Sygn. akt: KIO 1888/23

WYROK
z dnia 12 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 12 lipca 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2023 roku przez wykonawcę *W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa i Robót Ziemnych S. W. z siedzibą w Marszowicach*
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – *Gmina Łapsze Niżne*

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części.
   Nakazuje Zamawiającemu, w postępowaniu o udzielnie zamówienia pn.: *„Budowa odcinka sieci wodociągowej w ramach przebudowy odcinka sieci wodociągu komunalnego Gminy Łapsze Niżne* unieważnienie czynności z dnia 26 czerwca 2023 roku, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy *A. L. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Geoexpert2 A. L. z siedzibą w Nowym Targu.*
   Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty wykonawcy *A. L. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Geoexpert2 A. L. z siedzibą w Nowym Targu* oraz oferty wykonawcy *R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych, Gazu oraz Centralnego Ogrzewania z siedzibą w Starym Sączu*.
   Izba za niezasadne uznała odwołanie w zakresie zarzutu 1, tj. naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – *Gmina Łapsze Niżne* i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę *W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa i Robót Ziemnych S. W. z siedzibą w Marszowicach* tytułem wpisu od odwołania,
   2.2 zasądza od Zamawiającego *Gmina Łapsze Niżne* na rzecz wykonawcy *W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa i Robót Ziemnych S. W. z siedzibą w Marszowicach* kwotę 6 668 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy sześćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania stosowanie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 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.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1888/23

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – *Łapsze Niżne* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą *„Budowa odcinka sieci wodociągowej w ramach przebudowy odcinka sieci wodociągu komunalnego Gminy Łapsze Niżne”.*
Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 maja 2023 roku pod numerem 2023/BZP 219631/01.

W dniu 3 lipca 2023 roku Odwołujący działając na podstawie na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1710; dalej „ustawa”, „PZP”) wniósł odwołanie wobec czynności:

- dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Geoexpert2 A. L., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Geoexpert2 A. L. ul. Portowa 23, 34-400 Nowy Targ (dalej: „Geoexpert2 A. L.”) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Geoexpert2 A. L., zawierającej cenę 123 000,00 zł brutto – stanowiącą cenę rażąco niską, skalkulowaną poniżej minimalnych kosztów wykonania zamówienia, uniemożliwiającą należyte wykonanie zamówienia bez ponoszenia straty przez wykonawcę,
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych Gazu oraz Centralnego Ogrzewania R. C., ul. Morawskiego 9, 33-340 Stary Sącz, zawierającej cenę 125 131,96 zł brutto – stanowiącą cenę rażąco niską, skalkulowaną poniżej minimalnych kosztów wykonania zamówienia, uniemożliwiającą należyte wykonanie zamówienia bez ponoszenia straty przez wykonawcę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Geoexpert2 A. L. jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny;
2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Geoexpert2 A. L. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień (w szczególności, wobec braku przedstawienia wiarygodnych dowodów, zaniżenia kosztów wykonania zamówienia, pominięcia istotnych kosztów koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia oraz wobec braku odniesienia się do treści wezwania Zamawiającego) potwierdza, że ww. oferta zawiera rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych Gazu oraz Centralnego Ogrzewania R. C. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień (w szczególności, wobec braku przedstawienia wiarygodnych dowodów, zaniżenia kosztów wykonania zamówienia, pominięcia istotnych kosztów koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia oraz wobec braku

odniesienia się do treści wezwania Zamawiającego) potwierdza, że ww. oferta zawiera rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
- dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Geoexpert2 A. L.,
- dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych Gazu oraz Centralnego Ogrzewania R. C. ,
- powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania w myśli art. 505 ust. 1 ustawy uzasadniając to następująco:

Istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego wynika z faktu, iż złożył od ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która to oferta nie podlega odrzuceniu,
w związku z czym Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów ustawy interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Geoexpert2 A. L. ul. Portowa 23, 34-400 Nowy Targ, i nie dokonał odrzucenia oferty Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych Gazu oraz Centralnego Ogrzewania R. C., które z kolei podlegają odrzuceniu (z powodu rażąco niskiej ceny).

Zważywszy na zakres podniesionych zarzutów, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności Zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności

Zmawiającego zgodnie z żądaniami Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, można realnie zakładać, że po ponownym badaniu i ocenie ofert w wyniku wykonania wyroku Izby, Zamawiający dokona wyboru oferty Odwołującego. W wyniku zasygnalizowanych naruszeń ustawy Odwołujący został narażony na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji kontraktu na rzecz Zamawiającego, które to zamówienie powinno zostać udzielone Odwołującemu.
W konsekwencji, Odwołujący może nie uzyskać zamówienia i w ten sposób nie osiągnąć zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:
Zamawiający w dniu 26.06.2023 r. poinformował Odwołującego, że podjął decyzję o wyborze

najkorzystniejszej oferty jaką złożyła firma Geoexpert2 A. L. oraz o zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych Gazu oraz Centralnego Ogrzewania R. C.

Przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 261 280,39 zł brutto. Zgodnie z wezwaniami do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 05.06.2023 r. (Geoexpert2 A. L.) i z dnia 20.06.2023 r. (Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych Gazu orazCentralnego Ogrzewania R. C.) , szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego wynosi 261 280,39 zł. brutto.

Z kolei, średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wyniosła 200 726,03 zł brutto.

Cena oferty Odwołującego (255 880,18,00 zł brutto) jest ceną najbardziej zbliżoną
do szacunkowej wartości zamówienia.

Natomiast cena ofertowa (123 000,00 zł.) wykonawcy Geoexpert2 A. L. jest niższa
o 52,93 % od wartości zamówienia tj. o 138 280,39 zł. i jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert o 38,72% a wykonawcy Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych Gazu oraz

Centralnego Ogrzewania R. C. jest niższa o 52,10 % od wartości zamówienia
tj. o 138 280,39 zł. i jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert o 37,66%.

W dniach 5 czerwca 2023 r. i 20.06.2023 r. Zamawiający skierował do wykonawców Geoexpert2 A. L. i Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych Gazu oraz Centralnego Ogrzewania R. C. wezwania w trybie art. 224 ust. 1 i 2ustawy, o udzielenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Zamawiający zwrócił uwagę, że w postępowaniu szacunkowa wartość zamówienia powiększona o VAT wynosi 261 280,39 zł, w związku z czym ceny zaoferowane przez wykonawców w wysokości 123 000,00 zł. (Geoexpert2 A. L.) i w wysokości 125 133,96 zł. (Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych Gazu oraz Centralnego Ogrzewania R. C.) są niższe o ponad 30% od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Jednocześnie Zamawiający w wezwaniach wskazał, że zaoferowane ceny 123 000,00 zł. i 125 133,96 zł. wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. W związku z tym Zamawiającyzwrócił się do wykonawców Geoexpert2 A. L. i Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych Gazu oraz Centralnego Ogrzewania R. C. z prośbą o szczegółowe wyjaśnienie w tym złożenie dowodów, wyliczenia ceny lub kosztów w szczególności w zakresie art. 224 ust.3 pkt 1-8 ustawy. Jako dowodu Zamawiający zalecał przedstawienie szczegółowego kosztorysu ofertowego opracowanego z uwzględnieniem załączonego do SWZ przedmiarów robót.

W zakresie oferty wykonawcy Geoexpert2 A. L..

Wyjaśnienia udzielone przez Geoexpert2 A. L. w piśmie z dnia 12.06.2023 r.
nie spełniają podstawowego wymagania wynikającego z treści wezwania Zamawiającego
z dnia 5 czerwca 2023 r., nie zawierają bowiem wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w tym dowodów określających sposób obliczenia kosztów w zakresie
art. 224 ust. 3 pkt 1-8 ustawy.

Wykonawca Geoexpert2 A. L. wbrew zobowiązaniu Zamawiającego, nie przedstawił żadnych dowodów związanych z wyliczeniem ceny oferty.

Wyjaśnienia Geoexpert2 A. L. nie były merytoryczne, a ww. wykonawca
nie dostarczył żadnego materiału dowodowego do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia.

Odwołujący, odnosząc się do przedstawionych przez Geoexpert2 A. L. „wyjaśnień" podał, że ww. wykonawca Geoexpert2 A. L. nie udowodnił, że okoliczności, na które się powołuje mają charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku. W przypadku gdy wykonawca powołuje się na szczególnie sprzyjające warunki, które mają uzasadniać obniżenie ceny, jest zobowiązany wykazać, że są one niedostępne innym wykonawcom oraz wykazać konkretny wpływ tych warunków na obniżenie ceny (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 681/17).

Ponadto, wykonawca Geoexpert2 A. L. całkowicie przemilczał fakt istnienia okoliczności wpływających raczej na zwiększenie kosztów wykonania zamówienia aniżeli
na ich redukcję. Do takich okoliczności należy z całą pewnością odległość pomiędzy siedzibą Geoexpert2 A. L. (ul. Parkowa Nowy Targ) a miejscem wykonania zamówienia (Niedzica, ul. Potok), która wynosi ok. 30 km w jedną stronę. Czas przejazdu
w jedną stronę na tej trasie wynosi ok. 40 min., a wykonawca nie uwzględnił w cenie oferty ani kosztów dojazdu pracowników (koszty te nie zostały w żaden sposób poparte dowodami) ani kosztów wynikających z zakresu wykonania przedmiotu zamówienia tj.:

1. Rozebranie ogrodzenia z siatki

2. Przeciąganie rurociągów przewodowych z rur dwuwarstwowych

3. Montaż rurociągów z rur polietylenowych

4. Montaż zasów

5. Układanie mieszanki betonowej w konstrukcjach – bloki oporowe

6. Izolacje szczelin dylatacyjnych konstrukcyjnych poziomych

7. Montaż studni odpowietrzającej

8. Odwodnienie rurociągów sieci wodociągowych

9. Odpowietrzenie rurociągów wodociągowych w studzienkach

10. Dezynfekcja rurociągów sieci wodociągowych

11. Próba wodna szczelności sieci wodociągowych

12. Płukanie sieci wodociągowej

13. Zagęszczenie nasypów ubijakami mechanicznymi

14. Nawierzchnia z tłucznia kamiennego – warstwa dolna z kamienia podkładowego

15. Nawierzchnia żwirowa – górna warstwa jezdni rozścielana ręcznie

16. Humusowanie skarp z obsianiem

17. Montaż ogrodzenia z siatki na słupkach stalowych obetonowanych

Na podstawie powyższego Odwołujący stwierdził, że cena ofertowa wykonawcy Geoexpert2 A. L. nie zawiera wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia
co nie spełnia wymogu zawartego w pkt. 16 pkt 2 SWZ który stanowi, że „Cena oferty brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie
z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi
w niniejszej SWZ".

Wykonawca Geoexpert2 A. L. nie udowodnił jaki konkretnie wpływ na wysokość ceny miały poszczególne okoliczności, na które wykonawca powołał się w swoich wyjaśnieniach. Odwołujący wskazuje za orzecznictwem Izby, iż wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie (zob. wyrok z dnia 18 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2659/12).

Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. Tymczasem, Geoexpert2 A. L. nie podał żadnych konkretnych, możliwych do weryfikacji informacji, które pozwalałby ustalić o jakie konkretnie wartości zoptymalizowano poszczególne czynniki cenotwórcze. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, że wykonawca Geoexpert2 A. L. nie przedstawił dowodów na istnienie okoliczności, które w jego ocenie miały mieć wpływ na wysokość ceny. W szczególności, wykonawca nie udowodnił, że dysponuje własnym sprzętem budowlanym.

Reasumując, okoliczności przywołane w wyjaśnieniach nie zostały przez Geoexpert2 A. L. w żaden sposób udowodnione. Nawet gdyby zostały udowodnione,
to nie przedstawiają one żadnej wartości dla oceny tej oferty w kontekście art. 224 ust. 5 ustawy gdyż nie są to okoliczności, które w jakikolwiek sposób wyróżniałyby wykonawcę Geoexpert2 A. L. na tle pozostałych wykonawców. Nie są to przymioty, które dostępne są wyłącznie firmie Geoexpert2 A. L. i pozwalające osiągnąć przewagę konkurencyjną tak znaczną, aby umożliwiała ona wykonanie zamówienia oraz osiągnięcie zysku z kontraktu.

Wykonawca Geoexpert2 A. L. nie potwierdził zgodności zaoferowanej ceny
z przepisami prawa dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy
i zabezpieczenia społecznego. W szczególności, wykonawca Geoexpert2 A. L.
nie wykazał zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, mimo
że Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał również przedstawienia dowodów na poparcie wskazanych okoliczności. Zgodnie z orzecznictwem Izby, dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy czy dokumenty płacowe (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia14 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3338/20). Wykonawca nie złożył żadnego dowodu
w tym zakresie. Faktem jest, że wykonawca podał koszt roboczo/godziny na poziomie 25 zł. Netto nie mniej jednak nie podał w jakim charakterze będą zatrudnieni pracownicy (umowa
o pracę, zlecenia, o dzieło) i nie wykazał kosztów dotyczących ubezpieczenie emerytalnego, ubezpieczenie rentowego, ubezpieczenie wypadkowe, Fundusz Pracy, FGŚP.

Pomimo przedstawionych twierdzeń wykonawca Geoexpert2 A. L. nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność dysponowania własnym zapleczem sprzętowym wskazanym w oświadczeniu w stosunku do Maszyny Ditch WItch Jt 1220, samochodu ciężarowego Manz płuczką do wierceń, koparek, lawety. wywrotka, samochody dostawcze.

Przyjmując, że wykonawca będzie korzystał z pracy sprzętu wskazanego w swoim oświadczeniu to dlaczego nie wykazał kosztów ich użytkowania (amortyzacji, ubezpieczenia,

związanych z najmem, leasingiem bądź amortyzacją, serwisem i eksploatacją ww. sprzętu), przedstawił tylko koszty amortyzacji jednej koparki.

Zakres robót obejmuje również zagęszczenie nasypów ubijakami mechanicznymi wykonawca Geoexpert2 A. L. na tę okoliczność ani nie wykazał, że dysponuje sprzętem do wykonania tej czynności ani w swoich wyjaśnieniach nie uwzględnił kosztów pracy ubijaków.

Wykonawca w wyjaśnieniach podał cenę zakupu paliwa na poziomie 6 zł. netto za 1 litr. Zadeklarowana przez wykonawcę cena jednostkowa zakupu paliwa (olej napędowy, benzyny) wynosząca 6 zł za 1 litr istotnie odbiega in minus od cennika hurtowego PKN Orlen

S.A., gdzie obecnie cena oleju napędowego wynosi 6,22 za litr a benzyny 6,49 zł. Powołując

się na cenę 6 zł/l zakupu paliwa wykonawca Geoexpert2 A. L. nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby tę cenę.

W konsekwencji, wykonawca Geoexpert2 A. L. nie wyjaśnił konkretnie
i wyczerpująco kosztów pracy pojazdów i sprzętu niezbędnego do zastosowania przy realizacji przedmiotu zamówienia.

Wykonawca Geoexpert2 A. L. całkowicie gołosłownie opisał koszty związane z zakupem materiałów i to nie wszystkich materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia i nie przedstawił wraz z wyjaśnieniami szczegółowego kosztorysu ofertowego. Wykonawca Geoexpert2 A. L. nie uwzględnił w cenie ofertowej kosztów związanych z zatrudnieniem kierownika budowy.

Dotyczy Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych Gazu oraz Centralnego Ogrzewania R. C.

Wyjaśnienia udzielone przez Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych Gazu oraz Centralnego Ogrzewania R. C. (dalej: „Zakład") w piśmie z dnia 21.06.2023 r.
nie spełniają podstawowego wymagania wynikającego z treści wezwania Zamawiającego
z dnia 20 czerwca 2023 r., nie zawierają bowiem wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w tym dowodów określających sposób obliczenia kosztów w zakresie art. 224 ust. 3 pkt 1-8 ustawy.

Wykonawca Zakład wbrew zobowiązaniu Zamawiającego, nie przedstawił żadnych dowodów związanych z wyliczeniem ceny oferty. Faktem jest, że wykonawca wraz
z wyjaśnieniami przedłożył ofertę cenową dostawcy materiałów firmy „Pikuła" sp. z o.o.
z Jasła. Oferta została wydana dnia 25.05.2023 r. z ważnością jej obowiązywania 7 dni
tj. do 31 czerwca 2023 r. co powoduje, że nie może ona stanowić podstawy do oceny zaistnienia rażąco niskiej ceny. O nieaktualności tej oferty świadczą również zapisy w niej zawarte tj; „Zastrzegamy sobie prawo do zmiany cen studni betonowych, po otrzymaniu zegarów studni", „W przypadku udokumentowanego wzrostu cen surowca powyższe warunki będą podlegać negocjacji".

Wraz z wyjaśnieniami wykonawca złożył wykaz sprzętu, urządzeń i narzędzi z którego wynika, że są jego własnością nie mniej jednak na tę okoliczność nie przedstawił żadnych dowodów i nie wykazał żadnych kosztów ich utrzymania ani też kosztów zaangażowania
w realizację przedmiotu zamówienia.

Do wyjaśnień załączył również kosztorys ofertowy niemniej jednak z kosztorysu w żaden sposób nie można wywieść jakie wskaźniki cenotwórcze zostały przyjęte do obliczenia ceny.

Brak podania stawki roboczogodziny, kosztów pośrednich, zysku, kosztów pracy sprzętu, kosztów zakupu poszczególnych materiałów powoduje, że Zamawiający nie mógł dokonać rzetelnej oceny sposobu obliczenia ceny i tym samym stwierdzić, że cena ofertowa tego wykonawcy nie jest rażąco niska.

Wykonawca nie potwierdził zgodności zaoferowanej ceny z przepisami prawa dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.
W szczególności, wykonawca nie wykazał zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, mimo że Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał również przedstawienia dowodów na poparcie wskazanych okoliczności. Zgodnie z orzecznictwem Izby, dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy czy dokumenty płacowe (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3338/20). Wykonawca nie złożył żadnego dowodu w tym zakresie i nie podał stawki roboczo/godziny i nie podał
w jakim charakterze będą zatrudnieni pracownicy (umowa o pracę, zlecenia, o dzieło)
i nie wykazał kosztów dotyczących ubezpieczenie emerytalnego, ubezpieczenie rentowego, ubezpieczenie wypadkowe, Fundusz Pracy, FGŚP.

Wykonawca w wyjaśnieniach ogólnie stwierdza, że:

AD.1

*„posiada własne bale iglaste, drewno iglaste, klamry ciesielskie oraz modułowe szalunki
do wykopów w ilości wystarczającej do realizacji przedmiotu zamówienia. Posiadanie w/w materiałów oraz wielokrotnie krótszy czas umocnienia ścian wykopu przy wykorzystaniu szalunków modułowych powoduje znaczne oszczędności kosztowe na wymienionych pozycjach*" nie mniej jednak konkretnie nie podaje co oznacza „*wielokrotnie krótszy czas*"
i co to są „*znaczne oszczędności kosztowe".*

AD.2

następnie wskazuje, że „(…)*ceny materiałów wynikają z korzystnej oferty uzyskanej przez wykonawcę".* Jeżeli wykonawca miał na myśli ofertę przedłożoną wraz z wyjaśnieniami
od firmy „PIKUŁA" sp. z.o.o. z dnia 25.05.2023 r. to tak jak wskazywaliśmy powyżej oferta
ta nie może być brana pod uwagę do oceny rażąco niskiej ceny tego wykonawcy.

Wykonawca wyjaśnia, że zamawia „*znaczne ilości materiałów", co daje mu dobrą pozycję
na rynku i możliwości uzyskania cen dalece korzystniejszych od przeciętnie występujących*" jednak na tę okoliczność nie przedstawia żadnych dowodów ani nie wyjaśnia co to są według niego znaczne ilości i ceny dalece korzystniejsze od przeciętnych.

AD.3

podaje, że „*przyjął niewielki zysk*" jednak nie podaje konkretnej wysokości tego zysku.

AD. 4

wskazuje na posiadanie nowoczesnego parku maszynowego (z wykazu posiadanego sprzętu, urządzeń i narzędzi wynika że park maszynowy pochodzi z czasookresu 2003-2014

czy jest to park nowoczesny ?) oraz powołując się swoje doświadczenie co ma wpływ
na zmniejszenie kosztów osobowych i sprzętowych jednakże na tę okoliczność
nie przedstawia jakichkolwiek dowodów i nie podaje konkretnie o jaką kwotę lub o jaki procent nastąpiło zmniejszenie kosztów pracowniczych i pracy sprzętu.

AD.5

podaje, że pracownicy zatrudnieni do realizacji przedmiotu zamówienia będą zatrudnieni
z wynagrodzeniem równym minimalnemu wynagrodzeniu za pracę nie mniej jednak
na tę okoliczność nie przedstawił dowodów ani nie wykazał jaki konkretnie miało to wpływ
na obniżenie kosztów realizacji zamówienia.

Ad. 6

wskazuje, że jednak nie wszyscy pracownicy będą zatrudnieni na umowę o pracę
ale również na umowę o dzieło, co ma wpływ na obniżenie kosztów realizacji zamówienia tylko nie podaje wielkości obniżenia tych kosztów ani też nie podaje ilu pracowników przewiduje do realizacji zamówienia zatrudnionych na umowę o pracę a ilu na umowę
o dzieło. Nie przedstawia w tym zakresie żadnych dowodów.

Wykonawca całkowicie gołosłownie opisał koszty związane z zakupem materiałów
i to nie wszystkich materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia i nie przedstawił wraz
z wyjaśnieniami szczegółowego kosztorysu ofertowego. Wykonawca Zakład nie uwzględnił w cenie ofertowej kosztów związanych z zatrudnieniem kierownika budowy.

Odwołujący podał, że wyjaśnienia złożone przez Zakład są ogólnikowe i nie merytoryczne,
a ww. wykonawca nie dostarczył żadnego materiału dowodowego, które pozwalałoby Zamawiającemu na dokonanie rzetelnej oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia.

Odnosząc się do przedstawionych przez Zakład „wyjaśnień" podał Odwołujący, że ww. wykonawca ten nie udowodnił, że okoliczności, na które się powołuje mają charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku. W przypadku gdy wykonawca powołuje się na szczególnie sprzyjające warunki, które mają uzasadniać obniżenie ceny, jest zobowiązany wykazać, że są one niedostępne innym wykonawcom oraz wykazać konkretny wpływ tych warunków na obniżenie ceny (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 681/17).

Podsumowanie uzasadnienia

Podsumowując uzasadnienie odwołania Odwołujący podkreślił, że „wyjaśnienia" złożone przez Geoexpert2 A. L. i Zakład są nieprecyzyjne, ogólnikowe, nie odnoszą się
do treści wezwania oraz nie zostały poparte żadnymi dowodami.

Nie ma wątpliwości w ocenie Odwołującego, że na wezwanie Zamawiającego wykonawcy Geoexpert2 A. L. i Zakład odnieśli się w sposób pobieżny, pomijając elementy wpływające na wysokość ceny oraz nie przedstawili jakichkolwiek wiarygodnych dowodów. Tymczasem, powszechnie przyjmuje się, że wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie
art. 224 ust. 1 ustawy, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się
do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną
w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające
mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Wykonawca powinien przedstawić
w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. Akt KIO 170/20). Wyjaśnienia ogólnikowe
i gołosłowne zrównuje się w orzecznictwie Izby z brakiem tych wyjaśnień. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonywujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Złożenie wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nierozpraszających wątpliwości leżących u podstaw wezwania, pociąga za sobą sankcję w postaci odrzucenia oferty. Wykonawca działający z należytą starannością winien odpowiednio zareagować na wezwanie Zamawiającego, mając na względzie skutki, jakie ustawa wiąże z instytucją wyjaśnień. Wykonawca może, bądź za pomocą dowolnych środków dowodowych wzmacniać prezentowaną argumentację, lub też poprzestać
na wyjaśnieniach, co czyni jednak wyłącznie na własne ryzyko. Złożenie wyjaśnień wystarczająco szczegółowych, umotywowanych oraz przekonywających, że cena nie jest rażąco niska, jest obowiązkiem wykonawcy (zob. wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2012 r., sygn. Akt KIO 1166/12).

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawców Geoexpert2 A. L., Zakładnie trudno oprzeć się wrażeniu, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać
je za wystarczające do uznania, że wykonawcy nie zaoferowali rażąco niskiej ceny
w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy
w istocie nie odnieśli się do treści wezwania Zamawiającego, nie wskazali żadnych szczególnie wyjątkowych okoliczności, które miały wpływ na obniżenie ceny, oraz nie podali w jaki sposób i o jakie wartości ich cena mogła zostać obniżona. Wykonawcy nie powołali się na żadne okoliczności, które byłyby wyjątkowe i nie przysługiwały innym wykonawcom, ubiegającym się o zamówienie. Wykonawcy nie udzielili w istocie odpowiedzi na zadane pytania przez Zamawiającego.

Wzywając wykonawców Geoexpert2 A. L., Zakład do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, Zamawiający bardzo dokładnie wskazał, jakiego rodzaju wyjaśnień oczekuje wraz z zaznaczeniem obowiązku wykazania, w jaki sposób okoliczności te będą miały wpływ na zaoferowaną cenę. Wreszcie, co również jest istotne, Zamawiający wprost oczekiwał przedstawienia szczegółowego kosztorysu ofertowego i dowodów
na potwierdzenie okoliczności wpływających na obniżenie ceny, na które wykonawca będzie się powoływał.

Złożone przez wykonawców Geoexpert2 A. L., Zakład gołosłowne wyjaśnienia
ceny oferty, niepoparte dowodami dotyczącymi zasadniczych kosztów realizacji zamówienia, nie zasługiwały na pozytywną ocenę Zamawiającego. Tymczasem, w orzecznictwie uznaje się, iż Zamawiający nie może zastępować wykonawcy w składaniu wyjaśnień czy dowodów (wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 2391/16; KIO 2392/16).

Ustawowe pojęcie „wykazania" jest tożsame z pojęciem „udowodnienia",
a nie „uprawdopodobnienia ". Oznacza to, iż wykonawca składający wyjaśnienia musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu

zamówienia za cenę podaną w ofercie. Jednak wyjaśnienia te i dowody muszą mieć charakter obiektywny, albowiem wprost nakazuje to norma z art. 224 ust. 5 ustawy, która ciężar dowodowy w tym zakresie przerzuca na wykonawcę.

Z opisanym wyżej obowiązkiem wykonawcy w pełni skorelowany jest obowiązek Zamawiającego wnikliwej i obiektywnej oceny składanych wyjaśnień. Przyjmuje się bowiem, iż nie tylko wyjaśnienia, dane i dowody wskazane przez wykonawcę powinny być na tyle konkretne, aby możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności, lecz również, iż wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty i wyjaśnienia zostaną

ocenione zgodnie z wyartykułowanymi przez zamawiającego wymaganiami oraz na podstawie ustawy, w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych (tak wyrok KIO zdnia 25 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1036/19; wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 846/16; wyrok KIO z dnia 15 października 2018 r., sygn. akt KIO 1946/18; wyrok KIO z dnia 31 maja 2017 r., sygn. akt KIO 1001/17).

Skoro wykonawcy Geoexpert2 A. L. , Zakład nie udowodnili szeregu czynników kosztotwórczych składających się na koszty realizacji zamówienia, to Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że ich oferty nie zawierają ceny rażąco niskiej. Wykonawcy nie przedłożyli żadnych dowodów potwierdzających rzetelność zaoferowanej ceny
(w szczególności nie wykazali wyjątkowych okoliczności, które miałyby spowodować obniżenie cen). Wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub ich istotnych części składowych powinny zostać rzetelnie opracowane oraz zawierać konkretne i wyczerpujące informacje.

Wyjaśnienia Geoexpert2 A. L., Zakładzostały przedstawione w sposób lakoniczny. W wyjaśnieniach wykonawców został zawarty zbiór informacji niepowiązanych ze sobą,
nie wnoszących nic do sprawy oświadczeń, nie popartych komentarzami i rzetelnymi dowodami.

Na mocy art. 224 ust. 6 ustawy Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 26 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1362/19). Potwierdzeniem argumentacji Odwołującego jest również stanowisko wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym, profesjonalista ubiegający się i uzyskujący zamówienia publiczne zgodnie z procedurami określonymi
w ustawie Prawo zamówień publicznych, winien mieć świadomość, iż kierowane do niego wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy oznacza konieczność wyjaśnienia
w jak najszerszy sposób co leżało u podstaw wyceny i podanie kalkulacji całej ceny ofertowej. Celem wyjaśnień jest bowiem wykazanie, że cena ta będzie pokrywała
co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia.

Tożsame z brakiem złożenia wyjaśnień są wyjaśnienia lakoniczne czy ogólnikowe (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2021 r., sygn. akt KIO 927/21). Wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, zawarte w pismach Zamawiającego z dnia
5 i 20 czerwca 2023 r. w wystarczający sposób określały zakres wyjaśnień oczekiwanych
od wykonawcy, a w konsekwencji złożenie wyjaśnień ogólnikowych, nieodnoszących się
do wszystkich istotnych elementów kalkulacji ceny nie mogło prowadzić do wykazania braku istnienia ceny rażąco niskiej. Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie zmówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz
w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę. Odwołujący podkreślił,
że właściwa ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawców Geoexpert2 A. L., Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych Gazu oraz Centralnego Ogrzewania R. C. powinna skutkowaćodrzuceniem ofert, bowiem wyjaśnienia te są ogólnikowe, niekompletne oraz nie odpowiadają wymaganiom wskazanym przez Zamawiającego.

Z zarzutami omawianymi wcześniej koresponduje zarzut naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co polegało
na pominięciu braku wiarygodnych wyjaśnień oraz dowodów, jakie nie zostały złożone przez ww. wykonawców. Skoro Zamawiający żądał złożenia dowodów wraz z wyczerpującymi
i szczegółowymi wyjaśnieniami, to nie powinien premiować wykonawców, którzy takich wyjaśnień i dowodów nie dostarczyli. Takie preferencyjne traktowanie Geoexpert2 A. L., Zakład odbyło się bowiem z naruszeniem interesu

pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego.

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

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 lipca 2023 roku
od czynności Zamawiającego z dnia 26 czerwca 2022 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba stwierdziła:

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku
w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji,
o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.
Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.
Zamawiający pismem z dnia 5 czerwca 2023 roku wezwał, w trybie art. 224 ust. 1 ustawy, wykonawcę A. L. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Geoexpert2 A. L. z siedzibą w Nowym Targu do złożenia wyjaśnień.
Ww. wykonawca przedstawił wyjaśnienia w dniu 12 czerwca 2023 rok.
Zamawiający pismem z dnia 20 czerwca 2023 roku wezwał, w trybie art. 224 ust. 1 ustawy, wykonawcę R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych, Gazu oraz Centralnego Ogrzewania z siedzibą w Starym Sączu do złożenia wyjaśnień.
Ww. wykonawca przedstawił wyjaśnienia za pismem z dnia 21 czerwca 2023 rok.
Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 261 280,39 zł brutto.
Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wyniosła 200 726,03 zł brutto.
Cena oferty Odwołującego 255 880,18 zł brutto
Cena oferty wykonawcy *A. L. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Geoexpert2 A. L. z siedzibą w Nowym Targu* – 123 000,00 zł brutto,
niższa o 52,93 % od wartości zamówienia, niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert o 38,72%.
Cena oferty wykonawcy *R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych, Gazu oraz Centralnego Ogrzewania z siedzibą w Starym Sączu* – 125 133,96 zł brutto
Niższa o 52,10 % od wartości zamówienia, niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert o 37,66%.

Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:
- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- art. 17 ust. 2 ustawy - Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie
z przepisami ustawy.
- art. 226 ustawy –
ust. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
(…)
8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 224 ust. 1 ustawy - 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.

- art. 224 ust. 2 ustawy - 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. 5 ustawy - Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy;

- art. 224 ust. 6 ustawy - Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

- art. 239 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

- art. 537 pkt 2 ustawy - Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W zakresie zarzutu 2 i 3 odwołania tj.:

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Geoexpert2 A. L. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień (w szczególności, wobec braku przedstawienia wiarygodnych dowodów, zaniżenia kosztów wykonania zamówienia, pominięcia istotnych kosztów koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia oraz wobec braku odniesienia się do treści wezwania Zamawiającego) potwierdza, że ww. oferta zawiera rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,
- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych Gazu oraz Centralnego Ogrzewania R. C. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień (w szczególności, wobec braku przedstawienia wiarygodnych dowodów, zaniżenia kosztów wykonania zamówienia, pominięcia istotnych kosztów koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia oraz wobec braku odniesienia się do treści wezwania Zamawiającego) potwierdza, że ww. oferta zawiera rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości

Izba zarzuty te (zarzut 2 i 3) uznała za zasadne.

Izba, wyjaśnia i podkreśla na wstępie, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, które to czynności dokonane zostały na podstawie i w oparciu o dokumenty złożone w postępowaniu.

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone przez Zamawiającego jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące Zamawiającego. Oznacza to, że ocenie w zakresie zarzutów odwołania podlegają te czynności Zamawiającego podjęte w określonym stanie faktycznym, który wynika z akt sprawy postępowania o udzielnie zamówienia publicznego stanowiących akta postępowania odwoławczego.

Przechodząc dalej w rozważaniach należy wskazać, że regulacje prawne z art. 90 oraz 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych tj. ustawy obowiązującej do dnia 31 grudnia 2020 zbieżne są z regulacjami art. 224 oraz 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, co oznacza, że cały dorobek orzeczniczy oraz stanowiska doktryny wypracowane w oparciu o wcześniej obowiązujące regulacje pozostaje aktualny w obowiązującym stanie prawny. Pozwala to zatem na szerokie czerpanie wiedzy oraz korzystanie z utartych wykładni, wyjaśnień jak równie przyjętych w doktrynie i orzecznictwie stanowisk, przy czym należy mieć na uwadze, że ustawa Prawo zamówień publicznych z 2004 roku podlegała również istotnym nowelizacją, w tym dotyczących art. 90 tejże ustawy.

Nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku, dokonaną w roku 2016 (Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmiennie ustawy – Prawo zamówień publicznych; Dz. U z 2014r. poz. 1232), wprowadzono do art. 90 ust. 2 o treści *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy*. Przepis ten następnie zmodyfikowany w roku 2016 (Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmiennie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustawa; Dz. U z 2016r. poz. 1020) *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy*, pozostał niezmienny w ustawie z 2019 w art. 224 ust. 5 ustawy - *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

Powyższa argumentacja ma to znaczenie, że odwoływanie się przez Zamawiającego do orzecznictwa z roku 2008, nie może zostać uznane za właściwe, bowiem w istotny sposób uległy zmiennie regulacje prawne dotyczące obowiązków wykonawców składających wyjaśnienia w zakresie kalkulacji oferowanej w postępowaniu o udzielnie zamówienia ceny ofertowej. Obowiązujące obecnie przepisy ustawy tj. art. 226 ust. 5 ustawy oraz obowiązujące od roku 2016 regulacje w ustawie Prawo zamówień publicznych z 2004 roku jednoznacznie określały i określają, że to po stronie wykonawcy składającego wyjaśnienia w zakresie ceny oferowanej w postępowaniu ukształtowany został ustawowy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba podkreśla, że to po stronie Zamawiającego w procedurze udzielenia zamówienia publicznego ustawodawca wprowadził obowiązek dokonania oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty i oceny tego, czy cena zaoferowana w postępowaniu za realizację danego zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Ukształtowana, tak w obecnie obowiązującej ustawie jak i w ustawie z 2004 roku procedura wyjaśnienia ceny oferty polega na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień, które Zamawiający poddaje ocenie. Na ich podstawie ocenia czy zaoferowana przez wykonawcę cena ofertowa nie jest rażąco niska, a po stronie wykonawcy pozostaje obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska (art. 224 ust. 5 ustawy). Podkreślenia wymaga, że w przypadkach, gdy Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie oferowanej ceny, to złożone wyjaśnienia musi poddać ocenie i zweryfikować je w kontekście wykazania przez wykonawcę, że oferowana w postępowaniu cena oferty nie jest rażąco niska.

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 224 ustawy. Wykonawca obowiązany jest podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny taki jak korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacji warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej a zawartej w

złożonej ofercie. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać
na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające,
a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy z 2004 (obecnie art. 224 ustawy), a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska
nie jest. W obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w przepisie art. 224 ust. 5 ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub koszt nie zawiera rażąco niskiej ceny.
To wykonawca musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia,
czyli w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Tym samym jak najbardziej aktualna
i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej
i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień,
a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.
Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania,
że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie Izba poddał ocenie czynność Zamawiającego oceny wyjaśnień wykonawcy*A. L. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Geoexpert2 A. L. z siedzibą w Nowym Targu* oraz oferty wykonawcy *R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych, Gazu oraz Centralnego Ogrzewania z siedzibą w Starym Sączu* i uznała, że Zamawiający nie wykazał prawidłowości kalkulacji cen ofertowych ww. wykonawców w kontekście zarzutów odwołania.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego stanowi sformalizowaną procedurę, która dzięki regulacją ustawowym stanowi gwarancję realizacji zasad prawa zamówień publicznych takich jak równe traktowanie wykonawców
w postępowaniu o udzielnie zamówienia oraz zachowanie konkurencyjności między wykonawcami. Każde odstępstwo od formalizmu postępowania o udzielnie zamówienia publicznego prowadzi do naruszenia procedury o zamówienie publiczne, a w konsekwencji naruszenie zasad prawa zamówień publicznych w stosunku do wykonawców, którzy składają w postępowaniu oferty. Wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w ramach procedury z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy rodzi skutki w zakresie obowiązków wykonawcy (art. 224 ust. 5 ustawy), do którego to wezwanie jest skierowane oraz rodzi obowiązki Zamawiającego, które są efektem skierowanego wezwania.
Wymaga podkreślenia, że wykonawca zobowiązany jest zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy
do wykazania Zmawiającemu, że cena nie jest rażąco niska. Podkreślenia wymaga to, że obowiązek jaki statuuje ustawa nałożony jest na wykonawcę, po drugie wykonawca obowiązany jest do wykazania – co oznacza, że nie będzie wystarczające złożenie zapewnienia przez wykonawcę lecz niezbędne jest wykazanie takiego stanu rzeczy. Więcej zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy wykonawca w celu wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, składa dowody, które mają uwiarygodnić realność zaoferowanej ceny oferty. Powstały obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zakres złożonych wyjaśnień może być kwestionowany w postępowaniu odwoławczym. Zakres złożonych wyjaśnień, ich precyzyjność i szczegółowość, czy też lakoniczność
i ogólnikowość stanowią podstawę kształtowania zarzutu odwołania.
Ustawodawca po stronie wykonawcy ukształtował bezwzględny obowiązek wykazania,
że cena oferty nie jest rażąco niska. Podkreślić należy, że to wykonawca jest dysponentem wiedzy na temat podstaw kształtowania i doboru elementów stanowiących podstawy wyliczenia ceny jego oferty co oznacza jednocześnie, że tylko taki wykonawca
ma jednoznaczną i pełną świadomość tego co w cenie oferty zostało uwzględnione, jakie elementy stanowią szczególnie sprzyjające warunki kalkulacji ceny oferty oraz jaki
ma to wpływ na całość oferty cenowej. Podkreślenia wymaga, że elementy szczególnie korzystne, wpływające na wysokość ceny oferty znane są również samemu wykonawcy,
a ich źródło powinno znaleźć odzwierciedlenie w dowodach składanych Zamawiającemu. Izba wskazuje, że zgodnie z ustawą Zamawiający nie ma podstawy żądania określonego katalogu dowodów, niemniej nie oznacza to braku konieczności przedstawienia dowodów, tym bardziej w zakresie tych elementów ceny, które są szczególnie korzystne dla wykonawcy i pozwalają na skalkulowanie ceny oferty na tak niskim jak w rozpoznawanym przypadku poziomie. Izba podkreśla, że Zamawiający nie ma obowiązków określania katalogu dowodów, wręcz w ocenie Izby nie jest do tego uprawniony aby określać katalog dowodów jakie ma złożyć wykonawca, bowiem zakreślenie danego katalogu dowodów stanowiłoby ograniczenie w możliwości prezentacji stanowiska wykonawcy. Obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że cena nie jest rażąco niska, a na to niewątpliwie ma wpływ wycena poszczególnych jej elementów, a zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy sposób argumentacji
i dowiedzenia ich stanowi domenę wykonawcy. Natomiast dokładność tych informacji oraz ich potwierdzenie (dobór dowodów) podlegające ocenie Zamawiającego.

Istotnym elementem i wymagającym szczególnego podkreślenia w ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego, a które to postępowanie stanowi postępowanie kontradyktoryjne, jest regulacja art. 537 ustawy. Zgodnie z tym przepisem,
w ramach rozpoznawanej sprawy odwoławczej, do której nie zgłosił przystąpienia żaden
z wykonawców ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Zamawiającym. W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego ani wykonawca *A. L. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Geoexpert2 A. L. z siedzibą w Nowym Targu*, ani wykonawca *R. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych, Gazu oraz Centralnego Ogrzewania z siedzibą w Starym Sączu* nie zgłosili przystąpień, co oznacza, że ciężar dowodu, że złożone oferty nie zawierały rażąco niskiej ceny spoczywał na Zamawiającym. To Zamawiający powinien był odpierać argumentację Odwołującego i odnosić się do poszczególnych elementów zawartych w stanowisku Odwołującego, w treści odwołania. Odwołujący, zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy przedstawił okoliczności faktyczne i zawarł argumentację uzasadniającą podnoszone w odwołaniu zarzuty i korelujące z nimi wnioski. Zamawiający nie odniósł się w zasadzie w żaden sposób do przedstawionych argumentów Odwołującego w zakresie każdej z kwestionowanych ofert. Nie przedstawił stanowiska w odniesieniu do dość szczegółowo wskazywanych w odwołaniu, a kwestionowanych przez Odwołującego, elementów złożonych wyjaśnień oferowanej ceny wykonawcy *A. L. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Geoexpert2 A. L. z siedzibą w Nowym Targu* oraz wykonawcy *R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych, Gazu oraz Centralnego Ogrzewania z siedzibą w Starym Sączu.*
Należy mieć na uwadze, że sam Zamawiający skierował do ww. wykonawców wezwania (odpowiednio z dnia 5 czerwca 2023 roku oraz z dnia 20 czerwca 2023 roku), które odnosiły się do konkretnych elementów i jednocześnie w zupełności nie odnosząc się do stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, a skorelowanego z treścią wezwań i złożonych wyjaśnień w zasadzie nie przedstawił stanowiska uzasadniającego, dowodzącego prawidłowości dokonanej oceny złożonych ofert.
Brak jest w zasadzie jakiekolwiek argumentacji faktycznej przedstawionej przez Zamawiającego co do złożonych wyjaśnień ceny oferty wykonawcy *A. L. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Geoexpert2 A. L. z siedzibą w Nowym Targu* oraz wykonawcy *R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych, Gazu oraz Centralnego Ogrzewania z siedzibą w Starym Sączu* Obowiązkiem wynikającym z ustawy i materializującym się w realiach tej sprawy odwoławczej było wykazanie przez Zamawiającego, że ceny ofert ww. wykonawców mają charakter rynkowy, że nie są to oferty z ceną rażąco niską, a w konsekwencji, że argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniu nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w zasadzie podniósł jedynie, że *w ocenie Zamawiającego żeby uznać, że cena jest rażąco niska należałoby wykazać (tzn. Odwołujący ma to wykazać), że określony przedmiot zamówienia nie jest możliwy do zrealizowania przez wykonawcę bez ponoszenia przez niego strat* oraz że *złożono w postępowaniu dwie oferty o zbliżonych cenach i w ocenie Zamawiającego wyjaśniono, że możliwa jest realizacja zamówienia za tą cenę.*
W ocenie Izby, przy uwzględnieniu w zasadzie biernej postawy Zamawiającego, Odwołujący uzasadnił i wykazał, że złożone wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy *A. L. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Geoexpert2 A. L. z siedzibą w Nowym Targu* oraz wykonawcy *R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych, Gazu oraz Centralnego Ogrzewania z siedzibą w Starym Sączu* są niewystarczające, nierzetelne oraz z innych wskazanych w odwołaniu względów wadliwe. Przedstawione w odwołaniu stanowisko i dość szczegółowa argumentacja Odwołującego dowodzą, że wykonawca ten odniósł się i wykazał, że brak jest określonych w odwołaniu informacji w poszczególnych wyjaśnieniach, lub że dane informacje w ogóle nie zostały zawarte w tych wyjaśnieniach. Natomiast Zamawiający praktycznie nie przedstawił żadnego stanowiska, żadnej argumentacji potwierdzającej – choć przecież obowiązany był dowieść tego – że zaoferowane ceny ofert ww. wykonawców nie są rażąco niskie i są skalkulowane prawidłowo. Odwołanie się do powyżej przytoczony bardzo krótkich ogólnych stwierdzeń, w ocenie Izby, nie stanowi nawet ogólnej argumentacji Zamawiającego.
W odniesieniu do wyjaśnień z dnia 12 czerwca 2023 roku wykonawcy *A. L. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Geoexpert2 A. L. z siedzibą*
w Nowym Targu Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do zarzutów dotyczących braku udowodnienia, wskazania przez ww. wykonawcę okoliczności, które pozwalałaby wykonawcy na taką kalkulację ceny oferty, a które to okoliczności miały stanowić
o szczególnie sprzyjających warunkach kalkulacji ceny oferty ww. wykonawcy, tym bardziej, że poza oświadczeniem o zasobach sprzętowych wykonawca ten nie przedstawił żadnych innych dowodów. Słusznie dostrzegł Odwołujący, a Zamawiający w ogóle się do tego nie odniósł, że pominięto w wyjaśnieniach koszty dojazdu pracowników do miejsca realizacji inwestycji. Również brak jest jakiejkolwiek argumentacji Zamawiającego co do kosztów wynikających z zakresu wykonania zamówienia, a na które (w punkach od 1 do 17) w uzasadnieniu zarzutu odwołania wskazywał Odwołujący oraz kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, jak również brak jakichkolwiek dowodów na ta okoliczność. Odwołujący podnosił, że w ramach przedstawionych wyjaśnień brak jest informacji o kosztach związanych z zatrudnieniem kierownika budowy –
w tym zakresie Zamawiający również nie przedstawił żadnego stanowiska.
Co do wskazanego w oświadczeniu ww. wykonawcy sprzętu, słusznie w ocenie Izby Odwołujący stwierdził, że nie przedstawił wykonawca dowodów potwierdzających,
że faktycznie posiada takie sprzęty. Zamawiający nie odniósł się również w żaden sposób
do twierdzeń Odwołującego o braku skalkulowania kosztów amortyzacji, ubezpieczenia, związanych z amortyzacją, serwisem i eksploatacją sprzętu, poza kosztami amortyzacji jednego urządzenia. Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się również do argumentacji odnoszącej się do kosztów paliwa jakie wskazał wykonawca, przy jednoczesnym braku dowodu potwierdzającego, że takie koszty paliwa są realne w jego przypadku. Również
w odniesieniu do kosztów materiałów, przy braku dowodów, Zamawiający nie przedstawił żadnego stanowiska.
Odwołujący podał, że brak jest skalkulowania w kosztach pracy ubijaka – choć stanowiska Zamawiającego i Odwołującego z rozprawy były rozbieżne, co do długości odcinków wykonania przewiertów oraz przekopów – to nie było w efekcie sporne, że w ramach zamówienia niezbędne jest wykonanie przekopu. W konsekwencji tego stwierdzenia niezbędne jest wskazanie, że Zamawiający pierwotnie twierdził i wyjaśniał koszt oferty wykonawcy *A. L. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Geoexpert2 A. L. z siedzibą w Nowym Targu, że tej ofercie ewidentnie użycie przewiertu powoduje, że wykonanie zamówienia występuje w jeden z dwóch dopuszczonych sposobów, tj. przy wykonaniu przewiertu bądź z zastosowaniem ubijaka. Dodaje, że wykonanie przewiertu jest sposobem droższym, przy czym istotne jest to, że posiadanie maszyny*

do przewiertu obniża koszty. Potwierdza ta argumentacja Zamawiającego jednoznacznie,
że przy ocenie wyjaśnień ceny oferty ww. wykonawcy przyjął jedynie koszty przewiertów,
bo jak wyjaśniał realizacja przy pomocy przewiertów była jednym z dwóch sposobów realizacji zamówienia. Jednakże Zamawiający sam sobie zaprzeczył w trakcie rozprawy bowiem wyjaśnił w trakcie rozprawy w odniesieniu do słów Odwołującego odnoszących się do długości przekopów i przewiertów, że *po analizie kosztorysu inwestorskiego wynika, że jest odwrotnie jak twierdzi Odwołujący, bowiem jest do wykonania około 180 m przewiertu i około 80 m przekopu.* Z powyższego jednoznacznie wynika, że w ramach realizacji zamówienia niezbędne jest i wykonanie przewiertu i wykonanie przekopu. W konsekwencji pierwotne stanowisko Zamawiającego o możliwości ujęcia w cenie oferty jedynie kosztów przewiertów, a uzasadniające brak kalkulacji w cenie kosztów ubijaka, upadło w obliczu stanowiska Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się
do argumentacji Odwołującego dotyczącej braku kalkulacji kosztów ubijaka.
Izba podkreśla, że podanie przez Zamawiającego, że *weryfikacji dokonywał inżynier zatrudniony przez gminę* nie spełnia w żaden sposób obowiązku wykazywania przez Zamawiającego, że zarzuty odwołania są niezasadne, a treść wyjaśnień wykonawcy *A. L. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Geoexpert2 A. L. z siedzibą w Nowym Targu* potwierdza, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

W odniesieniu do wyjaśnień z dnia 21 czerwca 2023 roku wykonawcy *R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych, Gazu oraz Centralnego Ogrzewania z siedzibą w Starym Sączu* Zamawiający nie przedstawił żadnego stanowiska. Tym samym, Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do tego jak oceniał ofertę ww. wykonawcy i wyjaśnienia jaki przedstawił na wezwanie Zamawiającego. Jednocześnie w trakcie rozprawy Zamawiający nie odniósł się również do szeroko prezentowanej w uzasadnieniu odwołania argumentacji faktycznej Odwołującego. Izba podkreśla, że postępowanie przed Izbą stanowi postepowanie kontradyktoryjne, sporne pomiędzy stronami postepowania odwoławczego. Jednocześnie obowiązek dowodzenia przez Zamawiającego wynika z art. 537 ustawy, co powoduje,
że w ramach rozpoznawanej sprawy odwoławczej, do której nie zgłosił przystąpienia żaden
z wykonawców ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Zamawiającym.
Zamawiający nie odniósł się do żadnego argumentu prezentowanego przez Odwołującego, nie wyjaśnił, nie dowodził braku zasadności twierdzeń zawartych odwołaniu co do kosztów materiałów, kosztów pracowników, sprzętu i innych argumentów podnoszonych przez Odwołującego, w tym niemożliwości weryfikacji przedstawionego kosztorysu w uwagi na brak podania wszystkich danych.

Izba mając na uwadze powyższe rozważania, stwierdza, że doszło do naruszenia art. 224 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy *A. L. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Geoexpert2 A. L. z siedzibą w Nowym Targu* oraz oferty wykonawcy *R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych, Gazu oraz Centralnego Ogrzewania z siedzibą w Starym Sączu*, w konsekwencji doszło do naruszenia zasady z art. 16 ust. 1 ustawy. Izba jednocześnie nie znajduje podstaw uzasadniających naruszenie zasady proporcjonalności oraz przejrzystości, bowiem Odwołujący nie wykazał i nie uzasadnił na czym naruszenie tych zasad w postępowaniu, w kontekście podnoszonych zarzutów odwołania miałoby polegać.
Izba podkreśla, że nie zastępuje żadnej ze stron postępowania odwoławczego
w argumentacji oraz nie poszukuje za strony postępowania dowodów. W ocenie Izby Odwołujący przedstawił uzasadnione stanowisko w odwołaniu, natomiast Zamawiający nie przedstawił w zasadzie żadnej argumentacji, która miałaby uzasadniać prawidłowość działania Zamawiającego.

W zakresie zarzutu 1 odwołania tj.: naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Geoexpert2 A. L. jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu
z powodu rażąco niskiej ceny – Izba zarzut uznała za niezasadny.
Izba stwierdziła, że w żadnej części odwołania nie było przedstawionej argumentacji odnoszącej się do naruszenia regulacji SWZ odnoszących się do kryteriów oceny ofert, ich zastosowania lub nie czy też stosowania kryteriów niewskazanych w SWZ. Odwołujący
nie przedstawił uzasadnienia faktycznego naruszenia powyższej podstawy prawnej odnoszącego się do nieprawidłowej czynności Zamawiającego w zakresie oceny ofert
w ramach ukształtowanych kryteriów oceny ofert.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt
z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem
jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą oraz odstąpieniem
od określonych przepisami prawa procedur postępowania w tym procedury z art. 244 ustawy, a w szczególności pomijanego art. 224 ust. 5 ustawy.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie
w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ
lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu
lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz
w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawanie sprawie odwołanie okazało się niezasadne w zakresie jednego z trzech podniesionych zarzutów odwołania i koszty zostały rozdzielone stosownie do rozpoznania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. a, b w zw. z § 7 ust. 2 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. z 2020 r. poz. 2437),

stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: ……..