

Warszawa, 9 kwietnia 2024 r.

WYROK

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

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie **4 kwietnia 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **20 marca 2024 r.**

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowo-Ogólnobudowlane WILERBUD D.W., Kąkolewo** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa ul. Łąkowej i Poprzecznej w Starym Bojanowie* (ZP.271.2.2024.KA)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Śmigiel** [„Zamawiający”]

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie w zakresie dotyczącym odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie tej czynności wraz z unieważnieniem wyboru najkorzystniejszej oferty.**
- 2. Oddala odwołanie w zakresie dotyczącym zaniechania wezwania Zakładu Komunalnego w Śmiglu sp. z o.o. z siedzibą w Śmiglu do wyjaśnienia ceny oferty.**
- 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i Zamawiającego po połowie:**
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) **uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania oraz łącznie kwotę 7504 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset cztery złote zero groszy) **uzasadnionych kosztów Odwołującego i Zamawiającego,**
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4848 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące osiemset czterdzieści osiem złotych zero groszy).

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

Gmina Śmigiel {dalej: „Zamawiający”} prowadzi 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”, „Pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Przebudowa ul. Łąkowej i Poprzecznej w Starym Bojanowie* (ZP.271.2.2024.KA).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 1 lutego 2024 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00085151.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

15 marca 2024 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Komunalny w Śmiglu sp. z o.o. z siedzibą w Śmiglu {dalej również: „Zakład Komunalny”} oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowo-Ogólnobudowlane WILERBUD D.W. ; Kąkolewa {dalej również: „Wilerbud”}.

20 marca 2024 r. Wilerbud {dalej również: „Odwołujący”} wniósł odwołanie od odrzucenia jego oferty oraz od zaniechania wezwania Zakładu Komunalnego do wyjaśnienia ceny oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 224 ust. 4 i 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Wilerbudu w konsekwencji uznania, że jego wyjaśnienia uniemożliwiły potwierdzenie realności wyceny oferty, pomimo wykazania w tych wyjaśnieniach, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.
2. Art. 224 ust. 2 pkt 1 – przez zaniechanie wezwania Zakładu Komunalnego do udzielenia wyjaśnień, pomimo że cena jego oferty (1.384.980 zł) jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT ustalonej przed wszczęciem postępowania (2.000.000 zł) {dalej: „zarzut nr 2”}.
3. Art. 242 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 240 ust. 2 oraz art. 16 – przez dokonanie niewłaściwej oceny ofert, co doprowadziło do przyznania ofercie Zakładu Komunalnego 100 pkt, pomimo że nie była najkorzystniejszą.
4. Art. 16 pkt 1 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 – przez bezpodstawny wybór jako najkorzystniejszej oferty Zakładu Komunalnego, pomimo że to oferta Wilerbudu jest korzystniejsza według kryteriów określonych w SWZ, co naruszyło zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2.Unieważnienia odrzucenia oferty Wilerbudu.

3.Ponownego badania i oceny ofert.

Z uzasadnienia odwołania wynika następujące sprecyzowanie zarzutów z pkt 1., 2. i 4. *petitum* {dalej: „zarzut nr 1”} co do okoliczności faktycznych i prawnych.

{okoliczności faktyczne}

Pismem z 29 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał Wilerbud na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz art 224 ust. 1 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wątpliwości Zamawiającego powstały dlatego, że cena oferty Wilerbudu jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia (powiększonej o należny podatek VAT), ustalonej przed wszczęciem postępowania, oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 pzp. Zamawiający dodał, że będzie brał pod uwagę czynniki określone w art. 224 ust. 3 pzp, a nadto wezwał do udzielenia szczegółowych wyjaśnień ceny w zakresie zarówno branży drogowej, jak i kanalizacji deszczowej, w tym szczegółowego wykazanie wszystkich czynników kształtujących poziom ceny z odpowiednim ich uмотywowaniem, co miało pozwolić na ocenę rzetelności ich wyliczenia.

W piśmie z 6 marca 2024 r. Wilerbud odpowiedział, że jego oferta winna być uznana za wiarygodną cenowo, a czynnikami wpływającymi na określenie ceny na takim poziomie są przede wszystkim:

- 1.Bliska lokalizacja przedmiotu zamówienia (ok. 20 km od siedziby Wilerbudu), co pozwala na oszczędności w zużyciu paliwa wykorzystywanych środków transportowych, oraz fakt zakupu paliwa w cenach hurtowych, co pozwala na oszczędność do 0,50 zł/l.
- 2.Bycie producentem atestowanych mieszanek betonowych, które zostaną wykorzystane jako podbudowa dróg. Ponadto posiadanie własnej żwirowni, z której pozyskuje kruszywo do produkcji betonów. Powyższe wpływa na skrócenie łańcucha dostaw, a przede wszystkim na obniżenie ceny produkowanych mieszanek betonowych o 15% w stosunku do cen rynkowych.
- 3.Niskie koszty zakupu materiałów, z uwagi na: a) posiadanie zapasów kruszywa granitowego zakupionego bezpośrednio od producenta (Colas Kruszywa sp. z o.o.), z którym Wilerbud współpracuje od 20 lat, dzięki czemu, a także dzięki własnemu transportowi oszczędność na zakupie tego materiału wynosi ok. 10 zł/t; b) wykonanie utwardzenia nawierzchni z kostki brukowej o powierzchni ok. 100 tys. m² w 2023 r., co spowodowało uzyskanie u producenta tej kostki bonusu kupieckiego na zakup materiałów brukarskich, które Wilerbud zamierza wykorzystać przy realizacji tego zamówienia, w wysokości 30% od ceny rynkowej.
- 4.Posiadanie w komplecie własnego nowoczesnego sprzętu, który umożliwia zastosowanie innowacyjnych rozwiązań technicznych oraz szybkie i bezawaryjne wykonywanie zadań, zwiększenie efektywności pracy i znaczne skrócenie czasu wykonywania prac. Posiadane koparki i spycharka z zamontowanym systemem niwelacji terenu 3D pozwalają znacznie poprawić wydajność oraz zmniejszyć nakład pracy czynnika ludzkiego. Ponadto jako jedyny w regionie Wilerbud wykorzystuje do wykonywania podbudowy pod nawierzchnię z kostki brukowej rozścielacz gąsienicowy Wirtgen Vogele Super 1300-3i oraz układarkę do kostki Probst – precyzyjne maszyny o wysokiej wydajności pracy pozwalające na ułożenie do 1000 m² nawierzchni dziennie.
- 5.Nowoczesne maszyny i urządzenia umożliwiają w znaczący sposób ograniczenie udziału zasobów ludzkich w wykonywaniu robót. Użycie parku maszynowego z systemem 3D przekłada się na zmniejszenie wielkości zatrudnienia dzięki ograniczeniu liczby osób niezbędnych do wykonywania czynności. Do wykonania robót ziemnych bez systemu 3D koniecznych jest 3 pracowników i operator koparki lub spycharki, natomiast prace ziemne przy zastosowaniu systemu 3D wymagają tylko operatora danej maszyny. Podobnie jest w przypadku rozścielacza, gdzie liczba osób zatrudnionych do wykonywania podbudowy pod nawierzchnię z kostki brukowej zostaje ograniczona z sześciu pracowników do wyłącznie operatora maszyny. Ponadto wykonanie podbudowy w ten sposób nie wymaga wykonania zagęszczenia warstw konstrukcyjnych, co również ogranicza liczbę potrzebnych pracowników. Roboty drogowe wymagają największego nakładu pracy, który dzięki łącznemu zastosowaniu wyżej wymienionych nowoczesnych rozwiązań technologicznych zostaje w znaczny sposób ograniczony. Przy czym wobec wszystkich zatrudnionych pracowników wymóg zapewnienia minimalnego wynagrodzenia za pracę jest spełniony.
- 6.Wykonanie przedmiotu zamówienia siłami własnymi oraz sfinansowanie ze środków własnych, co pozwoli ograniczyć dodatkowe koszty przy realizacji zamówienia.

Ponadto wskazano, że część drogowa stanowi 72% wartości oferty, a część kanalizacyjna tylko 28% wartości oferty. W tej sytuacji elementami składowymi oferty wpływającymi w największym stopniu na jej wartość są materiały branży drogowej, które Wilerbud częściowo produkuje samodzielnie, a w części zakupił lub zakupi po preferencyjnych cenach. Powyższe powoduje, że koszty wszystkich czynników cenotwórczych wyznaczających wartość oferty odzwierciedla rzeczywisty poziom ponoszonych kosztów.

Zwrócono również uwagę na fakt, że wszystkie ceny jednostkowe prac są wyższe od cen jednostkowych, które zastosowano do wyceny innego zamówienia publicznego, gdzie Zamawiający przewidział dodatkowo proces negocjacji w celu uzyskania jeszcze korzystniejszej ceny.

Zamawiający pismem z 15 marca 2024 r. zawiadomił o odrzuceniu oferty Wilerbudu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy pzp. W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, że powyższe wyjaśnienia są lakoniczne i ogólnikowe i nie zawierają szczegółowej kalkulacji kosztów uzasadniającej twierdzenie o realności zastosowanej ceny ofertowej oraz nie załączono do nich dowodów, co uniemożliwiło Zamawiającemu potwierdzenie realności wyceny.

{okoliczności prawne}

Odnosnie znaczenia prawidłowego sformułowania wezwania do wyjaśnień ceny oferty wskazano na poniższe orzeczenia i wypowiedzi doktryny.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego wskazać należy, że 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. Na zamawiającym ciąży obowiązek ukierunkowania wykonawcy, jakie konkretne okoliczności winien wyjaśnić. Co za tym idzie, braku w wyjaśnieniu danego elementu – o ile zamawiający o niego wprost nie zapytał – nie można odczytywać na niekorzyść wykonawcy [z uzasadnienia wyroku Izby z 20.01.2023 r. sygn. akt KIO 65/23].

Przypomnieć przy tym należy, iż owe wyjaśnienia są sformalizowaną instytucją prawną z art. 224 Pzp obowiązkiem wykonawcy do którego zamawiający kieruje żądanie w trybie art. 224 ust. 1 Pzp jest przy tym wyjaśnienie tylko tych kwestii, o które zamawiający pyta. Z kolei zamawiający oceniając wyjaśnienia przedstawione przez danego wykonawcę ma zweryfikować, czy otrzymał przekonujące odpowiedzi na pytania, które zadał. Co prawda treść art. 224 ust. 1 Pzp nie wskazuje minimalnej treści wezwania, tak odwołując się do poglądów doktryny uzasadnione jest, aby takie wezwanie nie miało charakteru blankietowego, powielającego w zasadzie przepisy Prawa Zamówień Publicznych bez wskazania szczegółowych kwestii będących w obszarze zainteresowań zamawiającego (taka sytuacja ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym). Przyjmuje się bowiem, że treść wystosowanego wezwania determinuje zakres i kształt odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę. W sytuacji zatem, gdy tylko jest to możliwe, wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztów lub ich istotnych części składowych powinno mieć formę konkretnych zagadnień (pytań), które budzą wątpliwości zamawiającego i które następnie będą podlegały wyjaśnieniu przez wykonawcę. Pytania lub też zagadnienia określone przez zamawiającego, które zostają przedstawione wykonawcy, powinny wskazywać elementy oferty, które podczas jej badania wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Tego rodzaju konstrukcja wyjaśnień wystosowanych przez zamawiającego do wykonawcy ma służyć temu, aby wykonawca posiadał wiedzę, które elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. Zamawiający nie powinien oczekiwać od wykonawcy, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty zamawiający zakwestionował (które budzą jego wątpliwości) albo spodziewać się, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty, zwłaszcza gdy mamy do czynienia z zamówieniem na robotę budowlaną (zob. A. Gawrońska- Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany – Lex art. 224) [z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 14.06.2022 r. sygn. akt XXIII Zs 68/22].

Izba nie podziela także argumentacji Odwołującego w zakresie każdorazowego obowiązku przedkładania dowodów na okoliczność kosztów pracy, w szczególności oczekiwania załączania do wyjaśnień umów o pracę. Nie sposób z góry przesądzić czy w okolicznościach konkretnej sprawy konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko wskazanie i powołanie określonych informacji. W ocenie Izby, jeżeli zamawiający nie sprecyzuje wezwania, wykonawca w ramach składanych wyjaśnień winien przedkładać jedynie takie dowody, które jego zdaniem uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Jeżeli złożone wyjaśnienia rozwiewają wątpliwości zamawiającego, a szczegółowa kalkulacja przedstawia realne stawki rynkowe kosztów pracy, czy też wynagrodzenia, wykonawca nie ma obowiązku przedłożenia konkretnych umów o pracę. Gdyby wykonawca prezentował wartości zaniżone lub z pogranicza minimalnego wynagrodzenia dla poszczególnych osób z personelu wtedy faktycznie zasadne byłoby potwierdzenie w postaci załączenia stosownych umów. Natomiast w sytuacji gdy prezentowane stawki są rynkowe nie sposób wymagać, aby podmiot załączał każdorazowo do wyjaśnień owe umowy [z uzasadnienia wyroku Izby z 10.08.2018 r. sygn. akt: KIO 1453/18].

Odnosnie znaczenia prawidłowego sformułowania uzasadnienia odrzucenia oferty w wyniku oceny złożonych odnosnie jej ceny wyjaśnień wskazano na poniższe orzeczenie.

W tym miejscu należy wskazać, że nie jest wystarczające uzasadnienie odrzucenia oferty sprowadzające się do wskazania, że wykonawca nie wykazał realności ceny oferty. Zamawiający musi wskazać przykładowo: czego w złożonych wyjaśnieniach brakuje, jakich elementów zamówienia lub wyliczeń nie uwzględniono, dla jakich informacji nie przedstawiono dowodów, które wyliczenia są nierzetelne i dlaczego, które informacje lub dowody są niewiarygodne i

dlaczego, które informacje są niespójne, które są niezgodne z postanowieniami SWZ. Dopiero wskazanie konkretnych okoliczności świadczących o nierzetelności kalkulacji ceny lub o niewystarczających wyjaśnieniach w tym zakresie, daje zamawiającemu podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 lub o art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Ciężar dowodu spoczywający na wykonawcy, który złożył ofertę z kwestionowaną ceną, nie zwalnia bowiem Zamawiającego z obowiązku przedstawienia uzasadnienia wskazującego na zasadność odrzucenia oferty. Nie oznacza to przerzucania na Zamawiającego obowiązku wykazania realności ceny oferty, ale wręcz przeciwnie – stanowi o obowiązku wykazania nierealności ceny tej oferty lub obowiązku wykazania wadliwości wyjaśnień wykonawcy [z uzasadnienia wyroku Izby z 3.10.2022 r. sygn. akt: KIO 2452/22, KIO 2453/22]

Odnosnie możliwości ponownego wezwania do wyjaśnienia ceny oferty wskazano na poniższe orzeczenie.

Wskazać należy, że – co do zasady – wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinno mieć miejsce jeden raz wobec danego wykonawcy, niemniej jednak z ugruntowanego w tym zakresie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że wystosowanie ponownego wezwania do tego samego wykonawcy jest możliwe w sytuacji, gdy w pierwotnym wezwaniu zamawiający nie doprecyzował, jakie informacje i dotyczące jakich kosztów wykonawca powinien w szczególności przedstawić [z uzasadnienia wyroku Izby z 11.01.2023 r. sygn. akt KIO 3474/22]

Odnosnie rozumienia „rażąco niskiej ceny” wskazano na poniższe orzeczenia.

Pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie posiada definicji legalnej, jednak jego rozumienie zostało dobrze ugruntowane w orzecznictwie sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z poglądami wyrażanymi przez organy orzekające cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, prowadzącą do wykonania zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Rażąco zaniżona cena oferty to cena generalnie niewystępująca na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz uczciwe konkurowanie podmiotów gospodarczych (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach w sprawie sygn. akt XIX Ga 3/07, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie w sprawie sygn. akt XII Ga 88/09, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 marca 2022 r. w sprawie sygn. akt XXIII Zs 155/21)(...) Należy wskazać, że w sytuacji, gdy zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień dotyczących ceny oferty, to po udzieleniu tych wyjaśnień podstawą oceny oferty tego wykonawcy nie jest wyłącznie cena z tej oferty w znaczeniu materialnym, ale uzasadnienie wartości stanowiącej tę cenę w treści udzielonych wyjaśnień. W oparciu o poglądy wyrażane w orzecznictwie można ustalić dyrektywę oceny wyjaśnień dotyczących szczegółowe, umotywowane, przekonujące, że cena oferty, pomimo jej niskiego poziomu nie jest ceną rażąco niską. Obowiązkiem prawnym wykonawcy wynikającym z 224 ustawy Pzp (dawny art. 90 ust. 2 dPzp) jest udowodnienie, że pomimo tego, że cena oferty jest ceną odbiegającą od wartości przedmiotu zamówienia, to różnica pomiędzy ceną oferty a wartością przedmiotu zamówienia jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy wykonać to zamówienie z należytą starannością. Wyjaśnienia udzielane przez wykonawcę wezwanego przez zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp powinny być tego rodzaju, że eliminują wątpliwości dotyczące poprawności obliczenia ceny oferty wyrażone przez zamawiającego, w związku z tym podlegają ocenie również pod kątem adekwatności przekazywanych informacji do treści wezwania [z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 19.12.2022 r. sygn. akt XXIII Zs 144/22]

Zaznaczenia wymaga, że cena rażąco niska, której zaoferowanie przez wykonawcę skutkuje odrzuceniem jego oferty, nie może być mylona z ceną niską. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą konkurować wykonawcy, którzy zważywszy na indywidualne warunki w jakich działają, mogą mieć niższe koszty prowadzenia działalności, niż inni wykonawcy, jak też są skłonni zadowolić się niższym zyskiem na danym zamówieniu. W konsekwencji są w stanie zaoferować niższą stawkę, która jest realistyczna i pozwala na należyte wykonanie zamówienia [z uzasadnienia wyroku Izby z 9.03.2023 r. sygn. akt KIO 493/23].

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów wskazanego w pkt 1. *petitum* odwołania (a w konsekwencji przepisów wskazanych w pkt 3.-4.), wywodząc, co następuje.

Po pierwsze, że wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny oferty było ogólnikowe, gdyż w zasadzie sprowadzało się do powielenia obowiązujących w tym zakresie przepisów ustawy pzp w tym zakresie (art. 224 ust. 3) oraz zażądania udzielenia wyjaśnień. W sytuacji, gdy nie zawierało ono żadnych konkretnych pytań w odniesieniu do oferty czy poszczególnych jej elementów, które mogłyby budzić wątpliwości Zamawiającego, nieuprawnione jest przerzucenie negatywnych konsekwencji niewłaściwie sformułowanego wezwania wyłącznie na Wykonawcę.

Po drugie, że analogicznie należy ocenić w kontekście ogólnikowego wezwania brak załączenia do wyjaśnień dowodów, skoro nie wiadomo było, czego mogą dotyczyć wątpliwości Zamawiającego.

Po trzecie, że ogólnikowe uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty nie wskazuje żadnych powodów uznania przez Zamawiającego ceny oferty za rażąco niską.

Po czwarte, że jeżeli Zamawiający powziął jakieś dodatkowe wątpliwości w zakresie złożonych wyjaśnień,

powinien wezwać do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 2 kwietnia 2024 r. wniósł o jego oddalenie, podnosząc w szczególności następujące okoliczności i argumentację.

{ad zarzutu pierwszego}

Wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej, w tym wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i sposobu ich kalkulacji.

Przepisy ustawy Pzp wskazują jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca winien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację prac, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe, koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo przepisy ustawy Pzp wymagają, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji i zakładany zysk. Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliuguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu [z uzasadnienia wyroku Izby z 19 września 2022 r. sygn. akt KIO 2200/22].

Istotą wyjaśnień powinno być szczegółowe wykazanie wszystkich czynników kształtujących poziom ceny oferty z odpowiednim ich umotywowaniem, co pozwoliłoby Zamawiającemu na ocenę rzetelności jej wyliczenia. Ponadto i. Przy czym zgodnie z wypracowanym w doktrynie stanowiskiem zamawiający nie może zastępować wykonawcy w zakresie wyboru odpowiednich dowodów, zwłaszcza że przepisy ustawy pzp nie określają nawet przykładowego ich katalogu.

W wezwaniu zaznaczono z, że szczegółowe wyjaśnienia muszą dotyczyć zarówno branży drogowej, jak i kanalizacji deszczowej, a także powinny zostać poparte odpowiednimi dowodami. W ocenie Zamawiającego żadna z okoliczności, na które powołał się Wilerbud nie została dostatecznie wyjaśniona, przy jednoczesnym braku załączenia jakiegokolwiek dowodów, choć w wezwaniu aż czterokrotnie podkreślono konieczność przedstawienia wraz ze składanymi wyjaśnieniami dowodów uzasadniających podaną w ofercie cenę

Wykonawca winien zdawać sobie sprawę z faktu, że zamawiający kierując wezwaniem do wyjaśnienia i podania podstaw tak wyliczonej ceny, przerzuca na tego wykonawcę – niezależnie od jego przekonania, obowiązek wykazania, że cała cena została skalkulowana w sposób prawidłowy, co winno wynikać nie tylko z wyjaśnień, ale także ze złożonych dowodów. Niewątpliwym jest, że zamawiający co do zasady nie może wymagać, aby wykonawca składał dowód na każdą kwotę przewijającą się w wyjaśnieniu. Jednakże wydaje się to niezbędne dla kluczowych składników zamówienia, czyli szczególnie tych, w odniesieniu do których wykonawca sięga po argumenty o szczególnie korzystnych warunkach rynkowych, a także w zakresie kwestii wprost wskazanych w wezwaniu zamawiającego. Złożone dowody, ograniczają ryzyko podważenia złożonych wyjaśnień [z uzasadnienia wyroku Izby z 23 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 359/22].

Co więcej, konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, jako składane przez podmiot zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie szczególnie korzystnych warunków lub posiadanie szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na obniżenie ceny. W takiej sytuacji, nie dysponując dowodami, zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą [z uzasadnienia wyroku Izby z 24 sierpnia 2023 r. sygn. akt KIO 2363/23]

Nie przedstawiono żadnych faktur odnośnie wskazanych oszczędności w kosztach zakupu paliwa czy zestawień, które obrazowałyby i potwierdzały deklarowany poziom oszczędności w pozyskaniu kruszywa dzięki posiadaniu własnej żwirowni. Nie sprecyzowano, czy i w jakiej ilości posiadane zapasy kruszywa zostaną użyte na potrzeby tego zamówienia. Niezależnie od tego w kontekście tego materiału powołano się następnie na możliwość zakupu na korzystnych warunkach finansowych, co rodzi niejasność. Odnośnie 30% bonusu oraz korzystnych indywidualnych

warunków finansowych u producentów rur PCV oraz studni betonowych nie skonkretyzowano, jak te warunki wyglądają, dlaczego są korzystne, na jakim poziomie zapewniają oszczędność, czy i w jakim dokładnie zakresie będzie z nich korzystał przy realizacji tego zamówienia oraz, co najważniejsze, nie przedstawiono żadnych dowodów wykazujących te fakty (tj. np. oferty sprzedawców, umowy itp.).

O ile w pkt 4. i 5. wyjaśnień mowa jest o czynnikach, które mogą zwiększać efektywności pracy, pozwalać na samowystarczalność wykonawcy i stanowić o oryginalności zaproponowanych przez niego rozwiązań, a tym samym w znacznym stopniu przyczyniać się do obniżenia kosztów wykonania danego zamówienia, o tyle twierdzenia te powinny zostać poparte odpowiednimi dowodami, np. wykazem takiego sprzętu, zestawieniami obejmującymi koszty jego eksploatacji i utrzymania oraz poziom oszczędności, jaki może zostać zapewniony dzięki ich wykorzystaniu.

Niemożliwe do zweryfikowania pozostają również koszty pracy, gdyż wyjaśnienia sprowadzają się do zapewnienia, że w stosunku do wszystkich pracowników spełniony jest wymóg zapewnienia minimalnego wynagrodzenia za pracę zgodnie z prawem jest spełniony, nie wskazując jednak ilu pracowników i za jaką stawkę będzie zatrudniał.

...dowodami potwierdzającymi stosowanie wynagrodzenia zgodnego z przepisami o płacy minimalnej są listy płac, zanonimizowane umowy o pracę. Z dowodów tych musi wynikać, że przyjęte w ofercie stawki wynagrodzeń pokrywają się z wynagrodzeniem umownym [z uzasadnienia wyroku Izby z 5 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 1441/21].

Również odnośnie ograniczenia dodatkowych kosztów dzięki realizowaniu go siłami własnymi i finansowaniu z środków własnych nie przedstawił jakiegokolwiek kalkulacji, która pokazałaby, w jakim zakresie i na jakim poziomie będzie to możliwe.

Ponadto wbrew zakresowi wezwania nie odniesiono się do wyceny kanalizacji, uzasadniając to faktem, że udział tych prac w cenie wynosi 28%. W sytuacji tym bardziej bezzasadne jest podnoszenie w odwołaniu, jakoby wezwanie było zbyt ogólnikowe.

Jednocześnie jednak zamawiający nie mają obowiązku zawierać w wezwaniu do wykonawcy takich szczegółowych pytań odnoszących się do ceny jego oferty, gdyż z żadnego przepisu pzp obowiązek taki nie wynika. Nawet jednak w przypadku skierowania do wykonawcy ogólnie sformułowanego wezwania, wykonawca ma obowiązek udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie okoliczności wymienionych w art. 224 ust. 3 pzp, a wyjaśnienia te powinny być spójne, rzetelne i wykazujące w przedstawionym zakresie prawidłowość kalkulacji ceny oferty [z uzasadnienia wyroku Izby z 31 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 125/22].

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty jasno i precyzyjnie wskazano, z jakich powodów niemożliwe było zweryfikowanie realności wyceny oferty, co w konsekwencji doprowadziło do jej odrzucenia. W szczególności zwrócono uwagę na nieprzedstawienie szczegółowej kalkulacji wszystkich czynników kształtujących poziom ceny oferty.

Ponowne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest możliwe tylko wówczas, jeżeli już pierwsze wyjaśnienia są rzetelne. Zamawiający może bowiem wystosować do wykonawcy kolejne wezwanie do wyjaśnień, ale tylko wtedy, gdy wzywa tego wykonawcę do wyjaśnienia jakiś nowych wątpliwości bądź też doprecyzowania pewnych kwestii. Istotne jest przy tym aby wyjaśnienia, które zostały złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie były konkretne, przekonujące, spójne i logiczne oraz poparte złożonymi dowodami [z uzasadnienia wyroku Izby z 26 stycznia 2024 r. sygn. akt KIO 45/24]

Odwolujący występuje w obrocie gospodarczym jako profesjonalista i tym samym zobowiązany jest do udzielania jak najbardziej wyczerpujących wyjaśnień już na pierwsze wezwanie, a niewywiązanie się z tego obowiązku nie powinno uzasadniać konieczności ponownego wezwania do wyjaśnień przez Zamawiającego, gdyż stanowiłoby to naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

{ad zarzutu drugiego}

Wilerbud miał możliwość zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie informacji, czy Zakład Komunalny został wezwany do złożenia wyjaśnień i jakie wyjaśnienia złożył, czego jednak nie uczynił

Zamawiający podał, w odpowiedzi na jego wezwanie Zakład Komunalny złożył konkretne, obszerne i spójne wyjaśnienia, poparte licznymi dowodami, co umożliwiło obalenie domniemania rażąco niskiej ceny i w rezultacie wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Tym samym zarzut naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp jest bezpodstawny.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały swoje stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i zarejestrowane 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 pzp.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę

w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu w ramach pierwszego zarzutu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty uniemożliwia mu uzyskanie tego zamówienia, na co w przeciwnym razie mógłby liczyć.

Odmienne sytuacja przedstawia się w odniesieniu do zarzutu zaniechania wezwania Zakładu Komunalnego do wyjaśnień ceny oferty. Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla wykazania przesłanki możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w ramach drugiego zarzutu.

Ponieważ brak legitymacji stanowi materialnoprawną przesłankę warunkującą możliwość uwzględnienia odwołania, jest to wystarczające do stwierdzenia, że odwołanie w zakresie drugiego zarzutu podlega oddaleniu. *Zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zatem powołany powyżej przepis wskazuje okoliczności uzasadniające poszukiwanie ochrony prawnej w drodze środków odwoławczych. Okoliczności te mają charakter materialnoprawny, czyli przesłanek zasadności wnoszonego środka. Ich zaistnienie nie wpływa na możliwość wszczęcia procedur odwoławczych, lecz warunkuje uwzględnienie wniesionego środka ochrony prawnej. Brak interesu w uzyskaniu zamówienia, albo nienaruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy nie oznacza bowiem, że postępowanie odwoławcze nie może się rozpocząć, lecz jedynie, że odwołanie wniesione w takich warunkach zostanie oddalone, bądź też, że zostanie oddalona skarga [z uzasadnienia postanowienia Sądu Okręgowego w Warszawie z 19 września 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 111/22].*

Izba ustaliła ponadto następujące okoliczności jako istotne:

SWZ składa się z: Części I – SWZ {dalej: „SWZ”}, Części II – Projekt umowy, Części III – Opis przedmiotu zamówienia [folder „6.SWZ z załącznikami”].

Przedmiotem tego zamówienia jest przebudowa ul. Łąkowej i Poprzecznej w Starym Bojanowie. Zakres inwestycji obejmuje wykonanie dla drogi wewnętrznej kategorii ruchu KR2 konstrukcji nawierzchni z kostki betonowej (na podbudowie zasadniczej z mieszanki niezwiązanej kruszywa i dodatkowej warstwie z gruntu stabilizowanego cementem) oraz odwodnienia tej drogi (kanalizacji deszczowej) [patrz pkt 3.1. SWZ oraz plik „00_Projekt architektoniczno-budowlany – część opisowa.pdf” z Części III SWZ]

Część III SWZ – Opis przedmiotu zamówienia [folder „Część III – Opis przedmiotu zamówienia”] składa się z projektów budowlanych i wykonawczych i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych {dalej: „STWiORB”} [zamieszczonych w folderach „Projekt – branża drogowa” i „Projekt – kanalizacja deszczowa”] oraz przedmiarów robót [plik „Przedmiary robót.xlsx”].

Z postanowień zamieszczonych w pkt 17. SWZ „Sposób obliczenia ceny” wynika, że w celu ustalenia wysokości ceny oferty, która będzie wynagrodzeniem ryczałtowym za wykonanie przedmiotu zamówienia, należy sporządzić w oparciu o dokumenty zamówienia kosztorys ofertowy zawierający ceny jednostkowe, uwzględniające wszelkie składniki kalkulacyjne, oraz wartość całkowitą, stanowiącą iloczyn ceny jednostkowej i podanego przez Zamawiającego zakresu rzeczowego danej pozycji. Tak sporządzony i załączony do oferty kosztorys ofertowy ma pełnić rolę pomocniczą i informacyjną dla Zamawiającego, prezentując sposób obliczania przez wykonawcę ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. Kosztorys ofertowy będzie także podstawą ewentualnego rozliczenia w przypadku przerwania realizacji przedsięwzięcia [patrz pkt 2.-3. i 8.-11.].

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że niezłączenie kosztorysu ofertowego do oferty nie będzie podstawą odrzucenia oferty. W takim przypadku wykonawca przedstawi w ciągu 5 dni od dnia podpisania umowy kosztorys ofertowy, na podstawie którego (...) wskaże należne mu wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia, które określił w Formularzu Ofertowym [patrz pkt 12.].

Zamawiający ustalił wartość zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego [patrz „Protokół z ustalenia wartości zamówienia” z 1 lutego 2024 r.].

Reasumując z powyższych postanowień wynika, że każdy wykonawca w celu prawidłowego wyliczenia ceny oferty (wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie robót budowlanych) miał wycenić przedmiar robót przy uwzględnieniu pozostałych dokumentów składających się na opis przedmiotu tego zamówienia.

Jednocześnie, pomimo formalnego przypisania mu na etapie badania i oceny ofert pomocniczego charakteru, kosztorys ofertowy miał być dla Zamawiającego źródłem wiedzy co do sposobu skalkulowania ceny oferty, czyli wyceny poszczególnych zakresów robót lub czynności objętych daną pozycją przedmiaru. Przy czym oczywiste jest, że jest to przede wszystkim przydatne dla ustalenia, dzięki możliwości porównania co najmniej z kosztorysem inwestorskim (i ewentualnie innymi kosztorysami ofertowymi), czy i w jakich pozycjach doszło do zaniżenia wyceny, aby zidentyfikować części składowe, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub rodzą wątpliwości co możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego opisem.

Niezależnie od powyższego Zamawiający uznał przedstawienie kosztorysu ofertowego za niezbędne na potrzeby realizacji zamówienia, skoro wymaga jego przedstawienia przez wykonawcę, z którym zawrze umowę.

29 lutego 2024 r. Zamawiający wystosował – zarówno do Wilerbudu, jak i do Zakładu Komunalnego – w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy pzp (przy czym w obu przypadkach podstawą wezwania było odbieganie ceny oferty o co najmniej 30% od ubruttowionej wartości szacunkowej, a w przypadku oferty Wilerbudu dodatkowo od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert), analogicznie sformułowane wezwanie, w którym kolejno:

- 1)zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych elementów składowych, gdyż złożona oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, czyli *de facto* przywołał treść art. 224 ust. 1 pzp;
- 2)po poinformowaniu, że oceniając wyjaśnienia wraz z dowodami będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, przywołał brzmienie otwartego katalogu okoliczności, których mogą dotyczyć wyjaśnienia, zamieszczonego w art. 224 ust. 3 pzp;
- 3)podkreślił prośbę o udzielenie szczegółowych wyjaśnień ceny oferty w zakresie zarówno branży drogowej, jak i kanalizacji deszczowej;
- 4)skonstatował, że istotą wyjaśnień jest szczegółowe wskazanie czynników kształtujących poziom ceny oferty z odpowiednim ich umotywowaniem, co pozwoli na ocenę rzetelności jej wyliczenia;
- 5)przywołał brzmienie art. 224 ust. 5 pzp, zgodnie z którym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy;
- 6)zakreślił na 6 marca 2024 r. termin na złożenie wyjaśnień;
- 7)poinformował, że zgodnie z art. 224 ust. 6 pzp 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.

Zamawiający w ten sam sposób potraktował obu wykonawców, kierując do nich ogólnie sformułowane wezwanie, choć ich sytuacja nie była taka sama, gdyż Wilerbud złożył wraz z ofertą kosztorys ofertowy, a Zakład Komunalny nie. Oznacza to, że Zamawiający w ogóle nie przeanalizował kosztorysu ofertowego Wilerbudu, aby ustalić, czy odbieganie ceny tej oferty jest wynikiem zaniżenia cen jednostkowych w każdej, czy też w niektórych pozycjach. Świadczy o tym również sposób zakreślenia zakresu wezwania, w którym Zamawiający, wbrew hipotezie i dyspozycji normy objętej art. 224 ust. 1 pzp, zamiast sprecyzowania, czy dotyczy ono całości ceny oferty czy jej istotnych części składowych, pozostawił to do uznania wykonawcy. O ile w przypadku Zakładu Komunalnego znana była tylko cena oferty, o tyle Wilerbud zaprezentował w złożonej ofercie sposób obliczenia ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, tak jak życzył sobie tego Zamawiający w powyżej omówionym postanowieniu z pkt 17. SWZ. Ponadto jednym z argumentów prezentowanych na rozprawie jako istotny miało być nieprzedstawienie przez Wilerbud jakiegokolwiek kalkulacji, co dodatkowo potwierdza, że Zamawiający zbadał tę ofertę powierzchownie, ograniczając się do stwierdzenia wypełnienia przez jej cenę kryteriów, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 pzp.

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

Wykonawca w dniu 06.03.2024 r. przekazał odpowiedź na wezwanie Zamawiającego w sprawie rażąco niskiej ceny oferty. Wykonawca w przedłożonych wyjaśnieniach przedstawił argumenty wskazujące, że oferowana cena w jego ocenie nie jest rażąco niska.

Wyjaśnienia wykonawcy są lakoniczne i ogólnikowe. Odnosząc się do stanowiska Wykonawcy, Zamawiający informuje, że Wykonawca nic przedstawił w ramach wyjaśnień szczegółowej kalkulacji kosztów uzasadniających twierdzenie o realności zastosowanej ceny ofertowej oraz dowodów na potwierdzenie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Powyższe uniemożliwia Zamawiającemu potwierdzenie realności wyceny Wykonawcy.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Wykonawca jest zobowiązany wykazać, że rzetelnie skalkulował cenę w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia. Złożone wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniać podaną w ofercie cenę. W zależności od okoliczności i stanu faktycznego danej sprawy Wykonawca powinien przedstawić stosowne dowody na potwierdzenie swojej argumentacji. W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie wykazał realności ceny wskazanej w ofercie.

Powyższe uzasadnienie potwierdza, że ocena wyjaśnień Wilerbudu została przeprowadzona bez uwzględnienia treści kosztorysu ofertowego, do którego uszczegółowienia w całości lub w części Zamawiający nie wzywał, gdyż w ogóle go nie przeanalizował.

Co istotne, analogiczny jak powyżej zrelacjonowany za odwołaniem (a niesprzecznie opisany w odpowiedzi na odwołanie) sposób prezentowania okoliczności, które sprzyjają obniżeniu ceny, w wyjaśnieniach Zakładu Komunalnego z 6 marca 2024 r. Zamawiający nie uznał za lakoniczny i ogólnikowy.

Z kolei zamieszczona w ramach tych wyjaśnień kalkulacja ma charakter uproszczony, a nie szczegółowy, tzn. nie prezentuje rozbicia cen jednostkowych na bezpośrednie koszty robocizny, materiałów i sprzętu oraz narzut kosztów pośrednich. Co do liczby i uszczegółowienia opisu pozycji jest wręcz na mniejszym poziomie szczegółowości niż przedmiary i kosztorys ofertowy Wilerbudu, co zresztą sygnalizuje nazwa „Zestawienie kosztów materiałów i sprzętu...”. Różnica sprowadza się do załączenia ofert lub cenników dotyczących materiałów i w jednym przypadku oferty na podwykonawstwo oraz podania w ramach odrębnych „Zestawień kosztów robocizny..” kosztów zatrudnienia (wynagrodzenia, składek ZUS i kosztów pracodawcy) przewidywanej liczby pracowników.

[patrz plik „WYJAŚNIENIE RNC podpisany.pdf” w folderze „34.INFORMACJE NIEJAWNE - Wyjaśnienia niska cena - Zakład Komunalny w Śmiglu Sp. z o.o.].

Z powyższego uzasadnienia nie wynika również, że Zamawiający uznał kalkulację zawartą w ofercie w powiązaniu ze złożonymi wyjaśnieniami za niewiarygodną z uwagi na niezłączenie dodatkowych dowodów, jak to wywiedziono dopiero w odpowiedzi na odwołanie.

Reasumując, uzasadnienie odrzucenia oferty Wilerbudu jest ogólnikowe, co jest konsekwencją faktu braku wzięcia pod uwagę kalkulacji zawartej w ofercie i ogólności uprzednio wystosowanego wezwania, w którym tego faktu również nie uwzględniono.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest częściowo 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 orzecnictwa 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 ma znaczenie 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.

W ocenie składu orzekającego wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest bardzo istotnym dokumentem w kontekście badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, ponieważ to ono determinuje treść złożonych wyjaśnień. Jak wynika z treści wezwania zamawiający oczekiwał od przystępującego uszczegółowienia wyjaśnień i złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty, w szczególności przedstawienia ceny materiałów potwierdzonych kopią ofert dostawców oraz złożenia wyjaśnień w sprawie kalkulacji kosztów „robocizny” wraz z narzutami i kosztów sprzętu oraz co istotne wymagał wyjaśnienia ceny oferty przystępującego w formie kosztorysu, wykonanego metodą kalkulacji szczegółowej. Ta ostatnia informacja dotycząca wymogu złożenia przez przystępującego kosztorysu, wykonanego metodą kalkulacji szczegółowej, miała kluczowe znaczenie dla rozpoznania przedmiotowej sprawy. W tym kontekście Izba zauważyła, że sporządzenie kosztorysu metodą kalkulacji szczegółowej jest z pewnością bardziej czasochłonne i kosztowne od sporządzenia kosztorysu metodą kalkulacji uproszczonej, przez co sporządzenie kosztorysu szczegółowego wymaga od wykonawcy znacznie większego zaangażowania oraz nakładów, niż ma to miejsce w przypadku kosztorysu uproszczonego. Ponadto w kosztorysie szczegółowym położony jest nacisk na wyliczenie cen jednostkowych w pozycji kosztorysowej. Tym samym błędy popełnione w kosztorysie sporządzonym przez wykonawcę metodą kalkulacji szczegółowej powinny być oceniane dość restrykcyjnie i nie miał tutaj znaczenia fakt, że zamawiający wymagał złożenia takiego kosztorysu na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przystępujący nie kwestionował czynności wezwania go do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przez wniesienie odwołania na wcześniejszym etapie, przez co Izba nie badała zasadności wymogu złożenia kosztorysu szczegółowego w ramach wezwania [z uzasadnienia wyroku z 31 października 2023 r. sygn. akt KIO 2998/23].

Analizując treść wezwania z dnia 18 września 2023 roku Izba doszła do przekonania, że wezwanie to jest zbyt ogólne, by wykonawca mógł powziąć wystarczającą wiedzę, jakie w szczególności obszary zamówienia interesują zamawiającego pod względem dokonanej wyceny. Treść wezwania ogranicza się do przytoczenia treści przepisu art. 224 ust. 4 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że wezwanie nie może być ogólnikowe. Zamawiający powinien wskazać, elementy oferty, które mają zostać przez wykonawcę wyjaśnione i dowiedzione. Takie działanie wynika z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, który wymaga, aby zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy składania wyjaśnień i przedstawiania dowodów, w sytuacji, gdy zamawiający w wezwaniu nie wskazał elementów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów [z uzasadnienia wyroku z 30 października 2023 r. sygn. akt KIO 3027/23].

W przypadku gdy cena ma charakter ryczałtowy, jak w niniejszym postępowaniu, a zakresy wyceny są uzależnione od zakresu projektowanych prac w ramach danego etapu, Zamawiający słusznie uznał, iż należy wskazać rodzaj informacji, które pozwoliłyby na rozwianie jego podejrzeń co do możliwości realizacji zamówienia lub istotnych części składowych ceny, które wydawać miały się rażąco niskie. W tym miejscu należy odnotować, iż ogólne wezwanie bez identyfikacji przyczyn, które miałyby uzasadniać powzięcie podejrzenia co do możliwości zaoferowania rażąco niskiej ceny, stanowić może przyczynę niedostatecznej treści wyjaśnień, gdyż wykonawca nie mając wiedzy o intencji przyświecającej wezwaniu, udzielić może niejasnych lub ogólnikowych wyjaśnień. Taka sytuacja najczęściej prowadzi do złożenia wyjaśnień niedostatecznych dla wykazania rzetelności kalkulacji ceny ofertowej, co miało miejsce w sprawie na etapie składania pierwszych wyjaśnień. (...) Uwzględniając powyższe skład orzekający przyjął, iż przy braku precyzyjnego wezwania ze strony Zamawiającej co do elementów kalkulacji, które miałyby pozwolić na rozwianie wątpliwości w zakresie wyceny kosztów i innych elementów zamówienia, nie można traktować kolejnego wezwania w kategorii naruszenia przepisów, które wprost nie ograniczają zamawiającego w zakresie badania oferty. Zasada jednokrotnego wzywania do wyjaśnień w zakresie elementów ceny została faktycznie wypracowana w orzecznictwie, a zatem wymaga każdorazowo odniesienia do stanu faktycznego, w tym uwzględnienia realnego znaczenia zakresu wezwania dla treści złożonych wyjaśnień [z uzasadnienia wyroku z 16 sierpnia 2023 r. sygn. akt KIO 2256/23].

Według art. 513 pkt 1 i 2 pzp (art. 180 ust. 1 popzp) odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Stąd dla skutecznego zakwestionowania wyboru oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, konieczne a zarazem wystarczające jest wykazanie, że zamawiający nieprawidłowo ocenił te wyjaśnienia. W konsekwencji również Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia, które zostały złożone zamawiającemu przez wezwanego wykonawcę, uzasadniły należycie cenę jego oferty.

Z kolei 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 orzecniczą 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 w pierwszej kolejności muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp lub art. 224 ust. 6 pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty (nie) jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień (nie) powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

W tej sprawie w odwołaniu – jak to powyżej zrelacjonowano i potwierdzono w ramach poczynionych ustaleń – adekwatnie sprecyzowano okoliczności, które świadczą o tym, że Zamawiający, 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 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 nieznanym im

uprzednio motywów decyzji, które zamawiający przez przeoczenie lub celowo nie podał zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 pzp. Przepis ten nakazuje bowiem zamawiającemu niezwłoczne poinformowanie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, czyli powodów odrzucenia oferty. Stąd w tej sprawie Izba nie wzięła pod uwagę okoliczności, na które Zamawiający powołał się dopiero w toku postępowania odwoławczego, jeżeli wykraczały one poza ramy uzasadnienia faktycznego przekazanego uprzednio Odwołującemu.

Zamawiający w toku postępowania odwoławczego konsekwentnie obstawał przy tym, że aby wyjaśnienia mogły być przez niego uznane za wiarygodne, konieczne było poparcie jej odrębnymi dowodami, choć jednocześnie w ogóle nie wziął pod uwagę i nie ocenił kalkulacji ceny oferty, nad której złożeniem 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 kosztorysie ofertowym, o którego uszczegółowienie Zamawiający się nie zwrócił.

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 oczywiste jest, że tak złożone wyjaśnienia obejmujące kalkulację stanowią dokument pochodzący od wykonawcy, o tyle nie pozbawia to go automatycznie jakiegokolwiek mocy dowodowej. Kalkulacje i oświadczenia jak każdy dowód podlegają bowiem ocenie. Tymczasem Zamawiający na etapie postępowania odwoławczego przyjął nazbyt formalistyczne podejście co do braku możliwości traktowania ich jako dowodów, choć nawet nie próbował przeprowadzić weryfikacji realności ceny oferty w kontekście kosztorysu ofertowego, choćby przez zażądanie informacji uszczegóławiających i ewentualnie stosownych dowodów.

Izba zważyła, że Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień, pomimo że zrodziły u niego określone wątpliwości, nie próbował ich wyjaśnić, pomimo że mógł i powinien to uczynić, 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 rozwiązały 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 ogólnikowe i niekonkretne – jak to miało również miejsce w niniejszej sprawie – wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji zaniechania odpowiedniego sformułowania wezwania, a co za tym idzie, zamawiający winien ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, wskazując, które kwestie wymagają uszczegółowienia i w jakim zakresie. Nie ma również żadnych przeszkód, aby ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia wzbudziły określone nowe szczegółowe wątpliwości (tak np. w uzasadnieniach wyroków wydanych: 23 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1143/15 czy 18 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 150/16).

Wobec tego, rozpoznając sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że należy

uznać je za zasadne, gdyż Zamawiający nie miał podstaw, aby odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie dotychczas złożonych wyjaśnień, których zakres odpowiadał wystosowanemu wezwaniu. Działanie takie należy uznać za nieodpowiadające zasadzie proporcjonalności wyrażonej w art. 16 pkt 3 pzp w sytuacji, gdy nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający wpierw przeanalizował kosztorys ofertowy i ewentualnie uzyskał wyjaśnienie wątpliwości, które mu się wtedy nasuną, zamiast przedwcześnie i arbitralnie podejmować decyzję eliminującą definitywnie Odwołującego z postępowania.

Naruszenie przepisów objętych zarzutami wyszczególnionymi w pkt 3. i 4. powyżej należy formalnie uznać za potwierdzone, jednak zarzuty te nie mają charakteru samoistnego, a są jedynie konsekwencją merytorycznej zasadności zasadniczego zarzutu.

Natomiast oczywiście niezasadny, bo bezprzedmiotowy jest zarzut naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp w odniesieniu do oferty, którą zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą, gdyż w rzeczywistości wezwanie w trybie tego przepisu nie tylko zostało wystosowane, ale złożone wyjaśnienia zostały pozytywnie zweryfikowane przez Zamawiającego.

{rozstrzygnięcie o żądaniach odwołania i kosztach postępowania}

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że

- naruszenie przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd – 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.
- zarzut naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp nie potwierdził się, stąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego i Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników oraz koszty dojazdu Zamawiającego, orzeczono w pkt 3. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a oraz b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 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), tj. obciążając nimi Odwołującego i Zamawiającego po połowie.