

Warszawa, 10 czerwca 2024 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie **5 czerwca 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **20 maja 2024 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Arbor Meble sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** [„Odwołujący”]

w postępowaniu pn. *Dostawa i montaż pierwszego wyposażenia budynku CEE przy ul. Papirusów 1/3 w Warszawie* (RZP/PW/13/2024)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta** [„Zamawiający”]

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: **Lucjan sp. z o.o. z siedzibą w Solcu Kujawskim** [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Przystępującego i:

1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania **oraz kwotę 134 zł 00 gr** (słownie: sto trzydzieści cztery złote zero groszy) z tytułu uzasadnionych kosztów poniesionych przez Odwołującego,

2) zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 7634 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset trzydzieści cztery złote zero groszy) jako odpowiadającą kosztom postępowania odwoławczego z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

Na niniejsze 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**.

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta {dalej: „SZR” lub „Zamawiający”} przeprowadza na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa i montaż pierwszego wyposażenia budynku CEE przy ul. Papirusów 1/3 w Warszawie* (RZP/PW/13/2024).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 8 marca 2024 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00236495.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

16 maja 2024 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez L. sp. z o.o. z siedzibą w Solcu Kujawskim {dalej: „Przystępujący”} oraz odrzuceniu oferty złożonej przez Arbor Meble sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy {dalej: „Arbor Meble”}

20 maja 2024 r. Arbor Meble {dalej również: „Wykonawca”, „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 8 – przez odrzucenie oferty Arboru Mebli, pomimo że nie zawierała rażąco niskiej ceny, co udowodniły złożone przezeń wyjaśnienia.

2. Art. 239 ust. 1 – przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty L., pomimo że nie była najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Unieważnienia odrzucenia oferty Arboru Mebli.

3. Powtórne badanie i oceny ofert.

Odwołujący sprecyzował zarzut samostny z pkt 1. powyżej w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{okoliczności faktyczne}

W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający ocenił wyjaśnienia jako niewystarczające i nierozwiewające jego wątpliwości co do ceny.

Zamawiający zwrócił uwagę, że załączone do wyjaśnień faktury są nieaktualne, a ponadto dotyczyły blatu o innej niż wymagana grubości niż wymagana przez Zamawiającego.

Ponadto według Zamawiającego wyjaśnienia nie obejmują pełnego asortymentu wchodzącego w skład przedmiotu zamówienia, czego jednak bliżej nie sprecyzował.

Zdaniem Odwołującego w wyjaśnieniach, które zawierały również kalkulację i inne dowody, wskazał wszystkie elementy cenotwórcze, podał szacowaną ilość elementów będących głównym kosztem w każdej pozycji oraz odpowiedział na wszystkie pytania zawarte w wezwaniu Zamawiającego. Przy czym wezwanie było lakoniczne i nie konkretyzowało, w jakim obszarze i z jakiego powodu Zamawiający ma wątpliwości co do ceny oferty.

Z kolei przesłane jako dowody faktury dotyczą zbliżonego asortymentu i obrazują istniejący poziom cen, gdyż nie ma zamówionych na zapas materiałów na potrzeby tego zamówienia, są podobne i odzwierciedlają poziom przyjętych cen.

Zgodnie z danymi GUS inflacja od września 2023 r. wyniosła 2,7%, więc nie nastąpiły od tego czasu istotne zmiany cen tych materiałów, a ponadto zawsze zakłada pewien narzut. Stąd przykładowo w kalkulacji przyjęto dla płyty meblowej (główny koszt materiałowy mebli produkowanych na zamówienie) netto 30 zł/m², choć w rzeczywistości i według załączonych faktur jej cena mieści się w przedziale netto 22-26 zł/m².

Dla wykazania, że ceny w fakturach załączonych do wyjaśnień są aktualne do odwołania załączono kopie faktur z kwietnia 2024 r.

Odwołujący zapewnił, że do kalkulacji przyjął blat w grubości wymaganej przez Zamawiającego, a podany na fakturze jako podobny miał ukazywać jedynie poziom cen blatów, które nabywa. Ponieważ różnica w cenie pomiędzy blatem o grubości 28 i 38 mm wynosi netto 7,77 zł/m.b., nawet gdyby Wykonawca wzięby pod uwagę koszt tego pierwszego, przy ilości blatów objętych tym zamówieniem, tj. 23,93 m.b. dałoby to łącznie 185,94 zł netto więcej na całości zamówienia.

Jako dowód do odwołania załączono ofertę na blaty z 20 maja 2024 r.

Odwołujący dodał, że założył w ramach kalkulacji rezerwę w kwocie 15 tys. zł netto.

Ponieważ Zamawiający nie skonkretyzował swojego zastrzeżenia co do kompletności asortymentu objętego wyjaśnieniami, Odwołujący oświadczył, że zapoznawszy się z dokumentacją zamówienia w cenie oferty uwzględnił całość opisanego przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego umknął uwadze Zamawiającego fakt, że w wartości netto oferty 274.876,35 zł prawie 29%, tj. 79.111,05 zł stanowi nieprodukowany przez Arbor Meble asortyment, którego cena została ustalona na podstawie ofert zewnętrznych podmiotów. Jednocześnie na samych tych towarach Wykonawca zarabia netto 28.713,96 zł, tj. ponad 10% wartości całości zamówienia.

Jednocześnie wyjaśnienia dwóch innych wzywanych do wyjaśnień cen złożonych ofert, tj. Lucjan sp. z o.o. i Office Creative Group M.A. {dalej: „M.A.”}, mimo dużo większej ich ogólności, zostały zaakceptowane przez Zamawiającego. Przy czym w obu przypadkach zabrakło jakiegokolwiek kalkulacji, a Zamawiający oparł się wyłącznie na ofertach innych podmiotów i ogólnych stwierdzeniach zawartych w wyjaśnieniach. W szczególności nie wiadomo, czy oferty od tych podmiotów są realne i spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego.

Co więcej wyjaśnienia pozostałych oferentów potwierdzają fakt przeszacowania zamówienia przez Zamawiającego.

Natomiast różnice w cenie tych ofert w stosunku do ceny oferty Arboru Mebli wynika właśnie z tego, że ci oferenci nie są producentami mebli, które sprzedają, a jedynie pośrednikami. Co więcej w przypadku M.A. zachodzi *facto* podwójne pośrednictwo, gdyż BGroup sp. z o.o. sp.k. {dalej: „BGroup”}, którego ofertę na meble wykonywane na zamówienie załączył do wyjaśnień, jest producentem krzeseł i foteli, więc najprawdopodobniej podzleca takie realizacje innym producentom. Model działalności BGroup jest Odwołującemu dobrze znany z uwagi na relacje biznesowe.

W przypadku każdej z tych ofert założono zysk rzędu 140 tys., co wskazuje, że również oferty o wycenie dużo niższej mogą być zarówno zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, jak i zapewniać rentowność.

Jako dowody Odwołujący zgłosił znajdujące się w dokumentacji prowadzonej przez Zamawiającego wyjaśnienia ceny oferty złożone przez L. i M.A..

{okoliczności prawne}

W uzasadnieniu wyroku z 16 sierpnia 2023 r. sygn. akt KIO 2256/23 Izba celnie wywiodła, że *ogólne wezwanie bez identyfikacji przyczyn, które miały uzasadniać powzięcie podejrzenia co do możliwości zaoferowania rażąco niskiej ceny, stanowić może przyczynę niedostatecznej treści wyjaśnień, gdyż wykonawca nie mając wiedzy o intencji przyświecającej*

wezwanu, udzielić może niejasnych lub ogólnikowych wyjaśnień.

Podobnie w uzasadnieniu wyroku z 1 września 2023 r. sygn. akt KIO 2446/23 Izba stwierdziła, że wykonawca nie ma obowiązku każdorazowo udzielać wyjaśnień co do wszystkich składowych mających wpływ na cenę lub koszt oferty. Wykonawca obowiązany jest rozwiać wątpliwości zamawiającego przede wszystkim w tym zakresie, jaki wynika z wezwania do wyjaśnień. (...) Wykonawca powinien bowiem wykazać, że przychody, jakie spodziewa się osiągnąć z tytułu realizacji zamówienia, co najmniej w całości pokryją koszty związane z jego realizacją. Nie jest warunkiem koniecznym, aby zysk ten był odpowiednio wysoki.

Wreszcie, jak to posumowała Izba w uzasadnieniu wyroku z 20 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 65/23: trudno oczekiwać od składającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, że będzie on samodzielnie kreował okoliczności, które miałyby następnie poprzeć dowodami, jeżeli odpowiednie wezwanie w tym zakresie nie wypłynęło od Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający nie sprecyzował, co należy wyjaśnić i poprzeć dowodami, to nie można od wykonawcy oczekiwać działania wykraczającego poza zakres wezwania.

Jak trafnie wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z 10 marca 2023 r. sygn. akt KIO 500/23: nie każdy pojedynczy wątek kosztowy powinien zostać poparty dowodem. Celem procedury wyjaśnień ceny nie jest formalizm sam w sobie. Na skutek wyjaśnień Zamawiający powinien uzyskać od wykonawcy przekonującą informację, że będzie on w stanie zrealizować przedmiot zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Wyjaśnienia powinny zatem, uwzględniając oczywiście treść wezwania, koncentrować się na najważniejszych okolicznościach wpływających na możliwość zaoferowania ceny na takim, a nie innym poziomie.

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 16 września 2022 r. sygn. akt KIO 2259/22: W ocenie Izby nawet jeśli pomimo dosyć niskiej wyceny jednego czy dwóch składników całe zamówienie pozostaje dla konkretnego wykonawcy dalej opłacalne, to w tym przypadku nie może być mowy o wystąpieniu rażąco niskiej ceny. Decydujące znaczenie należy przypisać zależności pomiędzy jednostkowymi zaniżeniami a ceną całej oferty, a nie traktować ceny pojedynczych składników oferty, choćby były one na niskim poziomie, w sposób wyizolowany i oderwany od całej oferty.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy, jak w pkt 1.-2. *petitum* odwołania, podsumowujący że obecnie Zamawiający oczekuje dużo większej szczegółowości wyjaśnień niż wskazywałaby na to logika i treść wystosowanego wezwania.

W odpowiedzi na odwołanie z 3 czerwca 2024 r. Zamawiający uwzględnił je w całości.

Przystępujący w piśmie z 5 czerwca 2024 r., które złożył na posiedzeniu, zgłosił sprzeciw co do powyższej czynności Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając argumentację, która z jednej strony polega na popieraniu uzasadnienia odrzucenia oferty, a z drugiej na podnoszeniu wykraczających poza nie okoliczności.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp i nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi zgłoszony sprzeciw Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

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

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

Izba ustaliła poniższe okoliczności jako istotne dla rozpoznawanej sprawy.

Szczegółowy zakres dostawy i montażu pierwszego wyposażenia budynku Centrum Edukacji Ekologicznej {w skrócie: „CEE”} przy ul. Papirusów 1/3 w Warszawie został określony w załącznikach do SWZ: załączniku nr 3 – pn. Formularz „Zestawienia kosztów zamówienia”, załączniku nr 8 – pn. Zakres rzeczowy zamówienia i załączniku nr 9 pn. Rysunki – rzuty kondygnacji, detale zabudowy. Wynika z nich w szczególności, że przedmiot zamówienia obejmuje łącznie 36 pozycji asortymentowych, w tym poz. 1.-24. mebli biurowych, zestawu szafek kuchennych i zestawu szafek podumywalkowych, poz. 25.-27. – wyposażenia szatni, poz. 28. – zestawu regałów magazynowych przesuwanych, poz.

29.-34. – urządzeń AGD, poz. 35.-36. – żaluzji okiennych. Przy czym załącznik nr 8 zawiera szczegółowy opis wymaganych parametrów co do wymiarów, użytych materiałów, kolorystyki, detali wykończenia itp., którego dopełnieniem są rysunki i rzuty co miejsca montażu z załącznika nr 9. Z kolei załącznik nr 3 przeznaczony został na określenie przez wykonawcę ceny jednostkowej i wartości netto każdej pozycji asortymentowej oraz podsumowania łącznej wartości netto, kwoty podatku VAT wg stawki 23% oraz łącznej wartości brutto, czyli *de facto* ceny oferty, więc jest raczej dopełnieniem formularza oferty z załącznika nr 1 do SWZ.

9 kwietnia 2024 r. Zamawiający zwrócił się do każdego z trzech wykonawców, którzy złożyli oferty z najniższymi cenami, czyli do Arboru Mebli, L. i M.A., bez wskazywania podstawy prawnej, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający ograniczył się do ogólnego pouczenia, że wezwany wykonawca zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień (wraz z dowodami) wskazujących obiektywne czynniki (np. metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, koszty pracy), które brał pod uwagę przy sporządzaniu oferty, oraz składników cenotwórczych, które miały wpływ na sposób wyliczenia jej ceny, biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia określony w dokumentach zamówienia. Po zakreśleniu terminu na złożenie wyjaśnień Zamawiający dodał, że w przypadku braku ich złożenia w tym terminie, oferta wykonawcy będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp.

W zakreślonym terminie Arbor Meble złożył wyjaśnienia, w tym pismo przewodnie zawierające następujące stwierdzenia:

- 1. Wykonawca w cenie oferty ujął wszystkie wymagane elementy, zgodnie z OPZ i SWZ, a zaoferowana cena stanowi całkowity koszt realizacji przedmiotu zamówienia,*
- 2. Wykonawca stosuje metody produkcji mebli zgodne ze standardami branży przy użyciu najlepszych materiałów, które pozyskuje od dostawcy w ilościach hurtowych, co pozwala mu oferować najlepsze ceny dla odbiorców końcowych, takich jak Zamawiający,*
- 3. Dzięki nowoczesnemu i własnemu parkowi maszynowemu jesteśmy w stanie uprościć produkcję i zaoferować maksymalnie wysoką jakość w możliwie niskiej cenie,*
- 4. Wykonawca posiada własne środki produkcji co umożliwia mu obniżenie kosztów i oferowanie niższych cen,*
- 5. Poza dobrą organizacją funkcjonowania pracy w zakładzie pracy Wykonawcy, Wykonawca nie posiada żadnych wyjątkowo sprzyjających warunków dla wykonywania zamówienia,*
- 6. Całość oferowanych mebli jest wykonywana na podstawie własnego projektu Wykonawcy, sporządzonego na potrzeby ofertowania i realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego,*
- 7. Koszty pracy w zakładzie pracy Wykonawcy są nie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę oraz minimalna stawka godzinowa, ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,*
- 8. Wykonawca spełnia wszystkie obowiązki wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym,*
- 9. Wykonawca przestrzega przepisów ochrony środowiska,*
- 10. Wykonawca posiada finansowanie dofinansowanie przez Unię Europejską w postaci kredytu płynnościowego o zerowym oprocentowaniu, co jest wyjątkowo korzystną ofertą przy obecnej inflacji,*
- 11. Wykonawca nie planuje powierzenia wykonania jakiegokolwiek części zamówienia podwykonawcom. Całość zamówienia Wykonawca planuje zrealizować własnymi środkami.*

Wykonawca oświadcza, że do przygotowania kalkulacji i oferty na rzecz niniejszego postępowania użył materiałów wymaganych w SWZ przez Zamawiającego, na dowód czego załącza faktury na materiały podobne do wymaganych przez Zamawiającego, których ceny zostały użyte do kalkulacji.

Towary handlowe, nie produkowane przez Wykonawcę zaoferowane zostały w cenach zgodnych z uzyskanymi ofertami od kontrahentów lub z ogólnodostępnych stron internetowych. Do cen doliczył marżę i koszty dostawy. Uzyskane oferty lub linki stanowią załącznik do niniejszych wyjaśnień.

Wykonawca informuje, że w ofercie zawarł wszelkie koszty konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia, w tym koszty materiałów, pracy, transportu oraz zysk. Szczegółowa kalkulacja stanowi załącznik do niniejszych wyjaśnień.

Przed wszystkim w ramach wyjaśnień zostały załączone wspomniane powyżej faktury (dotyczące płyty meblowej, zamków, prowadnic, kółek meblowych, drążków, kółek łóżyskowych, uchwytów, zawiasów do drzwi, wkretów), oferty poddostawców oraz kalkulacja.

Ta ostatnia dla każdej z poz. 1.-27., tj. mebli produkowanych przez Arbor Meble, określa ilość koniecznego dla ich wykonania materiału (płyty meblowej lub płyty trudnopalnej w metrach kwadratowych, obrzeża meblowego w metrach) i cenę jednostkową każdego z tych trzech podstawowych materiałów oraz koszt wykonania z uwzględnieniem dodatkowo

okuć meblowych (tego zakresu dotyczą załączone faktury oraz wydruk wiadomości e-mail co do płyty meblowej trudnopalnej). Z kolei w pozostałych pozycjach uwzględniono: w poz. 28. – załączoną odrębnie ofertę handlową na dostawę i montaż regałów przesuwnych, w poz. 29.-34 – ceny urządzeń AGD ze sklepów internetowych pod wskazanymi linkami, w poz. 35.-36. – ofertę na żaluzje. Przy czym w każdej pozycji wysokość kosztów jest niższa niż wartość odpowiadająca kwocie wskazanej uprzednio w złożonym w ramach dokumentów oferty wypełnionym załączniku nr 3 do SWZ pn. Zestawienie kosztów zamówienia. W podsumowaniu kalkulacji podano łączny koszt płyty meblowej (56.966,90 zł), obrzeży (5.370,89 zł), okuć (81.273,37 zł) jako składających się na sumę kosztu materiałów (143.641,16 zł), koszt pracy przy zakładanej liczbie 1280 roboczogodzin (37.120,00 zł) oraz koszt dostawy i montażu (21.950,00 zł), wysokość rezerwy (15 tys. zł) i zysku w wysokości 57.165,19 zł jako łącznie dających wartość netto oferty w wysokości 274.876,35 zł, uprzednio wskazanej w dokumentach oferty, tj. w podsumowaniu wypełnionych załącznika nr 3 do SWZ i załącznika nr 1 do SWZ, jako cena netto, która po doliczeniu kwoty VAT wg stawki 23% daje cenę oferty w wysokości 338.097,91 zł.

Brzmienie uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Arboru Mebli w zakresie oceny złożonych przez niego wyjaśnień:

Wykonawca w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie złożył wyjaśnienia odnośnie podtrzymania ceny podanej w ofercie jednakże nie udowodnił, że cena ta jest realna i wiarygodna. Należy wskazać, że Wykonawca składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wyjaśnić, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom, a także jakie elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również winien przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności – jednakże Wykonawca tego nie uczynił.

Załączone do wyjaśnień m.in. faktury na wybrany asortyment w tym m.in.: na zamki, prowadnice, kółka meblowe, drążki, kółka łożyskowe, uchwyty, zawiasy do drzwi, wkręty nie mogą stanowić dowodu na potwierdzenie, że Wykonawca wykona przedmiotowe zamówienie za kwoty podane w ofercie. Faktury wystawione są na produkty dotyczące innego zamówienia, których zakup odbył się w miesiącach sierpień-wrzesień 2023 r., a co za tym idzie nie ma gwarancji, że Wykonawca zakupi materiały do produkcji mebli – dla potrzeb przedmiotowego zamówienia – za cenę wskazaną w fakturach. Załączona do wyjaśnień faktura VAT nr BYDG/FV/06402/2023 zawiera wycenę blatu jasno szarego (poz. 3 faktury) o grubości 28 mm, natomiast Zamawiający wymagał blaty o grubości 38 mm, co potwierdza, że Wykonawca nie skalkulował we właściwy sposób przedmiotu zamówienia. Mając na względzie treść faktur jak i ich formę (tj. brak indywidualnego charakteru tego dokumentu nie zawierającego oferty handlowej dla konkretnego Wykonawcy) powyższe wydruki/informacje nie mogą stanowić dowodów na potwierdzenie, że oferta Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz, że Wykonawca dostarczy sprzęt za kwoty podane w ofercie, spełniający wymagania Zamawiającego.

Konsekwencją powyższego może być oferowanie przez Wykonawcę ceny poniżej cen rynkowych. Ponadto cena ta jest nierealna i niewiarygodna w porównaniu do cen wynikających z ofert złożonych przez innych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, a co za tym idzie jest ceną rażąco niską.

Jednocześnie należy wskazać, że załączone – do złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień – informacje, nie zawierają pełnego asortymentu wchodzącego w skład przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym w szczególności w Załączniku Nr 3 do SWZ „Zestawienie kosztów zamówienia” oraz Załączniku Nr 8 „Zakres rzeczowy zamówienia”. Wobec powyższego nie odniesienie się przez Wykonawcę w treści złożonych wyjaśnień, do wszystkich elementów cenotwórczych, nie może być uznane przez Zamawiającego, za pełne złożenie merytorycznych wyjaśnień i dowodów.

Istotą procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wskazanie Zamawiającemu, że zaoferowana przez Wykonawcę cena gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, a złożenie niższej ceny wynika z właściwości danego Wykonawcy, zasobów kadrowych, sprzętowych, możliwości organizacyjnych czy też współpracy z określonymi podmiotami i pozostaje ceną rynkową. Na skutek ich złożenia Zamawiający powinien uzyskać pewność, co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami za cenę podaną w ofercie, a także co do tego, że wątpliwości Zamawiającego w zakresie zbyt niskiej ceny były nieuzasadnione. Wyjaśnienia składane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp muszą być szczegółowe i wyczerpujące. Ponadto muszą pozwalać na rozwianie wątpliwości, że zaoferowana cena wynika z realnego oszacowania warunków w stosunku zakresu prac i czasu trwania dostawy. W ocenie Zamawiającego złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia zawierają niekonkretne i ogólnikowe wyjaśnienia oraz nie są spójne i dostatecznie nie wyjaśniają powstałe wątpliwości.

Mając powyższe na względzie należy stwierdzić, że Wykonawca nie zastosował się do wezwania Zamawiającego i nie wyjaśnił wszystkich czynników jakie miały wpływ na ustalenie ceny oferty, a w szczególności nie podał składników cenotwórczych jakie miały wpływ na sposób wyliczenia ceny oferty tj. nie załączył dowodów potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Na podstawie argumentów przedstawionych przez Wykonawcę ARBOR MEBLE Sp. z o.o. nie można przesądzić

czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, a załączone do wyjaśnień dokumenty nie można potraktować jako dowody, potwierdzające, że oferta Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny, zaś obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał na Wykonawcy, zgodnie z art. 223 ust. 1.

Wobec powyższego, Zamawiający uznał, że Wykonawca nie złożył wyczerpujących dowodów co do rynkowego charakteru ceny zaproponowanej w ofercie, a jego wyjaśnienia w ww. zakresie są niewystarczające i uznaje, że Oferta Nr 1 podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy.

Reasumując, Zamawiający w ramach uzasadnienia odrzucenia w ogóle nie odniósł się do przedstawionej przez Arbor Meble kalkulacji, a tym samym *de facto* jej nie zakwestionował. W szczególności Zamawiający nie sprecyzował, jakiego asortymentu miałyby brakować w – jak to wskazał – w wyjaśnieniach, co skądinąd dodatkowo potwierdza, że przeszedł do porządku dziennego nad informacjami zawartymi w tej kalkulacji. Zamiast tego skupił się na wybiórczym kwestionowaniu faktur, wbrew treści wyjaśnień nie traktując ich jako potwierdzenia realności poziomu przyjętych założeń kosztowych, a niejako domagając się przedstawienia faktur dotyczących materiałów zakupionych na potrzeby realizacji tego zamówienia. Poza tym uzasadnienie w przeważającej mierze składa się z generalizacji, ocen i twierdzeń ferowanych w oderwaniu od faktycznej treści wyjaśnień obejmujących kalkulację i bez przeprowadzenia analizy całokształtu dokumentów otrzymanych w odpowiedzi na wezwanie, które przecież nie precyzowało żadnych szczegółowych wątpliwości czy oczekiwań Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Zamawiający uznał za wystarczające wyjaśnienia dwóch pozostałych wezwanych wykonawców, pomimo że sprowadzają się one do przedstawienia pozyskanych od poddostawców ofert na asortyment objęty przedmiotem tego zamówienia i mniej (M.A.) lub bardziej szczegółowego (Lucjan) rozpisania kosztów jego dostawy i montażu. W ramach tych wyjaśnień, w przeciwieństwie do tych złożonych przez Arbor Meble, nie przedstawiono zatem żadnych informacji co do kosztów wytworzenia mebli przez producentów. Przede wszystkim z wyjaśnień tych wprost wynika, że różnica pomiędzy cenami tych ofert a ceną oferty Arboru Mebli, który jako jedyny jest producentem oferowanych mebli (czyli większości pod względem rzeczowym i wartościowym oferowanego asortymentu), wynika z wyższego poziomu kosztów zakupu u producentów lub ich dystrybutorów, a dodatkowo w przypadku M.A. na założeniu osiągnięciu ponad dwukrotnie wyższego zysku na realizacji tego zamówienia.

Wreszcie w toku rozprawy nie zostało podważone, że załączone do odwołania dodatkowe faktury potwierdzają adekwatność przyjętego przez Arbor Meble w ramach kalkulacji kosztu płyty meblowej i blatów, gdyż Przystępujący w ogóle się do nich nie odniósł, poprzestając na domaganiu się pominięcia tych dowodów, mylnie poczytując je za niedopuszczalne uzupełnienie złożonych uprzednio Zamawiającemu wyjaśnień.

Natomiast bez znaczenia dla tej sprawy są wykraczające ponad treść powyżej przywołanego *in extenso* uzasadnienia odrzucenia oferty okoliczności faktyczne, które usiłował podnieść w ramach uzasadnienia sprzeciwu Przystępujący, wykraczając w ten sposób poza swoją rolę procesową, a przede wszystkim poza granice zarzutów odwołania.

Abstrahując od powyższego, zawarte w piśmie Przystępującego twierdzenia sprowadzają się do przysłowiowego szukania dziury w całym, gdyż – co charakterystyczne – nie konkretyzują wymiaru finansowego podnoszonych braków, więc i tak nie mogłyby być podstawą do ustalenia, że owe dodatkowe kategorie kosztów nie mogłyby być pokryte z rezerwy czy zysku wykazanych w kalkulacji przez Arbor Meble.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.

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

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

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów

pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

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

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

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

Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

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

Należy rozważyć, co oznacza termin „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08 przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne częściowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w uzasadnieniu wyroku Izby z 28 marca 2013 r. sygn. akt KIO 592/13 zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w uzasadnieniu wyroku z 4 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1562/11 wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „UZP”} dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen

przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

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

Przy czym – jak już powyżej wspomniano – według normy art. 537 pkt 1 pzp (art. 190 ust. 1a popzp) ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jednocześnie z art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp) wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego co do zasady nie mogą być brane pod uwagę.

Należy przy tym podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 pzp (90 ust. 1 popzp) obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp), konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)]. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06, postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Jednocześnie – co nie jest bez znaczenia w ustalonych powyżej okolicznościach rozpoznawanej sprawy – w orzecznictwie Izby ukształtowało się stanowisko, zgodnie z którym ocena, czy złożone wyjaśnienia należyście uzasadniają cenę oferty nie powinna abstrahować od treści wezwania. Taka linia orzecznicza jest nadal silnie reprezentowana w aktualnym orzecznictwie Izby.

Przed wszystkim zgodnie z art. 555 ustawy pzp (art. 192 ust. 7 popzp) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, a także, choć w mniejszym stopniu, prawnych. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzeczniczną konsekwentnie prezentowaną przez

Krajową Izbę Odwoławczą i została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji, o ile dowody na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzony w art. 537 pzp szczególny rozkład ciężaru dowodu nie zmienia tego, że wprawdzie muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp lub art. 224 ust. 6 pzp.

W tej sprawie w odwołaniu – jak to powyżej zrelacjonowano i potwierdzono w ramach poczynionych ustaleń – adekwatnie sprecyzowano okoliczności, które świadczą o tym, że Zamawiający, w tym biorąc pod uwagę sformułowane przez niego wezwanie, nie miał wystarczających podstaw faktycznych, aby negatywnie ocenić złożone na jego żądanie wyjaśnienia jako uzasadniające odrzucenie oferty Odwołującego.

Dla tej sprawy kluczowe znaczenie ma bowiem kolejny aspekt wspomnianej już powyżej regulacji art. 555 pzp – w przypadku spraw dotyczących odwołań od czynności odrzucenia zakres kognicji Izby nie może wykraczać poza uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego przekazane wykonawcy. Oczywiście jest, że odwołujący się wykonawca może skutecznie zakwestionować tylko znane mu powody odrzucenia jego oferty. W konsekwencji jeżeli w toku postępowania odwoławczego zamawiający lub przystępujący po jego stronie wykonawca przedstawia dodatkowe podstawy faktyczne odrzucenia oferty wykonawcy, nie podlegają one rozpoznaniu w tym sensie, że nie mogą one rodzić negatywnych skutków dla wykonawcy. W tym aspekcie zasada wynikająca z art. 555 pzp chroni wykonawców przed wdaniem się w spór co do nieznanych im uprzednio motywów decyzji, które zamawiający przez przeoczenie lub celowo nie podał zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 pzp. Przepis ten nakazuje bowiem zamawiającemu niezwłoczne poinformowanie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, czyli powodów odrzucenia oferty. Stąd w tej sprawie Izba nie wzięła pod uwagę okoliczności, na które powołał się Przystępujący dopiero w toku postępowania odwoławczego, jeżeli wykraczały one poza ramy uzasadnienia faktycznego przekazanego uprzednio Odwołującemu przez Zamawiającego.

Przystępujący w toku postępowania odwoławczego konsekwentnie obstawał przy tym, że aby wyjaśnienia mogły być uznane przez Zamawiającego za wiarygodne, konieczne było poparcie ich odrębnymi dowodami, choć jednocześnie nie wziął pod uwagę, że Zamawiający w ogóle nie przeanalizował kalkulacji ceny oferty, nad której złożeniem *de facto* przeszedł do porządku dziennego.

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

Parafrazując stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie (działającego jako Sąd Zamówień Publicznych) zaprezentowane w ramach uzasadnienia wyroku z 22 grudnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 90/21, przedstawiona przez wykonawcę kalkulacja nie może być uznana za założenia za niewiarygodną. O ile oczywiście jest, że tak złożone wyjaśnienia obejmujące kalkulację stanowią dokument pochodzący od wykonawcy, o tyle nie pozbawia to go automatycznie jakiegokolwiek mocy dowodowej. Kalkulacje i oświadczenia jak każdy dowód podlegają bowiem ocenie. Tymczasem wprawdzie Zamawiający milcząco, a następnie Przystępujący na etapie postępowania odwoławczego przyjął nazbyt formalistyczne podejście co do braku możliwości traktowania ich jako dowodów, choć żaden z nich nie próbował przeprowadzić weryfikacji realności ceny oferty w kontekście kalkulacji objętej wyjaśnieniami.

Izba zważyła, że jeżeli po otrzymaniu wyjaśnień zrodziły się u Zamawiającego jakieś wątpliwości, nie próbował ich wyjaśnić, pomimo że mógł i powinien to uczynić, zamiast decydować się na odrzucenie oferty, gdyż w powyżej ustalonych okolicznościach przepisy ustawy pzp – w tym art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp lub art. 224 ust. 6 pzp rozpatrywane w kontekście wyrażonych w art. 16 pkt 1 pzp zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – nie stały temu na przeszkodzie, a wyrażona

w art. 16 pkt 3 pzp zasada proporcjonalności wręcz obligowała do tego, skoro niewyjaśnione stały się przyczyną odrzucenia oferty. Przy stosowaniu art. 224 ust. 6 pzp należy mieć bowiem na uwadze, że zgodnie z art. 69 ust. 3 zd. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE {dalej: „dyrektywa klasyczna”} – czyli przepisem, który podlegał implementacji do krajowego porządku prawnego instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem (analogiczny przepis zawierała również uchylona dyrektywa 2004/18/WE). Stąd procedura wyjaśniająca cenę oferty nie zawsze może lub powinna ograniczać się do jednokrotnego wezwania do wyjaśnień i ich oceny przez zamawiającego. Użycie sformułowania „konsultacje” jednoznacznie wskazuje nie tylko na większą aktywność obydwu stron, ale i na dopuszczenie etapowego przebiegu tej procedury.

Możliwość wielokrotnego wzywania do udzielenia wyjaśnień potwierdzają też opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych (np. zawarte w „Informatorze...” nr 11 z 2013 r.) oraz dotychczasowe orzecznictwo sądów powszechnych, np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 lipca 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 9 grudnia 2010 r. sygn. akt V Ga 122/10, w których uzasadnieniach jednoznacznie wskazuje się, że brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną. Stanowisko to nie jest również odosobnione w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która wielokrotnie wskazywała, że szczególnie w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie zamawiającego jest ogólne i niekonkretne – jak to miało również miejsce w niniejszej sprawie – wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji zaniechania odpowiedniego sformułowania wezwania, a co za tym idzie, zamawiający winien ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, wskazując, które kwestie wymagają uszczegółowienia i w jakim zakresie. Nie ma również żadnych przeszkód, aby ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia wzbudziły określone nowe szczegółowe wątpliwości (tak np. w uzasadnieniach wyroków wydanych: 23 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1143/15 czy 18 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 150/16).

Wobec tego, rozpoznając sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że należy uznać je za zasadne, gdyż Zamawiający nie miał podstaw, aby odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie dotychczas złożonych wyjaśnień, których zakres więcej niż odpowiadał wystosowanemu wezwaniu. Działanie takie należy uznać za nieodpowiadające zasadzie proporcjonalności wyrażonej w art. 16 pkt 3 pzp w sytuacji, gdy nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający w pierwszej kolejności przeanalizował otrzymaną kalkulację ceny oferty i ewentualnie uzyskał wyjaśnienie wątpliwości, które mu się wtedy nasuną, zamiast przedwcześnie i arbitralnie podejmować decyzję eliminującą definitywnie Odwołującego z postępowania.

W konsekwencji wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej należało uznać za dokonany z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy pzp, gdyż Zamawiający bezpodstawnie zaniechał oceny według kryteriów oferty Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia w części objętej zaskarżeniem – wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz potwierdzone fakturami VAT (bilecikami kolejowymi) uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu kosztów dojazdu w związku z wyznaczonym posiedzeniem, orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 2 i § 5 pkt 1 i 2 lit. a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Przystępującego.