Sygn. akt: KIO 1334/23
Sygn. akt: KIO 1335/23

WYROK
z dnia 29 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska

Członkowie: Andrzej Niwicki

Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2023 r., w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 12 maja 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót DrogowoMostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim** (sprawa o sygn. akt KIO 1334/23)
B.w dniu 12 maja 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót DrogowoMostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim** (sprawa o sygn. akt KIO 1335/23)

postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi z siedzibą w Łodzi**

udziale wykonawcy **Zaberd Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1334/23 i KIO 1335/23 po stronie zamawiającego
udziale wykonawcy **Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1334/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia oba odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
2.kosztami postępowania obciąża odwołującego oraz zamawiającego w częściach 1/2, i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1334/23 i KIO 1335/23;
2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu połowy wysokości wpisów od odwołań w sprawie o sygn. akt KIO 1334/23 i KIO 1335/23.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. 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.

Przewodniczący:……..

Członkowie: ……..

……..

Sygn. akt: KIO 1334/23
Sygn. akt: KIO 1335/23

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi z siedzibą
#x200ew Łodzi (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia
#x200e11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.)
#x200e- zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
#x200ena „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi wraz z wszystkimi elementami na drogach krajowych nr 42, 74j, 91c na odcinkach administrowanych przez Rejon Radomsko” (nr postępowania: O/ŁO.D-3.2421.22.2022) - dalej„postępowanie 1” lub „zamówienie 1” oraz postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi wraz ze wszystkimi elementami na drogach krajowych nr 12, 48, 74 na odcinkach administrowanych przez Rejon Opoczno”
#x200e(nr postępowania: O/ŁO.D-3.2421.21.2022) - dalej„postępowanie 2” lub „zamówienie 2”. Ogłoszenie o zamówieniu 1 zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 października 2022 r. pod nr 2022/S 191-541236, ogłoszenie
o zamówieniu 2 opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w tym samym dniu pod nr 2022/S 191-541238.

W dniu 12 maja 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót DrogowoMostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim** (dalej „PRDM” lub „odwołujący”) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej,zostały wniesione odwołania wobec następujących czynności podjętych przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu 1 i postępowaniu 2:

1.błędnej oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego i przyjęcia, iż odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

co w konsekwencji doprowadziło do:

2.nieuzasadnionego odrzucenia oferty odwołującego i uznania, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę,

oraz

3.dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Zaberd Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Zaberd" lub „przystępujący").

Wykonawca PRDM zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w postępowaniu 1 i postępowaniu 2 i uznanie, iż odwołujący nie udzielił wyjaśnień, które uzasadniają cenę ofertową oraz nie wykazał w sposób dostateczny, jakie czynniki wpłynęły na obniżenie ceny oferty odwołującego,
co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania przez zamawiającego, iż oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę, podczas gdy prawidłowa analiza treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz przedłożonych przez odwołującego dowodów, w świetle treści wezwania zamawiającego, potwierdza prawidłowość kalkulacji ceny oferty odwołującego;

ewentualnie:

2.art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy wyjaśnienia złożone przez odwołującego budziły wątpliwości zamawiającego, które to wątpliwości nie były wynikiem niepełnych czy lakonicznych wyjaśnień złożonych przez odwołującego,
a wyłącznie efektem ogólnego i nieprecyzyjnego wezwania zamawiającego;

a w konsekwencji:

3.art. 16 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania 1 i postępowania 2 w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie obu odwołań
w całości i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w postępowaniu 1 i postępowaniu 2; unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu 1
i postępowaniu 2 oraz, w konsekwencji, dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący, na potwierdzenie swoich zarzutów w obu postępowaniach wskazał
na następującą argumentację.

W pierwszej kolejności wskazał, że w postępowaniu 1 i postępowaniu 2 został wezwany przez zamawiającego pismem z dnia 23 grudnia 2022 r. w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty (dalej „Wezwanie"). W treści Wezwania zamawiający zauważył, że cena oferty odwołującego jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia, co wzbudza wątpliwości w zakresie ceny oferty ogółem, jak i konkretnych grup robót, mających wpływ na wysokość całkowitej ceny oferty odwołującego, a mianowicie - grupy prac 10a - Zimowe utrzymanie dróg oraz grupy prac
nr 10b - Zimowe utrzymanie dróg. W pismach z dnia 13 stycznia 2023 r. odwołujący złożył zamawiającemu w obu postępowaniach wyjaśnienia (dalej „Wyjaśnienia"), w ramach których odniósł się do oczekiwań zamawiającego wymienionych w Wezwaniu i wskazał
na okoliczności, które pozwoliły na obniżenie ceny oferty. Ponadto, na potwierdzenie przywołanych przez siebie okoliczności, przedłożył szereg dowodów, które potwierdzały rynkowość ceny końcowej oraz poszczególnych elementów cenotwórczych.

Wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu 1
i postępowaniu 2, zamawiający pismem z dnia 2 maja 2023 r. poinformował odwołującego
o odrzuceniu jego oferty z uwagi na rażąco niską cenę. W treści uzasadnień odrzucenia wskazał, że odwołujący nie przedłożył wystarczających wyjaśnień ani dowodów przedstawiających czynniki wpływające na cenę jego oferty.

Z tym stanowiskiem zamawiającego odwołujący nie zgadza się, albowiem przedłożone w jego ocenie w obu postepowaniach Wyjaśnienia, wraz z dowodami, w sposób wyczerpujący i klarowny przedstawiały podstawy wyliczenia zaoferowanej ceny oraz, co jego zdaniem szczególnie istotne, treść Wyjaśnień ściśle skorelowana była z wymaganiami zamawiającego określonymi w treści Wezwania. Odwołujący skutecznie obalił domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny, zaś same Wyjaśnienia były konkretne, logiczne i odnosiły się do wyszczególnionych wątpliwości zamawiającego.

W dalszej części odwołujący przypomniał, że weryfikacja oferty pod kątem realności ceny zaoferowanej przez danego wykonawcę i obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny. W związku z ryzykiem nieprawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, które stanowi bezpośrednią konsekwencję skalkulowania ceny oferty na zaniżonym poziomie, ustawodawca przewidział przy tym mechanizmy weryfikacji prawidłowości złożonej oferty pod kątem zaoferowanej ceny, jak również sankcje na wypadek niewykazania jej realności. Mechanizmy te wdrożone zostały przez ustawodawcę poprzez dyspozycje art. 224 ust. 1 - ust. 3 ustawy Pzp. Przepis art. 224 ustawy Pzp ma zatem zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Gwarantuje więc zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji, mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny.

Odwołujący przypomniał także, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO" lub „Izba") przyjmuje się, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji m.in. do cen rynkowych, co

może wskazywać na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia i w efekcie ze stratą, chyba że wykonawca jest
w stanie wykazać szczególne okoliczności, które pozwalają na przyjęcie ceny na danym poziomie, bez zagrożenia dla prawidłowej realizacji zamówienia. Ponadto, w orzecznictwie KIO, jak i sądów powszechnych wypracowano definicję rażąco niskiej ceny. Przyjmuje się, że 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.

Odwołujący argumentował ponadto, że podejmując decyzję o odrzuceniu ofert,
w treści uzasadnienia zamawiający zasadniczo opierał swoje stanowisko na stwierdzeniu, jakoby Wyjaśnienia odwołującego nie były wystarczająco szczegółowe. Znacząca część wywodu opiera się na wyliczeniu szeregu okoliczności, których rzekomo odwołujący nie przedstawił, bądź nie wyjaśnił. Z tego też powodu odwołujący podkreślił znaczenie, jakie dla udzielonych wyjaśnień (i argumentów podnoszonych przez wykonawcę) ma treść wezwania do złożenia wyjaśnień. Odwołujący w żadnym wypadku nie kwestionuje generalnego obowiązku obciążającego wykonawców do złożenia wyjaśnień rozwiewających wątpliwości
w zakresie zaoferowanej ceny ofertowej. Obowiązek ten jest bezwzględny i powstaje już
w momencie skierowania przez zamawiającego do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień. Dla powstania tego obowiązku nie ma znaczenia treść wezwania, co oznacza,
że rodzi się on również wtedy, gdy wezwanie jest lakoniczne i np. sprowadza się jedynie
do przywołania treści art. 224 ustawy Pzp (co, nawiasem mówiąc, jest częstą praktyką zamawiających). Nie sposób jednak pominąć, że treść wezwania istotnie wpływa na zakres informacji (a zatem również dowodów), które przedstawić powinien wykonawca w celu obalenia domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej. Nie sposób bowiem obarczać wykonawców konsekwencją de facto uproszczenia tej procedury przez zamawiającego (poprzez wystosowanie wezwania lakonicznego, ogólnego) podnosząc, że w rzeczywistości wątpliwości zamawiającego dotyczyły innego zakresu, niż ten skondensowany w treści wezwania. Niniejsze stanowisko znajduje szeroką aprobatę w orzecznictwie nie tylko KIO ale i sądów powszechnych (na potwierdzenie odwołujący przywołał fragmenty uzasadnienia Wyroku KIO z dnia 1 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 852/18 oraz Wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10).

Wskazywał ponadto, że istota zaistniałej w postępowaniach sytuacji (prowadzącej
do odrzucenia ofert odwołującego) sprowadza się zasadniczo właśnie do nadużycia przez zamawiającego prawa do oceny złożonych Wyjaśnień. Zamawiający zdaje się bowiem na obecnym etapie (w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty) dokonywać ich oceny przez pryzmat oczekiwań, które nie zostały w żaden sposób wyartykułowane (ani w treści Wezwania, ani w żadnym innym dokumencie). Tymczasem, co ponownie podkreślał, ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę musi odbywać się w kontekście samego wezwania zamawiającego - jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości. Jeżeli zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień, to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie zakreślonym przez zamawiającego.

Następnie odwołujący, dokonując analizy treści Wezwania zamawiającego zwrócił uwagę, iż znaczną jego część stanowią ogólne wywody w zakresie rażąco niskiej ceny. Jedyne szczegółowe (precyzyjne) oczekiwanie zamawiającego wyrażone w treści Wezwania sprowadza się do oczekiwania złożenia wyjaśnień w zakresie grupy prac nr 10a i 10b.
W ramach Wezwania, zamawiający wystosował również żądanie przedstawienia szczegółowych wyjaśnień kosztów pracy oraz kosztów wynikających z obowiązków
w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego (żądanie wyjaśnień w tym zakresie jest obligatoryjne w przypadku zamówień publicznych, których przedmiotem są usługi) czy też elementów wynikających wprost z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Zasadniczo zatem (pomijając element wyjaśnień odnoszący się do Zimowego Utrzymania Dróg) zamawiający skorzystał z prawa do ogólnego i nieprecyzyjnego wezwania. Stanowisko to podsumować można fragmentem końcowej części Wezwania, gdzie zamawiający stwierdza, iż odwołujący winien wskazać „argumenty potwierdzające realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny, wraz ze wskazaniem czy odwołujący przewiduje wykonanie zamówienia bez poniesienia strat finansowych oraz bez konieczności finansowania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.”.

Uwzględniając powyższe, odwołujący stwierdził, że kształt Wyjaśnień złożonych przez niego, mających na celu obalenie domniemania rażąco niskiej ceny stanowiło konsekwencję treści Wezwania zamawiającego. Zamawiający, oczekując informacji
w określonym zakresie, winien skrupulatnie wskazać przedmiot swoich wątpliwości, umożliwiając wykonawcy przedstawienie stosownych argumentów i obronę uprzednio zaoferowanej ceny. Powyższe, jego zdaniem, ma tym większe znaczenie w okolicznościach niniejszej sprawy, albowiem zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, na blisko sześciu stronach dokonuje wyliczenia i wypunktowania, czego odwołujący nie wskazał w ramach złożonych Wyjaśnień, podczas gdy w treści jego Wezwania brak jest chociażby zbliżonego przedstawienia oczekiwań co do szczegółowości składanych wyjaśnień, zaś samo uzasadnienie odrzucenia oferty zdaje się być całkowicie oderwane od treści Wezwania, w którym zamawiający zakres wyjaśnień opiera wyłącznie (poza przywołanym powyżej oczekiwaniem w zakresie ZUD) na przepisie art. 224 ustawy Pzp.

Niezależnie jednak od treści Wezwania, odwołujący podkreślał, że złożone
w postępowaniach Wyjaśnienia bezspornie pozwalają uznać, że obalone zostało domniemanie złożenia oferty zawierającej cenę rażąco niską. Odwołujący udzielił bowiem wyczerpujących informacji w odniesieniu do każdego elementu Wezwania, wskazując na te okoliczności, które pozwoliły mu zaoferować określoną (niższą) cenę. Odwołujący nie dysponował również informacją, jakich dokładnie dowodów oczekiwał zamawiający
na poparcie obalenia domniemania RNC, co implikuje uzasadnione przekonanie,
że był on w pełni uprawniony do przedłożenia dokumentów według własnego uznania (powyższe tym bardziej pozostaje uzasadnione, albowiem w treści Wezwania zamawiający wskazał wyłącznie, iż prosi „o przesłanie wszelkich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne”).

W tym miejscu odwołujący przypomniał, iż odrzucenie oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp pozostaje uzasadnione jedynie wówczas, gdy wykonawca ignoruje treść wezwania lub jego część, zaś sama odpowiedź na wystosowane wezwanie do wyjaśnień zawiera informacje lakoniczne, niepełne czy oderwane od istoty treści

wezwania, co jednak nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie. Odwołujący złożył wyjaśnienia w pełni dowodzące, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia w sposób wyczerpujący, szczegółowy i rzetelny rozwiewają wszelkie wątpliwości, które zrodziły się po stronie zamawiającego, w pełni dostosowując udzielenie odpowiedzi do treści Wezwania.

W dalszej części odwołania, przechodząc do analizy treści Wyjaśnień złożonych przez odwołującego, na wstępie wskazał, iż zamawiający całkowicie pobieżnie podchodzi do informacji przedstawionych przez odwołującego, zaś samo uzasadnienie odrzucenia oferty nie zawiera prawidłowego uzasadnienia. Uzasadnienie skupia się na bezpodstawnym powielaniu tezy, jakoby odwołujący nie przedstawił wystarczających wyjaśnień, ani nie przedstawił żadnych bądź wystarczających dowodów. Tymczasem, odwołujący zastosował się do wszelkich wymagań wynikających z treści Wezwania, jak również wynikających
z praktyki związanej z udzielaniem wyjaśnień w zakresie RNC, gdyż: (1) odniósł się do wszystkich wymagań ujętych przez zamawiającego w treści Wezwania (wskazał na szereg okoliczności umożliwiających zaoferowanie danej ceny, tj. w szczególności zamortyzowany sprzęt, bliskość realizacji innej inwestycji, co wpływa na brak konieczności ponoszenia kosztów dojazdu kadry czy kosztów zaplecza); (2) wskazał jak zbudowana została jego cena ofertowa; (3) przedstawił szczegółową kalkulację cenową odnoszącą się do każdej z pozycji TER; (4) wykazał z czego wynikają uzyskane oszczędności; (5) poparł powyższe dowodami. Ponownie zaznaczył też, że mając na względzie ogólną treść Wezwania, w ramach których zamawiający wymagał od odwołującego przedstawienia wszelkich okoliczności (według doboru odwołującego), które miały wpływ na cenę oferty, odwołujący wskazał, jakie okoliczności miały wpływ na uzyskanie określonej ceny ofertowej: (1) uwzględnienie danych historycznych oraz analizy usług i robót wskazanych w TER 1-13 z realizacji umów utrzymaniowych dla tożsamego Rejonu Radomsko, co pozwoliło odwołującemu ustalić zakres i częstotliwość prac w rejonie objętym przedmiotem zamówienia; (2) uwzględnienie okoliczności realizowanej aktualnie umowy nr 3/04/U/2022 z dnia 28 kwietnia 2022 r. oraz umów na rzecz tożsamego Rejonu Radomsko, tj. Umowy nr 2/11/U/2019 oraz Umowy
nr 3/06/R/2019, co optymalizuje koszty odwołującego w zakresie kosztów transportu
i kosztów zaplecza; (3) dysponowanie rozbudowaną flotą pojazdów spełniającą wymagania zamówienia, która jest już spłacona i zamortyzowana przez odwołującego, a w konsekwencji nie będzie generować kosztów w toku realizacji kontraktu, poza tymi wynikającymi z bieżącej eksploatacji; (4) posiadanie zezwolenia na wykonywanie przewozu rzeczy oraz licencję
na wykonywanie transportu drogowego w zakresie pośrednictwa przy przewozie rzeczy, która nie stanowi normy wśród wykonawców, zaś pozwala odwołującemu na przyjęcie korzystniejszych cen transportu, niż w przypadku korzystania z zewnętrznych firm transportowych. Dodatkowo odwołujący przedstawił zamawiającemu w jaki sposób okoliczności zaistniałe w stosunku do niego przekładają się na cenę ofertową. Chociaż treść Wezwania nie zawierała takiego wymogu, odwołujący załączył do Wyjaśnień szczegółową kalkulację (dowód nr 8), która (wraz z kalkulacją odnoszącą się do ZUD - dowód nr 5 i 6) prezentuje na kilkudziesięciu stronach wszystkie elementy składające się na ostateczną wycenę. Tytułem przykładu, odwołujący wskazał na pierwszą pozycję z TER 1 (Remont cząstkowy nawierzchni z betonu asfaltowego poprzez frezowanie istniejącej nawierzchni

do 4 cm i ułożenie warstwy betonu asfaltowego o grubości 4 cm - łaty do 50 m^2), która
w załączniku nr 8 do Wyjaśnień przedstawiona została w wysokim stopniu szczegółowości, polegającym na dokładnym wskazaniu rodzaju poszczególnych maszyn, pojazdów oraz sprzętu, jaki zostanie użyty przez odwołującego. W analogiczny sposób przedstawione zostały również elementy cenotwórcze pozostałych pozycji kosztorysowych. Taka szczegółowość zestawienia składników cenotwórczych dała zamawiającemu możliwość wyjątkowo precyzyjnej weryfikacji ceny ofertowej odwołującego. Znamienne jest przy tym, że zamawiający, choć otrzymał od odwołującego tak szczegółową kalkulację, nie potrafi wykazać, których elementów zamówienia nie będzie on w stanie zrealizować za cenę ofertową. Niezrozumiałe jest również dla odwołującego twierdzenie (w kontekście przywołanych kalkulacji), iż nie przedstawił on „uzasadnienia dla przyjętych założeń". Trudno jest odwołującemu ustalić o jakie uzasadnienie zamawiającemu chodzi. Wszelkie założenia odnoszące się do realizacji zamówienia, zarówno te związane z planowanym do użycia sprzętem, kosztami osobowymi etc. zaprezentowane zostały w załączonej kalkulacji. Jeśli natomiast któraś z okoliczności powinna zostać, zdaniem zamawiającego, rozwinięta
to zamawiający powinien „dopytać" o nią odwołującego (wszak brak informacji w tym zakresie nie jest pochodną pierwotnego Wezwania).

Następnie, odnosząc się do kolejnego z argumentów, użytych przez odwołującego
w Wyjaśnieniach (sprzęt) wskazał, że dowód nr 3 stanowi precyzyjne zestawienie kosztów kilkudziesięciu rodzajów sprzętu, który odwołujący planuje wykorzystać w toku realizacji zamówienia (koszty wykorzystania tego sprzętu znalazły się również w zestawieniu stanowiącym dowód nr 8). Zamawiający w ogóle do tego dowodu się nie odnosi, tymczasem koszty wykorzystywanego sprzętu stanowią istotny element cenotwórczy w zamówieniach, mających za przedmiot utrzymanie dróg. Jeśli chodzi o przyjęte koszty robocizny, to również ten element cenotwórczy nie został pominięty przez odwołującego. Odwołujący wskazał,
iż na potrzeby niniejszego zamówienia przyjęty został koszt robocizny pracowników fizycznych na poziomie 26,00 zł/ h, co stanowi stawkę powyżej płacy minimalnej, uwzględniającej koszty pracodawcy zatrudnienia pracowników oraz specyfikę wykonywanych prac. Na potwierdzenie powyższej okoliczności odwołujący przedstawił dowody w postaci kserokopii umów o pracę, które uwidoczniły prawidłowość kalkulacji
i założeń, bowiem wskazywały na przyjęcie do kalkulacji kwoty powyżej aktualnie obowiązujących stawek, co w kontekście określonego w dokumentach zamówienia okresu trwania przyszłej umowy z zamawiającym, tym bardziej podkreśla realność i rzetelność wyceny. Tym samym odwołujący w Wyjaśnieniach zawarł element należytej staranności w zakresie złożonej oferty, co jednak nie zyskało uznania w decyzji zamawiającego.

W dalszej części odwołania odwołujący odnosił się do jedynego, w jego ocenie, precyzyjnego żądania ujętego w treści Wezwania, a więc wymogu wyjaśnienia istotnych składowych części zamówienia, za jakie zamawiający uznał elementy wchodzące w zakres grup prac TER 10a i TER 10b. W odniesieniu do grupy prac 10a, jak stwierdził, szczegółowo wyjaśnił (na str. 21 - 22 Wyjaśnień) w jaki sposób skalkulowana została cena ofertowa
z tytułu ZUD. Precyzyjnie przedstawiono zarówno metodologię, jak i składniki cenotwórcze, istotne z punktu widzenia tych pozycji, wskazując m. in. na: (a) założenia odnośnie zużycia materiału; (b) rozłożenie materiału na poszczególne sezony; (c) zakładane rezerwy. Pozostałe elementy określono szczegółowo w udostępnionych przez zamawiającego dokumentach zamówienia, w tym w szczególności w SST D-66.01.00 v.1 ZIMOWE UTRZYMANIE DRÓG KRAJOWY czy samych formularzach TER i wskazanych tam poszczególnych czynnościach ZUD. Bez znaczenia w tym kontekście

pozostaje okoliczność przedłożenia przez odwołującego wraz z wyjaśnieniami ofert dostawców, które złożone zostały odwołującemu w styczniu 2023 r., tj. po terminie składania ofert w postępowaniach. Wskazane bowiem oferty potwierdzały przyjętą przez odwołującego wartość materiału,
co jedynie winno było utwierdzić zamawiającego w przekonaniu, iż oferowana cena pozostaje zgodna z realiami rynkowymi i pozostaje aktualna. Na potwierdzenie prawidłowości wyliczeń w zakresie TER 10a odwołujący przedłożył szczegółową kalkulację (dowód nr 5), gdzie poziom szczegółowości przestawia się analogicznie do dowodu nr 8,
a mianowicie w jego treści odwołujący zawarł dokładne informacje w zakresie wykorzystywanego sprzętu, pojazdów czy liczby godzin pracy. Również zatem w przypadku TER 10a zamawiającemu przedstawione zostały wszelkie niezbędne informacje, odnoszące się do wyceny ofertowej odwołującego.

Mija się także z prawdą zamawiający, jakoby w zakresie TER Grupy nr 10b odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, wyliczeń czy kalkulacji. Zamawiający całkowicie pobieżnie przeanalizował złożone Wyjaśnienia, co dowodzi, że odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło w warunkach naruszenia art. 224 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.
W zakresie grupy prac 10b odwołujący, poza wymienieniem na stronie 22 i 23 Wyjaśnień jakie elementy wchodzą w zakres powyższej grupy prac, załączył dowód nr 6, który przedstawiał poszczególne koszty w podziale na sezon oraz na kontrakt. Poszczególne pozycje zestawienia kosztów wyliczone zostały w oparciu o przyjętą stawkę robocizny oraz postanowienia dokumentacji przetargowej, z której wynikają poszczególne ilość kadr, sprzętów czy godzin pracy. Przecież zamawiający, podając w dokumentach zamówienia wymagane ilości precyzyjnie mógł wskazać, który z elementów został w wyjaśnieniach wykonawcy błędnie skalkulowany, zaś takiego elementu w uzasadnieniu zamawiającego brak. O tym, że stanowisko zamawiającego jest błędne (w zakresie braku przedstawienia wyjaśnień przez odwołującego do TER Grupy 10b) świadczy również okoliczność,
iż odwołujący wskazał, iż w kontekście prac z grupy 10b przewidział określony procent rezerwy, procent udziału kosztów pośrednich oraz marżę, w precyzyjnie wskazanej wysokości, odpowiedniej wartości procentowej. Gdyby zamawiający dokonał wnikliwej analizy, wówczas dostrzegłby, że odwołujący szczegółowo rozpisał metodologię ustalenia kosztów gotowości ZUD, opisując precyzyjnie wartości, które zostały przyjęte na potrzeby wyceny oferty, jak i żądanych wyjaśnień. Z uwagi, iż odwołujący znaczący zakres prac planuje wykonać własnymi siłami, a tym samym nie istniała po jego stronie na etapie ofertowania potrzeba zwracania się do szeregu podwykonawców z wnioskami o ofertę, przedstawił Wyjaśnienia zbudowane w oparciu o własne doświadczenie i znajomość zakresu zadania, jak i samego terenu i przedłożył zamawiającemu kalkulacje własne. Odwołujący nie zgadza się zatem z zarzutami opartymi na tym, że przedstawione w tym zakresie informacje bazują na własnych kalkulacjach wykonawcy. Istota tego zarzutu zdaje się zresztą prowadzić do absurdu - wykonawca, który zamierza dany zakres prac zrealizować samodzielnie, musiałby posługiwać się na etapie wyjaśnień cenowych ofertami podwykonawców tylko po to, by zaspokoić oczekiwanie zamawiającego, niezależnie od tego, że ze wsparcia podwykonawców wcale nie zamierza korzystać.

Również niezrozumiałe są dla odwołującego zarzuty, bazujące na rzekomych brakach w zakresie wyliczeń dotyczących grypy prac nr 10a i 10b. W treści Wezwania zamawiający nie narzucił na odwołującego poziomu szczegółowości informacji w tym zakresie. Jeśli więc zamawiający oczekuje złożenia np. szczegółowej informacji na temat liczby dyżurnych ZUD, to o taką informację powinien odwołującego poprosić. Dopiero jeśli
w odpowiedzi na tak precyzyjne wezwanie, odwołujący danych tych nie przedstawi, możliwe jest wyciąganie w stosunku do niego negatywnych konsekwencji. Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w analizowanym przypadku.

Do analogicznych wniosków należy dojść również w zakresie kolejnych pozycji TER, których wyjaśnienia ceny przedstawione zostały przez odwołującego opisowo i tabelarycznie (w formie zbiorczych kalkulacji). W zakresie grupy prac nr 11 odwołujący wyjaśnił, iż w cenie jednostkowej za jeden miesiąc zarządzania kontraktem uwzględnia wymagane dokumentacją postanowienia dotyczące wynagrodzeń personelu, kosztów utrzymania samochodu brygady oaz pozostałych kosztów zgodnych z wymaganiami dokumentacji. Odwołujący w zakresie tej pozycji wskazał, iż w wycenie uwzględniono marżę w precyzyjnie wskazanej wysokości procentowej. Zamawiający całkowicie pomija okoliczność,
że czynności w ramach Grupy Prac nr 11 TER zawierają w sobie wiele zmiennych, w tym niezależnych od wykonawcy, w związku z czym właśnie wieloletnie doświadczenie wykonawcy w utrzymaniu niemal tożsamej sieci dróg powoduje, że jako rzetelny wykonawca kalkulował ten element w sposób precyzyjny i z uwzględnieniem statystyk występowania zdarzeń w minionych latach, przy uwzględnieniu wymagań stawianych dokumentami zamówienia.

Dalej odwołujący zauważył, że w odniesieniu do tych pozycji, przy których korzystać będzie z podwykonawców lub dostawców, dostarczył zamawiającemu odpowiednie oferty podwykonawców, które stanowiły załączniki do wyjaśnień o nr 10-15. Obejmują one tak istotne elementy jak: oznakowanie, utrzymanie systemu odwodnienia, mycie/ czyszczenie czy elementy brd. Oferty te są złożone przed podwykonawców odwołującemu i dedykowane są konkretnie przedmiotowej inwestycji. Co więcej, w większości są to oferty podwykonawców, z którymi odwołujący współpracuje cyklicznie i od kilku lat w ramach utrzymania tożsamego Rejonu Radomsko, bądź w ramach innych Rejonów u tożsamego zamawiającego, w związku z czym faktem notoryjnym dla zamawiającego jest, że są to podwykonawcy, którzy dotychczas również dawali rękojmię prawidłowego wykonania poszczególnych asortymentów prac. Również zatem w przypadku zakresów prac, które odwołujący planuje podzlecić podwykonawcom, zamawiający dysponował szczegółowymi informacjami na temat wyceny ofertowej. Pomimo tego także w tym zakresie brakuje jakiegokolwiek stanowiska zamawiającego odnośnie tych dowodów. Bezpodstawne są
w powyższym więc zakresie zarzuty zamawiającego, który wymienia elementy, których odwołujący nie przedstawił szczegółowo w swoich Wyjaśnieniach. Po pierwsze, taki zakres, a w szczególności taka szczegółowość żądania zamawiającego nie wynikała z Wezwania, po drugie, elementy wymienione przez zamawiającego (np. liczba dyżurnych, ilość sprzętu, liczba przyjętych nośników, liczba wyjazdów, ilość kierowców, liczba godzin pracy)
to informacje wynikające wprost z dokumentacji przetargowej prowadzonych postępowań, które stanowią podstawę wyceny każdej pozycji, przy czym trudno jednak w okolicznościach tej sprawy przyjąć, by odwołujący nie sprostał przedstawieniu wnikliwej analizy swojej wyceny.

Nieuzasadnione jest również twierdzenie zamawiającego, odnoszące się do daty wystawienia oferty podwykonawcy w zakresie siatki przeciwśnieżnej. Zamawiający stoi na stanowisku, iż nie należy jej brać pod uwagę, wszak została ona wystawiona już po złożeniu ofert. Odwołujący nie zgadza się z takim poglądem, oferta ta potwierdza bowiem, że wycena w analizowanym zakresie ma charakter rynkowy. Odwołujący stwierdził, że zamawiający zdaje się sprowadzać procedurę badania ceny ofertowej do absurdu, gdyż nie widzi problemu w tym, że oferty pozyskiwane od kontrahentów w obecnej (niestabilnej) sytuacji rynkowej cechują krótkie (maksymalnie miesięczne) okresy ważności. Oznacza to, że

w momencie dokonywania badania oferty, wyboru i oczywiście również realizacji kontraktu oferty podwykonawców nie wiążą. Można by sobie w związku z tym postawić pytanie
o zasadność w ogóle przeprowadzania badania ceny ofertowej. Tymczasem sens tego badania sprowadza się do ustalenia, że cena, którą zaoferował wykonawca została zbudowana w sposób rynkowy i przemyślany. Tak jak tego typu cech nie pozbawia fakt wygaśnięcia oferty podwykonawczej, tak też bez znaczenia jest to, że oferta podwykonawcy (która potwierdza rynkowy charakter ceny ofertowej) została uzyskana już po złożeniu oferty (o ile oczywiście potwierdza rynkowy charakter wyceny).

Zdaniem odwołującego, wszystkie koszty zostały przedstawione i wykazane w taki sposób, iż nie można mieć wątpliwości co do ich znaczenia, mają swoje odniesienie
w konkretnych pozycjach i są potwierdzone dowodami. Nie można więc się zgodzić
z zamawiającym, iż odwołujący dokonał ogólnego i gołosłownego przedstawienia czynników, które skutkowały zaoferowaniem danej ceny w ofercie odwołującego. W ocenie odwołującego, w Wyjaśnieniach z łatwością można uchwycić wartość kosztową wszystkich pozycji z kalkulacji cenowej i w oparciu o przedłożone zamawiającemu dowody oraz same bezpośrednio Wyjaśnienia ustalić, co wpływa na cenę oferty. Nie sposób przy tym pominąć okoliczności, że elementy przedstawione w dowodzie nr 5 są determinowane obligatoryjnymi elementami poszczególnych SST, zaś m.in. w zakresie Prac Grupy 11 czy Grupy Prac nr 10a-10c zależne są również, poza wymaganiami wynikającymi z dokumentów zamówienia, od wielu zmiennych, co ma odzwierciedlenie już choćby w treści samego formularza TER dla Grupy Prac nr 10b- Zimowe utrzymanie dróg, gdzie zamawiający sam wprowadził kolumnę
o nazwie: „Średnie ilości dni występowania na 1 sezon zimowy", która odzwierciedla bazowanie na pewnych zmiennych, które przy kalkulowaniu oferty mogą być „uśredniane" przez poszczególnych wykonawców w sposób odmienny, a mimo to prawidłowy.

Pomimo, że odwołujący przedstawił w składanych przez siebie Wyjaśnieniach rozbudowaną argumentację odnośnie kwestii, o które pytał go zamawiający w Wezwaniu,
w piśmie o odrzuceniu oferty zamawiający stwierdza, że brak jest dowodów na potwierdzenie wyjaśnianych przez odwołującego okoliczności. Pomijając całkowitą sprzeczność takiego stanowiska ze stanem faktycznym, nie sposób nie dostrzec, iż odwołujący przedłożył zamawiającemu szereg dowodów, w tym szczegółowe kalkulacje wszystkich pozycji TER
(w ramach dowodu nr 8 do Wyjaśnień), gdzie szczegółowo przedstawił założenia cen dla konkretnych elementów, a w sytuacji powierzenia konkretnego asortymentu prac podwykonawcy, również oznaczył to w treści dowodu. W ocenie odwołującego, trudno odmówić takim kalkulacjom wiarygodności, czy gołosłownie przyjmować, iż nie mogą one potwierdzać rynkowości danej wyceny. Zamawiający, w swoim powtarzającym się wywodzie całkowicie pomija, iż znaczącą część przedmiotu zamówienia odwołujący realizować będzie własnymi siłami, co w sposób całkowicie naturalny wyklucza konieczność przedkładania ofert podwykonawców czy szeregu poddostawców, albowiem to ceny ukształtowane przez odwołującego, jako podmiotu aktywnie działającego na rynku usług utrzymania dróg, są jedną z podstaw do stwierdzenia rynkowości danej ceny. Co wymaga w tym kontekście podkreślenia - pojęcie dowodu na gruncie ustawy Pzp nie zawsze musi sprowadzać się do pojęcia dokumentu zewnętrznego. Takie wnioski płyną chociażby ze stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych zaprezentowanego w opinii pt.: „Wybrane aspekty dotyczące badania rażąco niskiej ceny w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujących od dnia 19 października 2014 r." w którym zauważono, że: „Jeżeli natomiast okoliczności, jakie przywołuje wykonawca w wyjaśnieniach dotyczą wyłącznie założeń przyjętych do kalkulacji ceny, wówczas trudno jest oczekiwać od wykonawcy, aby posiadał
i przedłożył dowody mające inny walor niż oświadczenie własne wykonawcy". Nie sposób się z tym stanowiskiem nie zgodzić. Pomimo daty pisma UZP, zachowuje ono swoją aktualność na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego. Zbliżony pogląd w kontekście przedstawiania własnych kalkulacji, jako wystarczający dowód przy badaniu rażąco niskiej ceny, wyraziła również Izba w wyroku z dnia 21 maja 2018 r., sygn. akt KIO 875/18. Powyższa argumentacja odnosi się również do dowodu nr 10 („wewnętrzna oferta"). Odwołujący jest jednym z największych w Polsce wykonawcą robót w zakresie oznakowania poziomego, zadania w tym zakresie realizuje samodzielnie, bez posiłkowania się podwykonawcami czy dostawcami. Trudno się zatem dziwić, że korzysta z własnych zasobów. Twierdzenie zatem, że z tego powodu oferta ta nie podlega badaniu jest całkowicie nieuzasadnione.

Niezależnie od powyższego, odwołujący podkreślił, iż stanowisko jak i zakres podjętych czynności zamawiającego na tle całego postępowania, pozostają sprzeczne
i nielogiczne. Zamawiający po pierwszej analizie Wyjaśnień zobowiązany był ocenić, czy zakres przedłożonych mu informacji podlega utajnieniu. Odwołujący, przedkładając zamawiającemu Wyjaśnienia, jak i szereg dowodów potwierdzających rynkowość zaoferowanej ceny, zastrzegł bowiem całość Wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Pismem z 27 lutego 2023 r. zamawiający poinformował odwołującego o odtajnieniu części informacji wchodzących w zakres złożonych Wyjaśnień. Uzasadniając swoją decyzję o odtajnieniu niektórych fragmentów Wyjaśnień, pochylił się również nad uzasadnieniem utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa znaczącej części załączników do Wyjaśnień, w tym załączników nr 5, 6, 7, 8 i 10. W przekazanym odwołującemu piśmie zamawiający zdecydował się precyzyjnie wyjaśnić, z jakich konkretnych powodów nie odtajnił powyższych dowodów, wskazując na okoliczność przedstawiania w nich szczegółowych i wartościowych informacji, które z jego perspektywy wpływały na cenę usług zaoferowanych przez odwołującego. Dziwi zatem całkowicie odmienne stanowisko zamawiającego, które wyrażone zostało
w uzasadnieniu odrzucenia oferty, gdzie zamawiający stwierdza jednak, iż odwołujący nie przedstawił odpowiednich wyjaśnień i dowodów, podczas gdy przy innej czynności,
w ramach której oceniał Wyjaśnienia, jednoznacznie uznał, iż dowody, w tym kalkulacje zawierają szczegółowe dane dotyczące poszczególnych składników zaoferowanej ceny
i pozwalają na dokładne zorientowanie się we wszystkich czynnikach wpływających na cenę oferty. Co dalej istotne, w tym samym piśmie samodzielnie zamawiający przywołuje wyroki min. Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. XIX Ga 167/07 czy wyrok KIO z dnia 29 listopada 2021 r., sygn. KIO 3361/21, w treści których organy wprost potwierdzają wystarczający charakter kalkulacji cenowych czy opisowej metodologii kalkulacji ceny, jako dowodu do obalenia domniemania RNC. Skrajność, ale przede wszystkim rażąca niekonsekwencja stanowiska zamawiającego w zakresie czynności podejmowanych względem odwołującego w prowadzonych postępowaniach, daje więc wyraźne podstawy, by twierdzić, iż czynność odrzucenia oferty odwołującego obarczona jest wadą, która winna zostać wyeliminowana poprzez unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty.

Odwołujący, pozostając konsekwentnie na stanowisku, iż sprostał zarówno oczekiwaniom nałożonym na niego przez zamawiającego w treści Wezwania, jak
i wynikającym z przyjętych i stosowanych zasad wyjaśniania rażąco niskiej ceny, mając świadomość, że niniejsze odwołanie dotyczy jego oferty i tylko zarzuty w tym zakresie podlegać będą badaniu przez Izbę, wskazał jednak, że nieprzypadkowo wśród zarzutów tych postawiony został również zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp. Otóż zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny również zwycięskiego wykonawcę. Analiza złożonych przez Zaberd wyjaśnień pozwala na jednoznaczne stwierdzenie,
że wykonawca ten zarówno w postępowaniu 1, jak też postępowaniu 2 złożył wyjaśnienia,
w których dopatrzeć się można szeregu nieścisłości i sprzeczności. Tym samym zamawiający, akceptując wyjaśnienia spółki Zaberd, a odrzucając te odwołującego, dopuścił się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący przypomniał, że wspomniana zasada przejawia się w jednakowej ocenie
i jednakowym traktowaniu wykonawców, a więc według jednakowych, takich samych warunków. Z kolei działania zamawiającego nacechowane są daleko idącą dysproporcją, gdyż pomimo licznych uchybień, zamawiający w pełni zaakceptował zakres wyjaśnień przystępującego i zdecydował się na wybór oferty właśnie tego wykonawcy. Z tych względów, stwierdzić należy, iż naruszył również art. 16 ust. 1 ustawy Pzp.

Dalej odwołujący stwierdził, że jeśli pomimo złożenia przez odwołującego wyjaśnień, po stronie zamawiającego dalej istniały wątpliwości, które nie zostały uprzednio wyeksponowane w treści Wezwania, winien był wezwać odwołującego do dalszych wyjaśnień, wskazując wprost, jakie konkretnie elementy winny zostać przez niego przedstawione. Odwołujący wskazał, że ma świadomość, iż co do zasady wezwanie
do wyjaśnień rażąco niskiej ceny ma charakter jednokrotny. Niemniej jednak przepisy ustawy Pzp nie regulują wprost kwestii dopuszczalności ponownego wezwania wykonawcy
do złożenia takich wyjaśnień, co pozwala przyjąć, że skierowanie do wykonawcy ponownego wezwania jest (w uzasadnionych przypadkach) w pełni akceptowalne. Z oczywistych względów limit ten przyjmuje pewne ograniczenia, w szczególności, gdy wyjaśnienia wykonawcy cechuje ogólnikowość, lakoniczność i w żaden sposób nie tłumaczą one, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty. W orzecznictwie KIO dopuszcza się ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia (tak np. Izba w Wyroku z dnia 20 lutego 2019 r., sygn. akt 190/19 oraz Wyroku KIO z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt 806/21). Taka sytuacja ma niewątpliwie miejsce w niniejszych postępowaniach. W związku z powyższym zamawiający, mając dalsze wątpliwości w zakresie ceny oferty, winien był wystosować odpowiednie, precyzyjniejsze wezwanie, które pozwoliłoby odwołującemu na udzielenie wyjaśnień w zakresie nurtujących zamawiającego kwestii, związanych z zaoferowaną ceną oferty.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp,
o wniesieniu odwołań, wzywając do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy: **Zaberd Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w sprawie o sygn. akt: KIO 1334/23 i KIO 1335/23 oraz**Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1334/23.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedzi na odwołania, wnosząc o ich oddalenie w całości jako bezzasadnych.

Wykonawca Zaberd złożył do akt sprawy pismo procesowe z 24 maja 2023 r.,
w którym zaprezentował swoje stanowisko w obu sprawach, jako przystępujący
do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu
się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się
z treścią wniesionych odwołań, odpowiedzią zamawiającego na nie, stanowiskiem procesowym przystępującego Zaberd, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i wykonawcy Zaberd, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy
Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji
do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się
w następujący sposób.

Wykonawca PRDMzłożył swoje oferty w postępowaniu 1 i postępowaniu 2 i ubiega się o udzielenie zamówień. Zamawiający dokonał czynności polegającej na odrzuceniu złożonych przez niego ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wskazując, 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. Gdyby zarzuty te zostały uwzględnione, oferty złożone przez odwołującego mogłyby zostać uznane za najkorzystniejsze w postępowaniach (gdyby nie zostały odrzucone, sklasyfikowane byłyby na pierwszym miejscu w rankingu złożonych ofert). Tym samym odwołujący mógłby zamówienia zrealizować i osiągnąć z tego tytułu zysk.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania
o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez odwołującego, przedłożonych na rozprawie, innych niż stanowiące element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, na okoliczności przez niego wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia 1, zgodnie z Rozdziałem VI specyfikacji warunków zamówienia 1 jest „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi wraz
z wszystkimi elementami na drogach krajowych nr 42, 74j, 91c na odcinkach administrowanych przez Rejon Radomsko", znak sprawy zamawiającego: O/ŁO.D-3.2421.22.2022). Z kolei zgodnie z treściąRozdziału VI specyfikacji warunków zamówienia 2 postępowanie 2 dotyczy zamówienia pn. „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział
w Łodzi wraz ze wszystkimi elementami na drogach krajowych nr 12, 48, 74 na odcinkach administrowanych przez Rejon Opoczno" - znak sprawy zamawiającego: O/ŁO.D-3.2421.21.2022).

Skład orzekający ustalił, że w terminie wyznaczonym jako termin składania ofert
w postępowaniu 1 oferty złożyło czterech wykonawców, oferując za wykonanie zamówienia następujące ceny (z uwzględnieniem prawa opcji i po poprawieniu omyłek): (1) PRDM
- 88 722 956,09 zł.; (2) Zaberd - 103 424 530,15 zł.; (3) Saferoad - 111 145 412,08 zł.;
(4) Konsorcjum BUDIA - 162 885 521,57 zł. Z kolei zamawiający oszacował wartość zamówienia 1 na kwotę 131 158 480,20 zł. W postępowaniu 2 swoje oferty złożyło pięciu wykonawców, oferując za wykonanie zamówienia następujące ceny (z uwzględnieniem prawa opcji i po poprawieniu omyłek): (1) PRDM - 65 080 860,57 zł.; (2) Zaberd - 73 725 501,57 zł.; (3) Saferoad - 82 327 220,29 zł.; (4) Konsorcjum BUDIA - 131 122 961,21 zł.;
(5) PRID - 85 420 869,03 zł. Zamawiający oszacował wartość zamówienia 2 na kwotę 98 108 411,85 zł.

Pismem z 23 grudnia 2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę PRDM, w obu prowadzonych postępowaniach, powołując się na przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp,
do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym elementów mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy złożone przez niego oferty zawierają rażąco niską cenę
w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny w oparciu o przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem całkowita cena oferty odwołującego w postępowaniu 1 była niższa o co najmniej 32,35 %,
w postępowaniu 2 o co najmniej 33,66 % od wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. W treści wezwania zamawiający stwierdził ponadto, że w wyniku badania ofert złożonych przez PRDM wątpliwości zamawiającego wzbudziła zarówno cena oferty ogółem, jak i wymienione poniżej grupy robót mające wpływ na wysokość całkowitej ceny oferty, które odbiegają od wartości szacunkowej zamówienia dla tych grup. Dlatego też zamawiający wezwał odwołującego
do złożenia szczegółowych wyjaśnień elementów, jakie wziął pod uwagę przy kalkulacji cen podanych w Formularzu cenowym (Tabel Elementów Rozliczeniowych - TER) dla zamówienia 1 i zamówienia 2, a także wyliczeń lub kalkulacji cenowych przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej, co umożliwi zbadanie oraz weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny. W wyjaśnieniach wykonawca miał wskazać elementy kalkulacji całości ceny oferty, a dodatkowo także, odnoszące się do poszczególnych, niżej wymienionych istotnych składowych części zamówienia, które wydawały się zamawiającemu rażąco niskie: (1) TER GRUPA PRAC NR 10a - Zimowe utrzymanie dróg, 1.1 – 1.4 kol. g Ustawienie, utrzymanie i rozebranie płotków przeciwśnieżnych (Materiał wykonawcy), 1.1 – 1.4 kol. j Załadunek i wywóz śniegu; (2) TER GRUPA PRAC NR 10b - Zimowe utrzymanie dróg, 1.1 – 1.5 kol. g Gotowość do ZUD, 1.1 – 1.5 kol. h Zapobieganie śliskości, 1.1 – 1.5 kol. i Usuwanie śliskości, 1.1 – 1.5 kol. j Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości. Nadto, zamawiający w treści wezwania sprecyzował, że zgodnie z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp żąda także szczegółowych wyjaśnień w zakresie: 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, tj. z dnia 13 listopada 2020 r. (Dz. U. z 2020 r., poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; kosztów wynikających z obowiązków w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy
i zabezpieczenia społecznego, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Zamawiający także wskazał w treści pisma, że prosi o szczegółowe wyjaśnienie (w odniesieniu do wszystkich pozycji TER, ze szczególnym uwzględnieniem wskazanych pozycji kosztorysowych) jakie obiektywne czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz
w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona. Jednocześnie wykonawca powinien wykazać jakie indywidualne możliwości i okoliczności, dostępne i właściwe tylko dla wykonawcy przy realizacji tego zamówienia, umożliwiły obniżenie ceny oferty.
Na zakończenie poprosił, aby odpowiadając na wezwanie wykonawca przedstawił wszelkie informacje oraz dowody, które uzna za istotne, na temat obliczenia przez niego ceny zamówienia.

Jak wynika z akt sprawy, PRDM złożył w postępowaniu 1 wyjaśnienia w piśmie
z 13 stycznia 2023 r., do których załączył między innymi następujące dokumenty: (1) kopię aktualnego na dzień składania ofert wewnętrznego cennika pracy sprzętu (dowód nr 3b);
(2) kalkulację cenową z rozbiciem poszczególnych elementów cenotwórczych dla wskazanych w wezwaniu zamawiającego pozycji w ramach Grupy Prac Nr 10a i Grupy Prac Nr 10c (dowód nr 5); (3) zbiorcze zestawienie kosztów Akcji Zima dla Grupy Prac Nr 10b - Zimowe utrzymanie dróg (dowód nr 6); (4) zbiorcze zestawienie kosztów Zarządzania Kontraktem (dowód nr 7); (5) kalkulację cenową z rozbiciem poszczególnych elementów cenotwórczych dla pozycji w ramach Grupy Prac 1-9 oraz Grupy Prac 13 (dowód nr 8);
(6) zezwolenie nr 8/2019/TR na wykonywanie przewozu rzeczy oraz licencję nr 2/2015
na wykonywanie transportu drogowego w zakresie pośrednictwa przy przewozie rzeczy (dowód nr 9); (7) ofertę wewnętrzną dot. oznakowania poziomego (oferta wewnętrzna wystawiona przez PRDM); (8) ofertę dot. dostaw siatki przeciwśnieżnej (dowód 11a i 11b
ze stycznia 2023); (9) ofertę dot. czyszczenia separatorów i urządzeń odwadniających (dowód nr 12); (10) ofertę dot. realizacji Grupy 12 Czystość na obiektach inżynierskich
i Grupy 8 estetyka (dowód 13); (11) ofertę dot. realizacji Grupy 7 Urządzenia BRD (dowód 14); (12) ofertę dot. dostawy i montażu siatki wzmacniającej i ułożenia siatce membrany Slurry Seal oraz wykonanie warstwy ścieralnej ze Slurry Seal (dowód nr 15). Analogiczne wyjaśnienia i dowody PRDM przedłożył w postępowaniu 2.

Jak ustalił skład orzekający część złożonych wyjaśnień, jak też załączonych do nich dokumentów, została zastrzeżona przez PRDM jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający dokonał badania i oceny skuteczności

dokonanego zastrzeżenia, co wynika
z treści pism z 22 lutego 2023 r., w których to zamawiający informuje odwołującego, że
w wyniku przeprowadzonej analizy postanowił odtajnić część informacji zawartych
w przekazanych dokumentach. Co istotne dla oceny zarzutów podnoszonych w treści wniesionych odwołań, zamawiający argumentował, że część informacji i załączonych dowodów nie powinna zostać odtajniona, co odnosiło się w szczególności do treści dowodów o nr od 1b do nr 15. Zamawiający, odnosząc się do dowodów nr 5, nr 6, nr 7, nr 8 i nr 10, wskazał, że zawierają one informacje na temat podstaw oraz sposobu kalkulacji ceny oferty wykonawcy. Oceniając zasadność zastrzeżenia, podzielił stanowisko PRDM i wyraził opinię, że przytoczona przez niego w uzasadnieniu zastrzeżenia argumentacja stanowi właściwą bazę, aby przyjąć, iż przedmiotowe informacje posiadają dla wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Przyznał, że wskazane załączniki, istotnie zawierają szczegółowe informacje, pozwalające na dokładne zorientowanie się we wszystkich czynnikach wpływających na cenę oferty, przedstawioną przez wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu. Przykładowo w kalkulacji cenowej z rozbiciem poszczególnych elementów cenotwórczych dla wskazanych w wezwaniu zamawiającego pozycji w ramach Grupy Prac Nr 10a i Grupy Prac Nr 10c (dowód nr 5), wykonawca wskazał zarówno koszty pracy poszczególnych sprzętów, jak
i koszty robocizny, zawierające m.in. wysokość wynagrodzenia za godzinę pracy dla poszczególnych typów pracowników. Ujawnienie tego typu informacji mogłoby skutkować pogorszeniem pozycji konkurencyjnej wykonawcy, gdyż jego konkurenci, podmioty profesjonalne w branży robót drogowych, na podstawie ujawnionych danych mogliby poznać poszczególne czynniki wpływające na cenę usług świadczonych przez wykonawcę, jego strategię cenową oraz wysokość wynagrodzenia poszczególnych rodzajów pracowników. Zamawiający przytoczył też pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku
z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07, w myśl którego „zarówno metoda kalkulacji ceny jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia czy, cena oferty nie jest rażąco niska stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami również tymi uczestniczącymi w przetargu". Z kolei w zakresie dowodów nr 11a
i nr 11b zamawiający wskazał, że te zawierają oferty dostawców materiałów, zaś dowody
od nr 12 do nr 15 stanowią skany ofert podwykonawców. Ujawnienie ofert podwykonawców, z pewnością naraziłoby na szwank pozycję konkurencyjną PRDM oraz pozwoliłoby innym podmiotom w branży na szczegółowe zapoznanie się z treścią ofert przedmiotowego podwykonawcy. Tym samym, w ocenie zamawiającego, informacje te również posiadają wartość gospodarczą. Dalej zamawiający wskazał, że wykonawca do wyjaśnień RNC załączył także dowody w postaci umów o pracę (dowód nr 3a) oraz kopii Polityki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa (załącznik nr 2), a także faktury stanowiące dowód
na poczynienie dodatkowych nakładów na infrastrukturę IT (dowód nr 1b), którym bez wątpienia można przypisać walor informacji o charakterze organizacyjnym. Po wnikliwym zapoznaniu się z treścią owych dokumentów zamawiający uznał, że dokumenty te należy zachować w poufności, bowiem zawierają informacje na temat skali zarobków, a także procedur w zakresie ochrony informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Co do tych informacji zamawiający wyraził podobną ocenę stwierdzając, że tego rodzaju wiadomości bez wątpienia stanowią informacje wrażliwe, które podlegają ochronie, bowiem ich udostępnienie pozwoliłoby konkurentom wykonawcy na zorientowanie się w przyjętych rozwiązaniach strukturalnych, a także wysokości wynagrodzenia, jakie wypłaca on swoim pracownikom i potencjalnie stanowiłoby dla wykonawcy zagrożenie „podkupienia" jego personelu lub skopiowania wypracowanych przez niego rozwiązań zarządzania przedsiębiorstwem, a tym samym mogłoby narazić wykonawcę na wymierną stratę finansową.

Izba ustaliła także, że zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty PRDM
w postępowaniu 1 i postępowaniu 2, o czym poinformował wykonawcę w pismach z 2 maja 2023 r. Jako podstawę prawną podjętej decyzji zamawiający wskazał art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia)
w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp (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).

W uzasadnieniu faktycznym przywołał następującą argumentację. Przypomniał,
że pismem z 23 grudnia 2022 r. wezwał wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień elementów, jakie wziął on pod uwagę przy kalkulacji cen podanych w Formularzu cenowym. Dalej zauważył, że zgodnie z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp żądał szczegółowych wyjaśnień
w zakresie: 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, tj. z dnia 13 listopada 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; kosztów wynikających z obowiązków w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy
i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Zamawiający poinformował wykonawcę, że dokonując oceny weźmie pod uwagę wszelkie czynniki, wpływające na wysokość ceny oferty, które wskaże wykonawca, jeżeli będą zgodne z prawem oraz nie będą zakłócały uczciwej konkurencji. Dalej wskazał, że wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia, które umożliwią ich ocenę pod ww. kątem. Zamawiający prosił o szczegółowe wyjaśnienie (w odniesieniu do wszystkich pozycji TER), ze szczególnym uwzględnieniem wskazanych pozycji kosztorysowych), jakie obiektywne czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona, jednocześnie wykonawca powinien wykazać jakie indywidualne możliwości i okoliczności, dostępne i właściwe tylko dla wykonawcy przy realizacji tego zamówienia, umożliwiły obniżenie ceny oferty. Wykonawca zobowiązany był dostarczyć wystarczający materiał (w tym dowody) do sformułowania przez zamawiającego oceny zaoferowanej
w ofercie kwoty, za którą ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia.

Wykonawca za pośrednictwem Platformy zakupowej złożył wyjaśnienia, załączając także oferty w zakresie: (1) oznakowania poziomego (oferta wewnętrzna wystawiona przez wykonawcę), (2) dostaw siatki przeciwśnieżnej (dowód 11a i b ze stycznia 2023),
(3) czyszczenia separatorów i urządzeń odwadniających (dowód nr 12), (4) realizacji Grupy 12 Czystość na obiektach inżynierskich i Grupy 8 estetyka (dowód 13), (5) realizacji Grupy 7 Urządzenia BRD (dowód 14), (6) dostawy i montażu siatki wzmacniającej i ułożenia siatce membrany Slurry Seal oraz wykonanie warstwy ścieralnej ze Slurry Seal (dowód nr

15). Wykonawca wskazując na czynniki umożliwiające obniżenie ceny oferty powołał się na: indywidualne i znaczące doświadczenie firmy w realizacji podobnych kontraktów, w tym dla zamawiającego, stosowanie szczególnego „algorytmu obliczania kwoty oferty", posiadanie własnego rozbudowanego parku maszynowego, rozbudowaną i stale aktualizowaną bazę firm podwykonawczych, licencję na wykonywanie transportu drogowego w zakresie pośrednictwa przy przewozie rzeczy. Dodatkowo wskazał, że korzystnymi aspektami realizacji zamówienia i przyjętych założeń jest to, że wykonawca: zweryfikował dostępność zasobów ludzkich w bliskiej odległości od lokalizacji Rejonu i Obwodów Drogowych
w realizacji przedmiotu zamówienia, posiada aktualną bazę pracowników realizujących
z uwzględnieniem bazy potencjalnych pracowników, uwzględnił gotowość do wykonywania pracy przez pracowników wykonawcy zgodnie z Kodeksem Pracy, przyjęta stawka godzinowa jest stawką powyżej minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Wykonawca z wyjątkiem ww. ofert dostawców i podwykonawców nie przedstawił dowodów, na potwierdzenie powyższych twierdzeń. Nie wykazał też, w jaki sposób oraz w jakim stopniu czynniki te wpłynęły realnie na zaproponowaną cenę umożliwiając jej obniżenie. Wykonawca przedstawił kalkulacje cenowe poszczególnych pozycji TER bez (poza nielicznymi przypadkami, dla których przedłożono oferty) przedstawienia uzasadnienia dla przyjętych założeń. Oferta „wewnętrzna" dotycząca oznakowania poziomego, posiada nikłą wartość dowodową, z uwagi na to, że została wystawiona przez wykonawcę samemu sobie. Przedstawione oferty na dostawę siatki przeciwśnieżnej, wbrew twierdzeniom wykonawcy, nie mogły być brane pod uwagę przy określaniu ceny oferty, z uwagi na to, że zostały złożone wykonawcy w styczniu 2023 r.,
a więc po złożeniu oferty.

W zakresie o szczególnym znaczeniu dla realizacji zamówienia, który wykonawca miał wyjaśnić w sposób szczególny, tj.: (1) TER GRUPA PRAC NR 10a - Zimowe utrzymanie dróg - wykonawca ograniczył się jedynie do przestawienia kalkulacji cenowej, nie przedstawiając poza lakonicznymi i ogólnikowymi wyjaśnieniami żadnego uzasadnienia czy dowodów (poza ofertami na siatki przeciwśnieżne pozyskanymi po złożeniu oferty) uprawdopodabniających twierdzenia i założenia wykonawcy; (2) TER GRUPA PRAC NR 10b - Zimowe utrzymanie dróg - wykonawca przedstawił jedynie zbiorcze zestawienie kosztów akcji zima (dowód nr 6) w rozbiciu na sezon oraz cały kontrakt z podziałem na koszty: organizacja zaplecza - wstawiono ogólną wartość kosztów bez szczegółowego wyliczenia uzyskanej kwoty, dyżurni ZUD - wstawiono ogólną wartość kosztów bez szczegółowego wyliczenia uzyskanej kwoty z uwzględnieniem np. liczby dyżurnych, liczby dni dyżurów, stawek roboczogodziny dyżurnego, materiały ZUD - wstawiono ogólną wartość kosztów bez szczegółowego wyliczenia uzyskanej kwoty z uwzględnieniem np. ceny soli, zużycia soli na określoną powierzchnię, przyjętej liczba wyjazdów, koszty sprzętu ZUD - wstawiono ogólną wartość kosztów bez szczegółowego wyliczenia uzyskanej kwoty z uwzględnieniem np. ilości sprzętu, kosztów obsługi i eksploatacji, koszty pracy nośników - wstawiono ogólną wartość kosztów bez szczegółowego wyliczenia uzyskanej kwoty z uwzględnieniem np. liczby przyjętych nośników, liczby wyjazdów, wynagrodzenie kierowców - wstawiono ogólną wartość kosztów bez szczegółowego wyliczenia uzyskanej kwoty z uwzględnieniem np. ilości kierowców, liczby godzin pracy, stawek godzinowa kierowcy lub operatora. Ponadto zamawiający stwierdził, że przedstawiony w wyjaśnieniach sposób określenia wartości podanych w TER 10b nie został w żaden sposób uprawdopodobniony. Wykonawca przedstawił sposób określenia ceny oraz schemat przyjętych obliczeń, nie przedstawiając argumentów uzasadniających prawidłowość przyjętych założeń.

W konsekwencji zamawiający uznał, że wykonawca nie przedstawił wystarczających wyjaśnień ani żadnych dowodów, nie wskazał czynników wpływających na cenę oferty. Ceny jednostkowe wyliczył na podstawie założonej kwoty przedstawionej w „Zbiorczym zestawieniu kosztów akcji zimy". Nie przedstawił wyliczeń i kalkulacji cen wchodzących
w skład zestawienia kosztów. Przyjęte w wyjaśnieniach założenia i twierdzenia nie zostały poparte żadnym materiałem dowodowym. Podobnie dla TER GRUPA PRAC NR 11 - Zarządzanie kontraktem wykonawca składając wyjaśnienia przedstawił jedynie zbiorcze zestawienie kosztów. Zdaniem zamawiającego przesłane wyjaśnienia nie są wystarczające i nie potwierdzają, iż cena nie jest rażąco niska. Natomiast w zakresie dla TER Grupy Nr 10b - Zimowe utrzymanie dróg wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, wyliczeń
i kalkulacji. Brak wyliczeń i kalkulacji lub dowodów w tym zakresie uniemożliwił zbadanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienie wykonawcy trudno uznać za satysfakcjonujące, gdyż brakuje w nim jakichkolwiek dowodów/ materiałów (poza ww. ofertami) do dokonania przez zamawiającego jednoznacznej oceny udzielonych odpowiedzi.

Nie sposób w oparciu o powyższe stwierdzić, iż wykonawca złożył szczegółowe wyjaśnienia pomimo, że zamawiający takich wymagał. Przekazany przez wykonawcę
w ramach wyjaśnień materiał nie może być uznany jako złożenie wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Na wykonawcy ciąży więc obowiązek wskazania elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny i sposobu w jakich dokonano ich kalkulacji, a więc udowodnienia,
że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. W przypadku nieudowodnienia, że cena ustalona z uwzględnieniem okoliczności wymienionych w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, potwierdzonych załączonymi dowodami, nie jest rażąco niska, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niska cenę. Co więcej, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny
(art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

W dalszej części zamawiający wskazał także, że jego zdaniem twierdzenia wykonawcy, z wyjątkiem Grup zamówienia, dla których przedłożono oferty dostawców lub podwykonawców, są gołosłowne. Na ich poparcie wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów. Nie wskazał też w jakim stopniu czynniki te pozwoliły obniżyć cenę oferty.
W złożonych wyjaśnieniach przedstawił ogólne rozbicie poszczególnych kosztów (elementów cenotwórczych), niemniej jednak wyjaśnienia nie opisują sposobu skalkulowania wysokości poszczególnych kosztów na określonym poziomie. Brak również uzasadnienia
i udowodnienia, iż zaoferowane kwoty są realne. Wykonawca powinien w szczególności wykazać okoliczności, które pozwoliły na obniżenie poszczególnych kosztów ze wskazaniem stopnia i wartości o jakie zostały obniżone. W ocenie zamawiającego, wykonawca nie przedstawił merytorycznego uzasadnienia dotyczącego sposobu wyliczenia zaoferowanej ceny, wskazane okoliczności nie wyróżniają go spośród innych wykonawców, jako tego, który dysponuje szczególnie korzystnymi warunkami do realizacji przedmiotowego zamówienia. Przedstawione zestawienia cenowe nie

zostały opatrzone żadnym komentarzem, pozwalającym na wnioskowanie o możliwości obniżenia na ich podstawie ceny oferty, ponad poziom dostępny dla innych wykonawców obecnych na rynku. Wykonawca nie podał szczegółowego uzasadnienia i nie wskazał wpływu czynników umożliwiających obniżenie ceny na cenę oferty. Pismo w większości zawiera ogólne stwierdzenia i zapewnienia, że z uwagi na wiedzę i wcześniej realizowane kontrakty, możliwe było obniżenie ceny oferty oraz, że wyliczona cena jest prawidłowa.

Zamawiający przytaczał szereg orzeczeń sądów okręgowych, jak też orzeczeń KIO, które potwierdzać miały prawidłowość zaprezentowanego przez niego stanowiska. Stwierdził także, że jak wskazuje orzecznictwo, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują
na indywidualne, dostępne wyłącznie temu wykonawcy, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone. Z kolei wystąpienie do wykonawcy o złożenie dodatkowych wyjaśnień w zakresie RNC musiałoby być powieleniem wystąpienia pierwszego, a takie działanie zamawiającego jest niezgodne
z ustawą Pzp.

Z powyższą decyzją nie zgodził się wykonawca PRDM, składając swoje odwołania
do Prezesa KIO w dniu 12 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniach Izba uznała, że obydwa odwołania zasługiwały na uwzględnienie w zakresie, w jakim odwołujący podnosił, że zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu złożonych przez niego ofert w postępowaniu 1 i postępowaniu 2 argumentując, że złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami są niewystarczające, gdyż nie potwierdzają, że złożone oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny. Skład orzekający wziął przy tym pod uwagę treść Wezwań, kierowanych do odwołującego, oceniając złożone Wyjaśnienia przez pryzmat oczekiwań zamawiającego, które zostały sformułowane w ich treści. Jednocześnie Izba podzieliła argumentację zamawiającego, który zwracał uwagę,
że w niektórych aspektach wyjaśnienia te mogą być uznane za wymagające doprecyzowania czy uzupełnienia. Mając to na uwadze Izba uwzględniając odwołania, nakazała jednocześnie w sentencji powtórzenie badania i oceny ofert złożonych przez odwołującego, a w ramach powtórzonych czynności ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie, w jakim pierwotnie złożone wyjaśnienia budzą wątpliwości zamawiającego i wymagają uzupełnienia.

Mając na uwadze, że zarzuty odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1334/23 i 1335/23 są tożsame, i chociaż dotyczą czynności zamawiającego w dwóch prowadzonych przez niego postępowaniach, to ocena tych działań, jak również argumentacja Izby przedstawiona poniżej, z uwagi na treść kierowanych do odwołującego Wezwań, treść złożonych Wyjaśnień, w końcu też z uwagi na tożsamą argumentację zamawiającego, którą przywołał w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego w obu postępowaniach, dotyczyła będzie zarzutów podnoszonych w obu odwołaniach.

W pierwszej kolejności skład orzekający pragnie zaznaczyć, że KIO wramach postępowania odwoławczego nie ocenia działań wykonawcy, podejmowanych w toku postępowania, ale czynności zamawiającego. W tym przypadku, w zakresie podnoszonych
w odwołaniu zarzutów, istotą oceny składu orzekającego w tej sprawie była weryfikacja tego, czy zamawiający miał uzasadnione podstawy, ażeby uznać, że złożone przez PRDM wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w postępowaniu 1 i postępowaniu 2 były wystarczające z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp, jak też w świetle treści Wezwania zamawiającego, skierowanego do odwołującego oraz, czy zamawiający trafnie, dokonując oceny złożonych Wyjaśnień uznał, że oferta odwołującego złożona w postępowaniu 1
i postępowaniu 2 podlega odrzuceniu. Z kolei w ramach zarzutów sformułowanych jako ewentualne, Izba oceniła czy w okolicznościach niniejszych spraw trafne było twierdzenie,
że powstałe po stronie zamawiającego wątpliwości w zakresie, w jakim wynikały one z treści złożonych wyjaśnień, można było rozwiać, wzywając odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie dotyczącym RNC.

Przypomnieć ponadto należy, iż wyjaśnienia, składane przez wykonawcę
w przedmiocie rażąco niskiej ceny, są sformalizowaną instytucją prawną uregulowaną
w art. 224 ustawy Pzp. Obowiązkiem wykonawcy, do którego zamawiający kieruje żądanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jest bowiem wyjaśnienie tych kwestii, które budzą wątpliwości zamawiającego i o które ten pyta w piśmie skierowanym
do wykonawcy. Wynika to z treści przepisu, zgodnie z którym, 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. Z kolei zamawiający, oceniając wyjaśnienia przedstawione przez danego wykonawcę ma zweryfikować, czy otrzymał przekonujące odpowiedzi na pytania, które zadał (tak też w Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 14 czerwca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 68/22).

Z kolei w myśl przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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. Przy tym, zgodnie z poglądem zaprezentowanym
w doktrynie: W wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, zamawiający musi określić swoje wątpliwości, aby wykonawca wiedział, co należy wyjaśnić i z jakiego powodu zamawiający powziął wątpliwości. (…) Nie jest możliwe odrzucenie oferty tylko i wyłącznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu może nastąpić wyłącznie po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, mającego na celu obalenie domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu. (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 708 i 712.).

Celem zatem procedury badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest definitywne rozstrzygnięcie, czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, czy podlega odrzuceniu jako oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. O tym, czy cena lub koszt oferty są

rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, jak też w kontekście skierowanego do wykonawcy wezwania. Przypomnienia również wymaga, że podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej", a nie ceny „niskiej". Te dwa pojęcia nie są tożsame (zwracał na powyższe uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w Wyroku z dnia 15 grudnia 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 116/21).

Zauważyć ponadto należy, że w przepisach prawa i orzecznictwie, nie istnieje
z jednej strony jeden ugruntowany wzorzec, który precyzuje w jaki sposób zamawiający ma przygotować wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, zależy to bowiem od wielu okoliczności i zmiennych, takich jak przedmiot zamówienia, sposób rozliczenia zamawiającego z wykonawcą, w końcu też wątpliwości jakie ma zamawiający
w związku z zaprezentowaniem ceny w ofercie w określony sposób. Z drugiej zaś strony nie ma też przyjętego powszechnie, ogólnego wzorca sposobu sporządzenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Nie oznacza to oczywiście zupełnej dowolności w przygotowaniu wyjaśnień
po stronie wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, że powinny być one spójne i przekonujące,
a także niepozostawiające wątpliwości co do rzetelności przygotowanej wyceny prac. Należy podzielić w tym zakresie stanowisko zamawiającego, który podkreślał wielokrotnie
w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, że ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Wykonawca powinien przedłożyć zatem takie wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Nie zmienia to jednak faktu, że zamawiający w wezwaniu kierowanym do wykonawcy powinien w sposób możliwie precyzyjny określić żądany zakres wyjaśnień a także określić konkretne wątpliwości, odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanych spraw w pierwszej kolejności należało przeanalizować treść Wezwania zamawiającego, który skierował do odwołującego 23 grudnia 2022 r. pisma w postępowaniu 1 i postępowaniu 2, powołując się na przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wzywając do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Zamawiający w treści wezwań wskazał, że cena oferty odwołującego jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia, co budzi jego wątpliwości w zakresie ceny oferty ogółem, jak i konkretnych grup robót, mających wpływ na wysokość całkowitej ceny oferty odwołującego, a mianowicie - grupy prac 10a - Zimowe utrzymanie dróg oraz grupy prac nr 10b - Zimowe utrzymanie dróg. Przy tym, co należy podkreślić, zamawiający nie sprecyzował jak szczegółowo, czy też w rozbiciu na jakie elementy lub zakresy prac wykonawca powinien swoje wyjaśnienia przedstawić. Zgodzić należy się z odwołującym,
że jedyne precyzyjne żądanie zamawiającego wyrażone w treści Wezwania sprowadzało się do oczekiwania złożenia wyjaśnień w zakresie grupy prac nr 10a i 10b, kosztów pracy oraz kosztów wynikających z obowiązków w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, jak też elementów wynikających wprost z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający zatem tylko w odniesieniu do tych elementów sformułował
w sposób jednoznaczny, że oczekuje odniesienia się do wymienionych zakresów czy aspektów wpływających na cenę oferty. W pozostałych zaś kwestiach pozostawił to do decyzji wykonawcy. Powyższe potwierdza stanowisko zamawiającego, który w końcowym fragmencie Wezwania stwierdza, iż odwołujący winien wskazać „argumenty potwierdzające realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny, wraz ze wskazaniem czy odwołujący przewiduje wykonanie zamówienia bez poniesienia strat finansowych oraz bez konieczności finansowania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne." W świetle przytoczonych wyżej oczekiwań zamawiającego należy zaznaczyć, że wbrew twierdzeniom wyrażonym w piśmie procesowym z 23 maja 2023 r. - odpowiedzi na odwołanie, nie sposób stwierdzić, że Wezwanie wystosowane do wykonawcy precyzowało jednoznacznie jaki powinien być stopień szczegółowości składanych wyjaśnień czy też, że wskazano sposób
i metodę ich zaprezentowania. Zamawiający pozostawił w tym zakresie PRDM decyzję, w tym co do tego w jaki sposób dane te zostaną zagregowane, jak też jaka będzie szczegółowość tych kalkulacji.

Odpowiadając zatem na tak sformułowane wezwanie, w pismach z dnia 13 stycznia 2023 r. odwołujący złożył zamawiającemu w obu postępowaniach Wyjaśnienia, w ramach których odniósł się do jego oczekiwań wymienionych w Wezwaniu i wskazał na okoliczności, które pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty. Uczynił to w taki sposób jaki, w jego ocenie,
jawił się jako pełny i wyczerpujący, przedstawiający rozbicie poszczególnych kosztów oraz pokazujący w jaki sposób odwołujący doszedł do obliczonej przez siebie ceny ofertowej. Ponadto, na potwierdzenie przywołanych przez siebie okoliczności, przedłożył szereg dowodów, które potwierdzały rynkowość ceny końcowej oraz poszczególnych elementów cenotwórczych.

Tym samym nietrafiona jest argumentacja zamawiającego, który wraz z informacją
o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu 1 i postępowaniu 2, w pismach z 2 maja 2023 r. informował odwołującego o odrzuceniu jego oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Uzasadniając swoją decyzję wskazał, że odwołujący nie przedłożył wystarczających wyjaśnień ani dowodów przedstawiających czynniki wpływające na cenę jego oferty. Podkreślał także, że w treści złożonych Wyjaśnień brak jest szczegółowego wyliczenia
w zakresie elementów, które w jego ocenie stanowią istotną część kosztową (jak np. koszty materiałów ZUD, koszty sprzętu ZUD) oraz, że wyliczenia nie cechują się oczekiwanym przez zamawiającego stopniem szczegółowości. Następnie, w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazywał kolejne elementy i argumenty, mające potwierdzać stanowisko, że w treści wyjaśnień zabrakło określonych treści i szczegółowych wyliczeń. Powyższe stanowisko jest nie do zaakceptowania z tego powodu, że jak trafnie podsumował odwołujący w treści złożonego dowodu (Tabela - opracowanie własne - oczekiwania zamawiającego w stosunku do PRDM), wymagania zamawiającego w stosunku do odwołującego składającego wyjaśnienia, ewoluowały w zależności od etapu postępowania. Jakkolwiek zasadne jest oczekiwanie zamawiającego, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przedłoży wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, to jednak nie można stawiać mu zarzutów, że nie zaprezentował swojego stanowiska w taki sposób, który odpowiada na określone wątpliwości, jeśli te nie zostały w sposób jednoznaczny i precyzyjny wyartykułowane w treści Wezwania.

W okolicznościach niniejszej sprawy kluczowe dla rozstrzygnięcia zarzutów było dokonanie oceny czy w świetle treści Wezwania Wyjaśnienia złożone w postępowaniu 1
i postępowaniu 2 uznać należało za wystarczające, biorąc pod uwagę wyartykułowane

w nim oczekiwania zamawiającego. Na tak postawione pytanie należało odpowiedzieć twierdząco, a w konsekwencji należało uznać, że zamawiający podejmując decyzję
o odrzuceniu oferty odwołującego naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Rację ma odwołujący, który zauważył, że w myśl tego przepisu odrzucenie oferty możliwe jest wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca czy to ignoruje treść wezwania lub jego część, nie udziela odpowiedzi na zadane przez zamawiającego, konkretnie sformułowane pytania, czy też składa wyjaśnienia oderwane od tego, czego oczekuje od niego zamawiający. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Skład orzekający uznał, że na tak sformułowane wezwanie wykonawca PRDM odpowiedział, przedstawiając szczegółowe wyliczenia, prezentując je w sposób, jaki wydał mu się odpowiedni, biorąc pod uwagę jego dotychczasową praktykę związaną z udzielaniem wyjaśnień, jak też doświadczenie w realizacji tożsamych usług. I tak, odniósł się do wszystkich kwestii, które poruszył zamawiający w treści Wezwania, opisał w jaki sposób zbudowana i skalkulowana została jego cena ofertowa, przedstawił szczegółowe wyliczenia, odnoszące się do każdej z pozycji TER, wskazał te aspekty, które pozwoliły mu na obniżenie ceny do poziomu, który określił w ofercie, w końcu też poparł powyższe dowodami. Nie sposób zatem twierdzić, jak wskazuje zamawiający, że złożone wyjaśnienia, w kontekście treści skierowanego przez niego zapytania są niewystarczające, nie odpowiadają wymogom określonym w przepisach ustawy Pzp, wskutek czego, że ich ocena powinna skutkować uznaniem, że oferta złożona przez odwołującego w postępowaniu 1 i postępowaniu 2 zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. W tym miejscu ponownie należy wskazać, że zamawiający jest zobligowany do precyzyjnego określenia swoich wątpliwości w treści wezwania skierowanego do wykonawcy i ciężaru tego nie można przenosić na wykonawców ubiegających się o zamówienie. Obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie, jednak to do obowiązków zamawiającego należy jednoznaczne sformułowanie treści wezwania.

Ponadto Izba orzekając wzięła także pod uwagę, że zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego nie wskazał które to części składowe ceny czy też, że cała cena zostały wycenione na poziomie nierealistycznym, za które nie da się zamówienia wykonać. Nie powinno umykać uwadze zamawiającego, że celem podstawowym prowadzenia procedury badania ofert pod kątem występowania rażąco niskiej ceny, opisanej w treści przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jest ocena, czy za daną wartość możliwa jest realizacja zamówienia publicznego. Treść wyjaśnień ma służyć temu, aby zamawiający zweryfikował za jaką wartość dany wykonawca deklaruje zrealizowanie prac objętych przedmiotem postępowania, a dopiero w przypadku gdy stwierdzi, że za podaną cenę czy jej poszczególne składowe zamówienia nie da się wykonać - aby mógł takiego wykonawcę z postępowania wyeliminować. Tymczasem w prowadzonych postępowaniach zamawiający ocenił jedynie, że złożone wyjaśnienia są niewystarczające w określonych, oczekiwanych przez niego aspektach, nie sprecyzował jednak w jaki sposób brak wyjaśnienia tych składowych wpływa na ocenę, że cena zaoferowana przez wykonawcę nosi znamiona rażąco niskiej czy też, że jest niezgodna z obowiązującymi przepisami.

Podobnie też zamawiający odnosi się w treści pism informujących o odrzuceniu ofert złożonych przez odwołującego do dowodów przez niego przedłożonych i załączonych
do Wyjaśnień stwierdzając, że te które przedstawił w toku postępowania są niewystarczające czy też, że posiadają „nikłą wartość dowodową". Zamawiającemu umyka jednak, że w treści Wezwania, w zakresie żądanych przez zamawiającego dowodów sformułował jedynie wymóg, iż na potwierdzenie danych przedstawionych przez odwołującego w Wyjaśnieniach żąda przedłożenia „wszelkich dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat obliczenia przez Państwa ceny zamówienia". Tym samym zarówno dobór w zakresie sposobu prezentacji danych, jak też potwierdzających je dowodów, pozostawiono odwołującemu. W konsekwencji rację ma PRDM, że dobór dowodów, dotyczących faktów
i okoliczności przez niego przywołanych, na potwierdzenie przygotowanych przez niego kalkulacji, pozostawiono odwołującemu. Tym samym przedłożył on takie dokumenty, i dobrał je w taki sposób, aby poprzeć te twierdzenia i kalkulacje oraz wykazać ich rzetelność w takim zakresie, jaki wynikał z treści przedłożonych przez niego wyjaśnień. Jeśli zamawiający oczekiwał zatem, że wykonawca PRDM w swoich wyjaśnieniach zaprezentuje na jakim poziomie wyliczył np. koszt soli to powinien ten element jednoznacznie wskazać
w wezwaniu, a wykonawca w takim przypadku byłby zobligowany w piśmie odnieść się do tego w jaki sposób materiał ten skalkulował i przedłożyć dowody na poparcie tych danych.
Z kolei jeśli takiego żądania nie było, a wykonawca nie stwierdził, że ten właśnie element
w sposób szczególny wpływa na możliwość obniżenia przez niego ceny ofertowej, nie uznał za stosowne tego elementu wyszczególnić, jak też przedstawić dowodów na poparcie, że ta pozycja została skalkulowana na rynkowym poziomie.

Dodatkowo, nie mogło umknąć uwadze składu orzekającego stanowisko zamawiającego, wyrażone w piśmie z 22 lutego 2023 r., w którym zamawiający informując wykonawcę PRDM o odtajnieniu części informacji zawartych w dokumentach przedstawionych w ramach wyjaśnień RNC oraz, przedstawiając swoją analizę w zakresie możliwości uznania za tajemnicę składanych w postępowaniu 1 i postępowaniu 2 wyjaśnień, jak też dowodów załączonych do nich stwierdził, że część z nich nie podlega ujawnieniu, gdyż zawierają informacje na temat podstaw oraz sposobu kalkulacji ceny oferty. Uznał też, co znalazło wyraz w treści pisma, że dane zaprezentowane w nim z tego powodu mają wartość gospodarczą dla PRDM, że na podstawie wyliczeń przez niego zaprezentowanych, inne podmioty mogłyby czerpać wiedzę o tym w jaki sposób i na jakim poziomie wykonawca ten przyjął koszty za poszczególne elementy prac, składających się na przedmiot zamówienia. Jakkolwiek badanie tych dokumentów miało na celu ocenę czy dokumenty te zawierają TP, to jednak nie sposób nie dostrzec, że zamawiający dokonując oceny sam uznał, że wyliczenia są na tyle szczegółowe, wymieniają elementy mając wpływ na cenę, że stanowią wartość gospodarczą PRDM, a ich ujawnienie spowoduje, że konkurencyjni wykonawcy mogą poznać dane, które składają się na sposób kalkulacji ceny oferty. Tym samym odrzucając następnie oferty odwołującego i powołując się na argumentację, że ten
w złożonych wyjaśnieniach nie wyjaśnił w sposób wystarczający w jaki sposób kalkulację
tę sporządził i czy zawiera ona wszystkie niezbędne elementy, przeczy swojej własnej ocenie, dokonanej na wcześniejszym etapie postępowania.

Izba wzięła jednak pod uwagę ocenę zamawiającego, który podkreślał, że niektóre kwestie prezentowane w treści Wyjaśnień wymagają doprecyzowania, gdyż nie rozwiewają wątpliwości w zakresie tych elementów, które wpływają na kalkulację ceny oferty. Przykładem takim są wyjaśnienia dotyczące kosztów pracy, do których odwołujący wprawdzie odniósł się, czyniąc zadość Wezwaniu, które obligowało go do złożenia wyjaśnień, w świetle wymagań określonych w art. 224 ust. 4 ustawy Pzp tj. czy przyjęta przez niego wartość jest nie niższa niż minimalne wynagrodzenie za pracę

albo nie niższa od minimalnej stawki godzinowej, jednak jak zamawiający zaznaczył zakres przedstawionych danych nie prezentował założeń odwołującego np. co do szczegółowej kalkulacji kosztów osobowych (pracy dyżurnych, kierowców czy operatorów). Chociaż zatem w świetle treści Wezwania wyjaśnienia złożone przez odwołującego uznać należy za wystarczające,
to jednak w pełni zrozumiałe i zasadne są oczekiwania zamawiającego, że aby w pełni móc ocenić prawidłowość sporządzonej kalkulacji w ramach procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny, takie dane są mu potrzebne.

Jakkolwiek nie sposób uznać, że powyższy brak winien decydować o tym, że oferty PRDM w omawianych postępowaniach podlegają odrzuceniu, to zamawiający ma w tym zakresie prawo wezwać odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, precyzując
w treści wezwania swoje wątpliwości. Izba nie zgadza się przy tym ze stanowiskiem zamawiającego i przystępującego Zaberd, że skierowanie takiego wezwania stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp i świadczyło o nierównym traktowaniu wykonawców.

Przypomnieć należy, że treść przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie wprowadza ograniczenia co do możliwości jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień
w zakresie RNC. Zgodnie z jednolitą linią orzeczniczą przyjmuje się, że biorąc pod uwagę,
iż wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności, w oparciu o art. 355 § 2 kodeksu cywilnego, jak też mając na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażone w art. 16 ustawy Pzp, takie wezwanie, co do zasady, należy kierować do wykonawcy jednokrotnie. Jednakże zamawiający może wezwać ponownie do złożenia wyjaśnień takiego wykonawcę, który biorąc pod uwagę treść skierowanego do niego wezwania, w sposób pełny i rzetelny złożył pierwsze wyjaśnienia, nie uchylając się
od udzielenia informacji i przedstawienia dowodów. Jest zatem możliwe powtórne wezwanie, jeśli złożone wyjaśnienia rodzą u zamawiającego kolejne wątpliwości, na przykład gdy treść wyjaśnień jest niejasna dla zamawiającego i oczekuje on doprecyzowania niektórych zagadnień.

Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w tych postępowaniach. Zamawiający ma zatem prawo żądać doprecyzowania lub podania bardziej precyzyjnych danych w zakresie, w jakim uzna to za konieczne, odnosząc się do pierwotnie złożonych przez PRDM
w postępowaniu 1 i postępowaniu 2 wyjaśnień.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła oba odwołania uznając,
że zamawiający naruszył wskazywane przez odwołującego przepisy podejmując decyzję
o odrzuceniu ofert złożonych przez niego w postępowaniu 1 i postępowaniu 2. Nie sposób jednak nie podzielić wątpliwości zamawiającego, że pierwotnie złożone wyjaśnienia, chociaż odpowiadają na Wezwanie, to jednak konieczne jest ich uzupełnienie i doprecyzowanie.
W konsekwencji Izba uznała, że procedura składnia wyjaśnień w tym przedmiocie powinna być kontynuowana a wykonawca PRDM wezwany do udzielenia odpowiedzi na konkretnie sprecyzowane pytania zamawiającego w taki sposób, aby z jednej strony wykonawca wiedział w jakim zakresie złożone przez niego pierwotnie Wyjaśnienia budzą wątpliwości zamawiającego, z drugiej mógł w sposób precyzyjny i jednoznaczny wątpliwości w tym przedmiocie rozwiać.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie
art. 575 ustawy Pzp oraz 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

W obu rozpoznawanych sprawach Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego odwołującego oraz zamawiającego w części 1/2 mając na uwadze,
że zarzuty odwołania potwierdziły się w części odnoszącej się do zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp
tj. w zakresie w jakim uznał, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę, opierając się
na wyjaśnieniach składanych w toku prowadzonych postępowań. Izba nie zgadza się z kolei
z odwołującym w zakresie, w jakim twierdził, że wyjaśnienia te są wystarczające dla uznania, że odwołujący w treści oferty skalkulował wszystkie elementy składające się na cenę i, że ta została ustalona na poziomie rynkowym. W ocenie składu orzekającego konieczne jest skierowanie do odwołującego powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Tym samym, mając na uwadze treść przepisu art. 575 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, Izba zasądziła od zamawiającego
na rzecz odwołującego kwotę 15 000,00 zł. stanowiącą koszty postępowań odwoławczych, poniesione z tytułu 1/2 wysokości wpisów od odwołań. W zakresie kosztów dotyczących wynagrodzenia pełnomocników, Izba zniosła te koszty wzajemnie.

Przewodniczący:……..

Członkowie: ……..

……..