

WYROK

z dnia 24 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2022 r. przez wykonawcę: FUTYMA Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Miasto Rzeszów - Urząd Miasta Rzeszowa z siedzibą w Rzeszowie

przy udziale wykonawcy: NTS Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy: F.H.U. ELECTRIC Systems M. K. w sytuacji gdy nie została ona sporządzona i przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania i przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, z powodu wycofania zarzutu przez odwołującego;

2. oddala odwołanie;

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: FUTYMA Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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.

Przewodniczący: .....

## UZASADNIENIE

Gmina Miasto Rzeszów - Urząd Miasta Rzeszowa z siedzibą w Rzeszowie (dalej:

„zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej niższej niż progi unijne pn. „Usługa utrzymania instalacji elektrycznych, sanitarnych i systemów zainstalowanych na terenie Stadionu Miejskiego STAL w Rzeszowie”; znak sprawy ZP-D.271.69.178.2022 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 12 sierpnia 2022 r. w Biuletynie

Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00304996/01.

W dniu 5 października 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę: FUTYMA Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (dalej „odwołujący” lub „Futyma”), wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego wobec nieuprawnionego uznania, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a złożone przez odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanych w ofercie ceny i kosztu;

2. art. 226 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty F.H.U. ELECTRIC Systems M. K. (dalej „M. K.”)

w sytuacji, gdy nie została ona sporządzona i przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania i przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”), co z kolei doprowadziło do dokonania wyboru oferty wykonawcy: M. K. jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta odwołującego była ofertą korzystniejszą cenowo;

3. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy: M. K. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w sytuacji gdy cena oferowana przez tego wykonawcę nieznacznie odbiegała od ceny

odwołującego, którego oferta wzbudziła wątpliwości u zamawiającego;

4. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się w wybiórczym wezwaniu wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej.

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę: M. K.; powtórzenia czynności badania i oceny ofert w sposób zgodny z przepisami prawa zamówień publicznych w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, oraz odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: M. K..

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutów opisanych w pkt 1 powyżej, w pierwszej kolejności zauważył, że zamawiający rażąco naruszył przepisy ustawy Pzp odrzucając ofertę odwołującego i uznając cenę z tejże oferty jako rażąco niską. Jego zdaniem istota problemu,

który należy rozstrzygnąć sprowadza się go prawidłowego określenia desygnatu pojęcia ceny "rażąco niskiej". Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji legalnej tego pojęcia, tudzież nie wskazują żadnych kryteriów wartościujących, umożliwiających ocenę, że cena zaoferowana przez konkretnego wykonawcę posiada taki przymiot. Należy się tutaj więc odwołać

do potocznego rozumienia tego pojęcia. Cena zatem „rażąco niska” to taka, która jest nierealistyczna, w sposób znacząco odbiegająca od cen rynkowych stosowanych w określonej branży, a ponadto uniemożliwia prawidłowe wykonanie zamówienia. Zatem należy przyjąć, 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 (por. wyrok KIO z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2373/17).

Ponadto zwrócił uwagę, iż odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny jest możliwe dopiero gdy zamawiający ma pewność, że zamówienie nie zostanie należycie wykonane

za zaoferowaną cenę (por. wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2729/17). Odwołujący w toku postępowania złożył obszernie wyjaśnienia, które z nieznanymi mu przyczyn nie zostały uwzględnione przez zamawiającego. Szczegółowe wyliczenia odwołującego i kalkulacja pozwalają na stwierdzenie, iż jego koszty bezpośrednio związane z wykonaniem umowy są niższe od wygenerowanych przychodów i osiągnię on w tym zakresie zysk. Już ten fakt przesądza, zdaniem odwołującego, iż w przedmiotowym wypadku nie można mówić o rażąco niskiej cenie. Wiedza odwołującego na temat przyjętego modelu wykonywania tej usługi pozwalała na jednoznaczne przyjęcie, iż zamówienie za cenę wskazaną w ofercie zostałoby wykonane w sposób należyty i bez zastrzeżeń ze strony zamawiającego. Podkreślić przy tym należy, iż główną ideą prawa zamówień publicznych jest pozyskanie oferty najkorzystniejszej. W każdym wypadku takiej oferty cena odgrywa istotną, z punktu widzenia zamawiającego, rolę. Brak jest przesłanek do eliminowania oferty zawierającej cenę niską, ale dającą gwarancję należytego i terminowego wykonania zamówienia, tylko dlatego, iż w ocenie innego wykonawcy czy zamawiającego jest ona „rażąco niska”.

Odwołujący podkreślił, iż składając ofertę w postępowaniu szczegółowo przeanalizował treść dokumentacji przetargowej, wraz z materiałami umieszczanymi

na stronie zamawiającego w trakcie trwania postępowania przetargowego. Z udostępnionej przez zamawiającego dokumentacji przetargowej jasno i precyzyjnie wynika, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, a za sposób przeprowadzenia kalkulacji odpowiada wyłącznie wykonawca. Odwołujący złożył ofertę, która została przygotowana zgodnie

z wymaganiami zamawiającego tj. wskazując wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym. Cena oferty odwołującego nie nosi cech ceny rażąco niskiej. Odwołujący zauważył jednocześnie, że oferta wykonawcy, który przetarg wygrał jest jedynie droższa o około 26 000,00 zł. - przy pozostałych ofertach oscylujących w granicach 1 000 000,00 zł. Niezrozumiałe jest zatem dlaczego w ocenie zamawiającego cena oferty M. K. nie nosi znamion ceny rażąco niskiej, a cena oferty odwołującego - w podobnym przedziale cenowym - już tak.

Odwołujący wywodził w dalszej części, że bezspornym w sprawie jest, że wynagrodzenie określone w SWZ ma charakter ryczałtowy, zamawiający natomiast zakwestionował jednostkowe pozycje składające się sumarycznie na całe wynagrodzenie. Istotą zaś wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez

przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła (wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac - tak w Wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., II CRN 913/97). Jak ponadto wskazuje się w orzecznictwie, przy wynagrodzeniu ryczałtowym, w kontekście wymogów wynikających z legalnej definicji ceny, nie jest ważna struktura wewnętrzna ceny. tj. ceny jednostkowe (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy. Ponadto, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia (tak m. in. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 24 czerwca 2019 r., sygn. akt 11 Ca 928/19; wyrok KIO z dnia 24 listopada 2017 r., KIO 2361/17). W niniejszej sprawie zarzuty zamawiającego koncentrują się właśnie na cenach jednostkowych za poszczególne elementy oferty, co należy uznać za całkowicie bezpodstawne. Przy cenie ryczałtowej załączone do oferty kosztorysy, czy formularze cenowe mają tylko charakter

informacyjny

i pomocniczy (tak m. in. wyrok KIO z dnia 24 listopada 2017 r., KIO 2361/17). Z daleko idącej ostrożności odwołujący wskazał, że nawet jeśli przyjąć, że któraś z pozycji składających się na cenę oferty jest nierentowna, to zgodnie z poglądem wyrażonym w wyroku Sądu

Okręgowego w Krakowie z dnia 24 czerwca 2019 r., sygn. akt II Ca 928/19 wykonawca nie ma obowiązku, aby każdą jedną z cen jednostkowych ustalić na poziomie rentownym. Wewnętrzna kalkulacja ceny oferty jest sprawą wykonawcy i jego decyzji w tym zakresie.

Co także w ocenie odwołującego istotne, zarzucane ceny jednostkowe z kalkulacji nie mają jakiegokolwiek wpływu na zniżenie ceny, czy też na należyte wykonanie umowy. Regulacje dotyczące rażąco niskiej ceny mają bowiem na celu zabezpieczenie zamawiającego, przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykona umowę, ewentualnie, iż wykona ją należycie (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 488/18). Taka sytuacja nie ma miejsca w przedmiotowej sprawie. Nie można zgodzić się ponadto z twierdzeniem zamawiającego, iż odwołujący nie zna specyfiki zamówienia i „nie rozumie czynności jakie należy wykonać” w związku z realizacją zamówienia. Są

to nieuprawnione przypuszczenia zamawiającego, mające na celu zdyskredytowanie oferty odwołującego. Odwołujący realizował analogiczną usługę na Stadionie dwa lata temu i ma w tym zakresie odpowiednie doświadczenie. W ocenie odwołującego to zamawiający nie do końca zdaje sobie sprawę ze specyfiki usług będących przedmiotem zamówienia. Świadczy chociażby o tym treść udzielnych odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania w toku postępowania. Odpowiedzi zamawiającego nie zawierają merytorycznych wyjaśnień i nie świadczą o wiedzy oraz doświadczeniu zamawiającego w zakresie wykonywania tychże usług.

W dalszej części odwołania odwołujący odniósł się do szczegółowych uwag i zarzutów zamawiającego względem oferty odwołującego i zaprezentował w tym zakresie własne stanowisko.

Odwołujący zarzucił ponadto, że zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy M. K., podczas gdy ta powinna zostać odrzucona gdyż, jak wynika z treści udostępnionych przez zamawiającego dokumentów z postępowania - oferta ta stanowi skan podpisanego odręcznie dokumentu, bez wymaganego podpisu w formie elektronicznej. Skoro zatem nie została ona sporządzona i przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania i przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, określonymi przez zamawiającego w SWZ, winna zostać bezwzględnie odrzucona jako nieważna.

Uzasadniając z kolei zarzuty opisane w pkt 3 odwołania, odwołujący wskazywał, że zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy M. K. do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wybiórczo wezwał jedynie dwóch, z trzech wykonawców oferujących najniższe ceny (wśród wszystkich sześciu biorących udział w postępowaniu), do złożenia wyjaśnień

1 złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazał jednocześnie, że o ile wykonawca New Vision A. B. i ctrl+sys P. B. zaoferował cenę znacznie niższą od odwołującego o prawie 75 000,00 zł. i jego oferta została odrzucona, to z kolei cena odwołującego była niższa od ceny zaoferowanej przez wykonawcę M. K. jedynie o około 26 000,00 zł. W sytuacji, gdy cena oferowana przez wykonawcę wygrywającego postępowanie jedynie nieznacznie odbiegała od ceny odwołującego, którego oferta wzbudziła wątpliwości zamawiającego, uzasadnionym było skierowanie wezwania również do tego wykonawcy. Pozostałych trzech wykonawców złożyło oferty z ceną oscylującą w granicach 1 000 000,00 zł. Obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyraża nakaz powstrzymywania się od nieuzasadnionego obiektywnymi względami preferowania - bezpośrednio lub pośrednio - poszczególnych wykonawców. W ocenie odwołującego zamawiający dokonał rażącego naruszenia przepisów ustawy Pzp w powyższym zakresie.

Powyższe, w ocenie odwołującego świadczy o naruszeniu przez zamawiającego zasady równego traktowania, określonej w art. 16 ustawy Pzp, która to stanowi jedną z fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych.

Zamawiający 7 października 2022 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, swoje przystąpienie

do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca: NTS Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie.

Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił także wykonawca: GC ENERGY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie. Przystąpienie zostało przesłane w dniu 11 października 2022 r., a zatem z naruszeniem terminu przewidzianego na jego zgłoszenie, wskazanego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 185 ust.

2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. W niniejszej sprawie wykonawca

GC ENERGY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie otrzymał informację o wniesionym odwołaniu w dniu 7 października 2022 r., a zatem termin na zgłoszenie przystąpienia upływał

w dniu

10 października 2022 r. Co istotne, aby przystąpienie było skuteczne wykonawca winien

przedmiotowe przystąpienie doręczyć Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w postaci

papierowej albo elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ustawa Pzp, ani przepisy wykonawcze, nie przewidują możliwości uzupełnienia braków zgłoszonego przystąpienia, jak to mam miejsce w przypadku odwołania. Tym samym przystąpienie, zgłoszone 11 października 2022 r., jako złożone po terminie wynikającym z przepisu art. 185 ust. 2 ustawy Pzp - nie może być uznane za skuteczne. Mając na uwadze powyższe Izba nie dopuściła wykonawcy GC ENERGY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie do udziału w toczącym się postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z 18 października 2022 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W piśmie odniósł się między innymi do zarzutów naruszenia art. 226

ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy M. K. w sytuacji, gdy nie została ona sporządzona i przekazana w sposób

zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania i przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego w SWZ. Przyznał, że przy przesyłaniu odwołującemu oferty tego wykonawcy doszło do pomyłki, przesłano bowiem nieprawidłowy plik oferty tj. nie ten, który został złożony

zamawiającemu w postępowaniu. Stąd też odwołujący uznał, że oferta wykonawcy M. K. nie

została sporządzona i przekazana w sposób prawidłowy tj. zgodny z obowiązującymi przepisami.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 19 października 2022 r. oświadczył, że cofa odwołanie w tym zakresie. Mając na uwadze powyższe Izba umorzyła postępowanie w tej

części, orzekając w pkt 1 wyroku.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy

Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się

w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie

zamówienia. Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny i po dokonaniu ich oceny uznał, że cena jego oferty jest rażąco niska i odrzucił jego ofertę. Jednocześnie dokonał wyboru oferty wykonawcy, który w ocenie odwołującego również powinien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień, gdyż cena jego oferty powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania oferta odwołującego zostanie przywrócona do postępowania, co tym samym otwiera możliwość uzyskania przez niego zamówienia. Szkoda odwołującego polega w tym przypadku na utracie możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne, utraty przychodów i zysku

z tytułu jej wykonywania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez strony, na okoliczności w nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej niższej niż progi unijne na wykonywanie usługi utrzymania instalacji elektrycznych, sanitarnych i systemów zainstalowanych na terenie Stadionu Miejskiego „STAL” w Rzeszowie wraz z przeglądami technicznymi, bieżącą konserwacją systemów oraz utrzymanie stałej sprawności ich działania. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej „SOPZ”) zamawiający zawarł w odrębnym załączniku (załącznik nr 1 do SWZ), opisując czynności, jakie będzie zobowiązany realizować wykonawca w ramach zamówienia.

Ponadto Izba ustaliła, że w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu swoje oferty w postępowaniu złożyło sześciu wykonawców, którzy zaoferowali za wykonanie zamówienia następujące ceny ryczałtowe: (1) odwołujący 763 682,50 zł. (2) M. K. - 790 000,00 zł.; (3) Konsorcjum: New Vision A. B., ctrl+sys P. B. - 689 000,00 zł.;

(4) NTS Sp. z o.o. - 944 640,00 zł.; (5) Firma BETA Z. C., R. P.

- 1 043 778,00 zł.; (6) GC ENERGY Sp. z o. o. - 1 090 975,00 zł. Ponadto, jak wynika z akt sprawy, zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 1 090 975,00 zł.

(wraz z podatkiem VAT).

Izba ustaliła także, że zamawiający wezwał dwóch wykonawców, którzy zaoferowali najniższe ceny (w tym odwołującego), do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

W piśmie kierowanym do odwołującego z 9 września 2022 r. zamawiający wskazał, że w toku badania oferty wykonawcy Futyma stwierdził, że wskazana w niej cena (763 682,50 zł brutto) wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Ponadto 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 (1 090 975,00 zł brutto). W związku z powyższym, działając na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający zwrócił się do odwołującego

o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie opisanym w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto zamawiający zażądał obligatoryjnie złożenia wyjaśnień i odpowiedzi w zakresie sformułowanych przez siebie szczegółowo pytań (pkt 9 lit. od a do q).

W wezwaniu skierowanym do odwołującego zamawiający podkreślił, że jego obowiązkiem jest wykazanie co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona i załączenie odpowiednich dowodów, oraz potwierdzenie, że zaproponowana w ofercie cena jest realna, a w związku z tym będzie możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ i załącznikami do SWZ. Powołując się na obowiązujące przepisy oraz aktualne orzecznictwo, zamawiający wskazał,

iż wyjaśnienia i dowody, dotyczące wyliczenia ceny muszą być konkretne i wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość obliczenia zaferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów. Zamawiający zaznaczył w treści wezwania, iż oprócz wyjaśnień oczekuje także od wykonawcy złożenia dowodów w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny jego oferty, stąd możliwe jest przedstawienie każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. W szczególności dowodami mogą być dokumenty potwierdzające kalkulację ceny ofertowej a także dodatkowo inne dokumenty dot. posiadania lub uzyskania preferencyjnych cen, nabycie materiałów po promocyjnych cenach, szczegółowe wyliczenia zawarte w wyjaśnieniach, czy dokumenty wskazujące na brak kosztów własnych np. darmowy lokal czy własny sprzęt bez konieczności jego zakupu czy innej odpłatnej formy korzystania.

W wymaganym terminie, odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, złożył wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny załączając do nich pliki o nazwie „kalkulacja kosztów do zamówienia” „oferty do zamówienia Stadion Stal” „wyjaśnienia Stal Rzeszów”

Zamawiający, po analizie treści złożonych wyjaśnień uznał, że odwołujący nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W konsekwencji odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, o czym poinformował odwołującego pismem z 30 września 2022 r. Zamawiający stwierdził, że w jego ocenie złożone wyjaśnienia są blankietowe, prowadzą się do ogólnikowych oświadczeń oraz stwierdzeń, w tym że wykonawca uwzględnił w swojej ofercie dodatkowe koszty

i okoliczności, aby móc wywiązać się z ewentualnej umowy. Wykonawca nie udzielił jasnych i klarownych, a przede wszystkim przekonujących odpowiedzi na pytania postawione przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 9 września 2022 r.

Zamawiający następnie odniósł się szczegółowo do treści złożonych wyjaśnień stwierdzając, że odwołujący nie odniósł się do wielu aspektów, o które pytał zamawiający, nie udzielił merytorycznych i wiarygodnych odpowiedzi na zadane pytania, a ponadto nie przedłożył merytorycznej wyceny wielu elementów. W podsumowaniu przytoczył treść art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym to przepisem obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Wyjaśnienia złożone przez odwołującego,

w ocenie zamawiającego, nie spełniają tego wymogu. Wykonawca odpowiada zdawkowo na postawione pytania, stosując ogólne formuły i wyliczenia. Część załączonych przez niego dowodów jest niewiarygodna, a kalkulacja kosztów w nich przedstawiona odbiega od realnej wyceny rynkowej znanej zamawiającemu. Z kalkulacji wykonawcy wynika, że koszt zatrudnienia trzech pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia wyniesie 430 650,00 zł. Zamawiający stoi jednak na stanowisku, że ta kalkulacja jest nieprawidłowa, z tego powodu, że do wykonania przedmiotu zamówienia, potrzebna będzie większa liczba wykwalifikowanych specjalistów. Wykonawca w swojej kalkulacji zysku oszacował koszty zakupu wymienianych elementów i materiałów na kwotę 30 000,00 zł. Wykonawca nie podał jednak w żaden sposób na czym oparł taką kalkulację i z czego ona wynika. Jednocześnie, co warte uwagi wykonawca ubiegał się o udzielenie podobnego zamówienia w roku 2021. Miało ono węższy zakres od obecnego postępowania i nie nakładało na wykonawcę kosztów wymiany, kosztów zakupu zużytych elementów i materiałów. Ubiegłoroczne postępowanie nie nakładało też obowiązku korzystania z usług specjalisty, który będzie nadzorował proces podgrzewania murawy. Mimo tego ówczesna oferta była wyższa - 798 999,00 zł. brutto w roku 2021 w stosunku do 763.682,50 zł. brutto w roku 2022 r. Wykonawca zatem w swojej kalkulacji nie tylko obniżył znacząco koszty wykonania usługi, jak również nie wziął w niej pod uwagę szerszego zakresu obecnego zamówienia, nie uwzględnił kosztów rosnącej inflacji, jak również wzrastających kosztów materiałów i usług (przeгляdy itp.), które będzie musiał ponieść przy realizacji obecnego zamówienia. W świetle powyższego złożone wyjaśnienia i załączone pliki, w ocenie zamawiającego, nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, czego finalnym skutkiem jest odrzucenie oferty odwołującego.

Z oceną powyższą nie zgodził się odwołujący, wnosząc odwołanie od czynności zamawiającego podjętych w toku postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania

wykonawcy: M. K. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w sytuacji gdy cena oferowana przez tego wykonawcę nieznacznie odbiegała od ceny odwołującego, którego oferta wzbudziła wątpliwości u zamawiającego.

Z zarzutem tak sformułowanym nie sposób się zgodzić z następujących powodów. W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na treść przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, jeżeli 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 przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W takim przypadku zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Treść tego przepisu różni się zatem zasadniczo od dyspozycji, wynikającej z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, w której ustawodawca przesądził, że w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, nie podlegających odrzuceniu

- zamawiający zwraca się do wykonawców o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Nie ulega zatem wątpliwości, albowiem do takich wniosków prowadzi literalne brzmienie cytowanych wyżej przepisów, że w przypadku, gdy cena złożonej oferty odbiega o co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, nie podlegających odrzuceniu zamawiający zwraca się do wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień. Jeśli natomiast taka rozbieżność nie ma miejsca, to zgodnie z treścią art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, skierowanie takiego wezwania uzależnione jest od „wątpliwości zamawiającego”, który ma obowiązek badania złożonych ofert i w toku ich oceny może stwierdzić, że całokształt okoliczności w danej sprawie wskazuje, że pomimo, iż różnica w cenie oferty jest mniejsza, należy wezwać danego wykonawcę

do złożenia wyjaśnień.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, jak trafnie zauważył zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, mamy zatem do czynienia z sytuacją, kiedy w odniesieniu do odwołującego została zastosowana przesłanka wynikająca z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż złożona przez niego oferta opiewała na kwotę 763 682,50 zł. i była o 30% niższa od szacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia. Tym samym o konieczności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień zdecydowały matematyczne wyliczenia, a także cytowany przepis ustawy Pzp, który obligował zamawiającego do dokonania takiej czynności.

Co istotne jednak dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu, w odniesieniu do wykonawcy M. K. taka obligatoryjna przesłanka, zobowiązująca zamawiającego do wyjaśnienia ceny jego oferty - nie wystąpiła. Należało zatem rozważyć czy w okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający powinien był wezwać tego wykonawcę do wyjaśnień, gdyż jak podkreślał odwołujący cena jego oferty była jedynie nieznacznie wyższa od tej, którą oferował odwołujący. Czy sama ta okoliczność winna być decydująca

o tym, że zamawiający powinien być nabrać wątpliwości co do możliwości zrealizowania przez tego wykonawcę zamówienia za podaną przez niego w ofercie kwotę.

Na tak postawione pytania należy udzielić odpowiedzi przeczącej. Wskazać bowiem należy, iż zwroty użyte w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp „wydaje się” czy „budzi wątpliwości” są nieostre i zostały przez ustawodawcę wprowadzone po to, aby dać zamawiającemu szerokie spektrum działania i, aby mógł on korzystać z tej regulacji w sytuacjach, gdy w wyniku badania złożonych ofert czy to cena jako całość, czy też jej składowe wydają mu się rażąco niskie i nabierze podejrzeń, że za te ceny nie jest możliwa realizacja zamówienia publicznego. Nie zmienia to jednak tego, że przepis ten kierowany jest do zamawiającego i uzależnia możliwość skierowania takiego wezwania od jego oceny.

Powyższe oznacza, że odwołujący może skutecznie podnosić zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeśli wykaże, że zamawiający zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny pomimo, że takie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia winny zaktualizować się po stronie zamawiającego i w konsekwencji jego zaniechanie naruszało treść cytowanego przepisu. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Odwołujący sam bowiem twierdzi, że choć sam skalkulował swoją ofertę na poziomie niższym, niż wykonawca M. K., to za tą cenę możliwe jest wykonanie zamówienia i dodatkowo, osiągnięcie zysku z jego realizacji. Jeśli tak jest w istocie, to tym samym nie sposób twierdzić jednocześnie, że cena oferty wykonawcy wybranego winna wzbudzić wątpliwości zamawiającego i powinien on zostać wezwany do złożenia stosownych wyjaśnień.

Ponadto, jak wskazano powyżej, przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp z jednej strony zobowiązuje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy, gdy cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia, z drugiej zaś, ustanawiając prawo do zwrócenia się o wyjaśnienia, uzależnia ją od określonych podejrzeń, których to zamawiający winien nabrać. Jeśli takie wątpliwości po stronie zamawiającego nie zaktualizują się, to żądanie wyjaśnień w takich przypadkach należy uznać za bezpodstawne. W sytuacji zatem, jeśli brak jest przesłanek do zastosowania przez zamawiającego przepisu, który nakłada na niego obowiązek wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, czynność taka jest kwestią całkowicie oceną, suwerenną decyzją zamawiającego, uzależnioną od jego wiedzy i doświadczenia w zakresie kosztów świadczenia podobnych dostaw, usług czy robót budowlanych na danym rynku i w danej sytuacji, jak również wynikającą z wiedzy i doświadczenia samego zamawiającego.

W tym miejscu Izba pragnie również przywołać stanowisko TSUE (Wyrok z dnia 10 września 2019 r., sygn. akt T-741/17) w którym wskazano, że: „dokonanie przez instytucję zamawiającą oceny, czy występują rażąco niskie oferty, odbywa się dwuetapowo. Najpierw instytucja zamawiająca powinna ocenić, czy złożone oferty „wydają się” rażąco niskie.

Użycie czasownika „wydaje się” w rozporządzeniu wykonawczym oznacza, że instytucja zamawiająca dokonuje oceny *prima facie* rażąco niskiego charakteru oferty. Rozporządzenie wykonawcze nie wymaga więc, by instytucja zamawiająca z urzędu przeprowadzała szczegółową analizę składników każdej oferty w celu ustalenia, że nie stanowi ona oferty rażąco niskiej (...). Tym samym, w pierwszej kolejności, instytucja zamawiająca musi jedynie ustalić, czy złożone oferty zawierają oznaki mogące budzić podejrzenie, że mogłyby być rażąco niskie. Następnie, jeżeli istnieją oznaki mogące rodzić podejrzenia, że oferta może być rażąco niska, instytucja zamawiająca powinna, w drugiej kolejności, zweryfikować, z czego składa się ta oferta, aby upewnić się, że nie jest rażąco niska. Przy przeprowadzaniu tej weryfikacji instytucja zamawiająca ma obowiązek umożliwienia oferentowi przedstawienia powodów, dla których uważa on, że jego oferta nie jest rażąco niska. Następnie instytucja zamawiająca powinna ocenić przedstawione wyjaśnienia i ustalić, czy dana oferta ma rażąco niski charakter,

w którym to przypadku jest obowiązana odrzucić ofertę”.

Tym samym należy zauważyć, że skoro zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 1 090 975,00 zł., z kolei zaproponowana przez wykonawcę M. K. cena ryczałtowa za wykonanie przedmiotowego zamówienia wynosi 790 000,00 zł. nie zachodzi podstawa prawna do obligatoryjnego wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień, gdyż nie odbiega ona od szacunkowej wartości zamówienia o 30%. Także odnosząc oferowaną cenę do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, również nie zaktualizował się po stronie zamawiającego obowiązek wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty.

Tym samym, bez istnienia dodatkowych podstaw i dowodów, które wskazywałyby na nierzetelną i zaniżoną kalkulację, złożenie oferty zawierającej cenę ryczałtową wraz z oświadczeniem o jej zgodności z treścią SWZ, dawało zamawiającemu wystarczające podstawy do tego, aby nie kwestionować złożonego przez tego wykonawcę oświadczenia tj., że wykona przedmiot zamówienia za podaną w ofercie cenę.

Następnie Izba rozpoznała zarzuty odwołującego w zakresie naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego wobec nieuprawnionego uznania, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a złożone przez odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanych w ofercie ceny i kosztu - uznając je za niezasadne.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że podstawą odrzucenia oferty odwołującego były, wskazywane przez zamawiającego w piśmie z 30 września 2022 r.

przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Pierwszy z nich stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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 jednej strony zatem ustawodawca przesądził, że odrzuceniu podlega oferta, która zawiera rażąco niską cenę za realizację zamówienia, wskazując jednak, że podstawą oceny przez zamawiającego są złożone przez wykonawcę wyjaśnienia. Zadaniem zamawiającego jest wyjaśnienia i przedstawione dowody ocenić, i na ich podstawie stwierdzić, czy wykonawca za podaną cenę jest w stanie zamówienie zrealizować. Aby jednak zamawiający doszedł

do takich wniosków, wykonawca wezwany do wyjaśnień ma obowiązek wykazać, że ujął w cenie oferty wszystkie elementy, skalkulował je na poziomie rynkowym, a dodatkowo musi na powyższe okoliczności przedłożyć stosowne dowody.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie ulega wątpliwości, że zamawiający skierował do odwołującego wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny, precyzując w sposób szczegółowy jakiego zakresu wyjaśnień oczekuje, do jakich elementów w szczególności winien wykonawca odnieść się w treści złożonych wyjaśnień. Podkreślił ponadto, że na potwierdzenie sformułowanych przez wykonawcę twierdzeń winien on przedłożyć dowody, które pozwolą na ustalenie, że oferowana cena jest ceną rynkową.

Odwołujący w treści odwołania koncentruje się w dużej mierze na tym, że wynagrodzenie określone w SWZ ma charakter ryczałtowy, a zatem nie ma znaczenia sam sposób kalkulacji ceny oferty, ale jego wysokość. Uważa, że zamawiający opiera się, podejmując swoją decyzję, na cenach jednostkowych za poszczególne elementy zamówienia, podczas gdy te są bez znaczenia, albowiem sposób kalkulacji ceny w tym przypadku jest suwerenną decyzją wykonawcy. Z takim twierdzeniem nie sposób zgodzić się z tego powodu, że jak wielokrotnie Izba podkreślała w swoich orzeczeniach, możliwość analizy oferty pod kątem rażąco niskiej ceny nie zależy od przyjętej przez zamawiającego formuły rozliczenia się z wykonawcą zamówienia publicznego (wynagrodzenie ryczałtowe lub kosztorysowe). Ograniczenie takie nie wynika z przepisów ustawy Pzp, wobec czego nawet przy ryczałcie badaniu może podlegać cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wskazane przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Ryczałt, wbrew twierdzeniom odwołującego pomimo, że stanowi wynagrodzenie za całość prac niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich rzeczywistych

rozmiarów i kosztów (zgodnie z art. 632 § 1 kodeksu cywilnego) - nie jest dla zamawiającego zabezpieczeniem przed zaoferowaniem mu rażąco niskiej ceny. Nie można zatem odbierać zamawiającemu prawa

do badania, jak to miało miejsce w okolicznościach omawianej sprawy, czy wykonawca w cenie ryczałtowej uwzględnił wszystkie istotne dla wykonania zamówienia elementy, gdyż kilka takich elementów, skalkulowanych na poziomie zaniżonym, może spowodować, że cena oferowana przez wykonawcę będzie nierealistyczna, taka za którą nie sposób jest danego zamówienia wykonać, a więc rażąco niska.

Tym samym w przypadku, gdy ziściły się przesłanki ustawowe i zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, to niezależnie od tego że cena oferowana przez niego jest ceną ryczałtową, jego obowiązkiem było złożyć spójne i rzetelne wyjaśnienia. Zaznaczenia wymaga również, że przepisy ustawy Pzp *expressis verbis* wskazują także na konieczność przedstawienia zamawiającemu dowodów wspierających tezy zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Jeśli zatem zamawiający takie wezwanie do odwołującego skierował, to tym samym na nim spoczywał ciężar udowodnienia, że zaproponowana w ofercie cena nie jest rażąco niska.

W ocenie Izby zamawiający, dochowując należytej staranności, mając na uwadze opisany przedmiot zamówienia, treść wezwania do wyjaśnień, jak też zakres informacji przekazanych przez odwołującego w odpowiedzi na skierowane do niego wezwanie - trafnie uznał, że nie uczynił on zadość wezwaniu, gdyż nie odpowiedział w sposób wyczerpujący i jednoznaczny na konkretnie sprecyzowane pytania, w treści pisma zawarł szereg ogólnych deklaracji, na podstawie których nie można jednoznacznie uzyskać informacji czy wyliczone przez niego koszty zostały przyjęte na poziomie umożliwiającym realizację zamówienia publicznego. Nie sposób też jest stwierdzić jakie elementy zostały ujęte w sporządzonej kalkulacji i czy wykonawca uwzględnił pełen zakres zamówienia, wynikający z treści opisu zawartego w SWZ i SOPZ.

Jednocześnie należy stwierdzić, że pomimo jednoznacznego wymagania zamawiającego, który zażądał załączenia do wyjaśnień stosownych dowodów, na poparcie realności zaproponowanej przez wykonawcę ceny ofertowej, brak jest w tym przypadku złożenia wystarczających dowodów, które miałyby potwierdzać, że mamy do czynienia z poprawnie i rzetelnie wyliczoną ceną ofertową, uwzględniającą wszystkie elementy składające się na opis przedmiotu zamówienia. Ponownie wskazać należy, że w świetle przepisów ustawy Pzp, wykonawca ma obowiązek przedstawienia dowodów na okoliczność poprawności sporządzonej kalkulacji, a wynika to wprost z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Sam zamawiający w treści wezwania z 9 września 2022 r. również na istnienie powyższego obowiązku wskazywał.

Zamawiający trafnie również wskazał, że żądając złożenia wyjaśnień, przytoczył treść przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp żądając w szczególności wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny dotyczących: zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług; wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw; oryginalności dostaw, usług oferowanych przez wykonawcę. Innymi słowy zamawiający żądał, aby w swoich wyjaśnieniach wykonawca zaprezentował przyjęty przez niego sposób realizacji zamówienia, szczególnie towarzyszące mu sprzyjające okoliczności, rozwiązania techniczne czy też inne, które pozwalają na obniżenie kosztów świadczonych usług. Odwołujący, w swoich wyjaśnieniach składanych w piśmie z 14 września 2022 r. ograniczył się w tym zakresie jedynie do lakonicznych i ogólnikowych stwierdzeń, których nie poparł żadnymi dowodami. I tak twierdził, że spółka zarządza procesem usług w sposób efektywny i przy ostrożności wyceny, zatrudnia szereg specjalistów pracujących nad rzetelną wyceną wszelkich zadań. Ponadto oświadczył, że spółka posiada szeroko rozbudowany park maszyn i urządzeń oraz swoje samochody serwisowe i nie potrzebuje korzystać z zewnętrznych firm w zakresie wynajmu takiego sprzętu. Dodatkowo stwierdził także, że posiada oferty rynkowe które są dostępne po wysłaniu zapytania do firm serwisowych czy producentów, zaś wszelkie jej działania są zgodne z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej. Wszystkie te twierdzenia można z powodzeniem odnieść do wielu podmiotów funkcjonujących na rynku, w różnych branżach

i z powodzeniem mogłyby zostać złożone w różnych postępowaniach. Co więcej odwołujący nie wykazał ani nie udowodnił żadnego z wyżej wskazanych twierdzeń. Co znamienne, w zakresie w jakim złożył oświadczenie, że dysponuje własnym sprzętem nie przedłożył żadnego dowodu, z kolei przedstawiony na rozprawie dowód w postaci: Wyciągu ze spisu wyposażenia Futyma Sp. z o.o. należy uznać za spóźniony, gdyż taki winien zostać załączony do wyjaśnień a odwołujący winien dodatkowo wykazać w jaki sposób okoliczność dysponowania własnym sprzętem przekłada się na możliwość obniżenia ceny jego oferty.

Podobnie odwołujący nie wyjaśnił i nie złożył żadnych dowodów, które miałyby potwierdzać pozostałe okoliczności, mające niewątpliwie wpływ na sposób przygotowanej

wyceny. Zamawiający trafnie także zwrócił uwagę, że odwołujący w zakresie oryginalności usług przez niego oferowanych wskazał na okoliczność, że posiada oferty rynkowe które są dostępne po wysłaniu zapytania do firm serwisowych czy producentów. Odpowiedź na powyższe pytanie związana jest pośrednio z kwestią, która również była w sferze zainteresowań zamawiającego, a dotyczyła powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom. Odwołujący do tej kwestii odniósł się bardzo enigmatycznie. Zarówno w swoich wyjaśnieniach, ale też na rozprawie twierdził, że wprawdzie w chwili obecnej nie zamierza powierzać zamówienia podwykonawcom, ale nie wyklucza takiego działania w dalszym etapie postępowania. Nie przeczył jednak, że SOPZ wskazuje niektóre czynności, których wykonawca nie będzie w stanie osobiście świadczyć, gdyż uzyskanie autoryzacji nie będzie możliwe. Dodatkowo, w dalszej treści wyjaśnień odwołujący powołuje się na wyceny od autoryzowanych producentów oraz załącza do nich dowody z których wynika iż: (1) zestaw hydroforowy, (2) centrale wentylacyjne, (3) aktualizację systemu Olimp, (4) przegląd dźwigu wraz z konserwacją, (5) nadzoru nad procesem uruchamiania i wyłączania systemu podgrzewania, (6) węzła cieplnego, (7) klimatyzatorów kasetonowych i jednostek zewnętrznych VRV - wykonają podwykonawcy. Już zatem w samych wyjaśnieniach na pierwszy rzut oka widoczne są sprzeczności w zakresie dotyczącym udziału podwykonawców w realizacji zamówienia. Tymczasem odwołujący, na etapie kalkulacji swojej oferty, powinien zdecydować się na określony sposób realizacji usługi, zdecydować jakie zakresy zamierza powierzyć podwykonawcom, a następnie pozyskać stosowne dane od podmiotów, z którymi ma zamiar współpracować. Odwołujący tymczasem do dnia rozprawy nie był w stanie sprecyzować w jaki sposób zamierza świadczyć usługę na rzecz zamawiającego. Jego wyjaśnienia w tym zakresie również trudno uznać za wiarygodne, gdyż z jednej strony twierdzi, że na moment składania wyjaśnień zamierza świadczyć te usługi samodzielnie, z drugiej przedkłada dowody w postaci ofert, zawierających wyceny sporządzone nie przed otwarciem ofert, ale pozyskane na etapie postępowania wyjaśniającego, a zatem złożone celem uwiarygodnienia przyjętego poziomu kosztów. Brak jednoznacznego wskazania co do korzystania z podwykonawców, wraz z jednoczesnym przedłożeniem dowodów pochodzących z wycen potencjalnych podwykonawców (w oparciu o wyceny sporządzone po terminie składania ofert i wyłącznie celem udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny) czyni złożone oświadczenia sprzecznymi, a samą wycenę w tym zakresie nierzetelną.

Ponadto, Izba podzieliła uwagi zamawiającego w zakresie, w jakim twierdził, że część spośród udzielonych odpowiedzi na pytania była niepełna, a odwołujący nie zaprezentował pełnej i merytorycznej wyceny usług o które prosił zamawiający. I tak, odnosząc się do pytań sformułowanych przez zamawiającego w piśmie wzywającym odwołującego do złożenia wyjaśnień i udzielonych odpowiedzi stwierdzić należy co następuje.

Rację ma zamawiający, że udzielając odpowiedzi na pytania odwołujący kalkulując cenę oferty nie tyle wziął pod uwagę przekazany przez zamawiającego SOPZ, co opierał się na przyjętych przez siebie założeniach. Tak np. w zakresie, w jakim kwestionował ocenę zamawiającego dotyczącą odpowiedzi udzielonej przez odwołującego na pytanie 9 f Izba uznała, że zamawiający trafnie zauważył, że w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia nie ma mowy o „10 zdarzeniach”, na które powołuje się odwołujący i przyjmuje błędnie jako podstawę swojej kalkulacji. Powyższe powoduje, że samych wyjaśnień nie sposób uznać za wiarygodne, gdyż kalkulacja nie uwzględniła opisanego przez zamawiającego zakresu przedmiotu zamówienia. Pytanie to bowiem odnosi się bezpośrednio do realizacji pkt 21.3 Załącznik nr 1 do projektu umowy, który nie wskazuje na bliżej nieokreślone 10 zdarzeń, które wycenił odwołujący. Z tego powodu nie sposób uznać, że udzielona odpowiedź jest wyczerpująca, a wykonawca skalkulował w tej pozycji wszystkie koszty związane z realizacją tego elementu zamówienia. Podobnie należy ocenić odpowiedź odwołującego udzieloną na pytanie 9 g oraz 9 l, w których ponownie przyjmuje on określone ilości zdarzeń czy godzin pracy, które nie wynikają z opisu przedmiotu zamówienia, a co więcej szczegółowa analiza zapisów SOPZ w tym zakresie prowadzi do wniosku, że nie zostały uwzględnione wszystkie czynności, niezbędne do realizacji danego zakresu zamówienia. Odpowiadając z kolei na pytanie 9 k odwołujący nie skalkulował pełnego zakresu zamówienia, które będzie realizował. Sam przyznaje, że w swoich wyliczeniach uwzględnił konieczność obsługi 3 kas, gdy tymczasem w ramach tego zamówienia będzie ich 9. Należy przyznać rację zamawiającemu, że chociaż zakres i wartość przedmiotowego niedoszacowania tego zakresu może wydawać się niewielką kwotą, ale jeśli weźmiemy pod uwagę szereg elementów, które zostały przez odwołującego czy to przyjęte na poziomie niższym, czy też nieprzewidziane - traktowane sumarycznie powoduje, że wyjaśnień odwołującego nie sposób ocenić w inny sposób, niż jako niepełne, nierzetelne i oparte na błędnych danych i założeniach.

Dalej, należy zauważyć, że odpowiadając na pytania 9 h, 9 i, 9 m odwołujący nie odniósł się do wszystkich elementów, które składały się na daną pozycję (nie uwzględnił bowiem w kalkulacji konieczności zapewnienia materiałów, sprzętu czy transportu).

Nie sposób też uznać, że odwołujący udzielił kompletnej i rzetelnej odpowiedzi na pytania 9 o i 9 p, które odnosiły się do sposobu kalkulacji usług i wyceny kosztów utrzymania pracowników realizujących zakres umowy, którzy mieli zostać zatrudnieni na umowy o pracę. Izba uznała, że należy przyznać rację zamawiającemu, który stwierdził, że odwołujący nie zaprezentował pełnej wyceny realizacji usług wchodzących w zakres zamówienia,

w szczególności biorąc pod uwagę, że w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny

zadeklarował, że do wykonania przedmiotu zamówienia wycenił „pracę swoich pracowników”. Pomimo tej deklaracji ani nie przedstawił szczegółowego wyliczenia jakie koszty z tego tytułu ponosi, nie przedłożył też wraz z wyjaśnieniami żadnych dowodów w postaci zawartych umów o pracę, uwiarygodniających jego twierdzenia. Przedłożenie z kolei umów o pracę

na rozprawie jest działaniem spóźnionym, albowiem dowody na poparcie sporządzonej kalkulacji należało przedstawić zamawiającemu w toku postępowania.

W tym miejscu zaznaczyć trzeba, iż konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty, co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób istotny, jak w tym przypadku, odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Przy czym podkreślić trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe zaoferowanej ceny.

W ocenie Izby zatem, zamawiający trafnie uznał, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena zaoferowana przez niego w postępowaniu jest ceną wiarygodną i porównywalną w stosunku do cen obowiązujących na rynku za realizację zamówień publicznych takich samych lub zbliżonych, zaś realizacja tego zamówienia nie będzie poniżej kosztów przedsiębiorcy. W konsekwencji, decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego była zasadna, albowiem wynikała z oceny złożonych w toku postępowania wyjaśnień.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący : .....