Sygn. akt: KIO 1040/23

WYROK

z dnia 27 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Dębno,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. 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 Dębno (dalej: „Zamawiający") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp" lub „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji, którego przedmiotem jest przebudowa drogi gminnej nr 250892K w km 0+016 do km 0+492 w miejscowości Wola Dębińska, Gmina Dębno (Numer referencyjny: RWI.271.04.2023, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 marca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00118564/01.

Wartość wskazanego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

Dnia 12 kwietnia 2023 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S. A. z siedzibą w Dębicy (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Jaśle (dalej „PRD-M" lub „wykonawca PRD-M"), pomimo że wykonawca ten nie wykazał, że cena Jego oferty nie jest rażąco niska;

2. dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, za którą uznana została ta złożona przez wykonawcę PRD-M.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PRD-M z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo tego że:

- wykonawca ten był wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonej w Postępowaniu i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena, jaką zaoferował za wykonanie zamówienia, nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia (wyjaśnienia są lakoniczne i zawierają jedynie gołosłowne oświadczenia);

- cena ofertowa PRD-M nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego;

2. art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 239 Pzp poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty złożonej przez PRD-M w

sytuacji, gdy oferta ta zawiera cenę rażąco niską, co

uniemożliwi realizację przedmiotu Postępowania przy spełnieniu wszelkich wymagań stawianych przez Zamawiającego w sposób prawidłowy;

a w konsekwencji

3. art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. odrzucenia oferty wykonawcy PRD-M;

3. dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz dalszych czynności w

Postępowaniu z pominięciem oferty PRD-M.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Gdyby bowiem Zamawiający przeprowadził czynności w Postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp i prawidłowo ocenił stan faktyczny, odrzuciłby ofertę wykonawcy PRD-M i wówczas pierwszą pozycję w rankingu ofert uzyskałaby oferta Odwołującego. Aktualnie oferta Odwołującego plasuje się na drugiej pozycji.

Opisując okoliczności faktyczne przedmiotowej sprawy Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi Postępowanie, przedmiotem którego jest przebudowa drogi gminnej nr 250892K w km 0+016 do km 0+492 w miejscowości Wola Dębińska, Gmina Dębno. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji. W Postępowaniu złożone zostały trzy oferty.

Zamawiający wezwał PRD-M do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny pismem z dnia 31 marca 2023 r. („Wezwanie"). Jak wskazano w treści Wezwania, zaoferowana przez wykonawcę PRD-M cena jest niższa o ponad 30 % od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. Zamawiający w treści Wezwania żądał (niezależnie od wymogu złożenia wyjaśnień) przedłożenia dowodów, wskazał również (za art. 224 ust. 5 Pzp), że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

W piśmie z dnia 4 kwietnia 2023 r. PRD-M udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny („Wyjaśnienia"), które Zamawiający ocenił jako prawidłowe i 7 kwietnia 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez PRD-M.

W ocenie Odwołującego w Wyjaśnieniach PRD-M ograniczył się do lakonicznego przedstawienia oświadczeń własnych oraz zapewnień, nie wykazał w żaden sposób, iż zaoferowana cena jest ceną rynkową, nie obalił zatem domniemania ceny rażąco niskiej i nie dowiódł, że możliwe jest zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że obowiązkiem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jest wykazanie jej rynkowego charakteru. Odwołujący przypomniał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej („Izba") zagadnienie rażąco niskiej ceny jest jednym z częściej poruszanych (z racji mnogości zarzutów odwoławczych w tym zakresie), a przy tym wyjątkowo ustabilizowanym w warstwie merytorycznej. Z orzecznictwa tego wynika szereg niekwestionowanych i niepodważalnych reguł, którymi cechować powinien się przebieg procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny. Po pierwsze, Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że już samo zwrócenie się do wykonawcy przez zamawiającego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Rodzi to ten skutek, że to wykonawca „posądzony" o zaoferowanie ceny rażąco niskiej domniemanie to musi obalić. Wynika to wprost z treści Pzp (art. 224 ust. 5). Potwierdza to także rozległe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w wyroku z dnia 15 marca 2018 r. KIO 393/18: „Izba podkreśla, że z tym wezwaniem (do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny) wiązały się określone konsekwencje prawne. Otóż konsekwencją takiego wezwania było powstanie domniemania faktycznego, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną." Podobne stanowisko prezentowane było również przez sądy powszechne, np. w wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 roku Sygn. VI Ca 464/05. Polski ustawodawca wyszedł z założenia, że próg 30% jest takim progiem, który czyni założenie o wystąpieniu rażąco niskiej ceny co najmniej prawdopodobnym (przy czym nawet bez spełnienia wymogu 30%, domniemanie w zakresie ceny rażąco niskiej istnieje w każdym przypadku, w którym zamawiający zdecyduje się skierować wezwanie do wyjaśnień).

Po drugie, konsekwencją powyższego jest w ocenie Odwołującego nałożenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że wątpliwości zamawiającego co do poziomu cenowego oferty są niesłuszne. Istotne jest, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą mieć zdawkowego, lakonicznego charakteru. W uzasadnieniu wyroku z dnia 23 marca 2017 r sygn. KIO 422/17. (który potraktować należy jedynie jako przykład) Izba stwierdziła: „W przypadku, w którym dostarczone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z ewentualnymi dowodami są na tyle ogólne, lakoniczne i nie stanowią wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny, to konieczne jest przyjęcie, że wykonawca w wyznaczonym dla niego terminie nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. W tej sytuacji cena oferty pozostaje rażąco niska, co uzasadnia jej odrzucenie". W dalszej części Izba konstatuje: „W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że

wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawić jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty".

Po trzecie, Odwołujący stwierdził że wyjaśniając, iż możliwe jest wykonanie zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę, zobligowany jest on do poparcia swoich twierdzeń wiarygodnymi, potwierdzającymi twierdzenia ujęte w wyjaśnieniach, dowodami. W przeciwnym

razie mieć będziemy do czynienia z wyjaśnieniami, które (nawet jeśli w warstwie powiązanej z argumentacją spełniają wymogi dotyczące odpowiedniego poziomu skonkretyzowania) stanowić będą w istocie twierdzenia jedynie gołosłowne, a zatem niedające „gospodarzowi postępowania" minimalnej chociażby gwarancji w zakresie możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę (a ta przecież budzi jego wątpliwości). Jak wskazuje Izba w wyroku z 30 kwietnia 2021 r. sygn. KIO 805/21: „Skierowanie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Jak bowiem wynika z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 p.z.p., na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty".

Podsumowując powyższe rozważania Odwołujący stwierdził, że obowiązkiem wykonawcy, względem którego zrodziło się domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej jest:

a) wskazanie konkretnych okoliczności, które przemawiają za możliwością zaoferowania ceny na określonym poziomie,

b) wykazanie w jaki sposób okoliczności te rzutują na poziom cenowy oferty (poprzez określenie wygenerowanych w ten sposób oszczędności);

c) poparcie powyższego materiałem dowodowym.

W ocenie Odwołującego, PRD-M nie sprostał żadnemu z wymienionych powyżej obowiązków, tym samym nie obalił domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej, a tym samym oferta PRD-M powinna zostać odrzucona.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia udzielone przez PRD-M nie pozwalają n obalenie domniemania rażąco niskiej ceny. Analizując Wezwanie Odwołujący zauważa, że Zamawiający ograniczył się w jego treści do zacytowania art. 224 ust. 3 pkt 1 -8 Pzp, i wezwanie takie charakteryzuje się dużym stopniem ogólności, co rodzi dla wykonawcy będącego adresatem tego typu wezwań określone konsekwencje. Z jednej strony niewątpliwie wykonawcy odpowiadającemu na tak sformułowane wezwanie nie sposób czynić zarzutu, że nie wskazał w treści odpowiedzi na daną okoliczność (Zamawiający nie sformułował konkretnych wątpliwości odnoszących się np. do danego elementu kosztotwórczego). Z drugiej strony jednak w ocenie Odwołującego swoboda, jaką pozostawił Zamawiający wykonawcy PRD-M w żaden sposób nie umniejsza obciążającego ten podmiot ciężaru dowodzenia. Wręcz przeciwnie – skonstruowanie Wezwania o treści ogólnej, nieodnoszącej się do konkretnych elementów wyceny, generuje po stronie wykonawcy obowiązek wykazania kalkulacji całkowitej ceny ofertowej (tj. wszystkich elementów kosztotwórczych). Argumentacja PRD-M - szczegółowa i poparta dowodami - powinna zatem zdaniem Odwołującego rozwiewać wątpliwości Zamawiającego w odniesieniu do zaoferowanej ceny całkowitej. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przywołał wyrok

Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2015 r. Sygn. KIO 852/15 , w którym stwierdzono, że „(f)akt wystosowania przez zamawiającego ogólnego wezwania (brak wskazania, które elementy oferty wykonawcy wymagają wyjaśnień) nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego opisania czynników, które zadecydowały o wysokości ceny" oraz wyroku z dnia 31 stycznia 2022 r. Sygn. KIO 125/22: „Zamawiający mogą formułować wezwania do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w sposób szczegółowy i zadawać wykonawcom pytania dotyczące konkretnych kosztów czy okoliczności wpływających na cenę oferty, co ułatwia wykonawcy przygotowanie wyjaśnień, a następnie zamawiającemu - ich ocenę. Jednocześnie jednak zamawiający nie mają obowiązku zawierać w wezwaniu do wykonawcy takich szczegółowych pytań odnoszących się do ceny jego oferty, gdyż z żadnego przepisu p.z.p. obowiązek taki nie wynika. Nawet jednak w przypadku skierowania do wykonawcy ogólnie sformułowanego wezwania, wykonawca ma obowiązek udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie okoliczności wymienionych w art. 224 ust. 3 p.z.p., a wyjaśnienia te powinny być spójne, rzetelne i wykazujące w przedstawionym zakresie prawidłowość kalkulacji ceny oferty".

Odwołujący podkreślił, że to wykonawcy powinno zależeć najbardziej na obaleniu domniemania, że spełnione zostały przesłanki rażąco niskiej ceny. Biorąc bowiem pod uwagę profesjonalny charakter wykonawców, którzy, co oczywiste, nie działają non profit i których aktywność biznesowa obliczona jest na wygenerowanie zysku, każdy wykonawca powinien bez względu na jakiekolwiek czynniki zewnętrzne dążyć do utrzymania swojego statusu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i ochrony złożonej oferty, wykazując tym samym brak błędów w jej przygotowaniu. Tymczasem udzielone przez wykonawcę PRD-M wyjaśnienia mają charakter ogólny, lakoniczny i zdecydowana większość użytych w ich treści argumentów nie wnosi nic do rzeczywistej oceny w zakresie poziomu ceny ofertowej. Nie sposób pominąć zdaniem Odwołującego, że wszelkie przedstawione przez PRD-M informacje mieszczą się właściwie na jednej stronie tekstu. Niezależnie jednak od obszerności Wyjaśnień (która nie jest przecież decydująca dla oceny czy wykonawca sprostał obaleniu domniemania rażąco niskiej ceny) kluczowe jest, że nie zawierają one właściwie żadnej merytorycznej, konkretnej, powiązanej z zaoferowaną ceną ofertową argumentacji, która mogłaby pozwolić Zamawiającemu ocenić czy możliwe jest wykonanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez PRD-M.

PRD-M złożył następujące oświadczenia:

1. Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych Sp. z o.o. w Jaśle oświadcza, że w złożonej ofercie uwzględniło wszystkie elementy związane z ofertowanym zakresem zgodnie z dokumentacją przetargową, STWIORB, które mają wpływ na wysokość oferty.

2. Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych Sp. z o.o. w Jaśle oświadcza, że cena oferty obejmuje rozwiązania odpowiadające założeniom przetargowym.

3. Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych Sp. z o.o. w Jaśle oświadcza, iż kwota ofertowa została wyliczona przy uwzględnieniu średnich stawek robocizny w naszym

przedsiębiorstwie, w którym wszyscy pracownicy pracują w oparciu o umowę o pracę i nie posiadają wynagrodzeń niższych, niż minimalne wynagrodzenie.

4. Jako profesjonalna firma, która od kilkudziesięciu lat działa w branży drogowej w regionie, posiadająca duży potencjał i dokonująca zakupów materiałów budowlanych i usług na dużą skalę, posiadamy szereg kontaktów handlowych bezpośrednio z producentami co pozwala na uzyskiwanie korzystnych cen na nabywane towary i usługi które znacznie odbiegają od dostępnych cen rynkowych stosowanych do sporządzenia kosztorysów inwestorskich.

5. W roku 2015 Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych Sp. z o.o. w Jaśle otrzymało dotację na zakup sprzętu: układarka mas bitumicznych, walec kombinowany, w kwocie razem 471 450,00 zł. Wpływa to na obniżenie kosztu pracy sprzętu. Jako dowód załączamy pismo Urzędu Marszałkowskiego informujące o przydzielonych środkach.

6. Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych Sp. z o.o. w Jaśle posiada własną bazę materiałową wraz z wytwórnię mieszanek mineralno bitumicznych. Wpływa to bezpośrednio na wysokość oferty poprzez obniżenie kosztów w związku z brakiem konieczności wynajmowania terenu pod place składowe oraz w związku z mniejszymi kosztami produkcji mieszanek mineralno bitumicznych.

W ocenie Odwołującego tego typu oświadczenia nie mają najmniejszego znaczenia z punktu widzenia oceny prawidłowości wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Obowiązkiem każdego wykonawcy jest bowiem uwzględnienie wszystkich aspektów wynikających z dokumentacji postepowania (pkt 1), zaoferowanie rozwiązań zgodnych z przedmiotem zamówienia (pkt 2), uwzględnienie wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz poziomów minimalnego wynagrodzenia (pkt 3). Podobnie deklaracja o posiadaniu kontaktów handlowych (pkt 4) stanowi okoliczność wspólną dla każdego profesjonalnego, działającego na danym rynku wykonawcy. Nie sposób zdaniem Odwołującego zgodzić się także, że za prawidłowością złożonych Wyjaśnień przemawiać może deklaracja o posiadaniu bazy materiałowej wraz z wytwórnią mieszanek mineralno bitumicznych (pkt 6), gdyż ponownie jest to okoliczność dostępna tak Odwołującemu, jak i wielu innym profesjonalnym wykonawcom, a ponadto PRD-M nie podejmuje nawet próby wykazania w jaki sposób wpływa to na cenę ofertową.

Odnośnie argumentu dot. otrzymania dotacji na zakup sprzętu (pkt 5) również w tym zakresie zdaniem Odwołującego brak jakichkolwiek konkretów, a PRD-M nie próbuje powiązać tej okoliczności (dotacja) z możliwością zrealizowania zamówienia za cenę zaoferowaną w Postępowaniu, zaś załączona do Wyjaśnień kopia pisma Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego w sprawie dotacji w ramach projektu realizowanego przez PRD-M stanowi jedyny dowód, jaki został dołączony do Wyjaśnień.

Taka sytuacja według Odwołującego nie może zostać uznana za spełniającą wymagania obciążające wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi domniemanie złożenia oferty rażąco niskiej. PRD-M nie wskazuje bowiem ani na oszczędności, jakie dzięki temu poczynił, ani nawet nie określa o jakie maszyny chodzi (wobec tak ogólnych deklaracji nie można nawet ustalić, czy sprzęt zakupiony w ramach dotacji będzie wykorzystywany w toku realizacji zamówienia). Na nieprzydatność tak konstruowanej argumentacji zwraca także zdaniem Odwołującego uwagę Izba w wyroku z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. KIO 1679/21: „Podkreślić przy tym 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 ceny".

Ponadto Odwołujący zauważa, że dotacja została udzielona w 2015 roku i po 8 latach nie może mieć tak znaczącego wpływu na koszty przedsiębiorstwa, jak miało to miejsce w 2016 czy 2017 roku, gdyż w tym momencie sprzęt ten generuje prawdopodobnie identyczne koszty, jak jednostki zakupione w tym czasie ze środków własnych (m.in. po tak długim czasie od zakupu jednostki te przechodzą coroczne remonty, których kosztów już dotacja nie obejmuje).

Na poparcie twierdzeń Odwołujący przywołał orzeczenie Izby z dnia 26 marca 2015 r. Sygn. KIO 499/15: „Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany – wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc. przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności". Podobnie w wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 r. Sygn. KIO 613/17 Izba stwierdza: „Sam fakt dysponowania

doświadczeniem, urządzeniami, czy też narzędziami nie jest bowiem niczym nowym i specyficznym, gdyż stanowi on w postaci warunków udziału w postępowaniu element sine qua non umożliwiający ubieganie się wykonawcy o zamówienie. Bez jego spełnienia nie istniałaby możliwość udzielenia zamówienia jakiemukolwiek wykonawcy - zatem nie może on stanowić uzasadnienia dla zaoferowania wynagrodzenia na poziomie odbiegającym o ponad 30% od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego oraz średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu ofert". Odwołujący zaznaczył, że w Wyjaśnieniach nie sposób doszukać się

wskazania jakiegokolwiek poziomu oszczędności wygenerowanej dzięki podnoszonym przez PRD-M argumentom.

Odwołujący podkreśla, że również argument wskazujący na zbliżone ceny konkurencyjnych wykonawców (co przemawiać ma za rynkowym charakterem wyceny) nie ma najmniejszego znaczenia w kontekście dokonywania oceny prawidłowości złożonych Wyjaśnień, gdyż zbieżność cenowa z ofertami innych wykonawców w żaden sposób nie zwalnia wykonawcy z obowiązku obalenia domniemania, iż cena ofertowa jest rażąco niska.

Odwołujący wskazał, że celem procedury wyjaśniającej jest przedstawienie szczegółowego i konkretnego uzasadnienia, tymczasem Wyjaśniania PRD-M są tego całkowitym zaprzeczeniem i stanowią egzemplifikację wyjaśnień lakonicznych i ogólnych, w konsekwencji zaś zaakceptowanie udzielonych przez PRD-M Wyjaśnień dowodzi, że Zamawiający traktuje procedurę wyjaśniającą w zakresie rażąco niskiej ceny jako czynność pozorną, czy wręcz jako pozbawiony znaczenia formalizm. Z takim zapatrywaniem Odwołujący się nie zgadza, niezależnie bowiem od wartości zamówienia, różnic cenowych czy innych okoliczności, obowiązkiem każdego wykonawcy, w stosunku do którego zachodzi podejrzenie złożenia oferty rażąco niskiej, zachodzi obowiązek złożenia wyjaśnień konkretnych, precyzyjnych oraz popartych dowodami.

W opinii Odwołującego przeprowadzona przez Zamawiającego procedura wyjaśniająca w zakresie rażąco niskiej ceny jest całkowitym zaprzeczeniem jej faktycznego celu i sposobu jej należytego przeprowadzenia, co oddaje m. in. orzeczenie Izby z dnia 7 lipca 2021 r., sygn. KIO 1481/21: „Celem postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia - procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca w ramach odpowiedzi na wezwanie powinien przedłożyć wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 224 ust. 5 p.z.p.), ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt 8w. zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p."

Wobec powyższego, biorąc pod uwagę złożone Wyjaśnienia oraz załączone do nich dowody, Zamawiający powinien zdaniem Odwołującego uznać, że PRD-M nie wywiązał się z obowiązku, o którym mowa w art. 224 ust. 5 Pzp, doszło do ziszczenia się sytuacji opisanej art. 224 ust. 6 Pzp, a zatem oferta PRD-M powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Na marginesie Odwołujący podniósł (kierując się daleko posuniętą ostrożnością), że w niniejszej sprawie nie zmaterializowały się jakiekolwiek podstawy do wezwania PRD-M do uszczegółowienia złożonych Wyjaśnień. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej niedopuszczalne jest powtarzanie procedury wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce zwłaszcza w przypadku, kiedy wyjaśnienia wykonawcy są lakoniczne, ogólne, niepoparte dowodami i odbiegają od istoty ceny rażąco niskiej, co ma miejsce w niniejszym Postępowaniu. W wyroku z dnia 26 marca 2019 r. sygn. KIO 431/19 potwierdzono powyższe, stwierdzając, że: „Ponowienie wezwania nie może stanowić ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć". Podobnie trafnie odniesiono się do tego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2019 r sygn. KIO 2637/18.: „Nie można jednak oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, nie wywiązuje się ze spoczywającego na nim obowiązku, składając wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne gołosłowne".

Zakaz kierowania do wykonawców kilkukrotnie wezwań do złożenia wyjaśnień można zdaniem Odwołującego wywnioskować z art. 224 Pzp w zw. z art. 16 Pzp. Za zgodne z dochowaniem zasady uczciwej konkurencji należy uznać bowiem ograniczenie do jednokrotności wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Nie sposób bowiem przyjąć, że działaniem poprawnym Zamawiającego byłyby dowolne i nieograniczone wzywania wykonawców do składania wyjaśnień. Zarówno zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i zasada szybkości i ekonomiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzasadniają wniosek, że ponowienie wezwania musi być w sposób szczególny uzasadnione, gdyż niesie ze sobą ryzyko do szerokich nadużyć, w tym do potencjalnej faworyzacji określonego grona wykonawców oraz nieuzasadnionego przedłużania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego biorąc pod uwagę, że PRD-M nie przedstawił żadnych rzetelnych wyjaśnień czy dowodów na obalenie domniemania ceny rażąco niskiej, należy kategorycznie stwierdzić, że oferta wykonawcy PRD-M podlega odrzuceniu bez możliwości jej sanowania.

W dniu 19 kwietnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem IV ust. 1 SWZ „Przebudowa drogi gminnej nr 250892K w km 0+016 do km 0+492 w miejscowości Wola Dębińska, Gmina Dębno". Przedmiotem inwestycji jest rozbudowa istniejącej drogi gminnej dojazdowej, wykonanie kanalizacji deszczowej i kanału technologicznego oraz wykonanie zjazdu z dr krajowej nr 94".

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału XV SWZ

1. Wykonawca określi cenę oferty brutto (zawierającą należny podatek VAT — należy wskazać jego wysokość w %) w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku wg załączonego Formularza Oferty (załącznik nr 1 do SWZ).

2. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

Z kolei w rozdziale XV ust. 6 SWZ Zamawiający ustalił, że obowiązującym rodzajem wynagrodzenia w przedmiotowym zamówieniu jest wynagrodzenie kosztorysowe. Cena musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania, wynikające wprost z kosztorysu ślepego

oraz dokumentacji załączonej do postępowania jak również następujące koszty: wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, projektu organizacji placu budowy wraz z jego późniejszą likwidacją, koszty utrzymania zaplecza budowy, koszty związane z odbiorami wykonanych robót, oraz inne koszty wynikające z umowy, której wzór stanowi załącznik nr 2 do SWZ.

W Rozdziale XIV ust. 3 SWZ wskazano, że wraz z ofertą Wykonawca zobowiązany jest złożyć wycenione kosztorysy ofertowe których suma stanowi wartość oferty.

Wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania wynosiła 4 587 491,82 zł brutto.

W Postępowaniu zostały złożone trzy oferty:

1) Odwołującego - wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S. A. z siedzibą w

Dębicy za łączną cenę brutto 3 361 709,63 zł;

2) wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych sp. z o. o. S. A. z siedzibą w

Jaśle za łączną cenę brutto 3 188 833,65 zł;

3) wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu za łączną

cenę brutto 3 882 404,30 zł;

Zamawiający pismem z dnia 31 marca 2023 r. wezwał wykonawcę PRD-M do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, z uwagi na to, że całkowita cena jego oferty była niższa o 30,49% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

W piśmie z dnia 4 kwietnia 2023 r. PRD-M udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz przedłożył dowód potwierdzający otrzymanie pomocy publicznej.

W dniu 7 kwietnia 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez PRD-M i poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy.

Biorąc pod uwagę poczynione w toku postepowania ustalenia Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba przytoczy przepisy ustawy Pzp będące podstawą orzekania.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny".

Stosownie do art. 224 ust. 1 ustawy 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".

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia".

Z kolei art. 239 ustawy Pzp stanowi, że „1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem".

Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Z art. 537 ustawy Pzp wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny. Przepis art. 537 pkt 1 ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania ciężar dowodowy (wyrok z dnia 29 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 198/16, podobnie w wyrokach: z dnia 15 kwietnia 2016 r. sygn. akt 474/16, z dnia 18 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16).

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że warunkiem wykazania niezgodności z ustawą zachowania Zamawiającego w odniesieniu do zarzutów odwołania, jest wykazanie przez Odwołującego (zgodnie z ciężarem dowodzenia wynikającym z zasad ogólnych, także z uwzględnieniem art. 537 pkt 1 Ustawy) istnienia rażąco niskiej ceny w zakresie czy to w odniesieniu ceny całkowitej zaoferowanej przez PRD-M, czy też cen jednostkowych dla poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego – nierealności, nierynkowości wyceny w tym zakresie, która wpływa na cenę ofertową powodując, że jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania zamówienia w tym zakresie, czemu odwołanie nie sprostało.

Odwołujący w niniejszym stanie faktycznym wskazuje jedynie, że złożone przez Wykonawcę PRD-M wyjaśnienia są lakoniczne, ogólnikowe i nienależycie uzasadnione. Całość uwagi i argumentacji zawartej w odwołaniu odnosi się do wykazania jak rozkłada się ciężar dowodowy w zakresie rażąco niskiej ceny i z jakich powodów w ocenie Odwołującego wykonawca PRD-M temu ciężarowi nie sprostał. Natomiast w żaden sposób nie wykazał, dlaczego przyjęta przez wykonawcę PRD-M cena całkowita czy też poszczególne ceny jednostkowe zawarte w szczegółowym kosztorysie ofertowym są zaniżone. Nie jest wiadome, na jakich wyliczeniach Odwołujący opiera swoje stanowisko co do poziomu zaproponowanych przez wykonawcę PRD-M cen, a także jakie założenia zostały przyjęte przy ich kalkulacji. Co więcej Odwołujący nie wskazuje w żadnym miejscu, które z zaoferowanych przez wykonawcę PRD-M w kosztorysie ofertowym cen za wykonanie robót czy cen materiałów zostały skalkulowane poniżej w sposób rażąco niski, odbiegający od warunków rynkowych i jakie są wartości referencyjne. Odwołujący nie przedstawił także żadnych wyliczeń dotyczących kosztów robocizny, materiałów, czy też transportu, jak również nie wskazał w zakresie których pozycji kosztorysowych, czy cenie całkowitej zostały one pominięte przez wykonawcę PRD-M. Pomimo że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, zgodnie z art. 224 ust. 5 oraz art. 537 pkt 1 ustawy Pzp, Odwołujący nie może pozostawać całkowicie bierny w postępowaniu dowodowym. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem spornym, a z jego istoty wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wskazywania dowodów na poparcie twierdzeń, z których wywodzą określone skutki prawne. To oznacza, że wykonawca kwestionujący ofertę konkurencyjnego wykonawcy, w tym przypadku co do ceny, nie może poprzestać na gołosłownym zanegowaniu prawidłowości ceny tej oferty, bez poparcia ich szczegółowymi danymi, wyliczeniami czy kalkulacjami.

Przywoływane w uzasadnieniu odwołania argumenty nie odnoszą się zaś do ceny zawartej o ofercie, w tym do cen za poszczególne prace czy materiały które w rozbiciu na ceny jednostkowe zostały zawarte w kosztorysie ofertowym, lecz sprowadzały się do oceny czynności wykonawcy PRD-M w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności złożonych przez niego wyjaśnień. O ile należy się zgodzić z Odwołującym, że treść złożonych przez wykonawcę PRD-M została sformułowana w sposób ogólny, to jednak Odwołujący stawiając Zamawiającemu zarzut nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień poza odmienną oceną ich treści winien wykazać, że w świetle tych wyjaśnień, a także pozostałych dokumentów postępowania (w tym kalkulacją ofertową zawartą w kosztorysie ofertowym) cena lub jej poszczególne elementy nie zawierają wszystkich niezbędnych kosztów (w tym w szczególności wskazanych w Rozdziale XV ust. 6 SWZ) lub że koszty te zostały skalkulowane w sposób naruszający przepisy i zasady prawa zamówień publicznych. Tymczasem jak wskazano powyżej okoliczności faktyczne przywołane przez Odwołującego w żadnym stopniu takich elementów nie zawierają.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem, odwołanie rozpoznaje jedynie w granicach podniesionych

zarzutów. Zarzuty należy rozumieć przy tym jako wskazanie naruszonych przepisów prawa, ale też okoliczności faktycznych stanowiących o naruszeniu. Izba nie jest zatem uprawniona do dążenia do ustalenia prawdy obiektywnej, a orzeka w oparciu o argumenty i dowody zaprezentowane przez strony. Mając na uwadze zatem, że Odwołujący – jak wskazano wcześniej – nie przedstawił jakichkolwiek okoliczności faktycznych, które podważałyby prawidłowość czynności zamawiającego kwestionowanych w treści stawianych zarzutów.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..……