

WYROK

Warszawa, dnia 16 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2024 r. przez wykonawcę P.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „P.B. Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe”

w Krobi w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kobylin

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawcę P.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „P.B. Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe” w Krobi i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „P.B. Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe” w Krobi tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Gminę Kobylin tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego – wykonawcy P.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „P.B. Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe” w Krobi na rzecz zamawiającego – Gminy Kobylin kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 258/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Kobylin [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na *rozbudowę systemu wodno - kanalizacyjnego na terenie gminy Kobylin* (znak postępowania: IGK.271.13.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 grudnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00528338/01.

W dniu 23 stycznia 2024 r. P.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „P.B. Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe” w Krobi [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie części 1 i 2 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp przepisów, tj.:

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na niezasadnym stwierdzeniu, że oferta złożona przez Odwołującego w Części nr 1 i 2 Zamówienia zawiera rażąco niską cenę, w sytuacji gdy cena zaoferowana przez Odwołującego jest wystarczająca do pokrycia kosztów realizacji zamówienia, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, a więc nie jest rażąco niska, co doprowadziło do nieuzasadnionego stwierdzenia, że oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp;

3. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na nieprawidłowej ocenie wyjaśnień Odwołującego z dnia 5 stycznia 2024 r. dotyczących zaoferowanej ceny w odniesieniu do Części nr 1 i 2 Zamówienia (dalej jako: "Wyjaśnienia"), prowadzącej do nieuzasadnionego stwierdzenia, że Wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w zakresie Części nr 1 i 2 Zamówienia, pomimo że Zamawiający w sposób bardzo ogólnikowy wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień,

a Wyjaśnienia wraz z dowodami jednoznacznie wskazują, że zaoferowana przez Odwołującego cena w Części nr 1 i 2 Zamówienia jest wystarczająca do pokrycia kosztów realizacji Zamówienia, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania Zamówienia publicznego,

a więc nie jest rażąco niska, co doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp;

4. ewentualnie, z ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów, o których mowa

w punktach 1-3 powyżej - art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez niewłaściwe niezastosowanie tych przepisów polegające na wyznaczeniu Wykonawcy zbyt krótkiego terminu do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie ceny rażąco niskiej, jak również zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed odrzuceniem jego oferty w Części nr 1 i 2 Zamówienia, mimo że Zamawiający powziął jedynie wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny z uwagi na brak wyliczeń których nie domagał się od Odwołującego pierwotnie w treści wezwania o udzielenie wyjaśnień, a zatem przed odrzuceniem oferty powinien podjąć dalsze czynności wyjaśniające;

5. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na zaniechaniu dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

w Postępowaniu w ramach Części nr 1 i 2 Zamówienia, pomimo że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SWZ spośród ofert złożonych w postępowaniu a niepodlegających odrzuceniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TOR M.I. z siedzibą w Krotoszyne jako najkorzystniejszej dla Części 1 i Części 2 Zamówienia;

2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z Postępowania - dla Części 1 i Części 2 Zamówienia;

3. dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego – dla Części 1 i Części 2 Zamówienia – oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej dla Części 1 i Części 2 Zamówienia w wyniku ponownego badania i oceny ofert;

4. ewentualnie ponownego wezwania Odwołującego się do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp dla Części 1 i Części 2 Zamówienia.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy, w tym treść wezwań skierowanych do Wykonawcy w trybie art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 5 stycznia 2024 r. dotyczące rażąco niskiej ceny oraz zawiadomienia

o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu ofert Odwołującego w części 1 i 2 zamówienia.

A. NARUSZENIE ART. 16 PKT 1-3 PZP W ZW. Z ART. 226 UST. 1 PKT 8 ORAZ ART. 224 UST. 6 PZP

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonał arbitralnej i subiektywnej oceny Wyjaśnień Odwołującego. W orzecznictwie zgodnie przyjmuje się, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjęć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych (por. wyrok KIO z 3.04.2023 r., KIO 780/23, LEX nr 3555141; wyrok KIO z 15.05.2023 r., KIO 1191/23, LEX nr 3588607).

Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego były niewątpliwie konkretne, jasne, spójne

i adekwatne do przedmiotu Zamówienia.

Odwołujący załączył do treści odwołania: 1. Załącznik nr 5 - Wykaz pracowników Odwołującego na fakt: realności zaoferowanej ceny dla Zamówienia (zarówno Części 1 jak

i 2); posiadania przez Odwołującego dostępu do stałego, wykwalifikowanego personelu na podstawie umów o pracę;

braku konieczności zatrudniania dodatkowego personelu celem realizacji Zamówienia; 2. Załącznik nr 6 - Wykaz sprzętu Odwołującego na fakt: realności zaoferowanej ceny dla Zamówienia (zarówno Części 1 jak i 2); posiadania wielu własnych jednostek sprzętu ciężkiego, który wykorzystany zostanie na potrzeby realizacji Zamówienia

i obniży koszt jego realizacji; 3. Załącznik nr 7 - Kosztorys Odwołującego na fakt: realności zaoferowanej ceny dla Zamówienia (dla Części 2); elementów składowych składających się na cenę ofertową dla części 2 Zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż wbrew stanowisku kreowanemu przez Zamawiającego

o wystąpieniu rażąco niskiej ceny nie mogą świadczyć same w sobie różnice między zaoferowaną ceną a wartością szacowaną przez Zamawiającego oraz wartością pozostałych ofert (por. wyrok KIO z 16.05.2023 r., KIO 1145/23, LEX nr 3585007).

Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia Oferty jako zarzut stawiany Wykonawcy wskazał, że ten nie przedstawił i jakichkolwiek „wycień” jak wskazane wartości wpływają na wartość Zamówienia, mimo że nie żądał on kosztorysu od Odwołującego w treści wezwania.

W ocenie Odwołującego Zamawiający błędnie uznał, że wyjaśnienia składane w trybie art. 224 ust. 1 Pzp muszą obligatoryjnie prowadzić do udowodnienia absolutnie każdego elementu kosztowego. Wyjaśnienia ceny wraz z dowodami muszą skłonić Zamawiającego wyłącznie do przekonania, że generowane oszczędności czy też szczególne warunki wpływające na obniżenie ceny, pozwalają na zrealizowanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, przy czym wykonawca nie musi w szczególności wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeśli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania. Innymi słowy, celem badania rażąco niskiej ceny jest wyłącznie ustalenie, czy wysokość zaoferowanej ceny daje racjonalne podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany stosownie do wymagań Zamawiającego z należytą starannością (por. przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2021 r., sygn. akt: KIO 1614/21).

Zdaniem Odwołującego przedłożone przez niego Wyjaśnienia dają racjonalne podstawy dla uznania, że cena przez niego wskazana jest realna. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej dowodem mogą być również same wyjaśnienia złożone przez wykonawcę, jeśli cechują się dostatecznym stopniem szczegółowości (por. wyrok KIO z 11.02.2022 r., KIO 224/22, LEX nr 3361904). Ponadto, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2022 r., wydanym w połączonych sprawach o sygn. akt: KIO 1611/22, KIO 1615/22 wskazać należy że: "nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawcy udowodnili brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które ich zdaniem uzasadniały przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia".

Czynność Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego była wadliwa, gdyż Zamawiający nie wymagał przedłożenia od Odwołującego dowodów, których złożenia oczekiwał następczo, tj. po odrzuceniu oferty Odwołującego, co wynika jednoznacznie z przekazanej wykonawcom dnia 18 stycznia 2024 r. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie Części nr 1, jak i Części nr 2 Zamówienia.

Odwołujący wskazał, że wezwanie ze strony Zamawiającego miało charakter bardzo ogólny – sposób jego wykonania leżał zatem w gestii Odwołującego. Zamawiający nie wskazał jakichkolwiek szczegółowych wymagań co do sporządzania wyjaśnień,

w szczególności nie określił jakie dowody mają zostać przedłożone. Nie wskazał, że oczekuje wycień (kalkulacji). Odwołujący miał zatem dużą swobodę w przedstawianiu Wyjaśnień, gdyż wezwanie do wyjaśnień nie było istotnie skonkretyzowane i nie zawierało szczegółowych wymagań dla przedstawianych kalkulacji czy dowodów. Natomiast w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający wskazał, że oczekiwał wycień - stanowisko takie jest całkowicie nieuprawnione i spóźnione, gdyż Odwołujący nie został wezwany do złożenia takich dowodów.

Skoro nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany (por. wyrok KIO z 24.05.2023 r., KIO 1090/23, LEX nr 3584958) należy uznać że ogólnikowość wezwania ze strony Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień nie może działać na niekorzyść Odwołującego. Powyższe stanowisko odwołujące potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2023 r., KIO 1166/23, LEX nr 3588582.

Uzasadniał, że skoro wezwanie ze strony Zamawiającego miało charakter blankietowy nie sposób zarzucać Odwołującemu zbyt dużej ogólnikowości jego wyjaśnień.

W orzecznictwie przyjmuje się, że treść wystosowanego wezwania determinuje zakres

i kształt odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę. Skoro wezwanie do złożenia wyjaśnień ze strony Zamawiającego w zakresie sposobu wycięcia ceny nie miało formy konkretnych zagadnień/pytań, które budzą wątpliwości zamawiającego, i które będą podlegały wyjaśnieniu przez wykonawcę nie sposób uznać że Odwołujący udzielił wyjaśnień w sposób niewystarczający. W istocie, aby wykonawca mógł rozwiązać wątpliwości zamawiającego najpierw musi wiedzieć, które elementy wzbudziły jego zastrzeżenia i w jakim kierunku mają podążać składane wyjaśnienia. W niniejszej sprawie Odwołujący takiej wiedzy nie posiadał.

Odwołujący dalej przywołał poglądy doktryny i orzecznictwa Izby dotyczące procedury rażąco niskiej ceny, w tym wezwania kierowanego do wykonawców oraz udzielanych wyjaśnień.

Co istotne, brak kalkulacji stanowił naturalną konsekwencją przyjęcia przez Zamawiającego ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w ramach niniejszego Zamówienia (por. pkt X ust. 1 SWZ). W takiej sytuacji brak jest po stronie wykonawcy obowiązku przedstawiania szczegółowej kalkulacji ceny oferty z rozbiciem na ceny jednostkowe. To wykonawca określa cenę całkowitą, która powinna pokrywać wszystkie koszty realizacji zamówienia, w tym zapewniać pokrycie zobowiązań podatkowych wynikających z realizacji zamówienia (por. wyrok KIO z 17.04.2023 r., KIO 835/23, LEX nr 3562534). Odwołujący nie mógł przypuszczać, wobec ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, że Zamawiający

oczekuje od niego przedłożenia szczegółowej kalkulacji (wyczerń) dla ceny ofertowej. Ponadto konsekwencją ryczałtowego charakteru wynagrodzenia jest brak po stronie wykonawcy obowiązku przedstawiania szczegółowej kalkulacji ceny oferty z rozbiciem na ceny jednostkowe, nawet w toku wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (por. wyrok KIO z 17.04.2023 r., KIO 835/23, LEX nr 3562534).

Odwolujący wskazał, iż nie mniej istotna jest okoliczność, że niniejsze Zamówienie obejmowało zarówno projektowanie jak i roboty budowlane. Taka formuła zamówienia daje tę przewagę wykonawcom, że w oparciu o przekazaną przez zamawiającego dokumentację, wykonawca ma swobodę w takim ukształtowaniu oferty, że układ kalkulacji poszczególnych elementów wyceny pozycji ofertowych jest ustalany w oparciu o indywidualne właściwości przypisane danemu wykonawcy. To wykonawca w oparciu o swój potencjał, know-how, kontakty biznesowe oraz współpracę z innymi podmiotami na rynku - ma pełną wiedzę

o możliwościach realizacji danego zamówienia za określoną kwotę. Projekt biznesowy, jakim jest realizacja zamówienia publicznego, wymusza na wykonawcach wzięcie pod uwagę osiągnięcie godnego zysku, z takim założeniem jest bowiem prowadzona działalność gospodarcza (por. wyrok KIO z 11.04.2023 r., KIO 740/23, LEX nr 3555105). Przedmiotowy aspekt Zamówienia nie został uwzględniony przez Zamawiającego. Różne podmioty,

o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy o rażąco niskiej cenie, a o prawidłowym działaniu konkurencyjnej gospodarki (por. Wyrok KIO z 17.04.2023 r., KIO 880/23, LEX nr 3562576).

Na koniec wskazał, iż zaoferowana przez Odwołującego cena zarówno w zakresie Części nr 1, jak i części nr 2 Zamówienia objętego postępowaniem, nie jest rażąco niska, co w ocenie Odwołującego zostało wykazane w toku Postępowania. Do niniejszego odwołania załączone zostały szczegółowe kalkulacje wraz z wykazami, które potwierdzają stanowisko Odwołującego.

B. NARUSZENIE ART. 224 UST. 1 W ZW. Z ART. 226 UST. 1 PKT 8 I ART. 224 UST. 6 PZP

Odwolujący podkreślał, że wyjaśnienia były wystarczające dla stwierdzenia, że cena zaoferowana przez niego w Częściach nr 1 i 2 Zamówienia pozwala pokryć wszelkie koszty związane z realizacją Zamówienia i umożliwić osiągnięcie zysku. Nie sposób zatem stwierdzić, aby była rażąco niska.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że wszelkie kwestie wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego w odniesieniu do części nr 1 i 2 Zamówienia mogły zostać wyjaśnione przez Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 Pzp (wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień). Zastosowanie względem Wykonawcy najdalej idącej sankcji w postaci odrzucenia jego oferty jest działaniem nieproporcjonalnym i nieprawidłowym w świetle treści przepisów Pzp.

Przy uwzględnieniu okoliczności niniejszej sprawy należy zatem dojść do wniosku zdaniem Odwołującego, że Zamawiający, zamiast stosować w Postępowaniu najdalej idącą sankcję o charakterze eliminacyjnym w postaci odrzucenia oferty Odwołującego, mógł skierować do Odwołującego wezwanie do dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp. Takie działanie z pewnością pozwoliłoby rozwiązać wszelkie potencjalne wątpliwości Zamawiającego w zakresie zaoferowanej ceny. Przy uwzględnieniu powyższego nie doszłoby do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę. Możliwość takiego wezwania potwierdza analiza orzecznictwa. Przykładowo Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 kwietnia 2019 r., sygn. akt: KIO 480/19. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w postępowaniu zamiast stosować sankcję w postaci odrzucenia oferty, mógł postąpić w sposób wskazany w przywołanym orzeczeniu.

Wskazał, iż odrzucenie oferty Odwołującego się należy w tej sytuacji uznać za daleko przedwczesne. Zamawiający powinien zakończyć postępowanie wyjaśniające dopiero wtedy, kiedy uzyska jednoznaczne i możliwe do obiektywnej weryfikacji informacje, przekładające się na wymierne wartości ekonomiczne. Naturalną konsekwencją analizy wyjaśnień kalkulacji ceny powinno być zmierzanie do usunięcia pojawiających się w wyniku pierwszych wyjaśnień wątpliwości - nie zaś wybór oferty najkorzystniejszej. Kontynuacja postępowania wyjaśniającego uczyniłaby zadość celowi regulacji wynikającej z art. 224 p.z.p. Skoro zatem Zamawiający miał wątpliwości wobec Wyjaśnień złożonych przez Odwołującego powinien wezwać go do złożenia dodatkowych wyjaśnień (por. Wyrok KIO z 17.04.2023 r., KIO 880/23, LEX nr 3562576).

Zamawiający tymczasem naruszył przepisy ustawy, bowiem jedynie zapoczątkował proces wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez Odwołującego, natomiast z niezrozumiałych przyczyn przerwał go i dokonał przedwczesnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Za dopuszczalne przy tym należy uznać ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, jeżeli w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach powstają kolejne kwestie, nowe wątpliwości, które wymagają doprecyzowania (por. wyrok KIO z 17.04.2023 r., KIO 901/23, LEX nr 3562594).

W ocenie Odwołującego także termin wyznaczony mu na udzielenie wyjaśnień budził uzasadnione wątpliwości. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie regulują kwestii długości terminu na złożenie wyjaśnień przez wykonawcę w wyniku żądania zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 Pzp. Zamawiający ma zatem swobodę w wyznaczeniu terminu. Niemniej jednak jego długość powinna uwzględniać zarówno rodzaj zamówienia, jak

i stopień jego skomplikowania oraz złożoność i liczbę zagadnień do weryfikacji. W jednej ze spraw rozpoznawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą wskazano, że choć nie można stworzyć uniwersalnych zasad ustalania długości tego terminu, to uprawnione jest twierdzenie, że termin o długości jednego dnia roboczego był zbyt krótki, biorąc pod uwagę oczekiwania zamawiającego co do treści wyjaśnień (zob. wyrok KIO z 22.12.2016 r., KIO 2313/16, LEX nr 2186045). W niniejszej sprawie termin na udzielenie wyjaśnień wynosił jedynie 3 dni. Termin ten w ocenie Odwołującego nie pozwalał na szczegółowe wyjaśnienie ceny ofertowej (por. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 224).

Podsumowując Odwołujący wskazał, iż dokonana w niniejszym postępowaniu kalkulacja ceny oferty dotyczy realizacji pełnego zakresu robót budowlanych, tym samym uwzględnia szereg czynników cenotwórczych wynikających z wymagań stawianych przez Zamawiającego w SWZ. Do odwołania załączono dowody w których wskazano jakie kluczowe czynniki cenotwórcze należało mieć na uwadze kalkulując cenę oferty

w odniesieniu do pełnego zakresu oraz katalogu czynności wymaganych w dokumentacji przetargowej. Szczegółowe wyliczenia przedstawiono powyżej. Wobec bardzo ogólnikowego wezwania ze strony Zamawiającego nie sposób wymagać od Odwołującego przedstawienia szczegółowych kalkulacji ceny. Tym bardziej wobec ryczałtowego charakteru wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający w sposób zdecydowanie przedwczesny dokonał odrzucenia oferty Odwołującego – w sytuacji gdy powinien wezwać go o dodatkowe wyjaśnienia. Termin wyznaczony odwołującemu na udzielenie wyjaśnień należy uznać za zdecydowanie za krótki.

Zamawiający w dniu 12 lutego 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, iż w pierwszej treści uzasadnienia, Odwołujący wskazuje jedynie ogólne informacje dotyczące złożonych wyjaśnień, tożsame z treścią wyjaśnień złożonych w toku postępowania przez Odwołującego. Odwołujący w dalszej treści odwołania wskazuje, że ocena Zamawiającego złożonych w dniu 05 stycznia 2024 roku wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty była subiektywna i arbitralna, w dalszej części wskazuje, że przedmiotowe wyjaśnienia „były niewątpliwie konkretne, jasne, spójne i adekwatne do przedmiotu Zamówienia.” Na potwierdzenie powyższego zarzutu przedstawia, w trybie

art. 537 pkt 1 ustawy Pzp dowody w postaci m.in. Załącznika nr 5 - Wykaz pracowników Odwołującego oraz Załącznika nr 6 - Wykaz sprzętu Odwołującego oraz Załącznika nr 7 - Kosztorys Odwołującego. W ocenie Zamawiającego przedstawione dowody są spóźnione. Wykonawca jako profesjonalista na rynku zamówień w branży obejmującej przedmiot zamówienia, wskazane dowody powinien był przedłożyć na etapie składanych wyjaśnień,

a nie odnosić się jedynie do ogólnych stwierdzeń co do posiadanego personelu czy parku technologicznego. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w przywołanym przez odwołującego wyroku KIO z dnia 15.05.2023 r., KIO 1191/23, w którym Izba stwierdziła, że „Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty, jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc.) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi.” Zatem, ponieważ Odwołujący był w posiadaniu lub mógł sporządzić dowody w postaci Załącznika nr 5, 6 i 7 powinien był je przedłożyć Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami z dnia 05 stycznia 2024 roku, co miało by niewątpliwie wpłynąć uwiarygodnienie składanych wyjaśnień (tak: Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 7 października 2020 r., sygn. akt XXIII Ga 1131/20 „Za nieuzasadnione zaś uznać należy zachowanie odwołującego, który dopiero na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą wykazał się inicjatywą dowodową, wyjaśniając wątpliwości co do ceny zawartej w ofercie, która była przedmiotem rozstrzygnięcia zamawiającego. Dowodzenie w zakresie realności zaoferowanej ceny może się odbywać wyłącznie na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Podstawą oceny przez Krajową Izbę Odwoławczą, a następnie Sąd Okręgowy zasadności zarzutu odrzucenia oferty z powodu niewykazania, że cena oferty jest prawidłowa są tylko i wyłącznie wyjaśnienia wykonawców przesłane zamawiającemu na jego wezwanie, w terminie wskazanym do złożenia wyjaśnień”).

Zamawiający wskazał, iż nie podziela stanowiska Odwołującego, który podnosi, iż „Zamawiający błędnie uznał, że wyjaśnienia składane w trybie art. 224 ust. 1 Pzp muszą obligatoryjnie prowadzić do udowodnienia absolutnie każdego elementu kosztowego.” Zamawiający w odniesieniu do złożonych wyjaśnień nie postawił takiej tezy. Zamawiający wyraźnie wskazał w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego, że „(...) Ponadto w zakresie przedstawionych wyliczeń, zamawiający uzyskał jedynie ogólne informacje co do kosztów jakie ma ponieść Wykonawca

w związku z realizacją zamówienia, to znaczy jaki jest koszt nabycia elementów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz fakturę dotyczącą zakupu paliwa z uwzględnionym rabatem. Wykonawca nie przedstawił i jakichkolwiek wyliczeń jak wskazane wartości wpływają na wykonanie przedmiotu zamówienia i co składa się na ich wysokość.”

Z treści wezwania skierowanego do odwołującego w zakresie wyjaśnienia wyliczenia ceny oferty nie miały, jak podnosi to Odwołujący, charakter ogólnego. Zamawiający wyraźnie wskazał jakich m.in. elementów mają dotyczyć składane wyjaśnienia: „(...)oszczędności metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy oraz m.in. koszt nabycia produktów niezbędnych i potrzebnych dla realizacji przedmiotu zamówienia, transportu do miejsca realizacji przedmiotu zamówienia wraz z załadunkiem, opakowaniem transportowym, ubezpieczeniem, opłatami pośrednimi, należnościami celnymi, kosztów związanych z zapleczem budowlanym oraz 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, kosztów związanych z procesem logistycznym.

Ponadto Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniu Wykonawca zobowiązany jest ująć również inne czynniki cenotwórcze, nie uwzględnione powyżej, jeżeli mają wpływ na cenę oferty. Tak sformułowana informacja wynika z woli Zamawiającego, gdyż jako profesjonalny uczestnik na rynku zamówień publicznych, Wykonawca doskonale powinien wiedzieć co ma, może mieć lub miało istotny wpływ na wyliczenie zaoferowanej ceny. Zamawiający wskazał, że ani z doktryny ani z orzecznictwa nie wynika, że Zamawiający winien wyraźnie, jednoznacznie i enumeratywnie wskazać w treści wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jakie elementy Wykonawca ma wziąć pod uwagę przy składaniu wyjaśnień. To Wykonawca bowiem, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp ponosi odpowiedzialność za merytoryczne, zasadne i wyczerpujące wyjaśnienia, które pozwolą na jak największe ich uwiarygodnienie.

Niezrozumiały dla Zamawiającego jest zarzut podniesiony przez Odwołującego, który stanowi, że „Zamawiający nie wskazał jakichkolwiek szczegółowych wymagań co do sporządzania wyjaśnień, w szczególności nie określił jakie dowody mają zostać przedłożone. Nie wskazał, że oczekuje wyliczeń (kalkulacji). Odwołujący miał zatem dużą swobodę w przedstawianiu Wyjaśnień, gdyż wezwanie do wyjaśnień nie było istotnie skonkretyzowane i nie zawierało szczegółowym wymagań dla przedstawianych kalkulacji czy dowodów.” Trudno bowiem wymagać od Zamawiającego, aby wezwanie do wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny zawierały swoistą instrukcję co Zamawiający uzna za dowód czy jaki sposób wyjaśnień będzie właściwy dla poprawności procedury. Taka teza bowiem stoi w sprzeczności

z przyjętym orzecznictwem w zakresie konieczności skonkretyzowania żądania Zamawiającego i mogłaby prowadzić do stwierdzenia, iż to Zamawiający ma udowodnić iż cena zaoferowana przez Wykonawcę jest rażąco niska. Takie stanowisko potwierdza wyrok z dnia 7 października 2020 r. Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt XXIII Ga 1131/20: „Dodatkowo zauważyć należy, iż KIO prawidłowo położyła nacisk na zawartą w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zasadę stanowiącą o ciężarze dowodu i prawidłowo wywiodła, iż to na odwołującym ciążył obowiązek wykazania zasadności podnoszonych przez niego twierdzeń, że oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny lub kosztu. Izba słusznie zatem wskazała w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że skarżący nie sprostował obowiązkowi wyrażonemu w art. 90 ust. 2 Pzp i nie sprostował ciężarowi wykazania realności ceny.”

Zamawiający wskazał, że Odwołujący błędnie dokonał oceny czynności Zamawiającego związanej z odrzuceniem jego oferty. Odwołujący wskazał w pkt. 21 odwołania, że Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Wykonawcy ze względu na fakt, iż uznał zaoferowaną przez Odwołującego cenę automatycznie jako rażąco niską, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium. Takie stwierdzenie jest zupełnie chybione, gdyż zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego ponieważ ten nie udowodnił

w złożonych wyjaśnieniach, iż cena jego oferty nie jest rażąco niska. Takie działanie potwierdza wyrok KIO z dnia 16 maja 2023 r. sygn. KIO 1145/23, gdzie skąd orzekający wyprowadził wniosek, iż „O wystąpieniu rażąco niskiej ceny nie mogą świadczyć same

w sobie różnice między zaoferowaną ceną a wartością szacowaną przez Zamawiającego oraz wartością pozostałych ofert. Okoliczności te mogą być argumentem potwierdzającym konieczność przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a w odniesieniu do oceny wyjaśnień mogą stanowić jedynie pomocniczą, uzupełniającą argumentację.” Tak też zadziałał Zamawiający, przez co uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp. Stwierdzić należy, iż Zamawiający nie miał możliwości od wezwania odstąpić, ze względu na fakt jakoby rozbieżności cen złożonych ofert miałyby być skutkiem normalnej konkurencyjności pomiędzy Wykonawcami na danym rynku.

Zamawiający wskazał, że chybiony jest zarzut podniesiony przez Odwołującego dotyczący fakt, iż termin wyznaczony mu na udzielenie wyjaśnień budzi uzasadnione wątpliwości. Należy wskazać, że Odwołujący spóźnił się z tym zarzutem. Jeżeli bowiem termin na udzielenie wyjaśnień budził jago uzasadnione wątpliwości winien skorzystać ze środków ochrony prawnej i zaskarżyć czynność Zamawiającego polegającą na wyznaczeniu terminu do złożenia przedmiotowych

wyjaśnień w sposób, który nie pozwalał na szczegółowe wyjaśnienie ceny ofertowej lub zwrócić się z prośbą o wydłużenie tego terminu. W konsekwencji zatem można stwierdzić, że na etapie wezwania Odwołujący nie miał takich wątpliwości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,

o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, oferty Odwołującego wraz z wyjaśnieniami, wezwania kierowane do Odwołującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 18 stycznia 2024 r. i odrzuceniu ofert Odwołującego.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 14 lutego 2024 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody złożone przez Odwołującego przy odwołaniu, tj.:

1. załącznik nr 5 - Wykaz pracowników odwołującego;
2. załącznik nr 6 - Wykaz sprzętu odwołującego;
3. Załącznik nr 7 - Kosztorys odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania inwestycyjnego pn. Rozbudowa systemu wodno - kanalizacyjnego na terenie gminy Kobylin.

Zamawiający dokonał podziału zamówienia na dwie (2) części:

Część nr 1: Przebudowa sieci wodociągowej w miejscowości Łagiewniki

Część nr 2: Przebudowa sieci sanitarnej w miejscowości Łagiewniki.

W części 1 i 2 zamówienia oferty złożyło pięciu wykonawców, tj.:

1. Hydromontaż M. Cieplik, B.Pawlak Sp.: część 1 – 138 498,00 zł, część 2 3 468 600,00 zł;
2. P.B. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe: część 1 - 79 672,71 zł, część 2 - 2 747 888,08 zł;
3. P.H.U."CHOD-DRÓG" A.P.: część 1 - 61 500,00 zł, część 2 - 3 444 000,00 zł;
4. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych DROBUD S.A.: część 1 - 266 910,00 zł, część 2 - 5 190 600,00 zł;
5. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TOR M.I.: część 1 - 109 999,99 zł, część 2 - 3 189 998,85 zł.

W dniu 2 stycznia 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp do wyjaśnienia dotyczącego wyliczenia ceny oferty, wraz ze złożeniem dowodów dotyczących wyliczenia ceny w zakresie części 1 i 2 zamówienia. Zamawiający wskazał, iż zaoferowana cena całkowita w złożonej ofercie wypełnia przesłankę zawartą w treści art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp i jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zaoferowana cena w złożonej ofercie wydaje się rażąco niska

w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Oceniając wyjaśnienia, Zamawiający weźmie pod uwagę oszczędności metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy oraz m.in. koszt nabycia produktów niezbędnych i potrzebnych dla realizacji przedmiotu zamówienia, transportu do miejsca realizacji przedmiotu zamówienia wraz z załadunkiem, opakowaniem transportowym, ubezpieczeniem, opłatami pośrednimi, należnościami celnymi, kosztów związanych z zapleczem budowlanym oraz 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, kosztów związanych z procesem logistycznym. W wyjaśnieniu Wykonawca zobowiązany jest ująć również inne czynniki cenotwórcze, nie uwzględnione powyżej, jeżeli mają wpływ na cenę oferty. Wyjaśnienia wraz z dowodami należało dostarczyć do dnia 05 stycznia 2024 r.

W dniu 5 stycznia 2024 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w części 1 i 2 zamówienia wraz z

dowodami. W zakresie części 1 zamówienia Odwołujący złożył dwa dowody, tj.: ofertę dotyczącą dostawy materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia oraz FV z tytułu nabycia oleju napędowego. Z kolei w zakresie części 2 zamówienia Odwołujący złożył dodatkowo ofertę cenową dotyczącą elementu niezbędnego do wykonania zamówienia.

W dniu 18 stycznia 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w części 1 i 2 zamówienia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TOR M.I..

Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w części 1 i 2 zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający podał: „Zamawiający w dniu 02 stycznia 2024 roku skierował do Wykonawcy wezwanie dotyczące złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty, wraz ze złożeniem dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Czynność ta została wykonana przez Zamawiającego, ze względu na fakt, iż ziściły się tu przesłanki przewidziane w art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień zwanej dalej „ustawą Pzp”. Zaoferowana przez Wykonawcę cena w wysokości 79 672,71zł brutto była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. W treści wezwania Zamawiający wskazał Wykonawcy czego wyjaśnienia mogą przede wszystkim dotyczyć, tzn. na co należy zwrócić szczególną uwagę podając swoje argumenty, dokonując stosownych wyliczeń oraz załączając dowody. Zamawiający wskazał, że „Oceniając wyjaśnienia, Zamawiający weźmie pod uwagę oszczędności metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy oraz m.in. koszt nabycia produktów niezbędnych i potrzebnych dla realizacji przedmiotu zamówienia, transportu do miejsca realizacji przedmiotu zamówienia wraz z załadunkiem, opakowaniem transportowym, ubezpieczeniem, opłatami pośrednimi, należnościami celnymi, kosztów związanych

z zapleczem budowanym oraz 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, kosztów związanych z procesem logistycznym.

W wyjaśnieniu Wykonawca zobowiązany jest ująć również inne czynniki cenotwórcze, nie uwzględnione powyżej, jeżeli mają wpływ na cenę oferty.” W wyjaśnieniach z dnia 5 stycznia 2024 roku Wykonawca nie uczynił zadość wymaganiom Zamawiającego. Przedstawione przez P.B. Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe uzasadnienie sprowadzało się jedynie do ogólnych stwierdzeń, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska i nie powinna budzić wątpliwości Zamawiającego. Ponadto w zakresie przedstawionych wyliczeń, zamawiający uzyskał jedynie ogólne informacje co do kosztów jakie ma ponieść Wykonawca w związku z realizacją zamówienia, to znaczy jaki jest koszt nabycia elementów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz fakturę dotyczącą zakupu paliwa z uwzględnionym rabatem. Wykonawca nie przedstawił i jakichkolwiek wyliczeń jak wskazane wartości wpływają na wykonanie przedmiotu zamówienia i co składa się na ich wysokość. Taki stan faktyczny w ocenie Zamawiającego w żaden sposób nie potwierdza, że złożona oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.”

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 16 pkt 1 – 3, art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 224 ust. 6, art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 oraz art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

Osią sporu była czynność odrzucenia oferty Odwołującego z części 1 i 2 zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Jednocześnie rozważało, czy czynność ta w rozpoznawanym przypadku nie powinna zostać poprzedzona dodatkowym wezwaniem Odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty oraz czy stopień szczegółowości złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie był determinowany wyznaczonym przez Zamawiającego krótkim – w ocenie Wykonawcy - terminem na ich złożenie.

Przywołując podstawy prawne zarzutu Izba wskazuje, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia

w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

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

Stosownie do ust. 2 ww. przepisu, 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.

Po myśli art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, 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.) 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.

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 (art. 224 ust. 4 ustawy Pzp). W myśl art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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 (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Wymaga podkreślenia, iż uruchomienie przez zamawiającego procedury wyjaśnień ceny oferty, bez względu na to czy podstawą wezwania jest art. 224 ust. 1 czy

art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, stwarza podejrzenie co do ceny rażąco niskiej i wywołuje doniosłe konsekwencje po stronie wykonawcy, na którego nałożono obowiązek wykazania, iż cena jego oferty nie jest rażąco zaniżona (por. art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp podlega nie tylko oferta, której cena jest niewiarygodna, znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazująca na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub oferta zawierająca cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania, ale również oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień

w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (arg. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Tym samym sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe, niepoparte dowodami, nieprzedstawiające metody kalkulacji ceny, jest taka sama. W obu takich przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie Izby poglądem złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Tym samym efektem złożonych wyjaśnień winno być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie w zakresie rażąco niskiej ceny nie było uzasadnione. Wykonawca, chcąc wyeliminować ryzyko odrzucenia jego oferty, powinien udzielić zamawiającemu odpowiednich wyjaśnień zgodnie z wymogami określonymi w wezwaniu.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, że dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego była prawidłowa, bowiem

złożonymi wyjaśnieniami Odwołujący nie wykazał, że zaferowana przez niego cena oferty za część 1 i 2 zamówienia nie jest rażąco niska. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia ceny oferty nie zasługiwały na pozytywną ocenę, przede wszystkim z uwagi na okoliczność, że nie zawierały jakiegokolwiek kalkulacji czy danych matematycznych przedstawiających sposób zbudowania cen ofert. Wbrew twierdzeniom Odwołującego zawartym w odwołaniu z treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę nie sposób wywieść, iż zaferowana przez Odwołującego cena za realizację części nr 1 i 2 zamówienia jest wystarczająca do pokrycia kosztów, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania zamówienia publicznego. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia ceny oferty sprowadzały się w istocie do części opisowej, w której Odwołujący zapewniał Zamawiającego, że na kalkulację ceny oferty wpływ miały następujące czynniki:

a. dostęp do stałego, wykwalifikowanego personelu; b. współpraca ze stałymi kontrahentami oparta na korzystnych warunkach handlowych; c. bliskość siedziby firmy w stosunku do terenu objętego zamówieniem; d. wybranie rozwiązań technicznych, zgodnych

z obowiązującymi przepisami oraz SWZ, dla wykonania Zamówienia za określoną w ofercie kwotę w najkrótszym możliwym czasie, co skutkuje ograniczeniem kosztów realizacji Zamówienia; e. posiadanie wielu własnych jednostek sprzętu ciężkiego, który wykorzystany zostanie na potrzeby realizacji Zamówienia; f. posiadanie własnego materiału budowlanego do zagęszczenia gruntu m.in. piasku; g. korzystne warunki handlowe w zakresie cen nabycia oleju napędowego na potrzeby sprzętu niezbędnego do realizacji Zamówienia; h. realizację Zamówienia przy użyciu własnego finansowania, bez korzystania ze środków zewnętrznych (kredytowych). Wyjaśnienia te w ocenie Izby stanowiły gołosłowne deklaracje wykonawcy, nie czyniły zadość wymaganiom Zamawiającego wskazanym w treści wezwania z dnia

3 stycznia 2024 r., w szczególności w zakresie przedstawienia kalkulacji ceny oferty będącej istotą procedury rażąco niskiej ceny. Co więcej, podkreślenia wymaga, iż wyjaśnienia Odwołującego były na tyle gołosłowne, że nie wynika z nich nawet poziom zakładanego przez Wykonawcę zysku z tytułu realizacji obu części zamówienia. Innymi słowy, opisowe wyjaśnienia złożone przez Odwołującego były nieweryfikowalne z uwagi na brak przedstawienia kalkulacji ceny.

Oceny Izby nie zmieniły załączone do wyjaśnień ceny oferty dowody. W zakresie części 1 zamówienia Odwołujący złożył dwa dowody, tj.: ofertę dotyczącą dostawy materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia oraz fakturę z tytułu nabycia oleju napędowego. Z kolei w zakresie części 2 zamówienia Odwołujący złożył trzy dowody, te same jak dla części 1 oraz dodatkową ofertę cenową na zakup materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia. Dowody te nie potwierdzały jednak w pełni sposobu kalkulacji cen ofert Odwołującego w części 1 i 2 zamówienia. Stanowiły co najwyżej potwierdzenie pewnego, niewielkiego wycinka kalkulacji cen ofert w zakresie kosztu związanego z zakupem materiałów niezbędnych do wykonania zamówień. Z kolei złożona przez Odwołującego faktura z tytułu nabycia oleju napędowego może co najwyżej potwierdzać po jakiej cenie Wykonawca nabywa olej napędowy.

Izba nie zgodziła się z argumentacją Odwołującego dotyczącą blankietowego charakteru wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Co do zasady rację ma Odwołujący, iż składane przez wykonawcę wyjaśnienia ceny oferty należy oceniać przez pryzmat wezwania zamawiającego, które determinuje poziom szczegółowości wyjaśnień.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy jakkolwiek wezwanie do wyjaśnień ceny oferty nie było rozbudowane, to jednak niewątpliwie Zamawiający wskazał jakie aspekty będzie brał pod uwagę przy ocenie wyjaśnień, tj. oszczędność metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy oraz m.in. koszty nabycia produktów niezbędnych i potrzebnych dla realizacji przedmiotu zamówienia, transportu do miejsca realizacji przedmiotu zamówienia wraz z załadunkiem, opakowaniem transportowym, ubezpieczeniem, opłatami pośrednimi, należnościami celnymi, koszty związane z zapleczem budowlanym oraz koszty 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, koszty związanych z procesem logistycznym. Co kluczowe, z treści wezwania wprost wynika, iż Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, wraz ze złożeniem dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Powyższemu obowiązkowi Odwołujący jednak nie sprostał.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego jakoby brak kalkulacji cen ofert był naturalną konsekwencją przyjęcia przez Zamawiającego ryczałtowego charakteru wynagrodzenia wykonawcy. Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie zwalnia wykonawcy z obowiązku wykazania sposobu zbudowania ceny ofertowej, w sytuacji gdy zamawiający skorzysta z procedury określonej art. 224 ustawy Pzp (por. art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Gdyby przyjąć pogląd Odwołującego za słuszny, to w istocie wszczęcie procedury wyjaśnień poziomu ceny w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego byłoby niecelowe, skoro nie wiązałoby się z przedstawieniem elementów cenotwórczych oferty, a sam zamawiający miałby się zadowolić gołosłownymi deklaracjami wykonawcy. Wskazać należy, iż sposób przedstawienia budowy ceny oferty pozostawał w gestii Wykonawcy. Odwołujący mógł w sposób dowolny wykazać z jakich elementów kalkulacyjnych składają się oferowane ceny oraz jakie przyjął w tym

zakresie założenia kosztowe. Tymczasem w złożonych wyjaśnieniach próżno szukać jakiegokolwiek kalkulacji.

Izba nie mogła wziąć pod uwagę dowodów złożonych przy Odwołującego przy odwołaniu, tj. załączników nr 5, 6 i 7. Wyjaśnić należy, iż postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. Tym samym wszelkie informacje i dowody mające potwierdzać rzetelność i prawidłowość skalkulowanej przez wykonawcę ceny, muszą być znane zamawiającemu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po to aby zamawiający mógł, po ich analizie, podjąć decyzję w zakresie przyjęcia oferty lub jej ewentualnego odrzucenia. Nie jest właściwym działaniem wykonawcy, który w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dokłada należytej staranności w składaniu wyjaśnień i dowodów w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, podejmując działania i intensyfikując wysiłek w zakresie przedstawienia stosownych wyjaśnień lub dowodów dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą.

Zarzut zaniechania kontynuowania wyjaśnień ceny oferty przez Zamawiającego Izba uznała za niezasadny. Izba w okolicznościach niniejszej sprawy nie znalazła podstaw do nakazania Zamawiającemu kontynuowania procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby w rozpoznawanej sprawie kolejne wezwanie skierowane do odwołującego się Wykonawcy stanowiłoby bezpodstawną próbę ratowania oferty Odwołującego, w sytuacji gdy Wykonawca złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, które nie uzasadniały podanych w ofertach cen. Wezwanie do dalszych wyjaśnień godziłoby w art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone

w art. 16 ustawy Pzp.

Za spóźnioną Izba uznała argumentację Odwołującego dotyczącą wyznaczenia zbyt krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący stał na stanowisku, iż sporządzenie bardziej szczegółowych wyjaśnień ceny oferty, w tym kalkulacji, było niemożliwe z uwagi na zbyt krótki termin wyznaczony przez Zamawiającego (3 dni).

Odnosząc się do powyższego zarzutu wskazać należy, iż jeżeli w ocenie Odwołującego wyznaczony termin udzielenia wyjaśnień poziomu ceny był za krótki, to wykonawca będący profesjonalistą powinien podjąć obronę swoich praw i skorzystać ze środków odwoławczych. Termin ten na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie budził jednak po stronie Wykonawcy jakichkolwiek wątpliwości, skoro Wykonawca nawet nie wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu na udzielenie wyjaśnień, co przyznał w toku rozprawy. Wykonawca, który nie zakwestionował wyznaczonego przez Zamawiającego terminu udzielenia wyjaśnień, podjął zatem obowiązek należytego wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny. Zdaniem Izby podnoszona obecnie argumentacja stanowi wyłącznie element strategii procesowej w obliczu prawidłowego odrzucenia ofert Odwołującego z obu części zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Konkludując powyższe Izba stwierdziła, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego z części 1 i 2 zamówienia była prawidłowa. Wyjaśnienia ceny oferty złożone przez Odwołującego pismami z dnia 5 stycznia 2024 r. były ogólnikowe i nie wyjaśniały sposobu zbudowania ceny ofertowej. Tym samym Wykonawca nie dołożył należytej staranności w wyjaśnieniu Zamawiającemu sposobu kalkulacji ceny oferty, przez co nie wykazał, że zaoferowane przez niego ceny nie są cenami rażąco niskimi. Jednocześnie okoliczności faktyczne sprawy nie uzasadniały kontynuowania procedury wyjaśnień ceny ofert. Oferty ww. Wykonawcy podlegały zatem odrzuceniu w części 1 i 2 zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W konsekwencji czynność wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TOR M.I. w części 1 i 2 zamówienia nie naruszała przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: