Sygn. akt: KIO 3297/23

WYROK

z dnia 17 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2023 r. przez wykonawcę:

Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. we Wrocławiu,

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Gmina Wałbrzych - Miasto na Prawach Powiatu,

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

Przedsiębiorstwo „Inwestbud" Sp. z o.o. w Wałbrzychu

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w ich poczet poniesione przez odwołującego kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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:……..

UASADNIENIE

Gmina Wałbrzych - Miasto na Prawach Powiatu (dalej również: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Pełnienie czynności zastępstwa inwestycyjnego dla zadania pn: Wykonanie modernizacji (wraz z przebudową) Stadionu Sportowego „Nowe Miasto" przy ul. Chopina 1a w Wałbrzychu - I etap". (publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w d. 25.08.2023 r. pod nr 2023/S 163¬512651— dalej jako „postępowanie" (dalej również: Postępowanie). Zasady, warunki i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również: SWZ).

W dniu 4 listopada 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. (Pl. Grunwaldzki 23, 50-365 Wrocław) (dalej również: Wykonawca lub Odwołujący) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

Po udostępnieniu w dniu 6 listopada 2023 r. przez Zamawiającego kopii w dniu 9 listopada 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo „Inwestbud" Sp. z o.o. (58-306 Wałbrzych, ul. Jaworowa 15A), którego oferta była najkorzystniejsza spośród złożonych ofert i została wybrana przez Zamawiającego (dalej również: Przystępujący lub Inwestbud). Izba uznała przystąpienie za skuteczne.

Odwołujący wniósł odwołanie od zaniechania czynności odrzucenia oferty Inwestbud zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty, podczas gdy jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca ten złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i ewentualnie zaniechania wezwania do dalszych wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - Inwestbud - mimo, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oraz nie zostały poparte żadnymi dowodami, w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych, mimo że istotne części składowe, a w ślad za tym i cena, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości co do

możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, co powoduje, iż oferta winna być odrzucona jako oferta z rażąco niską ceną, a zaniechanie dokonania takiej czynności (odrzucenia oferty) winno być również rozpatrywane jako naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2.ewentualnie, w przypadku uznania, że zarzut punktu 1 jest niezasadny art. 224 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie ponownego wezwania wykonawcy Inwestbud do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny poprzez ich doprecyzowanie, mimo że złożone wyjaśnienia wykonawcy Inwestbud nie stanowiły uzasadnienia zaproponowanej przez wykonawcę ceny.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Przystępującego, ewentualnie, w przypadku uznania wniosków powyższych za niezasadne, wezwania wykonawcy Inwestbud do wyjaśnienia elementów wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które nie pozwalają ocenić ich pod kątem skuteczności.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego.

Odwołujący przedłożył dowody dokumentowe w postaci:

1.Indywidualny raport wytworzony przez Odwołującego w oparciu o dostępny kalkulator płacowy dotyczący stanowiska inspektora budowlanego, dla wykazania, że kwota przewidziana przez Przystępującego jest rażąco niska.

2.Decyzja z 15 czerwca 2015 dla pracownika Przystępującego Pana K.L. na okoliczność 16-letniego doświadczenia pracownika i uprawnień, a tym samym nieadekwatności wynagrodzenia przewidzianego dla niego przez Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika - oparła się na dokumentacji Postępowania, oceniła dowody złożone przez Odwołującego za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia istoty sporu uznając, że stanowią one dowód tego, że na rynku mogą zostać zaoferowane różne ceny różnym osobom, uwzględniając stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania, co do zasady nie był nie sporny. Spór sprowadzał się do prawidłowości udzielonych wyjaśnień w kontekście uznania ich za prawidłowe i wystarczające w świetle wezwania do ich udzielenia oraz dla oceny przez Zamawiającego, że nie ma tutaj do czynienia z rażąco niską ceną oraz czy treść wyjaśnień uzasadnia ponowne wezwanie.

Zarzuty sprowadzały się do poddania pod wątpliwość wyliczeń Przystępującego w zakresie części elementów składowych jako nierynkowych i nieadekwatnych do doświadczenia i uprawnień personelu Przystępującego lub zakresu zadań objętych przedmiotem zamówienia, w tym również w odniesieniu do ich czasochłonności.

Izba ustaliła bezsporne okoliczności, w oparciu o dokumenty Postępowania w szczególności SWZ, oferty, wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz decyzję wyboru oferty najkorzystniejszej, że:

1.Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług obejmujących pełnienie czynności zastępstwa inwestycyjnego dla zadania pn.: „Wykonanie modernizacji (wraz z przebudową) Stadionu Sportowego "Nowe Miasto" przy ul. Chopina 1a w Wałbrzychu - I etap" oraz prowadzenie rozliczenia zadania. Szczegółowy zakres obowiązków Inwestora zastępczego znajduje się w projektowanych postanowieniach umowy (projekcie umowy).

2.Do obowiązków inwestora zastępczego (zgodnie z pkt. III SWZ oraz § 1 projektu umowy) należy m.in.: administrowanie umowami zawartymi przez zamawiającego z wykonawcami robót na zadaniu; współpraca z zamawiającymi przy realizacji umów zawartych przez zamawiającego z instytucjami współfinansującymi zadanie; reprezentowanie zamawiające w okresie realizacji umowy wobec władz, urzędów, sądów, partnerów zadania i innych instytucji, w tym dokonanie przewidzianych Pb czynności związanych z uzyskaniem wymaganych pozwoleń, decyzji, zgłoszeń, opinii i zatwierdzeń; pełnienie pełnobranżowego nadzoru inwestorskiego zgodnie z art. 25 Pb. Podstawową rolą Zastępstwa Inwestycyjnego (instytucja Inwestora Zastępczego) jest zatem zagwarantowanie Zamawiającemu odpowiedniego zarządzania procesem inwestycyjnym, zarządzanie budżetem, roszczeniami, ryzykiem, harmonogramem,

komunikacją a przede wszystkim zapewnienie wymagań jakościowych realizowanego projektu, zarówno pod kątem dokumentacji projektowej, detekcji kolizji, jak i jakości realizowanych robót.

3.SWZ nie zawiera wytycznych dotyczących sposobu kalkulacji ceny ofertowej;

4.SWZ przewidział minimalne zaangażowanie wykonawcy w realizację przedmiotu zamówienia, np. par. 5 ust. 3 umowy;

5.Wartość zamówienia oszacowana została przez Zamawiającego na kwotę 695 652,59 zł w czerwcu 2023 r. na podstawie analizy rynku. Wartość zamówienia, przed wszczęciem postępowania, została powiększona o należny podatek od towarów i usług i określona na 855 652,69 zł;

6.W ramach Postępowania złożone zostały oferty:

L.P.	WYKONAWCA	CENA BRUTTO	OFERTA PRZYJĘTA/ODRZUCONA
1.	Przedsiębiorstwo "INWESTBUD" Sp. z o.o., Wałbrzych	539 970,00 zł	przyjęta
2.	Przedsiębiorca Budowlany Andrzej Lempart, Wrocław	894 210,00 zł	odrzucona - art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp
3.	SK DESIGN Karol Grzondziel, Wałbrzych	799 500,00 zł	odrzucona - art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp
4.	Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o., Kamieniec Wrocławski	788 430,00 zł	odrzucona - art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp
5.	Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych "Inwest-Projekt" Sp. z o.o., Wałbrzych	797 999,95 zł	odrzucona - art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp
6.	SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce, Warszawa	983 385,00 zł	odrzucona - art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp
7.	Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o., Wrocław	1 756 477,00 zł	przyjęta
8.	P.H.U. DARO Dariusz Czapla, Deszczno	287 999,58 zł	odrzucona - art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp

7.Wykonawca Inwestbud zaoferował cenę niższą o: 315 682,69 zł niż szacunkowa wartość zamówienia określona przez zamawiającego; 248 460,00 zł niż którykolwiek wykonawca, którego oferta nie została odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę; 397 168,85 zł niż średnia cena zaoferowana przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, których oferta nie została odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę.

8.Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, pismem z 26 września 2023 r. Zamawiający wezwał Inwestbud do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wobec zaoferowania ceny o ponad 30% niższej od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

9.W wezwaniu Zamawiający oczekiwał wyjaśnień ”w celu ustalenia, czy złożona przez Wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w zakresie: 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (art. 224 ust. 6 ustawy- Prawo zamówień publicznych).”

10.Pismem z dnia 2 października 2023 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień. W wyjaśnieniach Przystępujący wskazał, że kontrakt realizowany będzie przez jego pracowników, wskazał ich ilość (7 osób) z wyszczególnieniem: pełnionej funkcji, posiadanych uprawnień, czasu zaangażowania w miesiącach w realizacje kontraktu w stosunku do przewidywanego czasu trwania realizacji zamówienia, zaangażowania czasu pracy w postaci wymiaru etatu danego pracownika, łączne miesięczne wynagrodzenie każdego z wymienionych pracowników z rozdziałem na wynagrodzenie miesięczne brutto i obciążenia zgodne z przepisami pracy, przepisami ubezpieczenia społecznego , w tym m.in. ubezpieczenie społeczne, łączne wynagrodzenie w przeliczeniu na każdego pracownika z uwzględnieniem zaangażowania czasowego (wymiar etatu, czas trwania zaangażowania). Wskazał, że łączne obciążenie za pracę w okresie realizacji zadania to: 266 739,98 zł oraz wymienił: „Inne koszty: Koszt prowadzenia obsługi w okresie rękojmi: 5 000,00 zł, Koszty analizy dokumentacji: 5 000,00 zł, Koszty ogólne Oferenta: 55 971,60 zł, Rezerwa Rezerwa na przedłużenie realizacji robót : 62 388,42 zł, Zysk Oferenta: 43 900,00 zł Łączne skalkulowane wynagrodzenie netto za wykonanie przedmiotu umowy: 439 000,00 zł Łączne skalkulowane wynagrodzenie brutto za wykonanie przedmiotu umowy: 539 970,00 zł” Dodał, że: „Informujemy, że nie korzystamy z

pomocy publicznej na podstawie odrębnych przepisów prawa, Inne koszty mające wpływ na cenę za wykonania przedmiotu umowy ujęto w kosztach ogólnych. Wynagrodzenie wyliczone zostało : zgodnie z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Podsumowanie: Cena za wykonanie przedmiotu umowy - wynagrodzenie ryczałtowe wg oferty : Cena za wykonanie przedmiotu zamówienia wg oferty: netto: 439 000,00 zł, brutto: 539 970,00 zł. Zaproponowana w ofercie cena za wykonanie przedmiotu zamówienia - wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, pozwoli na realizację całego zakresu umowy bez strat dla Oferenta."

11. Zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające dla uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i ocenił i wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą. Dając wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego Izba ustaliła, że ocena ceny ofertowej i wyjaśnień dokonana została również z uwzględnieniem znajomości uwarunkowań rynku lokalnego, w tym co do kształtowania się cen i wynagrodzeń, dotychczasowej współpracy z Przystępującym w tym znajomości personelu dedykowanego realizacji zamówienia, doświadczenia i wiedzy Zamawiającego co do sposobu realizacji analogicznych zamówień na jego rzecz a także oceny drugiego z kryteriów oceny ofert tj. analizy ryzyka Przystępującego, które zostało najwyżej ocenione przez Zamawiającego, zaś stopień szczegółowości analizy ryzyk wskazujący na wnikliwą analizę dokumentacji budowlanej przedsięwzięcia pozwala na założenie lepszej i szybszej realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła również, opierając się na wyjaśnieniach Zamawiającego oraz Przystępującego, zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia, że podstawowym elementem kosztotwórczym zamówienia jest wynagrodzenie personelu. Dając zaś wiarę spójnym wyjaśnieniom Zamawiającego i Przystępującego Izba ustaliła, że: Przystępujący zaangażowany był w szereg zamówień realizowanych na rzecz Zamawiającego, których przedmiot zamówienia odpowiadał objętemu Postępowaniem; Zamówienia na rzecz Zamawiającego były realizowane prawidłowo z zaangażowaniem stałego, wykwalifikowanego, doświadczonego i tożsamego do dedykowanego realizacji niniejszego Postępowania personelu; Ceny ofertowe na rynku lokalnym są niższe od ceny ofertowej Odwołującego i jednocześnie zbliżone do siebie i wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego i oscylują wokół ceny ofertowej Przystępującego (co potwierdziły również oferty odrzucone w niniejszym Postępowaniu oraz oferty złożone w 3 innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiającego; określając cenę ofertową Przystępujący skalkulował większy od minimalnego przewidzianego SWZ stopień zaangażowania wykonawcy (jego personelu) w realizację zadania; . Przystępujący jest spółką pracowniczą, wynagrodzenie pracowników określone jest umową a każdy zysk z kontraktu wypłacany jest w formie premii uznaniowej pracownikom; Przystępujący świadczy zamówienia na usługi zastępstwa inwestorskiego i zatrudnia posiadające w spółce udziały osoby z dużym doświadczeniem zawodowym, które znają zasady i procedury rynku lokalnego stosowane przez Zamawiającego; Przystępujący wycenił ofertę po zapoznaniu się z dokumentacją projektową i opracowaniu na jej podstawie harmonogramu roboczego prac z rozdziałem terminów realizacji poszczególnych typów robót i adekwatnego do rodzaju robót personelu; cena ofertowa przewidywała zysk a dodatkowo 25 % rezerwę na przedłużenie się robót/ roboty nieprzewidziane; Przystępujący przyjął większe zaangażowanie personelu niż wymagane w SWZ zarówno co liczby osób jak i czasu realizacji obowiązków, założył zastępowanie się zaangażowanego personelu w razie nieobecności (co możliwe jest wobec posiadania przez personel szerokich uprawnień) oraz możliwość zaangażowania dodatkowego zatrudnionego w spółce personelu w razie takiej konieczności, kalkulując zaangażowanie godzinowe brał pod uwagę to, że siedziba jest 6 km od placu budowy i nie ma potrzeby wyceny czasu wymaganego na mobilizację personelu; przewidział założony SWZ czas podstawowy realizacji robót budowlanych na 24 miesiące bez uwzględniania 2 miesięcznego okresu założonego SWZ na dopuszczenie do użytkowania, co daje dodatkową 2 miesięczną rezerwę kosztów pracowniczych; założył wymagany umową okres 14 dni na rozliczenia licząc od dnia od odbioru końcowego po dopuszczeniu do użytkowania; Przystępujący wycenił ofertę zakładając status quo jeśli chodzi o nieprzystąpienie do PPK przez jego pracowników; wycenił ofertę zakładając, że urlopy wykorzystane zostaną poza czasem realizacji robót budowlanych; Spółka zatrudnia 18 pracowników w tym 9 inspektorów a w realizację zamówienia angażuje 5 inspektorów; Umowa przewiduje waloryzację, co 6 mies. co zwiększa bezpieczeństwo wykonawcy.

Odwołujący nie wykazał, że któryś z elementów ceny nie był adekwatny lub nierynkowy w stopniu zagrażającym realizacji zamówienia w sposób zgodny z warunkami zamówienia lub przepisami prawa. Mając zaś na uwadze powyższe ustalenia Izba stwierdza, że rezerwa oraz zysk a także zastępowalność personelu wskazują na racjonalne oszacowanie ryzyk i tym samym ceny ofertowej przez Przystępującego i potwierdzają prawidłowość decyzji Zamawiającego, pozbawiając jednocześnie podstawy ewentualnego żądania ponownego wezwania do wyjaśnień rażąco

niskiej ceny..

Izba, w oparciu o wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz udzielonej odpowiedzi stwierdziła, że Przystępujący odniósł się do zakwestionowanych odwołaniem a objętych wezwaniem kwestii i skalkulował zakwestionowane elementy robót. W tym zakresie Izba dała również wiarę wyjaśnieniom Przystępującego i Zamawiającego.

Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z art. 224 ust. 1. Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia, określonymi przez zamawiającego. Ustawodawca nie zdefiniował terminu „rażąco niskiej ceny". Rzeczony termin odnosi się do ceny oderwanej od realiów rynkowych. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej i nie pozwalająca - przy zachowaniu reguł rynkowych - na wykonanie umowy przez wykonawcę, czyniąc je nieopłacalnym.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 Pzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wobec celu jakim jest rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp (zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu jeśli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu) zamawiający każdorazowo w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dowody, ocenia charakter ceny w kontekście przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej". Art. 224 ust. 3 Pzp zawiera czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, należy jednak pamiętać, że jest to katalog otwarty, przy czym dowód powinien być adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Powyższe przepisy mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Zabezpieczając Zamawiającego przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt 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 lub kosztu.

Jednocześnie zgodnie z art. 224 ust.5 Pzp na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar dowodowy wykazania charakteru ceny lub jej elementu jako niebędącej rażąco niskiej w stosunku do zamawiającego. Natomiast norma art. 537 pkt 1 Pzp w związku z art. 506 i n. Ustawy kładzie obowiązek wykazania, że działanie zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień i ofert były niezgodne z prawem na odwołującego. W postępowaniu odwoławczym konieczne jest więc wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone w wyniku procedury z art. 224 ust. 1 Pzp.

W niniejszej sprawie brak było podstaw do przyjęcia, że doszło do błędnej oceny ceny ofertowej lub jej istotnego elementu i udzielonych na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny odpowiedzi również w kontekście zakresu wezwania a odwołanie nie sprostało wymogom ciężaru dowodowego. Odwołanie w zasadzie sprowadziło się do kwestionowania okoliczności podniesionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i wskazywało na możliwość innej od dokonanej przez Przystępującego kalkulacji ceny. Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwa realizacja zamówienia za cenę ofertową, wyjaśnienia nie obejmują całości przedmiotu zamówienia i że nie mogły stanowić podstawy dla Zamawiającego do oceny ich jako prawidłowe, zgodne z Ustawą i uzasadniające przyjęcie, że cena ani jej istotny element nie jest ceną rażąco niską. Wskazać należy, że z art. 537 Ustawy wynika, że w postępowaniu odwoławczym

ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak Odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny. Przepis art. 537 pkt 1 Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania ciężar dowodowy. W niniejszym postępowaniu Odwołujący natomiast nie podniósł i nie wykazał okoliczności przemawiających za zasadnością sformułowanego przez niego zarzutu.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców", co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący ...……..