

WYROK

z dnia 9 sierpnia 2023 r.

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

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **4 sierpnia 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **20 lipca 2023 r.**

przez wykonawcę: **IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 369 na odcinku Śrem-Czempin”* (9090/IREZA5/01196/01217/23/P)

prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawców:

A.Mosty Katowice sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, Arcadis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia

B.Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

– zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania.

2.Oddala odwołanie w zakresie podtrzymanego zarzutu nr 1.

3.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego 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 U. z 2022 r. poz. 1710 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

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppzp”, „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na usługi pn.: *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 369 na odcinku Śrem – Czempin”* (9090/IREZA5/01196/01217/23/P). nm.,.

Ogłoszenie o tym zamówieniu 17 marca 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S_055 pod poz. 160488.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

10 lipca 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez Mosty Katowice sp. z o.o. {dalej: „Mosty Katowice”} z siedzibą w Katowicach i Arcadis sp. z o.o. {dalej: „Arcadis”} z siedzibą w Warszawie {dalej łącznie: „Konsorcjum” lub „Przystępujący”}.

20 lipca 2022 r. IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu {dalej: „Idom” lub „Odwołujący”} wniósł odwołanie od zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum, a także zaniechania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Multiconsult”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1.Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, którego wyjaśnienia cenny oferty nie zostały udowodnione, co oznacza że oferta ta zawiera rażąco niską cenę.
- 2.Art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 – przez zaniechanie odtajnienia (udostępnienia) dokumentów i informacji oznaczonych przez Multiconsult jako tajemnica przedsiębiorstwa z uwagi na nieprzeprowadzenie w sposób rzetelny weryfikacji tych dokumentów i uzasadnienia ich zastrzeżenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazania Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Ponownego badania i oceny ofert.
- 3.Odrzucenia oferty Konsorcjum.
- 4.Odtajnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Multiconsult.

Z uzasadnienia odwołania wynika następujące sprecyzowanie pierwszego zarzutu co do okoliczności faktycznych i prawnych został sprecyzowany

{okoliczności faktyczne}

28 kwietnia 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 pzp wezwał Konsorcjum do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, w tym przedstawienia szczegółowej kalkulacji elementów cenotwórczych, kładąc nacisk na aspekt udowodnienia: (...) *Zamawiający oczekuje, że powyższe kalkulacje (wskazane jest ich opracowanie odrębnie dla Fazy I oraz Fazy II) zostaną przedłożone wraz z dowodami na ich poparcie. Wskazane jest, aby znaczna część kosztów została udowodniona. (...) Zamawiający zwraca uwagę, iż na Wykonawcy spoczywa obowiązek przedstawienia i udowodnienia Zamawiającemu poprawności oszacowania oferty, którą przedłożył w niniejszym postępowaniu, co oznacza również, że Wykonawca samodzielnie decyduje o zakresie wyjaśnień, jak również ma swobodę w prezentowaniu dowodów.* (...)

Konsorcjum złożyło 10 maja 2023 r. wyjaśnienia, w których powołało się na więcej niż trzy okoliczności jako świadczące o realności ceny oferty.

Do wyjaśnień załączono dowody dotyczące następujących okoliczności:

- 1) oświadczenie członka Konsorcjum o korzystaniu z własnych zasobów ludzkich i koszcie stawki dziennej projektanta w

wysokości 625,00 zł.

2) oferta Geostudia na wykonanie prac geologicznych i geotechnicznych za 800 tys. zł netto;

3) oferta Instytutu Kolejnictwa na koszty weryfikacji WE – 27.000 zł netto za jeden certyfikat oraz 48.600 zł netto za drugi certyfikat.

Czynnik przywołany w treści wyjaśnień, co do których nie załączono dowodów:

1) zatrudnienie na podstawie umowy o pracę osób mających wykonywać usługi na rzecz Zamawiającego za wynagrodzeniem wyższym niż minimalne (str. 2.);

2) umowa z Autodesk (str. 3.);

3) BIM (str. 4.);

4) posiadanie przez specjalistów certyfikatu BIM Manager autoryzowanego przez Autodesk oraz tytułu Inżyniera Europejskiego (EUR ING) nadawanego przez FEANI (European Federation of National Engineering Associations) z siedzibą w Brukseli (str. 4.);

5) wyliczenie oszczędności 630,00 zł na osobę na dzień w stosunku do standardowego systemu obowiązującego w większości firm (str. 5.);

6) koszty zatrudnienia personelu, administracji, telefonów (str. 8.);

7) przyjęcie średniej stawki wynagrodzenia osób w wysokości 4.500 zł brutto miesięcznie przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia (str. 9.);

8) jednolity koszt Koordynatorów jako najważniejszych osób mających wykonywać przedmiot zamówienia (str. 9.-10.);

9) koszt pozyskania decyzji administracyjnych (str. 11.);

10) koszty ekonomiczno-finansowe (str. 11.- 12.).

11) kosztów dnia pracy projektanta w wysokości 1.876,00 zł.

{okoliczności prawne}

Należy także zwrócić uwagę na inny, istotny element składanych wyjaśnień, którego w tym przypadku również zabrakło. Z treści przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wynika wprost obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma także kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składa je podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Z tego powodu wykonawca, aby uwiarygodnić składane w wyjaśnieniach deklaracje co do poziomu cen, czy też szczególnie korzystnych dla niego okoliczności na które się powołuje, zobowiązany jest poprzeć je stosownymi dowodami, potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, czy posiadanie pewnych szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami, zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny, czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą (z uzasadnienia wyroku Izby z 24 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 359/23).

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: Należy podkreślić, że w momencie sformułowania wezwania do złożenia wyjaśnień ceny, powstaje domniemanie rażąco niskiej ceny oferty tego wykonawcy, a jego zadaniem jest obalenie tego domniemania, przy uwzględnieniu wątpliwości zasygnalizowanych przez zamawiającego. To na wykonawcy ciąży obowiązek przekonania zamawiającego, że zaoferowana przez niego cena jest wystarczająca dla zrealizowania przedmiotu zamówienia. Izba nie zgadza się ze stwierdzeniem, że w przypadku, gdy określone okoliczności, jak np. wymiar składek czy wymiar czasu pracy osób niepełnosprawnych wynikają z przepisów prawa, to wykonawca nie ma obowiązku przedkładania na okoliczność ponoszenia kosztów w takiej właśnie wysokości żadnych dowodów. Powszechną praktyką jest, że wykonawcy dołączają jako dowody kopie umów o pracę czy też oświadczenia personelu o zobowiązaniu do świadczenia usług po określonych stawkach czy też w określonym wymiarze. Bardzo często w ramach wnoszonych środków ochrony prawnej kwestionowane są także oferowane stawki, jako niespełniające wymagań wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. To, że pewne kategorie kosztów określone są z góry (np. rozporządzenie dotyczące płacy minimalnej), nie oznacza, że dany oferent skalkulował te koszty w takiej właśnie wysokości. Temu właśnie służą przepisy o odrzucaniu ofert z powodu rażąco niskiej ceny, by takich sytuacji unikać. Co więcej wskazać należy, że w niniejszej sprawie obowiązek przedstawienia szczegółowych wyliczeń zwłaszcza w zakresie kosztów pracy wynikał z treści wezwania zamawiającego do wyjaśnień. Zauważyć należy, że w przepisach prawa i orzecznictwie, nie istnieje ugruntowany, ogólny wzorzec przygotowania wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Nie oznacza to jednak zupełnej dowolności w przygotowaniu wyjaśnień po stronie wykonawcy. Udzielone wyjaśnienia powinny być spójne i przekonujące, a także niepozostawiające wątpliwości co do rzetelności przygotowanej wyceny. W niniejszej sprawie, zamawiający wystarczająco jasno i precyzyjnie wskazał, jakich wyjaśnień oczekuje. Wielokrotnie również w treści wezwania podkreślał obowiązek przedłożenia dowodów. Stąd składane wyjaśnienia winny wskazywać i omawiać przynajmniej elementy, na które Zamawiający zwrócił uwagę w treści wezwania. Zamawiający powinien mieć bowiem możliwość pełnej weryfikacji złożonych wyjaśnień. Tymczasem Przystępujący zupełnie zignorował część wezwania Zamawiającego oraz w ogóle nie przedstawił dowodów na poparcie skalkulowanych przez niego kosztów pracy. Nie zakwestionował też zasadności lub treści samego wezwania. Jeśli Przystępujący nie zgadzał się z treścią wezwania powinien był je zakwestionować w odpowiednim terminie. W konsekwencji, podnoszenie na etapie postępowania odwoławczego zarzutów w tym zakresie należy uznać nie tylko za bezzasadne, lecz również spóźnione (z uzasadnienia wyroku z 10 marca 2023 r. sygn. akt KIO 500/23).

W uzasadnieniu wyroku z 27 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 388/23 Izba wskazała z kolei, że wyjaśnienia przedstawione przez Odwołującego nie były kompleksowe i adekwatne do treści wezwania, jakie skierowano do niego także w zakresie kosztów pracy. Należy zauważyć, iż w pierwszych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że cena za roboczogodzinę pracy jest realna i wynosi 26,50 zł brutto, a kalkulacja ceny oferty uwzględnia wynagrodzenie pracowników, kwotę ZUS i podatków, osób zatrudnionych na podstawie umów o pracę z uwzględnieniem kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Powyższe stwierdzenie stanowiło jedynie zapewnienie wykonawcy, niemniej niepoparte rzeczowym wyjaśnieniem ani dowodami. (...) W ocenie Izby Odwołujący w zasadzie w ogóle nie wyjaśnił, jak przedmiotową stawkę za jedną roboczogodzinę skalkulował. Wyjaśnienia Odwołującego sprowadzały się do lakonicznego wskazania, że przyjmuje stawkę 26,50 zł brutto oraz powołania się na załącznik nr 305, zawierający wyliczenie minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych oraz usług w zakresie gospodarowania nieruchomościami w Polsce w 2022 r. W oparciu o tak udzielone wyjaśnienia nie sposób ocenić, czy skalkulowana stawka za roboczogodzinę – w świetle

wymagań wynikających z SWZ – faktycznie powala na pokrycie rzeczywistych kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników. Odwołujący nie przedstawiając rzeczowych wyjaśnień pozostawił przedmiotową kwestię w sferze domysłów, podczas gdy to jego obowiązkiem było udowodnić realność dokonanej wyceny.

Co oczywiste, nie jest konieczne, aby każdy argument lub każda teza w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny poparty był dowodami. Niemniej jednak, przedstawienie wyłącznie minimalnej liczby dowodów nie może pozwolić na pozytywną ocenę takich wyjaśnień, gdyż nie jest możliwa rzetelna ocena przedstawionych informacji, danych i wyliczeń.

Postępowanie dowodowe w toku postępowania odwoławczego nie może prowadzić do uzupełniania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym niedopuszczalne jest przedkładanie dowodów, które powinny zostać dostarczone uprzednio zamawiającemu wraz z tymi wyjaśnieniami. Rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej (...) skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. W związku z tym, w przedmiotowym zakresie, Izba ocenia treść wyjaśnień, jakimi dysponował zamawiający oraz czynność ich oceny przez zamawiającego, nie zaś dodatkowe wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego (skarżącego) przed Izbą (z uzasadnienia wyroku Izby z 13 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 3488/22).

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak w pkt 1. na wstępie odwołania, wywodząc co następuje:

Po pierwsze, że oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę, gdyż w ramach udzielonych wyjaśnień nie udowodniło ono, że jest inaczej. Konsorcjum nie uczyniło bowiem zadość wezwaniu w zakresie udowodnienia znacznej części kalkulacji kosztów dla obu faz realizacji. W szczególności wynagrodzenie osób mających wykonywać przedmiot zamówienia nie zostało udowodnione przez Konsorcjum w jakimkolwiek zakresie. Nie zostały również udowodnione czynniki wskazane w wyjaśnieniach jako sprzyjające obniżeniu ceny. Dlatego nie można uznać przedstawionych w ramach wyjaśnień kalkulacji za wiarygodny dowód.

Po drugie: Tym samym należało ocenić wyjaśnienia jako lakoniczne, ogólnikowe, nie poparte wiarygodnymi dowodami. Podkreślić trzeba, że mimo tak ogólnikowych wyjaśnień, ich okrojona treść budzi wiele wątpliwości. W konsekwencji nie sposób uznać, że wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Po trzecie, że wskazane w wyjaśnieniach wynagrodzenie miesięczne pracownika w wysokości 4.500 zł brutto nie uwzględni kosztów pracodawcy w wysokości co najmniej 900 zł. Niezależnie od tego w wyjaśnieniach nie uwzględniono wzrostu wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, które według rządowych zapowiedzi od 1 stycznia 2024 r. ma wynosić 4200 zł brutto, a od 1 lipca 2024 r. 4300 zł. Tymczasem wynikające z dokumentacji postępowania okres wykonania zakresu podstawowego pozwala na przyjęcie, że minimalne wynagrodzenie będzie wynosiło więcej niż 4500 zł brutto. Wreszcie z wyjaśnień nie wynika, że w kalkulacji uwzględnione zostały koszty urlopów czy zwolnień lekarskich dla osób mających być asystentami (8 osób), co podniosłoby cenę o około 200 tys. zł.

Po czwarte, że w odniesieniu do ryczałtu za koszty opcjonalnego nadzoru autorskiego Konsorcjum nie wyspecyfikowało, jakie koszty uwzględniło (diety, dojazdy, flota pojazdów, wzrosty wynagrodzenia, realne koszty), a także nie udowodniło, że osoby będą dojeżdżać z Wrocławia, który nie jest siedzibą żadnego z członków Konsorcjum.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 3 sierpnia 2023 r. wniósł o jego oddalenie odwołania, podnosząc w szczególności następujące okoliczności i argumentację.

{okoliczności faktyczne}

Zakres wezwania z 28 kwietnia 2023 r. wynikał z przestrzegania przepisów ustawy pzp, które zostały w jego treści wskazane: ...wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień (w tym złożenia dowodów) w zakresie wyliczenia ceny ofertowej w związku z tym, że ceny zaoferowane w złożonej przez Państwa ofercie w zakresie Fazy I (zamówienie podstawowe) oraz w zakresie Fazy II (Prawo Opcji) wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a w szczególności w zakresie wskazanym w art. 224 ust. 3 pkt 4) i 6) Ustawy, tj.:

- 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;

- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Zamawiający zaznaczył jedynie, że wskazane jest, by znaczna część wyjaśnień została udowodniona.

Konsorcjum w wyjaśnieniach z 10 maja 2023 r. przedstawiło m.in. zakres prac, który jest planowany do zlecenia podwykonawcom, na dowód czego załączono oferty cenowe na łączną kwotę 875.000 zł netto (GEO-STUDIO – geologia, Instytut Kolejnictwa – certyfikacja)

Konsorcjum udowodniło również koszty Zespołu projektowego w wysokości 6.054.625 zł, przedstawiając obliczenia w oparciu o stawkę własną kosztów prac projektowych w kwocie 1.876 zł za dzień (obowiązującą zgodnie z załączonym do wyjaśnień oświadczeniem członka Konsorcjum).

Zaangażowania Projektanta w fazie projektowania zostało oszacowane przez Konsorcjum na poziomie 33% czasu wykonania przedmiotu zamówienia, tj. ok. 625 zł za dzień, co daje 518,76 zł brutto, a przy średnio 20 dniach roboczych w miesiącu kwotę 10 375,20 zł brutto. Stawka ta dotyczy tylko Projektantów/Koordinatorów oraz członków zespołów geodezyjnego i środowiskowego.

Zgodnie z „Ogólnopolskim badaniem wynagrodzeń” przeprowadzonym przez Sedlak & Sedlak w 2022 r., na które powoływali się zresztą inni wykonawcy w swoich wyjaśnieniach, mediana wynagrodzeń osób zatrudnionych na stanowisku Team Leader/Koordinator wynosiła 8.355,00 zł. Oznacza to, że wynagrodzenie na takim stanowisku przewidziane przez Konsorcjum jest wyższe.

Dla obliczenia wynagrodzenia na stanowiskach Asystentów Projektanta i pracowników administracyjno-biurowych zatrudnianych na umowę o pracę przyjęło stawkę 4.500 zł brutto, oświadczając jednocześnie, że nie jest ona mniejsza niż stawka minimalnego wynagrodzenia ustalona na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207).

Przyjmując, że powyższa kwota zawiera całkowite koszty pracodawcy, faktyczne wynagrodzenie na tych stanowiskach wynosiłoby ok. 3.735,05 zł brutto, a tym samym nadal nie jest mniejsze niż minimalne wynagrodzenie o pracę, które obecnie wynosi 3.600 zł brutto.

Ewentualny wzrost płacy minimalnej po podpisaniu umowy w sprawie tego zamówienia może być skutkować

odpowiednim wzrostem wynagrodzenia Konsorcjum na podstawie § 21 Warunków Umowy [patrz SWZ].

Dla pozostałych osób zaangażowanych w realizację zadania przyjęto stawkę zryczałtowaną.

Konsorcjum w złożonych wyjaśnieniach potwierdziło i udowodniło znaczną część kosztów, tj. do kwoty 6.930.225 zł netto dla Fazy I oraz do kwoty 636.000 zł dla Fazy II, określonej na podstawie stawek: 625 zł/dzień – koszt specjalisty, 345 zł – pozostałe koszty, takie jak dojazd, dieta delegacja, oraz 30 zł stanowiące rezerwę na inne koszty.

Jednocześnie Konsorcjum wyjaśniło, że wyliczona przez nie cena oferty jest zbliżona do kwoty wyliczonej na podstawie Środowiskowych zasad wycen prac projektowych – 2016, przyjmując stawkę za jednostkę nakładu pracy (j.n.p.) w wysokości 25,32 zł.

Takie wyjaśnienia znajdują oparcie we wspomnianym w wyjaśnieniach opracowaniu Izby Projektowania Budowlanego oraz postanowieniu z 8 listopada 2022 r. w sprawie wysokości stawki za umowną jednostkę nakładu pracy (j.n.p.) przy wycenach dokonywanych w 2023 r. na podstawie Środowiskowych zasad wyceny prac projektowych.

Skoro jednym z miejsc prowadzenia działalności przez jest Wrocław, wiarygodne jest oświadczenie co do ponoszenia kosztów dojazdu z tego miasta.

W związku z powyższym Zamawiający ocenił, że wyjaśnienia są rzetelne i wiarygodne, kluczowe twierdzenia zostały udowodnione, a Konsorcjum jest w stanie wykonać zamówienie za cenę oferty.

Na marginesie Zamawiający podkreślił, że na jego wezwania również Idom (a także znaczna część pozostałych wykonawców) złożyli wyjaśnienia dotyczące cen składanych ofert i żadna oferta nie została odrzucona. Analiza wyjaśnień pozostałych wykonawców prowadzi do wniosku, że stawki wynagrodzenia wskazane przez Konsorcjum są co do zasady niższe niż u pozostałych wykonawców, niemniej nie odbiegają od wartości mediany wynagrodzenia na danym stanowisku. Ponadto pozostali wykonawcy (w tym Idom) w sposób porównywalny do Konsorcjum wyjaśniali i dokumentowali swoje wyliczenia.

{okoliczności prawne}

W świetle obecnie obowiązującego przepisu art. 224 ust. 6 pzp zamawiający ma dokonać oceny, czy wyjaśnienia i dowody uzasadniają podaną cenę i może odrzucić ofertę wtedy, gdy jest w stanie wykazać, że tak nie jest.

Wyjaśnienia wykonawcy muszą być więc konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za daną cenę.

Wykonawca ma udzielić wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość ceny oferty, w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było stwierdzenie, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione.

Z przepisów ustawy pzp nie wynika jednak, aby wykonawca musiał przedłożyć dowody na wszystkie twierdzenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Nie może budzić wątpliwości, że poszczególne twierdzenia i dowody składające się na wyjaśnienia powinny być analizowane łącznie pod kątem ich rzetelności i wiarygodności.

Jak przyjmuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że cena jest realna i nie zawiera znamion rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca może zadośćuczynić temu obowiązkowi za pomocą wszelkich dostępnych środków dowodowych. Takim dowodem może być również samo oświadczenie wykonawcy (por. wyrok uzasadnienie wyroku Izby z lutego 2018 r. sygn. akt KIO 104/2018).

{wnioski}

Wyjaśnienia złożone przez poszczególnych wykonawców, w tym Konsorcjum, Odwołującego i Przystępującego Multiconsult, zostały szczegółowo i wnikliwie przeanalizowane. Na tej podstawie Zamawiający doszedł do przekonania, że wyjaśnienia Konsorcjum są rzetelne, konkretne i wyczerpujące, gdyż możliwe okazało się ich przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co pozwoliło na ich zweryfikowanie.

Na posiedzeniu Odwołujący oświadczył o protokołu, że wycofuje odwołanie w zakresie zarzutu nr 2.

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 uniemożliwi mu uzyskanie tego zamówienia, na co w przeciwnym razie mógłby liczyć.

{umorzenie w zakresie zarzutu nr 2}

Jak to już powyżej odnotowano, Odwołujący wycofał odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechanie odtajnienia (udostępnienia) dokumentów i informacji oznaczonych przez Multiconsult jako tajemnica 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:

Wyjaśnienia Konsorcjum z 10 maja 2023 r. w pełni czynią zadość wezwaniu Zamawiającego z 28 kwietnia 2023 r., a kwestionowanie tego faktu w odwołaniu zasadza się na nieuprawnionym w świetle omówionych poniżej przepisów ustawy pzp utożsamieniu należytego uzasadnienia ceny z udowodnieniem treści wyjaśnień załączonymi do nich dowodami.

Natomiast zgłoszone w odwołaniu zastrzeżenia co do treści tych wyjaśnień mają marginalny charakter, co oznacza, że *de facto* nie została podważona prawidłowość szczegółowej i obszernie objaśnionej kalkulacji kosztów wykonania tego zamówienia, którymi w przeważającej mierze są koszty osobowe, przede wszystkim związane z wynagrodzeniem zespołu specjalistów, a także ich asystentów oraz pracowników obsługi administracyjno-biurowej.

Co więcej, adekwatność kalkulacji własnej w oparciu o stosowane przez Konsorcjum stawki i nakłady rzeczowe oparte na średnim czasie zaangażowania projektanta w realizację inwestycji w odniesieniu do specjalistów, oraz wyższe niż minimalne wynagrodzenie pracowników, została wykazana przez zestawienie jej z wyceną według „Środowiskowych zasad wyceny prac projektowych – 2016” przy zastosowaniu stawki za jednostkę nakładu pracy z końca 2022 r.

Bezprzedmiotowe są wobec tego zastrzeżenia co do tego, że ta wyjściowa stawka została poparta dowodem w postaci oświadczenia własnego członka Konsorcjum, że jej wysokość nie została zakwestionowana jako zaniżona.

Jak to wynika już z odwołania, koszt wykonania dokumentacji geologicznej i geotechnicznej oraz certyfikacji został potwierdzony załączonymi ofertami podwykonawców, którym zamierza zlecić wykonanie tych czynności lub opracowań.

Zweryfikowana według środowiskowych zasad wyceny kalkulacja została dodatkowo, czyniąc również w tym zakresie zadość wezwaniu Zamawiającego, przełożona na poszczególne pozycje przedmiotu zamówienia.

De facto jedyne skonkretyzowane zastrzeżenie do treści wyjaśnień dotyczy wskazania w niej dla zatrudnionego na podstawie umowy o pracę personelu pomocniczego (asystenci i obsługa administracyjno-biurowa) wynagrodzenia w wysokości 4500 zł brutto. Przy czym niesporne było, że nawet po uwzględnieniu tzw. kosztów pracodawcy (900 zł) jest ono wyższe niż aktualna płaca minimalna. O ile w odwołaniu adekwatnie powołano się na nieuniknione, co najmniej w przyszłym roku, wzrost wynagrodzenia minimalnego, o tyle jednocześnie przemilczano, że według § 21 ust. 1 pkt 1 Warunków umowy (stanowiących Tom II SWZ) jest to postawą do waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli przekłada się na wzrost kosztów realizacji tego zamówienia.

Z kolei jedyne skwantyfikowane co do wpływu na cenę oferty na poziomie 200 tys. zł zastrzeżenie co do nieuwzględnienia kosztów urlopów i absencji chorobowych pracowników (abstrahując od jego ogólnikowości i braku odniesienia do sposobu przedstawienia kalkulacji w wyjaśnieniach), zestawień należy z faktem, że po przeprowadzeniu kalkulacji Konsorcjum wykazało rezerwę i zysk na poziomie odpowiednio 5% i 10% ceny oferty.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne.

Odwołujący bezzasadnie domaga się odrzucenia oferty Przystępującego 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 zostały udowodnione.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pzp jeżeli zaofferowana 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 cząstkowe 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 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 wprowadzającą 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 ofertowana 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 pochylić się 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 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 orzecznictwem 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 podważył treści wyjaśnień pod względem merytorycznym, a ograniczył się niemal wyłącznie do kwestionowania ich pod względem formalnym, z założenia odmawiając im waleru 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 ceny oferty, prowadzi do wniosku, że nie jest ona rażąca w stosunku do przedmiotu zamówienia objętego danym zakresem 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.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że jeżeli Zamawiający rzeczywiście miałby jakieś wątpliwości co do szczegółowej kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach, w tym uważał za celowe poparcie jej dodatkowymi dowodami, mógłby wystosować wezwanie do ich wyjaśnienia. Nie prowadziłoby to w tym przypadku do naruszenia wywiedzionej w doktrynie i orzecznictwie z zasady równego traktowania wykonawców zasady jednokrotnego wzywania, gdyż służyłoby jedynie rozwianiu wątpliwości co do konkretnej kwestii wynikłej przy badaniu złożonych wyjaśnień, które w tym przypadku są szczegółowe i konkretne.

Reasumując, zarzut nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego złożonych mu wyjaśnień, co miałyby obligować go do odrzucenia 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 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 3. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 pzp oraz § 5 pkt 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 uiszczony przez niego wpis.