

Warszawa, 12 lutego 2025 r.

WYROK

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

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie **7 lutego 2025 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **10 stycznia 2025 r.**

przez wykonawcę: **GRAPH'IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania 11875 „Budowa budynku wielofunkcyjnego, techniczno-usługowego w Bydgoszczy”* (WIB/PN/4/U/9)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy** [„Zamawiający”]

przy udziale jako współuczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy: **„PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** [„Przystępujący”]

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

1)zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **uzasadnionych kosztów Przystępującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;**

2)zasądza od Odwołującego na rzecz Przystępującego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)

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

Uzasadnienie

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy{dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) {dalej: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania 11875 „Budowa budynku wielofunkcyjnego, techniczno-usługowego w Bydgoszczy”* (WIB/PN/4/U/9). Ogłoszenie o tym zamówieniu 1 października 2024 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 191 pod poz. 590831. Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

20 grudnia 2024 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku {dalej: „Projmors” lub „Przystępujący”}, z tym że dopiero 31 grudnia 2024 r. Zamawiający przekazał w odpowiedzi na wniosek z 27 grudnia 2024 r. poniżej wskazanego wykonawcy dokumentację dotyczącą badania ceny oferty Projmorsa.

10 stycznia 2025 r. GRAPH'IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie{dalej: „Graphit” lub „Odwołujący”} wniósł odwołanie od zaniechania odrzucenia złożonej przez „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku {dalej: „Projmors”} oferty, którą Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił, że zaniechując powyższej czynności, Zamawiający naruszył art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp, gdyż cena oferty Projmorsa jest rażąco niska, a złożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniają tej ceny.

Powyższy zarzuty został dodatkowo sprecyzowany przez przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Powtórzenia badania i oceny ofert.
- 3.Odrzucenia oferty Projmorsa.

W ramach uzasadnienia odwołania powyższe zarzuty zostały sprecyzowane przez podniesienie okoliczności faktycznych i prawnych, jak to poniżej wspomniano, jeżeli miało to znaczenie dla sprawy.

Przystępujący pismem z 30 stycznia 2025 r. zgłosił sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości odwołania w odpowiedzi na nie z 27 stycznia 2025 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W piśmie z 12 listopada 2024 r. Zamawiający, mając na uwadze brzmienie art. 224 ust. 1 ustawy pzp, stwierdzając, że cena oferty Projmorsa w wysokości 1.340.700,00 zł jest niższa: 1) o 51,90% od wartości szacunkowej (powiększonej o kwotę VAT-u), 2) o 47,15% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zwrócił się do Projmorsa o [dalej pisownia oryginalna] ...*złożenie wyjaśnień w tym dowodów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny*. Zatem ściśle rzecz biorąc podstawą wezwania był art. 224 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy pzp, a podana średnia arytmetyczna wynika z cen czterech złożonych ofert, spośród których żadna nie została przez Zamawiającego odrzucona. Tak sformułowane wezwanie jest nie tylko bardzo ogólne, ale nawet nie zawiera obligatoryjnie na mocy art. 224 ust. 4 pzp wskazania, że wymagane jest odniesienie się do zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Przy czym Zamawiający dysponował rozbiciem ryczałtowej ceny oferty na łącznie 11 pozycji ryczałtowych (netto i brutto), tj. wyceną poszczególnych opracowań lub czynności składających się wg SWZ na Element I [1) mapa do celów projektowych na obszarze dotyczącym opracowania, 2) projekt budowlany wielobranżowy, 3) informacja dotycząca bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (BIOZ) w trakcie wykonywania robót budowlanych, 4) projekt wykonawczy dla poszczególnych branż, 5) szczegółowe specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych dla poszczególnych branż, 6) szczegółowy kosztorys inwestorski dla poszczególnych branż, 7) przedmiary robót dla poszczególnych branż, 8) zestawienie kosztów zadania (ZKZ) z analizą porównawczą, 9) harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji robót, 10) wersja elektroniczna powyższych opracowań na CD/DVD] i Element II [1) uzyskanie pozwolenia na budowę lub skutecznie zgłoszenie oświadczenia o zaistnieniu przesłanek z art. 29 ust. 2 Prawa budowlanego]. Zamawiający wymagał bowiem złożenia oferty m.in. według załącznika nr 1A do SWZ – Formularza cenowego zawierającego takie wyszczególnienie, czemu uczynił zadość również i Projmors.

Z kolei w ramach złożonych przez Projmorsa wyjaśnień Zamawiający uzyskał dodatkowo rozbicie ceny oferty na 15 pozycji w innym ujęciu, tj. przede wszystkim na poszczególne branże lub ich koordynację [1) konstrukcyjna, 2) architektoniczna, 3) elektryczna teletechniczna, 4) sanitarna technologiczna, 5) drogowa, 6) środowiskowa, 7) koordynacja], a w pozostałym zakresie na badania lub opracowania [8) badania geologiczne, 9) sporządzenie mapy do celów projektowych, 10) dokumentacja kosztorysowa i przedmiary, 11) operat przeciwpożarowy, 12) inwentaryzacja zieleni i inne elementy] i inne elementy [13) Wydruki, oprawa, uzgodnienia itp., 14) nadzór autorski, 15) zysk]. Przy czym w odniesieniu do poz. 1)-7) Projmors podał liczbę roboczogodzin i stawkę roboczogodziny, które były podstawą kalkulacji wyceny w tych pozycjach, a także liczbę zaangażowanych osób zatrudnionych na umowę o pracę. Przy czym Projmors wyjaśnił, że na potrzeby tak przedstawionej kalkulacji przyjął średnie stawki roboczogodziny w poszczególnej branży, których wysokość podał, po powiększeniu każdej z nich o niezbędne na potrzeby realizacji tego zamówienia koszty stałe biura, (opłata za siedzibę, administracja, leasingi, sprzęt komputerowy i oprogramowanie, pracownicy administracyjni, ZUS, podatek, koszty zarządu), tj. z tytułu tych kosztów stałych przedsiębiorstwa każda ze stawek została podwyższona o 26,70 zł.

Ponieważ z uzasadnienia odwołania nie wynika zakwestionowanie sprecyzowanej w wyjaśnieniach liczby roboczogodzin koniecznych do wykonania opracowań i czynności z zakresu poszczególnych branż i ich koordynacji, należy poczytać ten fakt za bezsporny. Z kolei wysokość stawek co do zasady została poddana w wątpliwość wyłącznie z uwagi na niepoparcie ich odrębnymi dowodami (zestawieniem płac lub wynagrodzeń). Wyjątkiem jest skonkretyzowanie zarzutu odnośnie stawki projektanta w branży architektonicznej (posiadającego poświadczenie uprawnienia dostępu do informacji niejawnych), która według uzasadnienia odwołania powinna być dla Gdańska co najmniej ponad dwa razy wyższa, czego ma dowodzić załącznik nr 6 do odwołania w postaci wydruku zrzutu z ekranu z serwisu internetowego pl.jobble.org. Jednakże takie twierdzenie pozostaje w sprzeczności z wiedzą składu orzekającego powziętą w ramach doświadczenia życiowego, która wskazuje, że wskazywany przez Odwołującego poziom wynagrodzeń jest wyjątkiem a nie regułą. Przede wszystkim załączony do odwołania wniesionego w formie pisemnej papierowej jest na tyle nieczytelny, że nie pozwala zweryfikować, według jakich kryteriów został uzyskany jako jedyny w pełni czytelny wynik wyszukiwania.

Poza tym konkretyzacja zarzutu w uzasadnieniu odwołania polega na podniesieniu, że dla pozycji 8)-12) [badania geologiczne, sporządzenie mapy do celów projektowych, dokumentacja kosztorysowa i przedmiary, operat przeciwpożarowy, inwentaryzacja zieleni i 14) [nadzór autorski] Projmors poprzestał na kwotach ryczałtowych bez podania liczby roboczogodzin. Odwołujący przechodzi do porządku dziennego nad tym, że owe kwoty łącznie opiewają na wartość 71 tys. zł netto (co po powiększeniu wg stawki 23% VAT dałoby 87,33 tys. zł), czyli pozycje te mają kilkuprocentowy udział w cenie oferty. Przede wszystkim w uzasadnieniu odwołania brak zakwestionowania realności

wyceny każdej z tych pozycji na wskazanym przez Projmors poziomie, co oznacza, że jest to okoliczność *de facto* bezsporna.

W powyższym kontekście najobszerniej wywiedziona w uzasadnieniu odwołania krytyka części wyjaśnień, składną najobszerniejszej, opisującej doświadczenie zawodowe wynikające z dotychczas zrealizowanych 29 zamówień na rzecz wojskowych zamawiających, jest oczywiście nieproporcjonalna do wątpliwej podstawy faktycznej w odniesieniu do kluczowej części wyjaśnień, którą jest omówiona powyżej kalkulacja ceny oferty. Umknęło przy tym uwadze Odwołującego, że w podsumowaniu tej części wyjaśnień został skwantyfikowany wpływ na cenę oferty doświadczenia w należytym zrealizowaniu skonkretyzowanych co do nazw postępowania i zamawiającego analogicznych zamówień. Otóż Projmors podał, że w przeliczeniu na 1 m² dla zaprojektowanych w ostatnich dwóch latach obiektów o podobnej charakterystyce średnia wynosiła 230 zł brutto, a w przypadku tego zamówienia jest to 414 zł brutto.

Ponadto Projmors przedstawił zestawienie ofert dla postępowania pn. [pisownia oryginalna] *Opracowanie programu Inwestycji dla zadania pn. „Budowa budynku – wielofunkcyjnego, techniczno-usługowego w kompleksie wojskowym K-1432 dla 2 Wojskowego Ośrodka Meteorologii w Bydgoszczy”* oraz kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie tamtego zamówienia, które dotyczyło wykonania opracowania wstępnego tego samego przedsięwzięcia inwestycyjnego, co aktualnie prowadzone postępowanie. I tak Zamawiający przewidział na realizację programu tej inwestycji (wielobranżowej koncepcji projektowej zawierającej uzgodniony układ funkcjonalny pomieszczeń, wymagania p.poż., opis stanu istniejącego oraz część kosztorysowa i harmonogram) 100.000,00 zł, a cena wybranej oferty wynosiła 97.785,00 zł. Przy czym przyjmuje się, że wartość procentowa programu inwestycji względem całości dokumentacji projektowo-kosztorysowej zawiera się w przedziale 15-20%, co według Projmorsa prowadzi do wniosku, że budżet prac projektowo-kosztorysowych powinien wynosić ok. 667.000,00 zł (wszystkie kwoty brutto). Innymi słowy Projmors poparł swoją kalkulację również przez przedstawienie takiej analizy, której adekwatność również nie została w odwołaniu zakwestionowana, więc jest okolicznością bezsporną.

Reasumując, wyjaśnienia złożone przez Projmors więcej niż czyniły zadość wezwaniu Zamawiającego, zarówno co do poziomu ich szczegółowości, jak i co do treści, która wystarczająco uzasadnia cenę złożonej oferty. Natomiast okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu z jednej strony nie odzwierciedlają w tej kwestii rzeczywistego stanu rzeczy, z drugiej nie polegają na konkretnym zakwestionowaniu kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach.

Złożone dodatkowo na rozprawie przez Przystępującego dowody w postaci [numeracja ręcznie nasiona ołówkiem w prawym górnym rogu każdego dokumentu]: 1) tabeli uszczegóławiającej sposób wyliczenia narzutu kosztów ogólnozakładowych, 2) oferty z 25 października 2024 r. na potwierdzenie kosztu wynajmu sprzętu do wierceń geologicznych 3)-7) pisma, umów o pracę (dwóch z porozumieniem zmieniającym) lub zleceń z projektantami lub ich asystentami, 8)-19) i 23)-25) faktur na zakup oprogramowania i sprzętu informatycznego poniesione w okresie 2017-2021, 20)-22) umowy pożyczki na sfinansowanie zakupu oprogramowania specjalistycznego (którego raty spłat zostały uwzględnione w ramach wyliczenia stawki ogólnej w pozycji „rata licencji”, 26)-35) faktur na zakup oprogramowania i sprzętu informatycznego, które nie zostały jeszcze zamortyzowane, w tym 28)-35) dotyczące specjalistycznego oprogramowania projektowego z licencją wieczystą, umożliwiające dochowanie przestrzegania reżimu ochrony informacji niejawnych dzięki braku konieczności łączenia z siecią internetową – dodatkowo potwierdzają adekwatność złożonych wyjaśnień i zawartej w niej kalkulacji (objętych przez Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa, która nie była kwestionowana przez Odwołującego na rozprawie). Zamawiający również bez ich załączenia do wyjaśnień, mógł je ocenić jako wiarygodne a przede wszystkim odpowiadające sformułowanemu przez niego wezwaniu. Tak też uczynił, o czym świadczy notatka sporządzona 28 listopada 2024 r. przez pracowników Zamawiającego.

Z uzasadnienia wyroku Izby z 9 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1130/23, z udziałem Odwołującego i Przystępującego w tym samym charakterze i wyjaśnień tego ostatniego dotyczących ceny oferty, nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy, gdyż wyraża ocenę prawną okoliczności ustalonych przez inny skład orzekający na potrzeby tamtej sprawy. W szczególności nic nie wynika z faktu, że ponad dwa lata temu Projmors wskazywał na wyższe stawki, już choćby z tego względu, że od tego czasu mogła spaść wysokość kosztów ogólnych w przeliczeniu na projekt, jak to wskazał Przystępujący na rozprawie. Przede wszystkim w tamtym postępowaniu o udzielenie zamówienia wezwanie wystosowane przez Akademię Sztuki Wojennej jako zamawiającego było bardziej szczegółowe, w tym zawierało powołanie się na art. 224 ust. 3 ustawy pzp, czyli inny był punkt odniesienia dla oceny prawidłowości oceny złożonych wyjaśnień.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący bezzasadnie domaga się odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę, gdyż złożone wyjaśnienia uzasadniły cenę 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 (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {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 uzasadnieniu 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 rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny 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.

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

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

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

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

Należy przy tym podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 pzp (90 ust. 1 popzp) obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp), konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt:

KIO 2216/13, KIO 2221/13]. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06, postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

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

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień o nowe okoliczności uzasadniające cenę oferty oraz zgłosić na ich poparcie dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Jednakże kluczowe znaczenie w tej sprawie ma to, że zgodnie z art. 555 ustawy pzp (art. 192 ust. 7 popzp) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, a także, choć w mniejszym stopniu, prawnych. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzeczniczą konsekwentnie prezentowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą i została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, o ile może ograniczać się do kwestionowania zaakceptowania przez zamawiającego złożonych mu przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, o tyle wymaga skonkretyzowania okoliczności faktycznych, które wskazują na to, że czynność ta była nieprawidłowa. Innymi słowy w takim układzie procesowym treścią zarzutu podlegającego rozpoznaniu przez Izbę są sprecyzowane w odwołaniu zastrzeżenia co do treści złożonych wyjaśnień, czyli dlaczego nie uzasadniają one możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący w oczywisty sposób nie sprostał temu, gdyż *de facto* nie podważył treści wyjaśnień pod względem merytorycznym, a ograniczył się głównie do kwestionowania ich waloru dowodowego.

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

W ocenie Izby zawarte w złożonych wyjaśnieniach oświadczenia i kalkulacje były wystarczającymi dowodami na potwierdzenie prawidłowości skalkulowania ceny. O ile oczywiste jest, że tak złożone wyjaśnienia obejmujące kalkulację stanowią dokument pochodzący od wykonawcy, o tyle nie pozbawia to go automatycznie jakiegokolwiek mocy dowodowej. Kalkulacje i oświadczenia jak każdy dowód podlegają bowiem ocenie. Tymczasem Odwołujący, przyjmując skrajnie formalistyczne podejście co do braku możliwości traktowania ich jako dowodów, błędnie twierdzi, że na ich podstawie nie jest możliwe zweryfikowanie oferty pod kątem realności ceny. Zdaniem Izby prawidłowa, a zatem pogłębiona analiza treści złożonych Zamawiającemu wyjaśnień, które obejmują kalkulację istotnych składowych ceny oferty, prowadzi do wniosku, że nie jest ona rażąca w stosunku do przedmiotu zamówienia objętego zakresem tego zamówienia. Tym samym Izba uznała za adekwatne również w rozpoznawanej sprawie stanowisko wyrażone uprzednio odnośnie analogicznych kwestii w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie (działającego jako Sądu Zamówień Publicznych) z 22 grudnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 90/21.

Reasumując, zarzut nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego złożonych mu przez Przystępującego

wyjaśnień, co miałoby obligować go do odrzucenia jego oferty, którą wybrał jako najkorzystniejszą, nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Przystępującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzone złożoną fakturą VAT), ale z ograniczeniem ich wysokości do kwoty 3600 zł), orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy, tj. na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 2 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437) obciążając nimi Odwołującego.