Łącznie dokumenty te opisują przebieg dotychczasowej współpracy, jak się okazuje, trwającej już ponad dwa lata (tj. począwszy od umowy zawartej 16 lipca 2020 r.). Najwyraźniej przebiega ona dotychczas harmonijnie, skoro na przestrzeni tych lat wystąpił jedynie taki incydent, że wśród kilkunastu pracowników skierowanych do sprzątania w poszczególnych lokalizacjach znalazła się jedna osoba zatrudniona na podstawie umowy cywilnoprawnej. Co więcej, zakończył się on sporządzeniem 5 września 2022 r. notatki urzędowej, która bez żadnego komentarza odnotowuje, że według wyjaśnień udzielonych przez Barwit osoba ta była jedynie przejściowo potrzebna na zastępstwo, co nota bene znajduje oparcie w treści umowy zlecenia, która została zawarta na okres dwóch miesięcy.

Natomiast z dokumentów tych, rozważanych łącznie czy osobno, w żaden sposób nie wynika ani bezpośrednio, ani nawet pośrednio, jakoby nie było możliwe bez ponoszenia straty wykonywanie przez Barwit usług objętych tym zamówieniem za cenę określoną w ramach aktualnie prowadzonego postępowania. Tym bardziej w oderwaniu od treści tych dokumentów pozostaje teza, jakoby dokumenty te miałyby wykazywać bezzasadność rozpoznawanego odwołania. Przebieg zdarzeń wskazuje co najwyżej, że Zamawiający na potrzeby tej sprawy, w związku z przedwcześnie podjętą decyzją o odrzuceniu oferty Barwitu, usilnie - acz bezskutecznie - poszukuje dowodów, które pozwoliłyby mu ją uzasadnić.

Wobec braku przeciwnych dowodów, a nawet twierdzeń, należy przyjąć, że Zamawiający nie miał w tym już ponad dwuletnim okresie zastrzeżeń co do jakości

świadczonych usług. Skoro za zbliżoną cenę Barwit był w stanie dotychczas należycie wywiązywać się ze swoich obowiązków, powinno to raczej być dla Zamawiającego asumptem do przyjęcia założenia, że nadal będzie w stanie to robić bez ponoszenia straty.

Zamiast tego Zamawiający przyjął a priori założenie, że przedstawiona mu w ramach

wyjaśnień kalkulacja, jako niepoparta odrębnymi dowodami, jest niewiarygodna, a dodatkowo jako zbyt ogólna, nie zasługuje na dalszą analizę, pomimo że w skierowanym wezwaniu nie tylko nie skonkretyzował żadnych oczekiwań co do zakresu i szczegółowości wyjaśnień, ale nawet nie wskazał, że oczekuje przedstawienia kalkulacji ceny oferty. Nic nie stało przy tym na przeszkodzie, aby w wezwaniu sprecyzować również oczekiwany poziom szczegółowości kalkulacji kosztów wykonywania tej usługi.

Tymczasem przedstawiona przez Barwit kalkulacja, choć niewątpliwie ma charakter ramowy, przedstawia w rozbiciu na poszczególne lokalizacje określoną wycenę zasadniczych czynności ujętych w ramach opisu przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem podanych tam danych co do wielkości powierzchni biurowych czy terenów zewnętrznych objętych sprzątaniem, powierzchni okien objętych myciem, powierzchni marmurowych podlegających impregnacji, liczby firan i obrusów podlegających praniu czy liczby pracowników biurowych, dla których trzeba zapewnić środki higieny osobistej, aż do wskazania zysku stanowiącego różnicę pomiędzy tak wyliczonymi kosztami a przychodami odpowiadającymi cenie oferty.

Nie wiadomo przy tym, czemu w istocie miałyby służyć składanie umów o pracę czy list płac, skoro jak dotychczas nie budziło wątpliwości Zamawiającego, że płaca na poziomie minimalnego wynagrodzenia za pracę przy sprzątaniu powierzchni biurowych czy terenów zewnętrznych, jako co do zasady niewymagająca żadnych szczególnych kwalifikacji czy wykształcenia, nie jest okolicznością wymagającą udawadniania.

Przy czym marginalne zwiększenie zakresu rzeczowego (abstrahując od tego, że okoliczność ta nie została podniesiona w ramach uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty), czy bliżej tam niesprecyzowane nieuwzględnienie: wyceny sprzątania piwnic i terenów zewnętrznych, kosztów dojazdu koordynatora do poszczególnych lokalizacji i kosztów ubezpieczenia OC (co z kolei nie uległo zmianie do zamknięcia rozprawy), nie prowadzi do wniosku, że ich hipotetyczne doliczenie spowoduje, że wskazany w podsumowaniu kalkulacji zysk zamieni się w stratę. Oczywiście jest przy tym, że koszty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej rozkładają się na wszystkie realizowane przez Barwit umowy, podobnie jak koszty koordynatora, który może obsługiwać szereg kontraktów.

Wreszcie zaznaczyć należy, że Zamawiający nawet nie próbował wykazywać zaniżenia w złożonych mu przez Barwit wyjaśnieniach wysokości poszczególnych kategorii kosztów, odmawiając de facto wdania się w tym zakresie w spór, ograniczając się do wyrażenia oceny, że kalkulacja jest z założenia niewiarygodna, bo zbyt mało szczegółowa i niepoparta dowodami.

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 czyniły zadość ogólnemu wezwaniu, a jednocześnie nie było przeszkód natury prawnej czy faktycznej, aby Zamawiający zwrócił się o dodatkowe wyjaśnienia w odniesieniu

do wątpliwości, które nasunęły mu się w związku z treścią pisma Barwitu.

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 powierzaniem 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 poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {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. Oczywiście było bowiem, że za takie „potwierdzenie”, które rzadko wprost wynika ze złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, należy również poczytać sytuację, w której nie wynikało z nich, 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, co uprawnia i zobowiązuje zamawiającego, zgodnie z dyspozycją tej normy, do odrzucenia tej oferty (art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp).

Należy wprawdzie 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 oczywiście 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 wyznaczone 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 powyższymi stanowiskami 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”, „znaczące 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 co do zasady 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 większe 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 oraz art. 555 ustawy 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) stanowi, że 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 rozkład 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, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. 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. Przykładowo w uzasadnieniu 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 uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie 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 wprawdzie 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 bowiem 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. Oczywiście 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 w tym sensie, że nie mogą one rodzić negatywnych skutków dla wykonawcy. W tym aspekcie zasada wynikająca z art. 555 pzp chroni wykonawców przed wdaniem się w spór co do nieznanymi 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 w toku postępowania odwoławczego, jeżeli wykraczały one poza ramy uzasadnienia faktycznego przekazanego uprzednio Odwoływającemu.

Zamawiający konsekwentnie obstawał przy tym, że aby kalkulacja poszczególnych kategorii kosztów z wyjaśnień mogła być przez niego uznana za wiarygodną i zasługującą na podanie analizie, konieczne było poparcie jej odrębnymi dowodami, w tym: koszty zatrudnienia pracowników - zanonimizowanymi umowami o pracę lub listami płac, koszty zakupu środków higieny osobistej czy środków chemicznych do czyszczenia powierzchni biurowych, mycia okien, impregnacji marmuru - fakturami czy rachunkami, a także wykazaniem wielkości ich zużycia, koszty prania - analogicznymi środkami dowodowymi.

Takie stanowisko nie zasługuje jednak na aprobatę, gdyż rygor dowodowy, który ustawa pzp nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie pzp. Zwrócić przy tym należy uwagę na to, że w wezwaniu Zamawiający nie domagał się przedłożenia określonych dowodów na potwierdzenie sposobu skalkulowania ceny. Z tych względów nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawca udowodnił brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które jego zdaniem uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia.

Parafrazując stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie (działającego jako Sąd Zamówień Publicznych) zaprezentowane w ramach uzasadnienia wyroku z 22 grudnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 90/21, zawarta w złożonych wyjaśnieniach kalkulacja nie może być uznana za założenia za niewiarygodną. O ile oczywiście jest, że tak złożone wyjaśnienia obejmujące kalkulację stanowią dokument pochodzący od wykonawcy, o tyle nie pozbawia to go automatycznie jakiegokolwiek mocy dowodowej. Kalkulacje i oświadczenia jak każdy dowód podlegają bowiem ocenie. Tymczasem Zamawiający, przyjmując nazbyt formalistyczne podejście co do braku możliwości traktowania ich jako dowodów, błędnie uważa, że na ich podstawie w ogóle nie jest możliwe przeprowadzenie weryfikacji realności ceny oferty, choćby przez zażądanie informacji uszczegóławiających i ewentualnie stosownych dowodów.

Izba zważyła, że Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień, pomimo że zrodziły u niego określone wątpliwości, nie próbował ich wyjaśnić, pomimo że mógł i powinien 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 rozpatrywane 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 wyrażona w art. 16 pkt 3 pzp zasada proporcjonalności wręcz obligowała do tego, skoro niewyjaśnione stały się przyczyną odrzucenia oferty. Przy stosowaniu art. 224 ust. 6 pzp należy mieć bowiem 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, uchylającej 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 lub powinna ograniczać się do jednokrotnego wezwania do wyjaśnień i ich oceny przez zamawiającego. Użycie sformułowania „konsultacje” jednoznacznie wskazuje 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...” nr 11 z 2013 r.) oraz dotychczasowe orzecznictwo sądów powszechnych, np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 lipca 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 9 grudnia 2010 r. sygn. akt V Ga 122/10, w których uzasadnieniach jednoznacznie wskazuje się, że brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiązywały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną. Stanowisko to nie jest również odosobnione w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która wielokrotnie wskazywała, że szczególnie w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie Zamawiającego jest ogólne i niekonkretne - jak to miało również miejsce w niniejszej sprawie - wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji zaniechania odpowiedniego sformułowania wezwania, a co za tym idzie, zamawiający winien ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, wskazując, które kwestie wymagają uszczegółowienia i w jakim zakresie. Nie ma również żadnych przeszkód, aby ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia wzbudziły określone nowe szczegółowe wątpliwości (tak np. w uzasadnieniach wyroków wydanych: 23 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1143/15

czy 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 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 merytorycznej zasadności zasadniczego zarzutu.

Izba stwierdziła, że ponieważ naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 4 i art. 16 pkt 3 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, orzeczono - w pkt 2. sentencji - stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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.