

WYROK

z dnia 10 stycznia 2024 r.

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

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie **5 stycznia 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **18 grudnia 2023 r.**

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa-Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa krytej pływalni na terenie KS Clepardia przy ul. Mackiewicza w Krakowie wraz z obiektami towarzyszącymi, infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu – ETAP I* (NZ.273.181.2023.AMA)

prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: **TEXOM sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** [„Przystępujący”]

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie wycofanych zarzutów z pkt II.(2) i II.(4) odwołania (odpowiednio pkt II.3. i II.5. uzasadnienia odwołania).**
- 2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu z pkt II.3. odwołania (pkt I.5. i II.4. uzasadnienia odwołania) i nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.)**
- 3. W pozostałym zakresie (pkt II.1. oraz pkt I.1.-4. i II.1.-2. uzasadnienia) oddala odwołanie.**
- 4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i Zamawiającego po połowie i:**
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) z tytułu uzasadnionych kosztów Odwołującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika**
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11800 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych zero groszy) odpowiadającą połowie uiszczonego wpisu od odwołania oraz połowie uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.**

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

Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz”, „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn.: *Budowa krytej pływalni na terenie KS Clepardia przy ul. Mackiewicza w Krakowie wraz z obiektami towarzyszącymi, infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu – ETAP I* (NZ.273.181.2023.AMA).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 21 sierpnia 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S_159 pod poz. 505611.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

7 grudnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez TEXOM sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie {dalej: „Texom” lub „Przystępujący”}.

18 grudnia 2023 r. Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa-Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie {dalej: „Chemobudowa” lub „Odwołujący”} wniosło odwołanie od zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Texomu, a także od innych zaniechań Zamawiającego względem tej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b – przez zaniechanie wezwania Texomu do uzupełnienia (poprawienia) wykazu robót budowlanych lub wyjaśnienia jego treści, a w konsekwencji zaniechanie

odrzućenia tej oferty, podczas gdy Texom nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy.

- 2.Art. 226 ust. 1 pkt 5 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Texomu jako niezgodnej z warunkami zamówienia, pomimo że z treści złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny wprost wynika przewidzenie realizacji przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z wymogami ujętymi w dokumentach zamówienia.
- 3.Art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Texomu z powodu rażąco niskiej ceny pomimo niewykazania przez Texom, że cena jego oferty nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami ujętymi w dokumentach zamówienia.
- 4.Art. 8 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – przez zaniechania odtajnienia kalkulacji własnej i porównawczej ceny oferty, stanowiących załączniki do wyjaśnień z 4 listopada 2023 r., co uniemożliwia konkurencyjnym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji oceny Zamawiającego, że oferta Texomu nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy Texom w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał, że zastrzeżone przezeń dokumenty obejmują dopuszczalny zakres informacji, które mają dla niego wartość gospodarczą i są poufne.
- 5.Art. 16 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Odrzucenia oferty Texomu z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia oraz zawieranie rażąco niskiej ceny.
- 3.Wezwania Texomu do uzupełnienia (poprawienia) wykazu robót budowlanych lub wyjaśnienia jego treści w zakresie opisanym w zarzucie z pkt 1 – w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 3.
- 4.Odtajnienia dokumentów, o których mowa w zarzucie z pkt 4.
- 5.Ponownego badania i oceny ofert, ewentualnie z uwzględnieniem nowego lub wyjaśnionego wykazu.

Z uzasadnienia odwołania wynika następujące sprecyzowanie podtrzymanych zarzutów odwołania co do okoliczności faktycznych i prawnych.

{zarzut pierwszy (pkt II.1. *petitum* oraz pkt I.1.-4. i II.1.-2. uzasadnienia w odwołaniu)}

Zgodnie z brzmieniem postanowienia zawartego w rozdziale IV pkt 3 ppkt 1)1) SWZ warunek dotyczący zdolności zawodowej spełni wykonawca, jeżeli wykaże, że: *...posiada wiedzę i doświadczenie tj. nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał minimum dwie roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie budynków wykonanych w technologii tradycyjnej murowanej i/lub żelbetowej w zakresie robót ogólnobudowlanych i instalacyjnych (instalacje elektryczne, wod.-kan., wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, grzewcze) wraz z wykończeniem wnętrza, w tym co najmniej:*

- jeden budynek hali/sali sportowej o powierzchni zabudowy minimum 2.500 m² i kubaturze minimum 25.000 m³;
- jeden budynek krytej pływalni z niecką stalową o powierzchni lustra wody minimum 300 m² wraz z technologią uzdatniania wody.

Na spełnienie powyższego warunku Texom w wykazie robót budowlanych wskazał dwie pozycje:

- 1)„Wykonanie dokumentacji projektowej i robót budowlanych krytej pływalni przy ul. Matuszczaka w Rzeszowie wraz z zagospodarowaniem terenu i małą architekturą oraz wyposażeniem stały” – polegające na budowie budynku hali basenowej wykonanej w technologii żelbetowej o powierzchni zabudowy budynku 2817,5 m² i kubaturze 50240,00 m³, gdzie zostały wykonane: roboty ogólnobudowlane i instalacyjne, w tym instalacje elektryczne, wod.-kan., wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, grzewcze, oraz wykończenie wnętrza [tiret pierwsze warunku];
- 2)„Budowa krytej pływalni przy ul. Ofiar Katynia w Lubaczowie – etap I.” – co miało polegać miało na przebudowie budynku basenu w technologii żelbetowej i murowej z niecką ze stali nierdzewnej o powierzchni lustra wody 400 m² wraz z technologią uzdatniania wody [tiret drugie warunku] {dalej również jako „basen Lubaczów”}.

W rzeczywistości basen w Lubaczowie zrealizowany został w dwóch etapach. Pierwszy etap tej inwestycji, polegający na wybudowaniu budynku krytej pływalni w stanie surowym zamkniętym (roboty ziemne, fundamenty, izolacje fundamentów, zbrojenia, roboty betonowe, roboty murowe, posadzki na gruncie, roboty posadzkarskie płyty niecki basenu, stolarkę okienną i drzwiową, konstrukcję dachu, pokrycie dachowe z obróbkami, ocieplenie ścian zewnętrznych – bez tynków) został wykonany przez Usługi Budowlane BUD-MONT T.B..

Natomiast Texom był z wykonawcą drugiego etapu, co też jednoznacznie wynika z załączonego do wykazu poświadczenia Urzędu Miejskiego w Lubaczowie z 4 maja 2022 r.: (...) *Wykonał roboty budowlane i instalacyjne w tym m.in.: • Konstrukcyjno-budowlane • Roboty wykończeniowe, • Zagospodarowanie terenu, • Wewnętrzne instalacje wentylacji i klimatyzacji, • Instalację fotowoltaiczną, • Instalacje elektryczne, oświetlenie, system automatyki i zarządzania*

budynkiem BMS, • Instalację wentylacji mechanicznej, • Instalacje sanitarne c.w.u, c.o., c.t., technologia kotłowni, wew Instalacja gazowa, • Dolne źródło ciepła - pompy ciepła, • Basen o wymiarach niecki 25,03m x 16m ze stali nierdzewnej, • Ruchome dno - dual floor, • Technologię uzdatniania wody, • Punkt ładowania pojazdów elektrycznych, • Wyposażenie, (...) Realizacja Inwestycji polegała na wykonaniu robót wykończeniowych, robót instalacyjnych, wraz z zagospodarowaniem terenu.

Według Odwołującego z powyższego wynika, że Texom wykonał wyłącznie prace wykończeniowo-instalacyjne obiektu (krytej pływalni) w ramach budowy rozłożonej na etapy, nie zaś budowę takiego obiektu bądź jego przebudowę, przy czym w pierwszym etapie nastąpiło wybudowanie (wzniesienie) budynku w technologii tradycyjnej.

{zarzut trzeci (pkt II.3. *petitum* i pkt I.5. i II.4. uzasadnienia w odwołaniu)}

{okoliczności faktyczne}

Ranking ofert według cen (od najniższej do najwyższej) po skorygowaniu przez Zamawiającego omyłek rachunkowych: 1) Texom – 54.362.129,98 zł, 2) Chemobudowa –64.669.999,99 zł, 3) Re-Bau sp. z o.o. z Krakowa – 65.774.250,03 zł, 4) PBP „Łęgprzem” sp. z o.o. z Krakowa – 71.560.000,00 zł, 5) DOMBUD S.A. z Katowic – 75.597.763,32 zł, 6) Bielskie Przeds. Bud. Przem. – 84.929.951,86 zł.

Średnia arytmetyczna cen wszystkich sześciu ofert – 69.482.349,20 zł. Średnia arytmetyczna cen ofert bez oferty Texomu – 72.506.393,04 zł.

Części składowe ceny oferty Texom (poz. TER) najbardziej odbiegające w stosunku do średniej arytmetycznej z wszystkich ofert:

Poz. i nazwa części składowejTexom (zł)	Średnia (zł)	Texom do śred. (%)
1.3.4. Stropy międzypiętrowe P1,P2229.703,69	606.526,80	37,87
1.3.6. Płytki gresowe 184.888,67	1.026.450,63	18,01
1.7.1. Tynki wewnętrzne 645.803,73	1.283.203,35	50,33
1.7.2. Licowanie ścian 46.912,50	748.686,35	6,27
1.9.1. Basen 6.228.386,17	8.096.493,43	76,93
3. Instalacje sanitarne wewnętrzne5.484.402,07	7.582.635,67	72,33
4. Instalacje sanitarne PZT 2.101.178,21	3.439.840,25	61,08
5.3. Stacja transformatorowa470.515,00	1.334.656,73	35,25
6.5. Technologia wanny SPA 94.103,00	489.613,21	19,22
6.7. Automatyka i sterowanie180.700,00	641.429,07	28,17
Razem15.666.593,04	25.249.535,49	62,05

Razem części składowe w pozostałych ofertach (zł): 1) Re-Bau – 25.286.816,59, 2) Łęgprzem – 25.642.084,00, 3) Chemobudowa – 26.215.047,44, 4) Dombud – 27.042.427,47, 5) Bielskie PBP – 31.644.244,32.

Razem powyższe części składowe oferty Texom: 1) są niższe w relacji do średniej wszystkich ofert o 37,95% i o 42,33% w stosunku do średniej bez oferty Texomu; 2) stanowią 28,82% ceny oferty Texomu; 3) odbiegają w stosunku do wyceny pozostałych wykonawców: ok. 10-10,50 mln zł – trzech kolejnych, ok. 11,50 mln zł – czwartego, ok. 16 mln zł – piątego.

Zaniżenie powyższych elementów ma wpływ na ostateczną cenę oferty, która również wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, skoro wezwał Texom jej wyjaśnienia.

Jednocześnie Texom wycenił element pn. Warstwy dachowe – D5 Stropodach zielony (poz. 1.6.3. TER) , który zgodnie z wyjaśnieniami treści SWZ udzielonymi w odpowiedzi na pytanie V.8. z 22.09.2023 r. nie jest objęty przedmiotem tego zamówienia, co spowodowało konieczność skorygowania przez Zamawiającego ceny oferty o ok. 300 tys. zł.

Wyjaśnienia złożone przez Texom sprowadzają się do zapewnień o sprzyjających okolicznościach pozwalających obniżyć cenę ofertę (doświadczenie i kontakty biznesowe) oraz przedstawienia kalkulacji własnej (jako objętej tajemnicą przedsiębiorstwa) z załączeniem ofert dostawców i podwykonawców.

Okolicznością pozwalającą Texomowi należycie wycenić przedmiot zamówienia miało być również zrealizowanie w ostatnim czasie dla Zamawiającego innego podobnego zamówienia dotyczącego budowy krytego basenu na osiedlu Bohaterów Września w Krakowie.

Cena budowy krytego basenu będącego przedmiotem tego zamówienia (kubatura 31.742,44 m³) ustalona wg ceny jednostkowej kubatury tego uprzednio zrealizowanego zamówienia (po zwaloryzowaniu do poziomu trzeciego kwartału 2023 r.) kształtuje się odpowiednio: a) 2.035,71 zł/m³ (wg wskaźnika ZWW z biuletynu Sekocenbudu wynoszącego 22,90%), co daje 64.618.402,53 zł b) 2.083,75 zł/m³ (waloryzacja wskaźnikiem zmian cen produkcji budowlanej GUS wynoszącego 25,80%), co daje 66.143.309,35 zł.

Texom w drugim kwartale 2023 r. uczestniczył w prowadzonym przez Urząd Miasta Przemyśla postępowaniu o

udzielenie zamówienia dotyczącego zaprojektowania i budowy krytego basenu o pow. użytkowej 3.639,16 m² i kubaturze ok. 18 tys. m³, gdzie złożył ofertę z ceną 73.970.192,64 zł brutto (czyli o ok. 12% niższą od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert – 84.707.890,12 zł), co przekłada się na ok. 20 tys. zł/m² i ok. 3000 zł/m³.

Koszt budowy krytej pływalni Cleoparii ustalony na podstawie tych wskaźników z przetargu w Przemysłu, przy uwzględnieniu m.in. takich czynników jak regionalizacja i ponad 200-kilometrowe oddalenie placu budowy od siedziby Texomu, winien się kształtować na poziomie znacząco przekraczającym 75 mln zł.

Reasumując, budowę krytej pływalni o parametrach technicznych i funkcjonalnych charakterystycznych dla niniejszego zamówienia rynek budowlany – w tym Texom – wycenia na poziomie nie mniejszym niż 65 mln zł.

{okoliczności prawne}

Według ustabilizowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej już samo zwrócenie się do wykonawcy przez zamawiającego o złożenie wyjaśnień ceny oferty ustanawia domniemanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co wynika wprost z art. 224 ust. 5 ustawy pzp. Stąd obowiązkiem wykonawcy, względem którego zrodziło się domniemanie rażąco niskiej ceny oferty, jest: a) wskazanie konkretnych okoliczności przemawiających za możliwością określenia ceny na takim poziomie; b) wykazanie w jaki sposób okoliczności te rzutują na poziom ceny oferty (umożliwiają oszczędności); c) poparcie powyższego materiałem dowodowym.

Celem wyjaśnień nie jest jedynie powzięcie wiedzy na temat sposobu kalkulacji ceny oferty, a wykazanie realności tej kalkulacji, która stanowi oświadczenie własne wykonawcy wymagające potwierdzenia w załączonych dowodach.

Z kolei praktyka chowania się za plecami podwykonawców, tj. przedłożenie tylko i wyłącznie ofert podwykonawców dla wykazania rynkowości ceny, bez jakichkolwiek wyjaśnień, jak udało się danemu podwykonawcy takie ceny uzyskać, nie czyni zadość obowiązkowi obalenia domniemanie rażąco niskiej ceny. Wycena zakresu, który wykonawca ewentualnie zamierza zlecić podwykonawcom, również podlega bowiem weryfikacji pod kątem rażąco niskiej ceny. *Nie zasługuje na aprobatę pogląd, że ujęcie w cenie oferty oczekiwań finansowych podwykonawcy, zwalnia wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia z troski o rzetelność wyceny części zamówienia, którą dany podwykonawca wykona. Zgodnie z przepisami ustawy za prawidłowe obliczenie ceny oferty odpowiada wyłącznie wykonawca, zatem niedoszacowanie wartości prac przez podwykonawcę jest traktowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak wadliwe i niestaranne działanie samego wykonawcy. Wszak podwykonawca nie składa oferty zamawiającemu, ani nie jest stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem badania ceny oferty jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia oraz umożliwienie wykonawcom ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na zdrowych zasadach, w warunkach uczciwej konkurencji. Stąd art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stosuje się również w sytuacji, gdy niedoszacowanie kosztów przez ewentualnego podwykonawcę prowadzi do rażącego zaniżenia ceny oferty wykonawcy* [z uzasadnienia wyroku Izby z 23 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 3036/13].

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak w pkt 3. listy zarzutów, wywodząc że choć Texom nie sprostął powyższym obowiązkom a złożone przez niego wyjaśnienia nie potwierdzają braku rażącej niskiej ceny jego oferty, w szczególności w zakresie powyżej wskazanych niedoszacowań istotnych części składowych, Zamawiający dokonał jedynie pobieżnej i iluzorycznej oceny tych wyjaśnień. Wyjaśnienia Texomu sprowadzają się *de facto* do niewiele wnoszących zapewnień, odwołujących się w przeważającej mierze do posiadanych doświadczenia zawodowego i kontaktów biznesowych, które nie znalazły przełożenia na wykazanie rynkowego charakteru ceny oferty. Brak dostępu do treści złożonych przez Texom kalkulacji nie stoi na przeszkodzie stwierdzeniu, że niewystarczające jest przedstawienie rozbicia ceny oferty jako kalkulacji połączone z załączeniem ofert dostawców i podwykonawców, bez szerszego ich omówienia. Texom błędnie uznał, że samo przedłożenie takich ofert zwalnia go z dalszych wyjaśnień.

Według Odwołującego główną przyczyną drastycznego zaniżenia przez Texom ceny oferty, w szczególności w tych dziesięciu jej częściach składowych, jest nienależyta ocena zakresu rzeczowego będącego przedmiotem wyceny i błędne założenia kalkulacyjne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 4 stycznia 2024 r. wniósł o jego oddalenie odwołania, podnosząc w szczególności następujące okoliczności i argumentację.

{ad zarzutu pierwszego}

W opinii Zamawiającego zarzut odwołania sprowadza się do kwestionowania faktu wykazania przez Texom spełnienia warunku w zakresie, w jakim określa on wymaganie doświadczenia w budowie lub przebudowie jednego budynku krytej pływalni z niecką stalową o powierzchni lustra wody minimum 300 m² wraz z technologią uzdatniania wody.

Zamawiający oświadczył, że zgodnie ze swoim doświadczeniem i wiedzą dokonał analizy opisu zawartego w wykazie usług, wskazującego wykonanie m.in. robót ogólnobudowlanych w ramach przebudowy budynku basenu w

technologii żelbetowej i murowanej z niecką ze stali nierdzewnej o powierzchni lustra 400 m² wraz z technologią uzdatniania wody, w kontekście treści załączonego poświadczenia, w którym Urząd Miejski w Lubaczowie potwierdził wykonanie przez Texom m.in. robót konstrukcyjno-budowlanych.

Zamawiający zwrócił również uwagę na różnice pomiędzy definicją „budowy” i „przebudowy” w Prawie budowlanym, które znajdują odzwierciedlenie w orzecznictwie.

{ad zarzutu trzeciego}

Zamawiający oświadczył, że zwrócił się 6 listopada 2023 r. do Texomu w trybie art. 224 ust 4 pzp o wyjaśnienie w zakresie wyliczenia ceny oferty oraz jej istotnych części składowych ceny zawartych w „Zbiorczym Zestawieniu Elementów”, nie zakładając, że zachodzą od razu przesłanki do przyjęcia rażąco niskiej ceny i nie wskazując jako podstawy art. 224 ust. 2 pzp.

Zamawiający wywiódł, że ponieważ katalog elementów mogących mieć wpływ na cenę oferty, wymieniony w art. 224 ust. 3 ustawy pzp ma charakter przykładowy, w wezwaniu można wskazać także innego rodzaju elementy wpływające na cenę oferty wymagające wyjaśnienia. Przy czym ponieważ to na wykonawcy (zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 5 pzp) ciąży obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska, winien on dołożyć wszelkich starań, aby wyjaśnienia były pełne, wyczerpujące i przekonujące zamawiającego.

W piśmie z 14 listopada 2023 r. Texom udzielił obszernych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny, w których stwierdził m.in., że: *...brak jest podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez naszą firmę. Przedstawiona przez nas oferta została przygotowana prawidłowo, na podstawie udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji, wiedzy, doświadczenia przy wykorzystaniu najnowszej wiedzy w zakresie organizacji i bezpieczeństwa pracy. Przy jej przygotowaniu uwzględniono wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego oraz ujęto wszelkie możliwe koszty konieczne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia oraz zysk wykonawcy. ...dokonana przez [Wykonawcę] kalkulacja jest zgodna z: przepisami dotyczącymi kosztów pracy, w szczególności minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej, przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz przepisami z zakresu ochrony środowiska. Wykonawca zatrudnia pracowników na umowę o pracę oraz regularnie odprowadza za pracowników składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Wykonawca w ofercie nie zadeklarował powierzenia żadnego zakresu prac podwykonawcom, zatem art. 224 ust. 3 pkt 8 ustawy Pzp (wypełnianie obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy) nie ma obecnie zastosowania. ...koszt wykonania zamówienia Texom obliczył według kalkulacji własnych, które podzielił na dwie główne grupy, tj. koszty bezpośrednie i koszty ogólne. ...indywidualny system kalkulacji powstał w wyniku wieloletniego doświadczenia w realizacji wielu projektów inwestycyjnych przez naszą firmę i stanowi naszą wewnętrzną metodę wyceny realizacji robót we własnym wykonawstwie. (...) Dla wykazania, że ceny oferowane przez TEXOM Sp. z o.o. są cenami rynkowymi, Wykonawca dokonał ich porównania zarówno z cenami ofert uzyskanych od innych podmiotów na etapie sporządzania oferty, jak i cenami innych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Otrzymane porównanie wskazuje, że ceny wskazywane przez TEXOM Sp. z o.o. są porównywalne z cenami innych podmiotów. ...zgodnie z przyjętymi w TEXOM Sp. z o.o. zasadami kalkulacji, kalkulację własną dodatkowo weryfikujemy dokonując kalkulacji porównawczej z kalkulacjami/ofertami potencjalnych podwykonawców (które zawierają wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia). Jako inne okoliczności pozwalające na obniżenie ceny Texom wskazał w szczególności doświadczenie w zakresie współpracy z Zamawiającym przy realizacji podobnych zamówień, duże doświadczenie w realizacji obiektów basenowych oraz ryczałtość wynagrodzenia za wykonanie zadania objętego przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Kalkulacja własna została załączona jako załącznik nr 1, a kalkulacja porównawcza jako załącznik nr 2, a oferty potencjalnych podwykonawców jako załączniki nr 3-14.*

W ocenie Zamawiającego Texom odniósł się do wszystkich wskazanych w wezwaniu elementów, gdyż przedstawił wyjaśnienia i dowody w zakresie zarówno okoliczności wskazanych w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy pzp, jak i kalkulacji ceny ofertowej. Dlatego Zamawiający uznał te wyjaśnienia za wystarczające i przekonujące.

...w przypadku gdy zamawiający wezwie danego wykonawcę do złożenia wyjaśnień, to ten wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. W przypadku niewykazania przez wykonawcę powyższych kwestii uzasadnione jest zaś przyjęcie, że oferta przez niego przedstawiona zawiera rażąco niską cenę lub koszty (tak tut. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 października 2020 r., XXIII Ga 1131/20). Przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Wskazać również należy, że każdy dowód złożony w odpowiedzi na wezwanie podlega ocenie przez samego zamawiającego, który może uznać złożone dokumenty za niewystarczające lub niepotwierdzające okoliczności przez wykonawcę podnoszonych [z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 6 października 2022 r. sygn.

akt XXIII Zs 102/22].

Przystępujący w piśmie procesowym z 5 stycznia 2024 r. również wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc w szczególności następujące okoliczności i argumentację.

{ad zarzutu pierwszego}

W treści wykazu robót budowlanych złożonego przez Texom doszło do oczywistej omyłki pisarskiej, polegającej na wpisaniu w nazwie inwestycji etapu I, podczas gdy chodziło o etap II, co jednoznacznie wynika z załączonej do wykazu referencji, a także z rodzaju prac opisanych w wykazie).

Wbrew jednak twierdzeniom Odwołującego etap ten nie ograniczał się wyłącznie do prac instalacyjnych i wykończeniowych budynku pływalni, a obejmował przebudowę budynku wykonanego w stanie surowym w pierwszym etapie. Wynika to wprost nie tylko z treści wykazu, ale także z cytowanego w odwołaniu fragmentu referencji, gdzie mowa jest o robotach budowlanych i instalacyjnych, w tym konstrukcyjno-budowlanych, a więc dotyczących konstrukcji budynku, czyli elementów robót wykonanych w poprzednim etapie, które musiały być przebudowane, w wyniku czego doszło do zmiany parametrów użytkowych oraz parametrów technicznych budynku.

Na potwierdzenie Przystępujący załączył też pismo Gminy Lubaczów z 2 stycznia 2024 r., w którym inwestor ten potwierdza wykonanie przez Texom przebudowy budynku, polegającej na przebudowie płyty dennej (w tym m.in. rozkuciu istniejącej płyty i dociążeniu zbrojenia na wydłużeniu płyty dennej pomiędzy osiami A-D / 16-17, wykonaniu 14 słupów pomiędzy osiami A-D / 16-17, wylaniu poszerzonej płyty dennej pomiędzy osiami A-D / 16-17), przebudowie pomieszczenia 1.09 przez jego podział na dwa pomieszczenia (1.09a „Dozownia kolektora PH” oraz 1.09b „Dozownia podchlorynu”), przebudowie ścian innych pomieszczeń. Jako drugi dowód w tym zakresie zostało załączone oświadczenie kierownika budowy potwierdzone przez inspektora nadzoru.

Zgodnie z art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Roboty budowlane wykonane przez Texom w pełni odpowiadają tej definicji, albowiem zmieniły parametry techniczne istniejącego budynku (zwiększenie powierzchni płyty dennej pod nieckę) oraz użytkowe (zwiększenie liczby i rozmiaru pomieszczeń).

{ad zarzutu trzeciego}

Według Przystępującego Odwołujący nie uczynił zadość wynikającemu z art. 534 ust. 1 pzp obowiązкови wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, gdyż odwołanie nie zawiera merytorycznego odniesienia się do wyceny prac przedstawionej w ofercie („Zbiórczym zestawieniu elementów”) lub w wyjaśnieniach Texomu, pomimo że te ostatnie zostały udostępnione w zdecydowanej większości, w tym w zakresie ofert podwykonawców.

Przystępujący zauważył, że akcentowana w odwołaniu różnica w cenach ofert może być jedynie podstawą do wezwania wykonawcy do wyjaśnień, a nie dowodem rażącego zaniżenia ceny oferty. Jednocześnie w każdej ofercie stosunkowo łatwo można znaleźć pozycje, które są wycenione niżej lub wyżej niż w innych ofertach. Stąd odpowiednio dobierając pozycje „Zbiórczego zestawienia elementów” można wykazywać w stosunku do każdej oferty, że ujęta w niej cena jest zaniżona [patrz zestawienie załączone do pisma]. Ponieważ niedoszacowanie oferty Texomu zostało wywiedzione jedynie z odpowiednio dobranego zestawienia pozycji, a nie z analizy wyceny dokonanej przez Texom, ma ono jedynie wymiar matematyczny (porównania liczb), nie zaś ekonomiczny (wskazujący na rzeczywistą wartość prac). Według tej metody równie dobrze można by uznać, że oferta Chemobudowy jest niedoszacowana o co najmniej 6 czy 10 milionów w stosunku do ofert z cenami przekraczającymi 70 milionów oraz o ponad 20 milionów w zestawieniu z ofertą opiewającą na blisko 85 milionów.

Przystępujący podniósł, że sformułowany również na wstępie odwołania zarzut jakoby cena oferty Texomu nie pozwalała na zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, nie został dalej w ogóle rozwinięty. Tym samym nie zostało wykazane takie zaniżenie wyceny w odniesieniu do którejkolwiek pozycji, a tym bardziej, że dotyczy to takiej liczby pozycji opiewających na takie kwoty, że powoduje to niemożność wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów za cenę oferty (co jest szczególnie istotne w sytuacji, gdy mamy do czynienia z ceną ryczałtową).

Zdaniem Przystępującego wskazywane w odwołaniu inwestycje nie są z następujących powodów porównywalne z przedmiotem tego zamówienia. Inwestycja przy ul. Bohaterów Września w Krakowie dotyczy rozbudowy szkoły o budynek basenu, którego główną, jeśli nie jedyną funkcją, jest pływalnia i większość powierzchni użytkowej została przeznaczona pod nieckę i technologię basenową. Natomiast przedmiot tego zamówienia obejmuje wielofunkcyjny obiekt z parkingiem podziemnym, holami pomieszczeniami kręgielni czy ścianki wspinaczkowej oraz wiele otwartych powierzchni z innymi funkcjami, które nie wymagają skomplikowanego wykończenia czy wyposażenia. Z kolei inwestycja w Przemyśle obejmuje w przeważającej mierze obiekty zewnętrzne.

Według Przystępującego Zamawiający nie wezwał do wyjaśnienia konkretnych pozycji „Zbiórczego zestawienia

elementów”, które budziły jego wątpliwości, a skierował ogólne, jednozdaniowe wezwanie, wskazując jedynie na konieczność wyjaśnienia w zakresie zgodności z przepisami dot. kosztów pracy, zabezpieczenia społecznego i ochrony środowiska.

Wyjaśnienia Texomu z 14 listopada 2023 r. na łącznie 117 stronach obejmują zarówno część ogólną, wskazującą m.in. na konkretne okoliczności umożliwiające obniżenie ceny, jak i kalkulację – na podstawie własnej metodologii i porównawczą (na podstawie 12 załączonych ofert pozyskanych od potencjalnych podwykonawców) oraz jako dowody, oprócz wspomnianych ofert potencjalnych podwykonawców, listę pracowników ze wskazaniem stawek lub wynagrodzeń, kopie umów o pracę, umowa ramowa najmu kontenerów budowlanych, umowa na usługi z zakresu BHP, umowy ubezpieczeniowe itp. Przy czym w załączonych kalkulacjach znalazły się tak szczegółowe pozycje, jak opłaty za składowanie odpadów, koszt wyposażenia ochronnego, prowizje od gwarancji bankowych (ZNWU), wynajem przenośnych toalet, czy inauguracja budowy (tzw. kamień węgielny), a także „koszty nieprzewidziane”.

Przystępujący w podsumowaniu wyraził przekonanie, że udźwignął obarczający go ciężar dowodu i wykazał prawidłowość swojej wyceny Zamawiającemu, który też tak uznał.

Na posiedzeniu Odwołujący oświadczył do protokołu, że wycofuje odwołanie w zakresie drugiego [pkt II.(2) *petitum* i pkt II.3. uzasadnienia w odwołaniu] i czwartego zarzutu [pkt II.(4) odwołania i pkt II.5. uzasadnienia w odwołaniu].

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, sprawa w zakresie zarzutu nr 1 została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowisko i argumentację, a Konsorcjum jako przystępujący poparło Zamawiającego.

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

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy 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 naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum uniemożliwia mu uzyskanie tego zamówienia, na co w przeciwnym razie mógłby liczyć.

{umorzenie w zakresie zarzutów nr 2 i 4}

Jak to już powyżej odnotowano, Odwołujący wycofał odwołanie w zakresie zarzutu niezgodności oferty Texomu z warunkami tego zamówienia oraz zarzutu zaniechania odtajnienia (udostępnienia) kalkulacji wchodzących w skład wyjaśnień ceny oferty, które Texom zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Art. 520 ustawy pzp stanowi, że: w ust 1 – odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a w ust. 2 – cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Z kolei według art. 568 pkt 1 ustawy pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: cofnięcia odwołania. Z przywołanych przepisów wynika zatem, że w zakresie zarzutów odwołania, które następnie zostały wycofane, Izba zobowiązana jest do umorzenia w tym zakresie postępowania odwoławczego.

Stąd w tych okolicznościach Izba – działając na podstawie 568 pkt 1 pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze w tej sprawie.

{rozpoznanie zarzutu nr 1}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zrelacjonowane powyżej za odwołaniem: brzmienie postanowienia z rozdziału IV pkt 3 ppkt 1) 1)) zawierającego warunek określający wymaganą zdolność zawodową wykonawcy, treść wykazu robót oraz zacytowane fragmenty referencji (dotyczących poz. 2. wykazu) złożonych przez Texom w celu wykazania spełniania tego warunku odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy i stanowią okoliczności bezsporne.

Wbrew temu, co zostało zasugerowane w odwołaniu, nie było również sporne, że Texom nie realizował całości inwestycji dotyczącej budowy krytego basenu w Lubaczowie, a był wykonawcą jej drugiego i zarazem ostatniego etapu. Ponieważ wynikało to już z zamieszczonego przez Texom w poz. 2. wykazu robót opisu, który wprost nawiązuje do tiret drugie powyżej wskazanego warunku udziału, jednoczesne wskazanie na etap I rzeczywiście mogło być zidentyfikowane przez Zamawiającego jako oczywiście omyłkowe.

Przed wszystkim wniosek, że w Lubaczowie Texom wykonał wyłącznie prace wykończeniowo-instalacyjne tej krytej pływalni nie jest uprawniony, skoro potwierdzony w poświadczeniu z 4 maja 2022 r. zakres wykonanych robót budowlanych rozpoczyna się od wymienienia robót konstrukcyjno-budowlanych.

Ponadto Gmina Miejska Lubaczów w piśmie z 2 stycznia 2024 r. wprost potwierdziła wykonanie przez Texom przebudowy budynku wybudowanego w I etapie inwestycji i sprecyzowała, na czym ta przebudowa polegała [dowód

złożony przez Przystępującego].

Powyższe należy traktować jako uzupełnienie odpowiedzi zawartej w piśmie z 18 grudnia 2023 r., również podpisanego przez Burmistrza Miasta Lubaczowa, na pytanie o zakres robót wykonanych w poszczególnych etapach inwestycji [dowód złożony przez Odwołującego].

Z kolei spóźnione było wdanie się przez Odwołującego dopiero na rozprawie w spór, czy zakres robót konstrukcyjno-budowlanych wykonanych przez Texom może być zakwalifikowany jako przebudowa w rozumieniu Prawa budowlanego. Zarzut zawarty w odwołaniu opierał się bowiem na kontrfaktycznym założeniu, że etap drugi inwestycji sprowadzał się *...wyłącznie do prac wykończeniowo-instalacyjnych obiektu (krytej pływalni), nie zaś do budowy takiego obiektu bądź jego przebudowy* [patrz ostatnie zd. w pkt II.1.8. odwołania].

Niezależnie od powyższego w odwołaniu poprzestano na zacytowaniu brzmienia warunku, tymczasem ma on złożony charakter a analiza jego treści prowadzi w szczególności do następującej wykładni. O ile według pierwszej części opisu wymagane doświadczenie zostało określone jako dwukrotne wykonanie robót budowlanych dotyczących budowy lub przebudowy budynków murowanych lub żelbetowych, obejmujące bliżej niesprecyzowane „roboty ogólnobudowlane”, o tyle z końcowej części wynika, że wystarczyło jednokrotne wykonanie w ramach tych robót budowlanych dotyczących budynku krytej pływalni (murowanego, żelbetowego lub murowano-żelbetowego) niecki stalowej o powierzchni lustra wody minimum 300 m² wraz z technologią uzdatniania wody.

Zaznaczyć przy tym należy, że fakt wykonania przez Texom robót budowlanych dotyczących niecki stalowej o wymaganej powierzchni basenu w Lubaczowie był również niesporny.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest niezasadny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt lit. b ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Przy czym z art. 128 ust. 1 ustawy pzp wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych, są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu z innych powodów lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Z kolei art. 128 ust. 4 ustawy pzp stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień m.in. złożonych podmiotowych środków dowodowych.

Skoro, jak to powyżej ustalono, złożone przez Przystępującego na pierwsze wezwanie Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe potwierdzają spełnienie warunku udziału dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy, zarzut naruszenia powyżej wskazanych przepisów ustawy pzp należało uznać za bezzasadny.

{rozpoznanie zarzutu nr 3}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przedstawione powyżej za odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie i pismem Przystępującego okoliczności dotyczące przebiegu badania ceny oferty Texomu zasadniczo odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy, ale wymagają następującego uzupełnienia i podsumowania, również w kontekście twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego podnoszonych w toku postępowania odwoławczego.

Wartość tego zamówienia została ustalona 29 maja 2023 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego [patrz pkt 3. protokołu postępowania sporządzonego na druku ZP-PN], który składa się z czterech części obejmujących kolejno następujące zakresy: 1) roboty konstrukcyjno-budowlane i wykończeniowe budynków (w tym niecek basenów), dostawy i montaż wyposażenia meblowego pomieszczeń oraz roboty związane z zagospodarowaniem terenu, 2) instalacje wodociągową, kanalizacyjną, centralnego ogrzewania oraz wentylacji, 3) instalacje elektryczne, w tym niskoprądowe 4) technologii basenu pływakiego [folder „Kosztorysy”].

Szczegółowy opis przedmiotu tego zamówienia stanowią: przedmiar robót, dokumentacja projektowa i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, stanowiące łącznie załącznik nr 5 do SWZ [patrz zd. 2 pkt 1 rozdziału III SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”].

Załączony do SWZ jako element opisu przedmiotu zamówienia przedmiar składa się z analogicznych części jak kosztorys inwestorski, z tym że na skutek pytań wykonawców został uzupełniony o odrębny kosztorys dotyczący przebudowy stacji Tauron 4042 oraz sieci kablowej.

Co prawda cena oferty stanowi umowne wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia, jednakże dodatkowo wymagane było przedstawienie rozbicia ceny oferty według „Zbiorczego zestawienia elementów” {„ZZE”} na łącznie 88 pozycji przyporządkowanych do sześciu kategorii robót (tj. zakresów analogicznych jak w przypadku przedmiarów, z tą różnicą, że wyodrębniono osobno prace dotyczące zagospodarowania terenu oraz podzielono instalacje sanitarne na wewnętrzne i zewnętrzne „PZT”): 1) „Roboty budowlane” (40 poz. + wyceniona już przez Zamawiającego poz. dotycząca nadzorów autorskich), 2) „Zagospodarowanie terenu (8 poz.)”, 3) „Instalacje sanitarne wew.” (8 poz.) , 4) „Instalacje sanitarne PZT” (8 poz.), 5) „Branża elektryczna” (13 poz.), 6) „Technologia basenowa” (10 poz.) [patrz pkt 1. rozdziału XI SWZ w zw. z § 1 ust. 1

załącznika nr 2 do SWZ – PPU oraz załącznik nr 1 do SWZ – Formularz oferty].

W toku badania ofert Zamawiający powziął wiedzę o występowaniu znaczących różnic w wycenie poszczególnych elementów składowych, w tym o wycenie – jak to określono – *na bardzo niskim poziomie*:

1. Poz. 1 Roboty budowlane, w ofercie firmy TEXOM, są wycenione o 10,93% (3.747.349,99zł) mniej w porównaniu do najniższej wyceny (kolejnej oferty z najniższą ceną) oraz o 21,08% (7.224.334,85 zł) mniej w porównaniu do kosztorysu inwestorskiego.
2. Poz. 3 i 4 Instalacje sanitarne wewnętrzne i PZT w ofercie firmy TEXOM są wyceniane o 44,68% (3.389.721,92 zł) mniej w porównaniu do najniższej wyceny (kolejnej oferty z najniższą ceną) oraz o 47,22% (3.582.655,64 zł) mniej w porównaniu do kosztorysu inwestorskiego.
3. Poz. 5.3 Stacja transformatorowa, w ofercie firmy TEXOM, jest wyceniana o 176,05% (828.365,00 zł) mniej w porównaniu do najniższej wyceny (kolejnej oferty z najniższą ceną) oraz o 28,03% (131.897,76 zł) mniej w porównaniu do kosztorysu inwestorskiego.
4. Poz. 6 Technologia basenowa, w ofercie firmy TEXOM, jest wyceniana o 28,64% (841.536,94 zł) mniej w porównaniu do najniższej wyceny (kolejnej oferty z najniższą ceną) oraz o 67,73% (2.138.878,22 zł) mniej w porównaniu do kosztorysu inwestorskiego.

[pismo z 3 listopada 2023 r. działu TP, podpisane m.in. przez osobę wchodzącą w skład komisji przetargowej, do działu NZ]

W piśmie z 6 listopada 2023 r. Zamawiający, wskazując jako podstawę prawną art. 224 ust. 1 ustawy pzp, wezwał Texom do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty oraz jej istotnych części składowych określonych w tabeli „Zbiorczego zestawienia elementów”. Po czym Zamawiający przywołał treść art. 224 ust. 4 oraz art. 224 ust. 5 ustawy pzp.

W odpowiedzi na zadane w toku rozprawy pytanie, dlaczego treść wezwania zasadniczo różniła się od treści wewnętrznej notatki precyzującej zakres pożądanego wezwania [patrz 03:04:16 nagrania], Zamawiający odpowiedział, że ...ostatecznie komisja przetargowa zdecydowała się na wezwanie w szerszym zakresie [patrz 03:15:31 nagrania]. Przy czym należy sprostować, że w istocie rozszerzenie zakresu wezwania do wszystkich pozycji ZZE oznaczało zwiększenie jego zakresu jedynie o 20 pozycji (wszystkie dotyczące zagospodarowania terenu i pozostałe z branży elektrycznej).

Pismem z 9 listopada 2023 r. Zamawiający przychylił się do wniosku Texomu z 8 listopada 2023 r. i pierwotnie określony na 10 listopada 2023 r. termin wydłużył do 14 listopada 2023 r., co miało umożliwić doprecyzowanie i uszczegółowienie wyjaśnień wyliczenia ceny oraz jej istotnych części składowych określonych w ZZE. Dodatkowo pismem z 13 listopada 2023 r. Texom zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie kosztorysu inwestorskiego [patrz stosowne pisma z podanych dat].

Zamawiający ani nie unieważnił, ani nie zmienił zakresu wezwania, więc nie ma znaczenia, że w odpowiedzi na odwołanie deprecjonował wagę tej czynności. Twierdzenie o niezakładaniu rażąco niskiej ceny oferty Texomu stoi w oczywistej sprzeczności z hipotezą normy art. 224 ust. 1 pzp, gdyż podstawą faktyczną wezwania jest przeciwne założenie. Z kolei według dyspozycji normy art. 225 ust. 5 pzp to wykonawca ma obowiązek wykazania, że założenie to nie było podstawne. Skoro ostatecznie zakres wezwania nie został ograniczony do wybranych elementów ZZE formularz oferty, należy przyjąć że wycena całego zakresu przedmiotu zamówienia wzbudziła wątpliwości Zamawiającego.

Przed wszystkim dla Texomu jako profesjonalnego wykonawcy – którego na zasadzie art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp obowiązuje podwyższony miernik staranności – nie powinno budzić wątpliwości, że w powyżej opisanych uwarunkowaniach wykazanie braku rażąco niskiego charakteru ceny oferty i jej istotnych elementów składowych wymaga przedstawienia kalkulacji na takim poziomie szczegółowości, który obiektywnie nadawałby się do weryfikacji. Oczywiście jest, że wymaga to wyjścia od podstaw, czyli odpowiedniego zobrazowania sposobu wyliczenia cen za poszczególne elementy ZZE. Przy czym w okolicznościach tego postępowania przedstawienie stosownej kalkulacji było ułatwione dzięki załączeniu do SWZ przedmiarów robót.

Zawarte w podsumowaniu odpowiedzi na odwołanie twierdzenie o uczynieniu przez Texom zadość wezwaniu z 6 listopada 2023 r. nie znajduje oparcia w treści pisma z 14 listopada 2023 r. Już w jego wstępnej części Texom zanegował fakt, że cena jego oferty może wydawać się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz bezpodstawnie uznał, że żadna z pozycji ZZE nie wzbudziła u Zamawiającego wątpliwości, które wymagałyby przedstawienia konkretnych wyjaśnień lub dowodów i wystarczające będzie ogólne odniesienie się tylko do kwestii zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy i zabezpieczenia społecznego [por. 2. i 5. akapit z pkt I „Informacje ogólne”]. Przed wszystkim kluczowa część wyjaśnień, czyli zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa „Kalkulacja własna – załącznik nr 1” i „Kalkulacja porównawcza – załącznik nr 2”, zgodnie z tak zadeklarowanym zakresem wyjaśnień nie przedstawiają sposobu wyliczenia ceny oferty oraz jej istotnych części składowych określonych w tabeli ZZE.

„Kalkulacja własna” sprowadza się bowiem do:

1. „Tabeli kosztów bezpośrednich” w układzie zbieżnym z tabelą ZZE formularza oferty, w której dla każdej pozycji zostały wpisane kwoty brutto, według deklaracji pod tabelą stanowiące „koszty bezpośrednie” obejmujące materiał, robociznę i sprzęt oraz koszty pośrednie i koszty zakupu [sic!].
2. Tabeli kosztów ogólnych w podziale na: „Grupę 1 – Koszty osobowe” (3 poz.) – łącznie opiewającą na niespełna mln zł, obejmującą wynagrodzenie i wyżywienie tylko kadry inżynierskiej; „Grupę 2 – Koszty utrzymania placu budowy” (22 poz.) – łącznie opiewającą w zaokrągleniu na 1,2 mln zł, obejmującą w przeważającej mierze elementy opiewające na kwoty od kilku do kilkudziesięciu tysięcy złotych, „Grupę 3 – Konsultanci” (5 poz.) – łącznie opiewającą na nieco ponad 150 tys. zł.
3. Podania wymiaru etatu i wysokości miesięcznego wynagrodzenia dla czterech kluczowych stanowisk, co po przemnożeniu przez 32-miesięczny okres wykonania tego zamówienia i zsumowaniu daje kwotę z poz. 1 „Grupy 1”.
4. Zadeklarowaniu, że *stawka godzinowa pracownika fizycznego wynosi od 30 zł do 36 zł zatem jest wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.*
5. Zadeklarowaniu przewidzenia jako „Koszty nieprzewidziane” kwoty 100 tys. zł.
6. Zadeklarowaniu kwoty zysku w kwocie rzędu 1,2 mln zł, z tym zastrzeżeniem, że z niej mają być również pokryte *...koszty związane z administrowaniem kontraktu, księgowością i pracą biura dotyczącą kontraktu.*
7. Zadeklarowaniu nadzorowania wykonywania wszystkich robót budowlanych pod nadzorem specjalisty BHP z odpowiednimi uprawnieniami i obszernego zrelacjonowania zakresu jego obowiązków.

Z kolei „Kalkulacja porównawcza” głównie tym różni się od kalkulacji własnej, że jako „Koszty bezpośrednie” wskazuje kwoty dla zagregowanych dwunastu zakresów robót wynikające z 12 załączonych ofert na kompleksowe wykonanie danego zakresu. Poza tym na niższym poziomie zostały wycenione niektóre pozycje z zakresu „Kosztów utrzymania placu budowy”, a łącznie na niemal dwukrotnie wyższym pozycje z zakresu „Konsultantów”. Z kolei „Koszty inne i nieprzewidziane” zwiększone zostały do 300 tys. zł *...ze względu na większe ryzyko pomyłek oferentów.* Wreszcie w tym wariantcie zadeklarowany zysk wzrósł do niemal 2 mln zł (z takim zastrzeżeniem, jak poprzednio).

W sytuacji braku przedstawienia przez Texom kompletnej i weryfikowalnej kalkulacji ceny oferty, czyli kosztorysu, choćby sporządzonego metodą uproszczoną na podstawie przedmiarów załączonych do SWZ, nikły jest również walor tzw. kalkulacji porównawczej. Sprowadza się ona bowiem do przepisania cen z załączonych ofert innych przedsiębiorców, które również nie zawierają żadnych kosztorysów, które pozwoliłyby na weryfikację kalkulacji wyceny poszczególnych zakresów robót. Oferty te nie zawierają nawet wyodrębnienia kosztów robocizny, materiałów i sprzętu.

Nawet w kwestii zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego wyjaśnienia sprowadzają się do generalnych zapewnień, że wszystko, co wynika z tych przepisów zostało uwzględnione w cenie oferty. Nie sposób zweryfikować deklarowanych dla tego zamówienia stawek godzinowych szeregowych pracowników jako rzeczywiście uwzględnionych przy wycenie poszczególnych pozycji ZZE. Na podstawie tak ogólnikowych wyjaśnień nie sposób stwierdzić praca ilu osób i w jakim wymiarze czasowym została skalkulowana w ramach kosztów zbiorczo wskazanych w „Tabeli kosztów bezpośrednich”. Co więcej, żaden z załączonych dowodów nie dotyczy tego kluczowego według wezwania obszaru wyjaśnień.

Reasumując, Zamawiający nie uzyskał w odpowiedzi na wystosowane wezwanie konkretnych i szczegółowych informacji, które pozwoliłyby na zweryfikowanie ceny oferty Texomu, w tym ustalenie, w jaki konkretnie sposób ogólnikowo powoływane czynniki przełożyły się na obniżenie tej ceny, której wysokość wzbudziła wątpliwości Zamawiającego. Pozostała treść pisma z 14 listopada 2023 r. sprowadza się bowiem w przeważającej mierze do powołania się na mniej lub bardziej ogólnie opisane okoliczności, które w przekonaniu Texomu pozwoliły mu na konkurencyjną wycenę przedmiotu zamówienia, na czele z wiedzą i doświadczeniem wynikających z uprzedniego wykonania podobnych zamówień. Umknęło przy tym Zamawiającemu, że Texom miał aż 8 dni na przedstawienie wyjaśnień i dowodów, które dzięki temu miały być precyzyjne i szczegółowe.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

Odwolujący zasadnie domaga się odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 pzp, gdyż Zamawiający powinien ocenić złożone w trybie art. 224 ust. 1 pzp przez Przystępującego wyjaśnienia jako nieuzasadniające ceny złożonej przez niego oferty.

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

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co

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

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

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

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

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

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

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

Należy rozważyć, co oznacza termin „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w 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 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 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 rzezoną 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 wyznaczane 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.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczne 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.

Kluczowe znaczenie dla tej sprawy ma jednak norma prawna wynikająca z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, 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 wprost 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 rzadko wprost wynika ze złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, należy również poczytać sytuację, w której nie potwierdzają one, że cena oferty nie jest rażąco niska. *De lege lata* nie może być również 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).

Należy wziąć pod uwagę, że zgodnie z 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 nie mogą być brane pod uwagę.

Ponadto skoro 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, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień dotyczących ceny tej oferty, odwołujący jest zobligowany li tylko do poważenia prawidłowości dokonanej przez zamawiającego oceny tych wyjaśnień. W konsekwencji Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu przez wezwanego wykonawcę uzasadniły należycie cenę jego oferty.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Należy 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.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że w tej sprawie przy badaniu prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego

oceny wyjaśnień za właściwy punkt odniesienia należało przyjąć wyłącznie treść złożonych mu wyjaśnień, gdyż wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 pzp wszczęło procedurę, w której Przystępujący obciążony został ciężarem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, a złożenie wyjaśnień niepotwierdzających tej okoliczności skutkować powinno obowiązkiem odrzucenia jego oferty, bez stwarzania mu kolejnych możliwości złożenia bardziej szczegółowych czy też lepiej udokumentowanych wyjaśnień. Jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić próby ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na sugerowaniu wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Reasumując, w rozpoznawanej sprawie skutecznie została podważona prawidłowość zaakceptowania przez Zamawiającego złożonych mu wyjaśnień jako nieuzasadniających ceny oferty, co obligowało Zamawiającego do jej odrzucenia. Pomimo powołania się w ramach odpowiedzi na odwołanie na adekwatne wypowiedzi orzecznictwa Zamawiający nie zastosował w praktyce wynikających z nich wskazówek.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że

- naruszenie przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 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 2. sentencji.
- zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b nie potwierdził się, stąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 3. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (udokumentowane złożoną do akt fakturą VAT), orzeczono w pkt 4. sentencji stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. 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