

WYROK

z dnia 16 listopada 2023 r.

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

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie **15 listopada 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **2 listopada 2023 r.**

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony MK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Agencja Ochrony Kowalczyk Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługi ochrony osób i mienia* (G.115-47/2023)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Sąd Rejonowy w Wejherowie** [„Zamawiający”]

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MM SERVICE MONITORING sp. o.o. z siedzibą w Kruszwie, MAXUS sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołujących i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) **uiszczoną przez nich tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Sąd Rejonowy w Wejherowie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Usługi ochrony osób i mienia* (G.115-47/2023).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 28 lipca 2023 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00330057.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

27 października 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o unieważnieniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez MM SERVICE MONITORING sp. z o.o. z siedzibą w Kruszwie MAXUS sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi {dalej: „Konsorcjum MM” lub „Przystępujący”}.

2 listopada 2023 r. Agencja Ochrony MK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Agencja Ochrony Kowalczyk Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, które wspólnie złożyły ofertę {dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum AO”}, wniosły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności oraz zaniechań Zamawiającego dotyczących oferty Konsorcjum MM.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i ust 6 w zw. z art. 266 i art 359 pkt 2 i art. 16 pkt 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MM, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę, co potwierdziły wyjaśnienia złożone na wezwanie z 13.10.2023 Zamawiającego, który w piśmie z 23.10.2023 r. dostrzegł rażącą dysproporcję pomiędzy rynkową wartością usługi a ceną tej oferty, uznając że wykonanie zamówienia byłoby nieopłacalne, a wręcz prowadziłoby do powstania strat po stronie Konsorcjum MM, a pomimo tego wybrał tę ofertę.
2. Art. 239 w związku z art. 224 ust. 1, art. 266 i art. 17 ust 2 – przez niezgodny z prawem wybór oferty, zawiera cenę rażąco niską, co potwierdzają wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum MM.

Odwołujący wniesli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odrzucenia oferty Konsorcjum MM.
3. Powtórzenia badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ramach wspólnego dla wszystkich powyższych zarzutów i żądań uzasadnienia odwołania zostały podniesione

okoliczności faktyczne i prawne, jak to poniżej zacytowano.

(...)

Jednocześnie Zamawiający opublikował Specyfikację Warunków Zamówienia (dalej SWZ) wraz z załącznikami, z których wynika, iż wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia obejmują m.in. dozór oraz ochronę osób i mienia oraz obsługę systemów monitorujących, które wykonywane będą przez osoby wpisane na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej i wykonujących zadania ochrony na rzecz Wykonawcy, którzy uzyskali koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, o których mowa w ustawie z dnia 22 sierpnia 1997r. o ochronie osób i mienia (tekst jednolity Dz.U. z 2021r. poz. 1995 ze zm.), w łącznej ilości do 44.000 roboczogodzin ochrony świadczonej przez wyżej wskazanych wykwalifikowanych pracowników ochrony. Wszyscy pracownicy skierowani do ochrony sądu muszą być zatrudnieni przez Wykonawcę i wszystkich podwykonawców na podstawie umowy o pracę. Wykonawca jest zobowiązany zapewnić odpowiedni stan etatowy tak, aby liczba wypracowanych nadgodzin była zgodna z kodeksem pracy. Powyższy wymóg nie dotyczy pracowników grup interwencyjnych. Zamawiający zastrzegł sobie prawo, aby w ramach nadzoru usługi weryfikować, czy wymagania stawiane podmiotom świadczącym usługi i pracownikom skierowanym do realizacji usługi są spełniane nie tylko w trakcie postępowania o zamówienie publiczne, ale także w trakcie trwania usługi, wymagając, aby minimum 60% wytypowanej grupy osób było w wieku do 60 lat, przy maksymalnej liczbie 30 osób w grupie. Wykonawca zastrzega, że pracownicy sprawujący bezpośrednią ochronę w budynku nie mogą posiadać statusu osoby niepełnosprawnej.

W toku pierwotnego badania i oceny ofert, Zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum MM do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny przez co naruszył przepisy ustawy a Odwołujący w pierwotnym odwołaniu wniósł o unieważnienie wyboru, nakazanie wezwania Konsorcjum MM do złożenia stosownych wyjaśnień a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oferty Wybranego Wykonawcy.

W związku z uwzględnieniem odwołania w dniu 9 października 2023 r. wniesionego przez Konsorcjum Kowalczyk (Odwołującego) oraz unieważnieniem decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 października 2023 r., Zamawiający wezwał Konsorcjum MM do złożenia wyjaśnień w dniu 13.10.2023 r., w przedmiocie czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Dodatkowo po ponownej analizie Zamawiający w piśmie z dnia 23 października 2023 roku złożonego do akt sprawy KIO 2994/23 że w wyniku dokonania ponownego badania i oceny ofert potwierdził, iż oferta Konsorcjum MM zawiera rażąco niską cenę, a mimo to w dniu 27.10.2023 roku poinformował wykonawców, że podtrzymuje a de facto dokonuje ponownego wyboru oferty Konsorcjum MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Kruszów, MAXUS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi.

(...)

Zamawiający uwzględnił zatem odwołanie a następnie dokonał wszystkich powyższych czynności w postępowaniu co spowodowało, że na moment wnoszenia niniejszego Odwołania istnieje nowy stan faktyczny sprawy i nowy substrat zaskarżenia, w postaci ponownego wyboru oferty z dnia 27.10.2023 r. (na co Odwołującemu przysługują nowe środki ochrony prawnej).

Zamawiający w ww. piśmie szczegółowo wskazał, dlaczego uznał wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny złożone przez konsorcjum MM za niewystarczające. I tak:

„W zakresie kosztów nadzoru i kosztów administracyjnych, że koszty w wysokości 1000 zł miesięcznie - koszt całkowity obsługi realizacji przedmiotu umowy (dojazdy, kontrole, obsługa kadrowo-płacowa) są kosztami zdecydowanie zaniżonymi, czyli kosztami rażąco niskim ponieważ:

Obsługa kadrowo-płacowa na 1 pracownika za 1 miesiąc w Trójmieście wynosi od ok. 99,20 zł brutto do ok. 116 zł brutto w zależności od ilości pracowników, im mniej pracowników tym wyższa cena, natomiast wg rankingu link: <https://kb.pl/cenniki/obsługa-kadrotvoplacowa/> W przedmiotowym postępowaniu do obsługi kadrowo-płacowej należy przyjąć min. 21 etatów (44.000 rbg-581 rbg dot. wzmocnienia = 43419 rbg/168 rbg miesięcznie/12 miesięcy = 21,53 etatu. Wg powyższego rankingu Wejherowie koszt kształtuje się wysokości brutto 99,20 zł Jednak przyjmując założenie, że koszt wynosi 50 zł brutto na jednego pracownika za 1 miesiąc – wyliczona kapota to 1.050,00 zł brutto, czyli 50 zł brutto x 21 osób/etatów (zaniżając liczbę etatów).

Zgodnie z zapisami treści SWZ pkt V i pkt XX ppkt 7, dalej jednak mamy jeszcze do czynienia z kosztami dojazdów, kontroli i wynagrodzenia koordynatora.

Koordynator w miejscu realizacji zamówienia jest nawet 2-3 razy w tygodniu, co wynika z poprzedniej współpracy Zamawiającego i Przystępującego.

Dodatkowo w przypadku nieobecności pracownika ochrony Koordynator jest zastępowany, co także wynika z poprzedniej współpracy Zamawiającego i Przystępującego, czyli występuje dodatkowo wynagrodzenie za świadczenie usługi ochrony dla koordynatora oprócz wynagrodzenia za koordynację i nadzór.

Przyjmując, że koordynator nadzorowałby realizację usługi tylko 2 razy w tygodniu, w sumie jest to obecność w liczbie 8. Jeśli przyjąć wynagrodzenie za 1 pobyt w kwocie minimalnej 50 zł, to w sumie jest to 400 zł.

Z poprzedniej współpracy Zamawiającego i Przystępującego zamówienia koordynator był nawet 3 razy w tygodniu, co zdecydowanie zwiększa przedmiotowe koszty nadzoru. Przystępujący na okoliczność obsługi kadrowo-płacowej, ponoszonych kosztów dojazdu oraz wynagrodzenia koordynatora nie przedłożył żadnych dowodów.

W świetle powyższego Przystępujący wskazuje kwotę w wysokości 1000 zł niezbędną na zabezpieczenie dojazdów, kontroli, obsługi kadrowo-płacowej. Natomiast wg Zamawiającego minimalny koszt to tylko wg zaniżonych kosztów 1.450,00 zł. Więc w tym zakresie element kalkulacyjny jest rażąco niski.

W zakresie kosztów szkoleń i badań dot.:

- prawa atomowego – raz na 5 lat
- BHP wymaganego min. raz na 3 lata,
- Pierwszej pomocy – nie jest określona, czyli teoretycznie, jeżeli ktoś został przeszkolony to może być wystarczające na cały okres pracy zawodowej,
- badań lekarskich – w zależności od tego jaką decyzję podejmie lekarz medycyny pracy, maksymalnie 4 lata.

W ogóle nie zostały zaplanowane ww koszty szkoleń i badań. Nawet przyjmując, że Przystępujący ma pracowników przeszkolonych, to w przypadku nowego personelu, nawet 1 nowego pracownika koszty szkoleń przynajmniej dla jednego nowego pracownika powinny być uwzględnione. Należy przy tym pamiętać, że rotacja przez pracowników w zakresie zarówno badań lekarskich jak i BHP i prawa atomowego następuje i zawsze w danym roku jakaś liczba pracowników jest skierowana do szkoleń lub badań i koszty te powinny być uwzględnione w kalkulacji. Więc w tym zakresie element kalkulacyjny jest rażąco niski, gdyż został pominięty”.

Całkowicie niezrozumiałe jest dla Odwołującego i wbrew przepisom ustawy PZP jest ponowne dokonanie wyboru oferty Konsorcjum MM przez Zamawiającego, jeżeli w toku ponownego jej badania sam doszedł do powyższych wniosków i uznał, że cena oferty Wybranego Wykonawcy jest rażąco niska.

Zamawiający zdaje się działać tylko formalnoprawnie i w celu uniknięcia konsekwencji przed Krajową Izbą Odwoławczą. Ponowny wybór wbrew prawu jest zapewne spowodowany tym, że pierwotne odwołanie wniesione przez odwołującego, z nieznanych dotąd przyczyn zostało odrzucone, mimo, iż Odwołujący spełnił wszystkie warunki formalne. Odwołujący zamierza skarżyć orzeczenie KIO w sprawie KIO 2994/23 jako wydane z rażącym naruszeniem przepisów postępowania, jednakże wobec nie doręczania mu do tej pory rozstrzygnięcia w sprawie termin na skargę nie biegnie.

Zamawiający twierdząc, że Odwołujący stracił legitymację w tamtym postępowaniu i nie grożą mu negatywne skutki w postaci uwzględnienia odwołania wycofał się ze swoich czynności mimo, iż ich przeprowadzenie w sposób ewidentny pokazało, że wybrana oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący wskazuje iż niezależnie od losów postępowania w sprawie KIO 2994/23 Zamawiający dokonał nowych czynności faktycznych w Postępowaniu, co daje nowe podstawy faktyczne do wniesienia odwołania a Odwołujący jako uczestnik postępowania (jego oferta jest ważna i druga w rankingu, nie została odrzucona) wciąż posiada legitymację do jego wniesienia.

Tym samym Odwołujący niejako z ostrożności składa dodatkowo dowód w postaci szczegółowej kalkulacji rażąco niskiej ceny, uwzględniającej koszty pracy w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę przygotowaną z wykorzystaniem specjalnego kalkulatora do obliczania rażąco niskiej ceny w zamówieniach na tzw. Usługi ochrony przygotowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych.

Zamawiający wystarczająco dowiódł i wykazał, że cena oferty Konsorcjum MM jest rażąco niska, więc powyższy dowód składamy jako dodatkowy na potwierdzenie nieprawidłowości wyceny oferty Wybranego Wykonawcy i jak i na okoliczność: ustalenia rzeczywistej wysokości kosztów pracy przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia, wysokości kosztów 1 (jednej) roboczogodziny bez podatku VAT, braku możliwości wykonania zamówienia w warunkach cenowych zaproponowanych przez Wybranego Wykonawcę, kosztów realizacji zamówienia dla 1 (jednego) pełnego etatu w ujęciu miesięcznym, kosztów realizacji zamówienia dla wszystkich etatów w ujęciu miesięcznym, jak również ceny całkowitej oferty bez podatku VAT w dwóch wariantach - w zależności od przyjętej w tabeli nr 2a liczby pracowników (10 lub 25), dla których nie będzie obowiązku odprowadzania ubezpieczenia na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

Zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Rozpatrując cel powyższej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do obowiązujących cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). Oznacza to, iż cena winna znacząco odbiegać od cen przyjętych, wskazując na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy czy roboty budowlanej. Podkreślenia wymaga, iż przyczyną wskazania ceny rażąco niskiej od innych ofert może być świadome działanie wykonawcy albo jego nierzetelność w dokonywaniu kalkulacji. Zaistnienie powyższych przesłanek związane jest również z zagrożeniem nienależytego wykonania lub niewykonaniem zobowiązania w przyszłości.

Zamawiający zgodnie z art. 224 ust 1 ustawy Pzp zażądał złożenia wyjaśnień co do możliwości wykonania

przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Następnie zgodnie z art. 224 ust 6 ustawy PZP dokonał oceny tych wyjaśnień, w zakresie w jakim uznał, że potwierdzają wręcz istnienie rażąco niskiej ceny, co dał wyraz z piśmie z dnia 23.10.2023 r. Z niezrozumiałych jednak przyczyn zaniechał zastosowania art. 224 ust 6 w zw. z art 226 ust 1 pkt 8 ustawy PZP w pełnym zakresie tj. konsekwentnym odrzuceniem oferty zawierającej rażąco niską cenę, zgodnie z dokonaną weryfikacją tych wyjaśnień.

Nadto, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 239 w związku z art. 224 ust. 1 poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez Wybranego Wykonawcę warunki cenowe zawierają cenę rażąco niską, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów, jak chociażby zatrudnienie osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę jest niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych jak również warunków rynkowych, co doprowadziło do uznania, iż pozostałe oferty złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznane zostały za niekonkurencyjne w stosunku do ofert wybranych przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, jak i zresztą Zamawiającego, przedstawione przez Wybranego Wykonawcę warunki cenowe całkowicie nie odpowiadają istniejącym uwarunkowaniom rynkowym związanym z sektorem usług ochrony mienia i osób. Niewątpliwie stwierdzić należy, iż cena zaoferowana przez wykonawców jest rażąco niska i nie umożliwia wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami Zamawiającego. Potwierdzeniem powyższego są znajdujące się w załączeniu szczegółowe kalkulacje rażąco niskiej ceny oferty na usługi ochrony przygotowane z wykorzystaniem dedykowanego kalkulatora opracowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Dołączona do niniejszego Odwołania kalkulacja ceny oferty, która zakłada najmniej kosztotwórcze warianty kadrowe, tj. przypadek, kiedy praca świadczona będzie wyłącznie przez osoby, które ze względu na osiągnięty wiek są zwolnione z obowiązku uiszczania składek na FP i FGŚP (w dwóch wariantach — zarówno gdy liczba tych osób wyniesie 10, jak również w najkorzystniejszym cenowo, lecz najmniej prawdopodobnym, gdy liczba tych osób wyniesie 25) oraz otrzymywały będą wyłącznie minimalne wynagrodzenie za pracę, potwierdza, iż zarówno cena oszacowana przez Zamawiającego jak i cena zaoferowana przez Wybranego Wykonawcę wynosząca 1.832.503,20 zł brutto nie pozwoli nawet na pokrycie kosztów pracy pracowników niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, które zgodnie z kalkulatorem opracowanym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych do celu obliczenia rażąco niskiej ceny w zamówieniach na usługi społeczne wynoszą 1.535.595,00 zł bez podatku VAT (przy założeniu 10 osób, o których mowa w tabeli nr 2a), ewentualnie w wariantcie najbardziej korzystnym, lecz najmniej prawdopodobnym — tj. przy założeniu 25 osób, o których mowa w tabeli nr 2a -1.535.595,00 zł bez podatku VAT. Przy uwzględnieniu zysku na poziomie 0,01 zł miesięcznie, pomijając wszelkie dodatkowe koszty związane z realizacją zamówienia takie jak koszty nadzoru, umundurowania, wyposażenia, działań grup interwencyjnych, usług konwojowania, kosztów szkoleń oraz nadzoru nad realizacją usługi, cena zaoferowana przez Wybranego Wykonawcę świadczy o ekonomicznej nierentowności tego kontraktu. Wyliczenie przygotowane zostało w oparciu o założenie skierowania do realizacji przedmiotu zamówienia przez 25 pracowników, zatrudnionych na 25 etatach, bowiem taki wymóg postawiony został bezpośrednio przez Zamawiającego (vide odpowiedź na pytanie nr 3 w Wyjaśnieniach SWZ nr 1 z dnia 4.08.2023 r.).

Niewątpliwie stwierdzić należy, iż cena zaoferowana przez Wybranego Wykonawcę jest rażąco niska i nie umożliwia wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami Zamawiającego, czego dowodem jest stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 23.10.2023 r., jak i ww szczegółowa kalkulacja rażąco niskiej ceny oferty na usługi ochrony przygotowana z wykorzystaniem dedykowanego kalkulatora opracowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Jako że taką cenę zawiera oferta Konsorcjum MM to zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w tym art. 224 ust 6 i art. 226 ust 1 pkt 8 powinna zostać odrzucona.

(...)

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

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 ustawy pzp.

W szczególności Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 pzp jako wniesione po upływie 5-dniowego terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 3 pkt 2 ustawy pzp, o co zgodnie wniesli 15 listopada 2023 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz Przystępujący w piśmie procesowym.

Zgłoszony wniosek w istocie powiela treść uzasadnienia postanowienia Izby z 26 października 2023 r. sygn. akt KIO 2994/23 o odrzuceniu poprzedniego odwołania Konsorcjum AO z 9 października 2023 r. na zaniechanie wezwania Konsorcjum MM do wyjaśnienia ceny jego oferty oraz odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę.

Izba wzięta pod uwagę, że poza wszelkim sporem jest fakt uwzględnienia przez Zamawiającego w całości poprzedniego odwołania oraz zgłoszenia co tego sprzeciwu przez Przystępującego. Izba ostatecznie odrzuciła to

odwołanie, jednakże przed wydaniem powyższego postanowienia Zamawiający z własnej inicjatywy unieważnił wybór oferty Konsorcjum MM, o czym poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu pismem z 13 października 2023 r. Jednocześnie pismem z tego samego dnia Zamawiający wezwał również w trybie art. 224 ust. 1 pzp do złożenia wyjaśnień ceny oferty złożonej po negocjacjach Konsorcjum MM, które złożyło wyjaśnienia pismem z 18 października 2023 r. Wreszcie w odpowiedzi na odwołanie z 23 października 2023 r. Zamawiający nie tylko poinformował o przeprowadzeniu powyższych działań w prowadzonym postępowaniu, ale również negatywnie ocenił te wyjaśnienia.

Kluczowe znaczenie ma zatem okoliczność, że Zamawiający nie czekając na rozstrzygnięcie przez Izbę poprzedniego odwołania, nie tylko formalnie uwzględnił je w całości, ale przeprowadził w prowadzonym przez siebie postępowaniu powyższe działania, a następnie *de facto* ponownie wybrał ofertę Konsorcjum MM jako najkorzystniejszą. Przy czym nie ma znaczenia, że zostało to nazwane unieważnieniem unieważnienia poprzedniego wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

W konsekwencji nie została wypełniona hipoteza normy prawnej, na którą wskazał Przystępujący, gdyż Konsorcjum AO dochowało terminu na odwołanie się od tej nowej czynności Zamawiającego.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie.

W imieniu Zamawiającego nikt nie stawiał się, a odpowiedź na odwołanie zawierała jedynie wniosek o odrzucenie odwołania.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W jego ocenie przede wszystkim zarzuty odwołania zostały postawione w oderwaniu od dwukrotnie składanych na wezwanie Zamawiającego przez Przystępującego (przed i po negocjacjach) wyjaśnieniach, które były zbieżne z uwagi na to, że cena w wyniku negocjacji została tylko nieznacznie obniżona.

Zwrócił uwagę, że nigdzie w tych wyjaśnieniach nie wskazywał na liczbę etatów wynoszącą 21,53, natomiast pojawiła się ona w odpowiedzi na poprzednie odwołanie. Jednocześnie – wbrew temu, co twierdzi Odwołujący – w SWZ nie określono wymogu 25 etatów, a 25 pracowników. Przy czym w odpowiedzi na pytanie nr 2 w wyjaśnieniach z 7 sierpnia 2023 r. Zamawiający stwierdził, że do wykonawcy należy dobranie odpowiedniego wymiaru etatów.

Stąd, ustosunkowując się do kalkulacji prezentowanej w odwołaniu, zważył, że opiera się ona na kalkulatorze stosowanym przez ZUS, który nie ma charakteru obowiązującego. Po drugie, uwzględniając wymaganą liczbę roboczogodzin, wystarczające jest 21,83 etatu, a uwzględniając zastępstwa urlopowo-chorobowe będzie to 24,07 etatów. W rezultacie nawet stosując ten kalkulator ZUS-u przy takiej liczbie etatów koszt będzie niższy o 67.628,00 zł, co jest kwotą większą niż 45.755,00 zł kosztów, których według odwołania miałyby nie pokrywać cena oferty.

Podkreślił, że ponieważ nie bazuje na outsourcingu, ma niskie koszty obsługi karowo-płacowej, a z kolei dzięki realizowaniu równolegle wielu tego typu usług koszty nadzoru rozkładają się na szereg umów. Ponadto w wyjaśnieniach wskazał na pomoc publiczną związaną z zatrudnieniem osób bezrobotnych. Jednocześnie dochował wymogu co do struktury wieku pracowników określonej w SWZ. Wreszcie wskazał, że w koszcie roboczogodziny na poziomie 33,86 zł wynikającym z wyjaśnień uwzględnił wówczas dopiero prognozowane zmiany w wysokości wynagrodzenia minimalnego w 2024 r. Na dowód czego złożył wydruk rozporządzenia Rady Ministrów z 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. Podkreśla, że koszty zatrudnienia stanowią znakomitą większą kosztów realizacji tego zamówienia.

Podsumował, że w jego przekonaniu w tych okolicznościach Zamawiający słusznie wycofał się z uprzednio prezentowanej oceny złożonych wyjaśnień, która była nietrafna.

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

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

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto że w związku z objętym zarzutem odwołania zaniechaniem odrzucenia wybranej przez Zamawiającego oferty Przystępującego, może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba w pełni podziela zatem zacytowane powyżej wywody Odwołującego odnośnie przysługiwania mu legitymacji do wniesienia odwołania, które zostały również podniesione w kontekście dochowania terminu na dokonanie tej czynności w kontekście działań Zamawiającego po wniesieniu poprzedniego odwołania.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Dokonanie przez Zamawiającego po raz trzeci wyboru oferty Konsorcjum MM jako najkorzystniejszej, które

przybrało w piśmie z 27 października 2023 r. zawiadomienia o unieważnieniu unieważnienia poprzedniego wyboru tej oferty, jednoznacznie jednak wyraża, że Zamawiający nie podtrzymuje oceny wyjaśnień (złożonych 18 października 2023 r. przez Konsorcjum MM), którą przedstawił 23 października 2023 r. w ramach odpowiedzi na odwołanie z 9 października 2023 r.

Jednocześnie odwołanie w przeważającej mierze sprowadza się do obszernego zacytowania odpowiedzi na poprzednie odwołanie i wyrażenia negatywnej oceny działania Zamawiającego, który wobec odrzucenia tamtego odwołania przez Izbę w poprzedniej sprawie odwoławczej (prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 2994/23), przestał popierać uprzednio zajęte stanowisko. Odwołanie nie zawiera bowiem żadnych dodatkowych okoliczności, a tym bardziej konkretnych dowodów na ich poparcie.

Poza tym sprecyzowanie zarzutów odwołania sprowadza się do powołania się na załączone do odwołania tzw. kalkulatory do obliczania rażąco niskiej ceny dla usług ochrony, stosowanych podobno przez ZUS (nie jest to fakt notoryjny, a nie został poparty jakimkolwiek dowodem), które zdawkowo zostały omówione w ramach uzasadnienia odwołania. Stanowią one co najwyżej dowód tego, co zostało w nich napisane, czyli zostały poczytane za stanowisko własne Odwołującego. Jednakże sprowadza się ono do zestawienia tabelarycznego kwot kosztów, bez przedstawienia, krok po kroku, w jaki sposób zostały wyliczone, a zatem w sposób, który uniemożliwia zweryfikowanie poprawności rozumowania Odwołującego, który zaniechał jego przedstawienia, ograniczając się do wyników cząstkowych i ich zsumowania, co w oczywisty sposób niczego nie dowodzi.

Niezależnie od powyższego, jak wykazał Przystępujący na rozprawie, a czemu nawet Odwołujący wprost i konkretnie nie zaprzeczył, te wyniki obliczeń opierają się na błędnym i nieznajującym oparcia w SWZ (z uwzględnieniem wyjaśnień ich treści) założeniu, że wykonywaniu zamówienia ma uczestniczyć 25 pracowników zatrudnionych na pełny etat. Tymczasem Zamawiający pozostawił wymiar zatrudnienia tej liczby osób jako konieczny do należytego wykonania usługi do uznania poszczególnych wykonawców.

Zarzuty odwołania zostały postawione bowiem w oderwaniu od dwukrotnie składanych na wezwanie Zamawiającego przez Przystępującego (przed i po negocjacjach) wyjaśnieniach, w których nie wskazywał on, że uwzględniając wymaganą liczbę roboczogodzin wystarczające jest 21,83 etatu, a uwzględniając zastępstwa urlopowo-chorobowe – 24,07 etatów. W rezultacie nawet stosując ten kalkulator ZUS-u przy takiej liczbie etatów koszt będzie niższy o 67.628,00 zł, co jest kwotą większą niż 45.755,00 zł kosztów, których według odwołania miałaby nie pokrywać cena oferty.

Wreszcie 30 października 2023 r. Zamawiający zawarł z Przystępującym umowę w sprawie tego zamówienia, o czym dodatkowo poinformował Izbę w piśmie z 8 listopada 2023 r., w odpowiedzi na standardowe wezwanie o podanie podstawowych danych dotyczących prowadzonego postępowania na potrzeby czynności formalnoprawnych dotyczących tego odwołania.

O ile nie stoi to na przeszkodzie rozpoznaniu odwołania, o tyle Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do tego faktu, który spowodował, że zgłoszone w odwołaniu żądania stały się bezprzedmiotowe. Ponieważ akta sprawy odwoławczej są jawne, Odwołujący mógł i powinien zgłosić do zamknięcia rozprawy nowe żądania, w tym zając stanowisko co do tego, czy Zamawiający zawarł umowę w okolicznościach dopuszczonych w ustawie pzp, gdyż jak wynika z art. 554 ust. 3 pkt 2 i 3 pzp, od tego zależy, co może Izba orzec w razie zawarcia umowy po wniesieniu odwołania.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest oczywiście niezasadne.

Odwołujący bezzasadnie domaga się odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, która miałaby zawierać rażąco niską cenę z tego względu, że złożone wyjaśnienia dotyczące tej ceny nie uzasadniają jej.

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.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „UZP”} dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego

wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

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

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

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

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

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

W konsekwencji 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 sprostował temu, gdyż *de facto* nie podważał treści wyjaśnień pod względem merytorycznym, a ograniczył się niemal wyłącznie do kwestionowania odstąpienia przez Zamawiającego od poprzednio prezentowanego stanowiska lub powierzchownego prezentowania okoliczności, które nie tylko nie zostały udowodnione, ale wręcz nie znajdują oparcia w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 zd. 1 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 Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się, na zasadzie § 5 ust. 1 rozporządzenia, uiszczony przez niego wpis.