Sygn. akt: KIO 2288/24

WYROK

Warszawa, dnia 18 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2024 r. przez wykonawcę LIBUD Asfalty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czeladzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Będziński

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: DROGOPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Powiatowi Będzińskiemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego LIBUD Asfalty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czeladzi oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Powiat Będziński i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, kwotę 473 zł 00 gr (słownie: czterysta siedemdziesiąt trzy złote zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na rozprawę oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
   2.2. zasądza od zamawiającego Powiatu Będzińskiego na rzecz odwołującego LIBUD Asfalty Spółka zograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czeladzi kwotę 14 090 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy dziewięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:…….…….....

Sygn. akt: KIO 2288/24

Uzasadnienie

Zamawiający Powiat Będziński (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym na roboty budowlane pn. „Wykonanie zadania w systemie zaprojektuj i wybuduj dla inwestycji pn.: Modernizacja drogi powiatowej 4700S – ul. Jana III Sobieskiego w Wojkowicach – etap II Inwestycja dofinansowana z Rządowego Funduszu POLSKI ŁAD: PROGRAM INWESTYCJI STRATEGICZNYCH" (nr ref. ZP.272.14.2(Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 maja 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00323573. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 1 lipca 2024 r. wykonawca LIBUD Asfalty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czeladzi (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy DROGOPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Przystępujący") oraz wobec zaniechania czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, jako oferty z rażąco niską ceną, podczas gdy jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia i spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego, w tym w szczególności nie stanowi oferty z rażąco niską cena, a w konsekwencji art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie

przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w tym wadliwe zaniechanie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a także nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący podniósł, że podstawą odrzucenia oferty zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp jest bezpośrednie stwierdzenie, że rażąco niska cena rzeczywiście wystąpiła, lub brak złożenia wymaganych wyjaśnień w tym zakresie, a także stwierdzenie, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Ze względu na rygorystyczne skutki, jakie mogą się wiązać z wystosowanym przez zamawiającego wezwaniem, powinno ono określać w sposób szczegółowy wymagania dla wykonawcy w zakresie złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny. Zamawiający w szczególności może wymienić w wezwaniu, jakich konkretnie informacji potrzebuje oraz jakich dowodów na ich potwierdzenie wymaga. Do dobrych praktyk należy np. wymienienie konkretnych pozycji cenowych/cen jednostkowych, które w ocenie zamawiającego wzbudzają wątpliwości co do ich prawidłowego skalkulowania. Obowiązek zamawiającego precyzyjnego sformułowania wezwania w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty potwierdza liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (w odwołaniu wskazano przykładowe wyroki). Odwołujący nie kwestionuje, że ziściła się przesłanka wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, iż cena zaoferowana przez Odwołującego co prawda nie była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, ale była niższa od średniej arytmetycznej cen złożonych w postępowaniu ofert. Natomiast wzywając Odwołującego do wyjaśnień pismem z dnia 3 czerwca 2024 r., Zamawiający powinien był szczegółowo i precyzyjnie określić, czego oczekuje – wykonawca bowiem nie może się domyślać, jakich informacji i danych Zamawiający oczekuje. Zdaniem odwołującego treść wezwania była blankietowa, powielająca w zasadzie treść art. 224 ust. 3 pkt 1, 2, 4 i 6 ustawy Pzp przy czym z przepisu art. 224 ust. 4 ustawy Pzp wynika, że żądanie wyjaśnień co do zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego stanowi minimalny zakres tematyczny w takim wezwaniu. Niezrozumiałym zdaniem Odwołującego jest pominięcie w wezwaniu zagadnienia oryginalności robot budowlanych oferowanych przez wykonawcę (art. 224 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp) z jednoczesnym zawarciem stwierdzenia - w skądinąd ogólnikowym - uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego, iż wykonawca nie wykazał, że wskazane okoliczności są wyjątkowe i niedostępne innym wykonawcom biorącym udział w postepowaniu.

W ocenie Odwołującego w okolicznościach sprawy nie sposób stwierdzić, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są ogólnikowe czy lakoniczne, bowiem w treści wezwania Zamawiający nie określił stopnia ich szczegółowości i nie wskazał jakich konkretnie informacji Zamawiający oczekuje w złożonych wyjaśnieniach. Skoro pytanie Zamawiającego nie odnosi się do konkretnych elementów oferty wykonawcy - tych elementów które mogą budzić wątpliwości Zamawiającego - i jest ono w swej treści ogólnym zapytaniem, to w konsekwencji nieuprawnionym jest stawianie wykonawcy zarzutu, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są ogólnikowe i nie zostały poparte żadnymi dowodami. Odwołujący zwrócił uwagę, że w wyjaśnieniach wskazał te elementy, które w jego ocenie należy uznać za istotne z punktu widzenia zaoferowanej ceny, tj. brak podwykonawców, zdolność do samodzielnego wykonania zamówienia, przedłożono wiążące oferty od poszczególnych dostawców materiałów, stanowiące korzystne warunki zakupu towaru, dysponowanie wytwórnią betonu we własnej siedzibie, oszczędności z tytułu posiadanego w zasobach własnych parku maszynowego wraz z jego zestawieniem, dysponowanie bezpośrednie wykwalifikowaną etatową kadrą pracowniczą, której zapewnione jest wynagrodzenie zgodne z obowiązującymi aktualnie w tym zakresie przepisami prawa. Biorąc pod uwagę powyższe w kontekście treści wystosowanego wezwania nie sposób stwierdzić, że wykonawca nie zastosował się do wezwania Zamawiającego i przedstawił wyjaśnienia niegodne z jego oczekiwaniami, a także takie, które pozwalają na odrzucenie jego oferty z powodu ich ogólnikowości lub braku dowodów. W ocenie Odwołującego, sytuacja jest odwrotna. To Zamawiający całkowicie ogólnie stwierdził, że ocena złożonych dokumentów utwierdza go przekonaniu, że wykonawca nie przedstawił dowodów potwierdzających brak rażąco niskiej ceny, co uzasadniać ma odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. W szczególności, wykonawca nie jest w stanie stwierdzić, który aspekt składników zaoferowanej ceny, w ocenie Zamawiającego, zawiera cenę rażąco niską lub został przez wykonawcę pominięty, podczas gdy zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający podając podstawy faktyczne odrzucenia oferty powinien wskazać jaka treść złożonej oferty nie odpowiada jakiej treści SWZ, ponieważ wykonawca, znając powody odrzucenia złożonej przez siebie oferty, może albo z nimi się zgodzić, albo polemizować z nimi w drodze środków ochrony prawnej (Odwołujący powołał się w tym zakresie na orzecznictwo). Stwierdził, że jest to zasada uniwersalna, dająca się odnieść do każdego rozstrzygnięcia zamawiającego, które jest komunikowane wykonawcom.

Odwołujący zauważył także, że zgodnie z utrwalonym poglądem dopuszczalnym jest wezwanie skierowane do

wykonawcy mające służyć doprecyzowaniu lub konkretyzacji wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przywołał przykładowe Orzecznictwo. Wskazał, że ponieważ przedmiotem postępowania są roboty budowlane, wykonawca w treści wyjaśnień odniósł się szczegółowo do kosztów materiałowych oraz sprzętowych, gdyż stanowią one najistotniejsze elementy cenotwórcze. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie procedura wyjaśnianie wątpliwości związanych z kształtowaniem wynagrodzenia jest bardzo specyficznym rozwiązaniem mającym na celu wyeliminowanie z procedury ubiegania się o zamówienie publiczne ofert zawierających cenę na rażąco niskim poziomie, a więc cenę skalkulowaną w sposób nieprawidłowy, nierealny w sposób oczywisty i nieuwzględniający wszystkich czynników cenotwórczych. Takiej eliminacji nie powinny podlegać oferty zawierające ceny niskie, jednakże możliwe do uzyskania w standardowym procesie ofertowania i gwarantujące należyte spełnienie świadczenia. Wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego były adekwatne do treści wezwania. Zamawiający wyartykułował jakie elementy mające wpływ na wysokość ceny winny zostać objęte wyjaśnieniem, a Odwołujący precyzyjnie odpowiedział na zadane pytania, przedstawiając istotne elementy kalkulacji ceny, które potwierdziły jej realność.

Powyższe uchybienia zdaniem Odwołującego stanowią także naruszenie art. 16 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający nie przeprowadził postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto dokonał wyboru oferty Przystępującego, która nie jest ofertą najkorzystniejszą. Reasumując powyższe Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w *petitum* oraz wynikających z odwołania przepisów, które doprowadziły do niezgodnego z prawem wyboru oferty. Sformułowane zarzuty należy uznać za zasadne, a wnioski postawione na wstępie za konieczne i w pełni uzasadnione.

Zamawiający w dniu 15 lipca 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W piśmie przedstawiono stanowisko analogiczne jak w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego. Dodatkowo, odnosząc się do zarzutów, Zamawiający podniósł, że może sformułować wezwanie do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w sposób szczegółowy i zadać wykonawcy pytania dotyczące konkretnych kosztów czy okoliczności wpływających na cenę oferty. Jednocześnie jednak zamawiający nie ma obowiązku zawierać w wezwaniu do wykonawcy takich szczegółowych pytań odnoszących się do ceny jego oferty, gdyż z żadnego przepisu ustawy Pzp obowiązek taki nie wynika. Zamawiający wskazał, że zadanie będące przedmiotem nin. postępowania prowadzone jest w formule zaprojektuj i wybuduj z wynagrodzeniem ryczałtowym. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, gdzie zamawiający nie żądał kosztorysu ofertowego, badanie rażąco niskiej ceny odnosi się do ceny oferty, nie zaś jej istotnych części składowych. Zbyt szczegółowe wezwanie do wyjaśnień ceny może stanowić nadmierną uciążliwość dla wykonawcy lub nawet może zostać uznane za nielegalne działanie zamawiającego. Formułując treść wezwania, a następnie oceniając złożone wyjaśnienia zamawiający winni wystrzegać się nazbyt szczegółowo sformułowanych schematów, które narzucają wykonawcy udzielenie wyjaśnień w ściśle określonej formie. Zamawiający podkreślił, że cena ryczałtowa nie może stanowić pretekstu dla wykonawcy do nie ujawniania kalkulacji oraz poprzestawania na ogólnikowych twierdzeniach. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia – bez względu na budowę kosztorysową czy ryczałtową wynagrodzenia – powinny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zamawiający wskazał, że ma prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, ale ma też obowiązek mieć na uwadze treść art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W świetle tych zasad zamawiający może ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, ale jedynie wtedy, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka a nie inna cena oferty. Udzielenie takich wyjaśnień (ogólnych i lakonicznych, nic nie wnoszących do sprawy) należy uznać w istocie za brak udzielenia wyjaśnień, zaś ponowienie prośby o ich złożenie - za naruszające art. 16 pkt 1 ustawy Pzp „danie wykonawcy drugiej szansy" (Zamawiający w tym zakresie powołał się na orzecznictwo). Zauważył, że zgodnie z art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył. Zdaniem zamawiającego z argumentacji odwołania oraz złożonych dowodów nie wynika, iż skalkulowana cena jest prawidłowa i nie jest rażąco niska. Przeciwnie Odwołujący skupia się na udowadnianiu, iż nie wie co miałby wyjaśnić w swojej wewnętrznej kalkulacji, która doprowadziła do złożenia oferty. Zamawiający, w ślad za orzecznictwem podniósł, że ogólne wezwanie nie zwalnia wykonawcy z obowiązku złożenia wyjaśnień, które będą potwierdzać realność ceny jego oferty. W przypadku takiego ogólnego wezwania wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia w takim zakresie, jaki sam uznaje za istotny dla wyliczenia ceny oferty i w tym zakresie wyjaśnienia te powinny być szczegółowe, rzetelne, spójne oraz poparte dowodami. Innymi

słowy: nawet jeśli zamawiający w wezwaniu nie sprecyzuje kwestii wymagających wyjaśnień i wykonawca sam będzie musiał zdecydować, które okoliczności wpływają na sposób wyliczenia ceny jego oferty w takim stopniu, że powinny zostać wyjaśnione, to w zakresie tych właśnie okoliczności jego wyjaśnienia powinny być szczegółowe, rzetelne, spójne oraz poparte dowodami. Jeżeli po uzyskaniu takich wyjaśnień zamawiający uzna, że jakaś kwestia w dalszym ciągu wymaga doprecyzowania lub uzupełnienia, powinien wezwać wykonawcę do sprecyzowania lub uzupełnienia tej właśnie kwestii. Jeżeli natomiast wyjaśnienia są ogólne, niespójne, niedające obrazu, skąd wzięła się taka, a nie inna cena oferty i nie są poparte dowodami, zamawiający nie ma podstaw do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień i dawania w ten sposób temu wykonawcy „drugiej szansy". Zdaniem Zamawiającego złożone wyjaśnienia przez wykonawcę pozostają na tyle ogólne, że z ich treści nie sposób wywieść konkretnego wpływu na ukształtowanie ceny ofertowej, a zatem uznać iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W zasadzie wymagają one dodatkowego wyjaśnienia oraz uszczegółowienia we wszystkich przedstawionych aspektach.

W dniu 18 lipca 2024 r. pismo procesowe w sprawie złożył Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę DROGOPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot, który wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, oferty wykonawców, wezwanie skierowane do Odwołującego dotyczące wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz wyjaśnienia złożone przez Odwołującego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, tj. korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z Odwołującym w zakresie wyliczenia ceny (wezwania i wyjaśnienia) w czterech innych postępowaniach, na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, podane przez Odwołującego do protokołu.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie dokumentacji projektowej oraz przebudowy drogi na odcinku około 650mb (od ronda w kierunku skrzyżowania z ul. Skłodowskiej-Curie) obejmującej m.in.:

–modernizację warstw bitumicznych jezdni (wymiana istniejących) – nowa nawierzchnia bitumiczna – w-wa wyrównawcza o zmiennej grubości, warstwa wiążąca 6cm i ścieralna 4cm – wymianę obustronnych krawężników,
–remont nawierzchni zjazdów (w miarę potrzeby),
–przebukowanie chodników w niezbędnym zakresie,
–budowę dodatkowych wpustów ulicznych wraz z odcinkiem sieci kanalizacji deszczowej,
–regulację pionową kratek i włazów kanalizacyjnych,
–odtworzenie oznakowania poziomego (grubowarstwowe chemoutwardzalne).

Szczegółowy zakres prac określono w programie funkcjonalno-użytkowym stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ.

Zgodnie z Rozdziałem X SWZ wykonawca miał podać cenę ofertową na formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ. W pkt 2 wskazano, że cena oferty, to cena ryczałtowa, która nie podlega zmianie w czasie trwania umowy, a która należy obliczyć uwzględniając wszelkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia wynikające z PFU stanowiącego załącznik nr 4 oraz istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy, określonych w załączniku nr 5 do SWZ. W pkt 3 wskazano, że wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje ryzyko wykonawcy i jego odpowiedzialność za prawidłowe oszacowanie ilości usług i robót budowalnych koniecznych do wykonania kompletnego przedmiotu umowy. Podwyższenie wysokości wynagrodzenia ryczałtowego jest dopuszczalne wyłącznie w przypadkach określonych w przepisie art. 632 k.c., oraz projektowanych postanowieniach umowy. Z kolei w pkt 4 wskazano, że wynagrodzenie obejmuje kompleksową realizację przedmiotu umowy wraz z uzyskaniem materiałów wyjściowych do

projektowania, wyposażeniem stałym, uzyskaniem wszelkich wymaganych prawem zatwierdzeń, uzgodnień, opinii i pozwoleń niezbędnych do realizacji dokumentacji projektowej, zapewnieniem sprawdzenia dokumentacji projektowej pod względem zgodności z obowiązującymi przepisami techniczno-budowlanymi oraz jej kompletności, "konania niezbędnych ekspertyz i ocen technicznych koniecznych do wykonania dokumentacji projektowej, zapewnienia nadzoru autorskiego projektantów w trakcie realizacji robót budowlanych, nadto z materiałami i wyposażeniem stałym, kosztami ubezpieczeń, kosztami zużycia wody i energii elektrycznej, kosztami montażu tablic informacyjno/pamiątkowych (ilość tablic oraz wzór tekstu należy uzgodnić z Zamawiającym) oraz wszelkimi kosztami związanymi z przekazaniem do użytkowania i sporządzeniem dokumentacji powykonawczej (w tym w szczególności: zapewnienia nadzorów technicznych, specjalistycznych i odbiorów przez odpowiednie służby i innych koniecznych - w trakcie prowadzenia robót i po ich wykonaniu) oraz inne koszty niezbędne do realizacji kompletnego przedmiotu zamówienia realizowanego w systemie zaprojektuj i wybuduj. Zgodnie z pkt 6 cena za wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 4% wartości ogólnej zamówienia (brutto) zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym.

W postępowaniu wpłynęło 6 ofert, w tym oferta Odwołującego z ceną 1 689 000 zł oraz oferta Przystępującego z ceną 1 943 695,90 zł.

Zamawiający pismem z dnia 3 czerwca 2024 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, dotyczących ceny oferty przedstawionej w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający szacował wartość przedmiotu zamówienia, która wynosi 2 027 851,71 zł brutto. W wyniku badania ofert Zamawiający stwierdził, że cena Państwa oferty jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 4) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. W pouczeniu wskazano, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Zamawiający poinformował, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a podstawę do odrzucenia stanowi art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący w piśmie z 10 czerwca 2024 r. złożył wyjaśnienia, wskazując, co następuje:

„W odpowiedzi na wezwanie z dnia 03.06.2024 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty w w/w postępowaniu przetargowym informujemy, iż Libud Asfalty Sp. z o.o. (dalej również Spółka lub Libud Asfalty), funkcjonuje na rynku od 2015 roku i w związku z tym nabyliśmy już duże doświadczenie na rynku budowlanym. Na wstępie oświadczam, że oferta jest realna i jest rzetelnie wyliczoną ceną zamówienia, za którą jesteśmy w stanie wykonać zakres prac zgodnie z wymogami SWZ, w tym warunkami umowy, zasadami sztuki budowlanej, a także w oparciu o wieloletnie doświadczenie bez obniżania jakości wykonywanych przez nas robót.

W orzecznictwie wskazuje się, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę nie byłoby dla niego opłacalne (wyrok KIO z dn. 18.06.2009 r., sygn. akt KIO/UZP/717/09). Ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Dla uznania, iż cena jest ceną rażąco niską, koniecznym jest również wskazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez Wykonawcę (wyrok KIO z dn. 05.04.2012 r. sygn. akt KIO/UZP 560/12). Zgodnie z postanowieniami SWZ, Spółka w cenie ofertowej skalkulowała wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z wymagań SWZ oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami dotyczącymi realizacji przedmiotu Zamówienia.

Cena nasza zawiera wszystkie niezbędne koszty wymagane dla prawidłowej i rzetelnej realizacji zamówienia, a tym samym nie stanowi ceny rażąco niskiej.

1.DOSTAWY

Z uwagi na to, że Spółka funkcjonuje na rynku już od 2015 roku, posiada swoich stałych dostawców materiałów, dzięki czemu możemy liczyć na konkurencyjne ceny. Podczas przygotowywania oferty cenowej do w/w przetargu Libud Asfalty dokonał rozeznania cen materiałów i wybrane zostały najkorzystniejsze oferty od firm nastawiających się na mniejszy zysk w celu utrzymania kontrahentów, z jednoczesnym zachowaniem należytej jakości oferowanych materiałów. W załączeniu przedkładam oferty złożone Spółce przez dostawców materiałów, które stanowią dowód świadczący o zgodności oferty z warunkami rynkowymi:

- mieszanka mineralno – bitumiczna – oferta z Masfalt Sp. z o.o.
- galanteria betonowa – oferta z HTI BP Sp. z o.o. Śląsk Sp. K.
- kationowa emulsja asfaltowa – oferta z Emul – King Sp. z o.o. Sp.K.
- kruszywo dolomitowe – oferta z PW Promag Sp. z o.o.
- wiata przystankowa – oferta z Budotechnika Sp. z o.o.

Powyższe oferty cenowe obowiązują do dnia dzisiejszego i zostały wkalkulowane w ofertę złożoną w niniejszym postępowaniu. Dostawcy gwarantują punktualne dostawy zamówionych materiałów zgodnie z założonym harmonogramem. Przedłożone oferty uwidaczniają elementy cenotwórcze składające się na ofertę Wykonawcy złożoną w postępowaniu przetargowym, oraz potwierdzają wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy.

2.PROCES PRODUKCJI I ZASOBY WŁASNE

Wskazujemy, że przy realizacji niniejszego zamówienia nie będziemy korzystać z podwykonawców i całość zadania zrealizujemy siłami własnymi, co w znaczny sposób ograniczy dodatkowe koszty pośrednie, a co za tym idzie – umożliwi Libud Asfalty zrealizowanie zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zatrudnienie pracowników na podstawie umowy o pracę zapewniające pełną zgodność z wymogiem wskazanym w SWZ powoduje również, że koszty osobowe są stałe i przewidywalne w całym okresie realizacji zamówienia.

Posiadamy również stałą, przeszkoloną i doświadczoną kadrę pracowniczą co również sprzyja należytemu realizowaniu powierzonych nam zamówień.

Poza tym informujemy, iż Libud Asfalty Sp. z o.o. posiada tytuł prawny do użytkowania wytwórni betonu w siedzibie firmy i jesteśmy w stanie wyprodukować wszystkie klasy betonu i podsypek piaskowo – cementowych w stosunkowo niskich cenach z uwagi na wspomnianą samowystarczalność i możliwość ograniczenia kosztów pośrednich, takich jak marża producentów betonu. Produkcja betonu we własnym zakresie znacznie obniża koszty wykonania Zamówienia, co pozwala na zaoferowanie konkurencyjnej ceny.

Posiadamy również własny park maszynowy oraz cały niezbędny sprzęt, pozwalający prawidłowo zrealizować zadanie, m.in.:

- samochody ciężarowe – 4 szt.;
- samochody dostawcze – 5 szt.;
- walec wibracyjny i statyczny samojezdny – 2 szt. (3,5 t oraz 8,4 t);
- koparka Case 580SR – 2 szt.;
- koparka Atlas Terex 1305M + młot – 1 szt.;
- koparka Volvo EC160DL – 1 szt.;
- koparka Komatsu PC 138US-10 – 1 szt.;
- zagęszczarka – 5 szt.;
- ładowarka Volvo – 1 szt.;
- zamiatarka – 1 szt.;
- skrapiarka – 1 szt.;
- rozkładarka mas bitumicznych VOLVO 6820 – 1 szt.;
- naczepa ciężarowa Beger – 1 szt.;
- naczepa wywrotka Mega – 1 szt.;
- ciągnik samochodowy Man – 1 szt.;
- drobny sprzęt (pilarka spalinowa, przecinarki, ubijaki).

Wskazujemy, że brak konieczności interwencyjnego najmu powyższego sprzętu na potrzeby wykonania Zamówienia wpływa korzystnie na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny, ponieważ odpada w całości koszt wynajmu.

Posiadane zasoby własne bezpośrednio przekładają się na oszczędności w metodzie wykonania zamówienia

3.KOSZTY PRACY

Oświadczamy, iż cena ofertowa uwzględnia koszty pracy, której minimalna stawka wynosi obecnie, począwszy od 1 stycznia 2024 r. 4242,00 zł brutto miesięcznie, natomiast minimalna stawka godzinowa w wysokości 27,70 zł brutto, a zatem nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10

października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Libud Asfalty uwzględnił również w ofercie podwyższenie wynagrodzenia minimalnego od 1 lipca 2024 r.

4.ZGODNOŚĆ Z PRZEPISAMI Z ZAKRESU PRAWA PRACY I ZABEZPIECZENIA SPOŁECZNEGO, PRZEP ZAKRESU OCHRONY ŚRODOWISKA ORAZ ZGODNOŚĆ Z PRAWEM W ROZUMIENIU PRZEPIS POSTĘPOWANIU W SPRAWACH DOTYCZĄCYCHC POMOCY PUBLICZNEJ.

Oświadczamy, że oferta jest zgodna z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Osoby zaangażowane w realizację zamówienia z ramienia spółki są bowiem zatrudnione w spółce na podstawie umowy o pracę, za wyjątkiem kierownika budowy, który, w ramach własnej działalności gospodarczej, prowadzonej pod firmą P.P.U.H. „TADAL" J.S., współpracuje ze Spółką na podstawie pisemnej umowy zlecenia.

Oświadczam jednocześnie, iż spółka odprowadza z tytułu wspomnianych umów należne daniny publiczne, w tym w szczególności składki zdrowotne i składki na ubezpieczenie społeczne. W trakcie wykonywania robót są również spełnione wszelkie normy BHP. Jednocześnie oświadczamy, że złożona oferta jest zgodna z przepisami o ochronie środowiska i przepisami o postępowaniu w sprawach dot. pomocy publicznej.

W związku z powyższym potwierdzamy cenę ofertową i oświadczamy, iż jesteśmy w stanie wykonać zamówienia pn.: „Modernizacja drogi powiatowej 4700S – ul. Jana III Sobieskiego w Wojkowicach – etap II" za zaoferowaną cenę (realną, ekwiwalentną, rynkową), zgodnie z obowiązującymi przepisami. Ufamy, że załączone dokumenty i udzielone wyjaśnienia rozwieją wszelkie wątpliwości w odniesieniu do realności naszej oferty."

Do wyjaśnień dodano załączniki: 1) oferta Masfalt Sp. z o.o., 2) oferta HTI BP Sp. z o.o. Śląsk Sp. K., 3) oferta Emu – King Sp. z o.o. Sp. K., 4) oferta PW Promag Sp. z o.o., 5) oferta Budotechnika Sp. z o.o.

Zamawiający w piśmie z 26 czerwca 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał:

„Pismem z dnia 03.06.2024 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, w tym do złożenia dowodów potwierdzających sposób wyliczenia ceny złożonej oferty. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca złożył jedynie ogólnikowe wyjaśnienia wraz z ofertami handlowymi, które uzyskał, w żaden sposób nie wykazując, że wskazane okoliczności są wyjątkowe i niedostępne innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu.

Wyjaśnienia wykonawcy dotyczące podejrzenia rażąco niskiej ceny składane w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym na podstawie przepisów ustawy muszą zawierać wskazanie konkretnych czynników, które umożliwiły skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie oraz zostać poparte stosownymi dowodami. Ciężar udowodnienia realności ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zwrócenie się zamawiającego o wyjaśnienia kreuje domniemanie rażąco niskiej ceny, które wykonawca może obalić, składając przekonujące wyjaśnienia oraz dowody, że możliwe jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Wyjaśnienia wykonawcy mają umożliwić zamawiającemu podjęcie decyzji o poddaniu oferty ocenie bądź jej odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę. Jeśli wykonawca nie udzieli wyjaśnień bądź gdy udzielone wyjaśnienia nie potwierdzą w ocenie zamawiającego, że cena oferty nie jest rażąco niska, oferta wykonawcy zostanie odrzucona. Złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami bądź ogólnikowych może przy tym zostać uznane przez zamawiającego za brak złożenia wyjaśnień. Wykonawca jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny na niskim poziomie. Konieczne jest również wyjaśnienie, w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny. W myśl wyroku KIO z dnia 6 lutego 2018 r. sygn. KIO 106/18 „zgodnie z art. 90 ust 2 p.z.p. obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia". W uzasadnieniu wyroku z dnia 29 grudnia 2016 r., sygn. KIO 2374/16, KIO wskazała, iż „Istotą wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do pewnych okoliczności: w przypadku wyjaśnień odnośnie ewentualności zaoferowania rażąco niskiej ceny — przedstawienie przekonującej argumentacji, przytoczenie zobiektywizowanych przesłanek pozwalających na skalkulowanie ceny na niskim poziomie, wskazanie, że cenę skalkulowano prawidłowo, w sposób uwzględniający wszystkie istotne czynniki, wreszcie - załączenie dowodów. Samo oświadczenie wykonawcy, że cenę obliczono prawidłowo, nie można uznać za tożsame ze złożeniem wyjaśnień". W uzasadnieniu wyroku z dnia 15 stycznia 2016 r. sygn. KIO 2813/15, KIO wskazała, iż: „Trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. (...) 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". Ponadto, w wyroku z 24.02.2023 r., sygn. akt KIO 359/23, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że "Należy także zwrócić

uwagę na inny, istotny element składanych wyjaśnień, którego w tym przypadku również zabrakło. Z treści przepisu art. 224 ust. 1 p.z.p. wynika wprost obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 p.z.p., wskazujący na konieczność odrzucenia oferty w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma także kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składa je podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Z tego powodu wykonawca, aby uwiarygodnić składane w wyjaśnieniach deklaracje co do poziomu cen, czy też szczególnie korzystnych dla niego okoliczności na które się powołuje, zobowiązany jest poprzeć je stosownymi dowodami, potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, czy posiadanie pewnych szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami, zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny, czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą. (...) Izba wielokrotnie zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, że nieudzielenie wystarczająco konkretnych i kompletnych wyjaśnień odnosi taki sam skutek jak brak tych wyjaśnień, a skutkiem tym jest odrzucenie oferty. ”

Nadmienić należy również, że ryczałt - pomimo tego, że stanowi wynagrodzenie za całość prac niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich rzeczywistych rozmiarów i kosztów (zob. art. 632 S 1 k.c.) - nie jest dla zamawiającego zabezpieczeniem przed zaoferowaniem mu rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce, przykładowo, w przypadkach, w których wykonawca kalkulując cenę oferty nie uwzględni w niej jakiegoś istotnego dla wykonania zamówienia elementu, co zostanie ujawnione chociażby na etapie składania wyjaśnień. Wydaje się rzeczą oczywistą, że także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego można oczekiwać, że wykonawca będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, dysponować będzie założeniami i kalkulacjami oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do jej wysokości będą one następnie wykorzystane w procedurze przewidzianej przepisem art. 224 ustawy Pzp i powinny przekładać się na czytelność, spójność i rzetelność składanych wyjaśnień. Wykonawca, który takimi kalkulacjami nie dysponuje w ogóle, bądź którego kalkulacje nie posiadają wymienionych wcześniej cech, naraża się na odrzucenie złożonej zamawiającemu oferty.

Rzetelna ocena złożonych dokumentów utwierdza Zamawiającego na stanowisku, iż w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca nie sprostał obowiązkowi złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów potwierdzający brak rażąco niskiej ceny w złożonej ofercie, co w konsekwencji stanowi o konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.”

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 16 ustawy Pzp.

Przywołując treść ww. przepisów należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. 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.

Izba wskazuje, że odrzucenie oferty z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest doniosłą instytucją - pozbawia wykonawcę szans na uzyskanie zamówienia publicznego i stanowi dotkliwą dla wykonawcy sankcję. Dlatego też badanie oferty w zakresie istnienia podstaw do jej odrzucenia powinno zostać dokonane kompleksowo, rzetelnie i z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy, a wynik tej weryfikacji powinien prowadzić do jednoznacznego wniosku, iż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Również w sposób kompleksowy i rzetelny powinno zostać sporządzone uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty wykonawcy. Sporządzenie takiego uzasadnienia jest obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powinno ono wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Podkreślić należy, że uzasadnienie faktyczne i prawne zakomunikowane wykonawcy przez zamawiającego zakreśla ramy postępowania odwoławczego,

Izba bowiem dokonuje kontroli zgodności czynności polegającej na odrzuceniu oferty z przepisami ustawy Pzp wyłącznie poprzez pryzmat uzasadnienia przedstawionego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego, w szczególności nie może polegać na badaniu istnienia powodów do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, ale także nie może polegać na poszukiwaniu i domniemywaniu przyczyn, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego.

Nie budzi wątpliwości okoliczność, że w świetle przepisów ustawy Pzp ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, a tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Niemniej okoliczność, że ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy nie oznacza, że zamawiający nie jest zobowiązany do całościowej i merytorycznej oceny wyjaśnień ani nie oznacza, że podejmując decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy zamawiający zwolniony jest z obowiązku przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej decyzji. Zamawiający nie powinien poprzestawać na ogólnych, hasłowych twierdzeniach bez rzeczowego odniesienia się do przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień. Zamawiający winien ocenić złożone wyjaśnienia poziomu ceny kompleksowo, z uwzględnieniem ceny całkowitej, jak i powinien także mieć na względzie treść wezwania skierowanego do wykonawcy oraz uwarunkowania charakterystyczne dla przedmiotu zamówienia, na przykład okoliczność, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, a zamówienie ma być realizowane w formule projektuj i buduj.

W ocenie Izby lektura uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego przedstawionego przez Zamawiającego nie daje podstaw do stwierdzenia, że oferta ta zawierała rażąco niską cenę czy że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Słusznie spostrzegł Odwołujący w uzasadnieniu odwołania, że *„Zamawiający całkowicie ogólnie stwierdził, że ocena złożonych dokumentów utwierdza go przekonaniu, że wykonawca nie przedstawił dowodów potwierdzających brak rażąco niskiej ceny, co uzasadniać ma odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. W szczególności, wykonawca nie jest w stanie stwierdzić, który aspekt składników zaoferowanej ceny, w ocenie Zamawiającego, zawiera cenę rażąco niską lub został przez wykonawcę pominięty (…).”* Izba stwierdziła, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego w ogóle nie odniósł się do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Cała argumentacja zawarta w uzasadnieniu odrzucenia oferty sprowadza się do jednego ogólnego zdania, tj.: *„W odpowiedzi na wezwanie wykonawca złożył jedynie ogólnikowe wyjaśnienia wraz z ofertami handlowymi, które uzyskał, w żaden sposób nie wykazując, że wskazane okoliczności są wyjątkowe i niedostępne innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu.”* (pierwszy akapit). Poza tym stwierdzeniem przedstawiono jedynie orzecznictwo oraz równie hasłowe podsumowanie: *„Rzetelna ocena złożonych dokumentów utwierdza Zamawiającego na stanowisku, iż w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca nie sprostał obowiązkowi złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów potwierdzający brak rażąco niskiej ceny w złożonej ofercie, co w konsekwencji stanowi o konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.”* (ostatni akapit). Powyższe stwierdzenia – poza wyrażeniem opinii Zamawiającego – nic więcej za sobą nie niosą. Zamawiający w ogóle merytorycznie nie referował do treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Mimo, że wyjaśnienia te nie były rozbudowane, to jednak zawierały pewną treść oraz dowody, a zadaniem Zamawiającego było uzasadnić dlaczego te informacje, które przedstawiono w wyjaśnieniach oraz dowody, które do wyjaśnień załączono, nie są wystarczające do wykazania realności ceny. Odwołujący przedstawił informacje o dostawcach materiałów budowlanych, załączył do wyjaśnień oferty celem wykazania kosztów zakupu tych materiałów, przedstawił informacje o posiadanych zasobach, w tym o posiadanej wytwórni betonu oraz parku maszynowym, którym dysponuje, jak i wskazał na kwestie dotyczące kosztów pracy i zatrudnienia pracowników. Jeśli Zamawiający uznawał te informacje za niewystarczające, czy też twierdził – jak podniósł na rozprawie – że nie jest w stanie przyporządkować informacji zawartych w wyjaśnieniach i załączonych do wyjaśnień ofertach do całkowitej ceny ofertowej, to powinien był okoliczności te zawrzeć w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego. Żaden fragment tego uzasadnienia nie odnosi się w sposób rzeczowy ani do informacji zawartych w treści wyjaśnień, ani do złożonych dowodów. Nie wskazano także czego w wyjaśnieniach brakuje, a zdaniem Zamawiającego powinno było tam się znaleźć. Słusznie zauważył Odwołujący podczas rozprawy, że uzasadnienie odrzucenia oferty jest tak bardzo ogólne, że mogłoby zostać przedstawione w każdym postępowaniu, względem każdego z oferentów. Zdaniem Izby w oparciu o jego treść w zasadzie nie da się stwierdzić, co było przyczyną uznania przez Zamawiającego, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie uzasadniały realności ceny ofertowej. Zamawiający wyłącznie hasłowo powołał się na „ogólnikowość” oraz „brak wykazania, że wskazane okoliczności są wyjątkowe i niedostępne innym

wykonawcom", ale w żaden sposób tego merytorycznie nie uzasadnił.

Izba podkreśla, że wykonawca którego oferta zostaje odrzucona, musi mieć możliwość zapoznania się z rzetelnymi motywami takiej decyzji, aby ocenić czy wdać się z Zamawiającym w spór i aby odpowiednio skonstruować zarzuty odwołania. Jednozdaniowe uzasadnienie faktyczne zamawiającego w praktyce uniemożliwiło Odwołującemu ocenę prawidłowości czynności Zamawiającego eliminującej ofertę Odwołującego i obronę tej oferty, a to oznacza, że nie spełniło swojej ustawowej roli. Konsekwencją powyższego jest fakt, że wszelkie dodatkowe twierdzenia mające uzasadniać prawidłowość odrzucenia oferty Odwołującego podnoszone w postępowaniu odwoławczym nie mogą zostać wzięte przez Izbę pod uwagę, ponieważ nie zostały zakomunikowane Odwołującemu w uzasadnieniu odrzucenia oferty. W szczególności należy tu wskazać na argumentację Przystępującego zawartą w piśmie procesowym, która znacznie wykracza poza uzasadnienie, jakie Zamawiający przedstawił wykonawcom, zwłaszcza na punkt II.7, w którym po kolei odniesiono się do informacji zawartych w treści wyjaśnień Odwołującego i dokonano ich analizy. Również argumentacja prezentowana przez Przystępującego podczas rozprawy o braku zawarcia w wyjaśnieniach informacji dotyczących kosztów robocizny, sprzętu, kosztów pośrednich czy zysku, dalece wykracza poza uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego.

Reasumując, Izba stwierdziła, że treść uzasadnienia, jakie Zamawiający przedstawił w informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, była lakoniczna i nie wykazywała zasadności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na uwzględnienie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego, zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 14 090 zł, obejmującą koszty postępowania poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania (10 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł), opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (17 zł) oraz kosztów dojazdu na rozprawę (473 zł).

Przewodnicząca:…….…….....