Sygn. akt KIO 2361/25

Warszawa, 14 lipca 2025 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie **9 lipca 2025 r**. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **9 czerwca 2025 r.**

przez wykonawcę: **Lyreco Polska S.A. z siedzibą w Sokołowie** [„Odwołujący"]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa środków czystości i chemii gospodarczej dla RZGW we Wrocławiu* (V.ROZ.2710.23.2025)

prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie** [„Zamawiający"]

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w takim zakresie, że nakazuje Zamawiającemu unie- ważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez ADMOR J.M. sp.k. z siedzibą w Radomiu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.).**
2. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
3. **Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego w 2/3 a Zamawiającego w 1/3, tj.:**
   1) **zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania** oraz jako **uzasadnione koszty postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika kwotę 2400 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące czterysta złotych zero groszy) **w przypadku Zamawiającego** i **kwotę 1200 zł 00 gr (**słownie tysiąc dwieście złotych zero groszy) **w przypadku Odwołującego**,
   2) **zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6300 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy trzysta złotych zero groszy).

Na niniejsze orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.**

U z a s a d n i e n i e

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający"} prowadzi za pomocą Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej we Wrocławiu na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp", „ustawa Pzp", „pzp", „Pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa środków czystości i chemii gospodarczej dla RZGW we Wrocławiu* (V.ROZ.2710.23.2025).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 24 marca 2025 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 58 pod poz. 189061.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

30 maja 2025 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ADMOR J.M. sp.k. {dalej: „Admor"}, sklasyfikowaniu na drugim miejscu oferty złożonej przez DAFIPAPIER sp. z o.o. z siedzibą w Białystoku {dalej: „Dafipapier"}, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez Lyreco Polska S.A. z siedzibą w Sokołowie {dalej również: „Lyreco"}.

9 czerwca 2025 r Lyreco Polska S.A. {dalej również: „Odwołujący"} wniosło odwołanie od powyższych czynności oraz zaniechań innych czynności objętych poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Lyreco jako niezgodnej z warunkami zamówienia wynikłe z błędnego stwierdzenia, że zaoferowany został wyrób medyczny, który nie był wymagany [zarzut samoistny nr 1].
2. Art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 – przez zaniechanie odrzucenia ofert Admoru i Dafipapieru, pomimo że obie zawierają rażąco niską cenę, a wykonawcy wezwani do wyjaśnienia ceny faktycznie takich wyjaśnień nie udzielili, gdyż nie uzasadnili w ramach złożonych wyjaśnień oraz załączonych dowodów podanej w ofercie ceny, a ich wyjaśnienia są lakoniczne i niepełne [zarzuty samoistne nr 2 i 3].
3. Art. 239 ust. 1 – przez wybór oferty jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu zamiast oferty Lyreco [zarzut wynikowy].

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2.Ponownego badania i oceny ofert, w tym unieważnienia odrzucenia oferty Lyreco oraz odrzucenia ofert Admoru i Dafipapieru.

3.Wyboru oferty Lyreco jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania sprecyzowano powyższe zarzuty przez podniesienie okoliczności faktycznych i prawnych, które wzięto pod uwagę i odzwierciedlono dalej w zakresie, który miał znaczenie dla rozstrzygnięcia.

W odpowiedzi na odwołanie z 8 lipca 2025 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, podnosząc okoliczności faktyczne i argumentację prawną, jak to poniżej zrelacjonowano, jeżeli miało to znaczenie dla sprawy.

[zarzut samoistny nr 1].

Izba ustaliła, co następuje:

Brzmienie uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Lyreco na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, tj. jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami tego zamówienia [pisownia oryginalna]:

Zamawiający pismem z dnia 16.05.2025 r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia zmiany stawki podatku VAT w Formularzu asortymentowo-cenowym w pozycjach 15 oraz 16 – rękawiczki lateksowe. Zamawiający określił przy tych produktach stawkę podatku VAT 23 %, zaś Wykonawca zmienił samodzielnie na 8 %. Wykonawca złożył we wskazanym terminie wyjaśnienia, w których powołał się na zakwalifikowanie rękawiczek jako wyrób medyczny, zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r.

Definicję wyrobu medycznego określa art. 2 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745. Art. 2 ust. 1 stanowi, że „Wyrób medyczny oznacza narzędzie, przyrząd, urządzenie, oprogramowanie, materiał lub inny artykuł, również połączenie tych elementów, przeznaczone przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu diagnozowania, zapobiegania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu choroby, urazu lub ubytku fizycznego, a także identyfikacji, leczenia, kompensacji lub łagodzenia uszkodzenia anatomii lub procesu fizjologicznego w drodze diagnostycznej lub terapeutycznej, niezależnie od tego, czy jest to stosowanie jednorazowe lub nie, ale nie osiągające swojego zasadniczego przewidzianego działania środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi, a jego działanie może być wspomagane takimi środkami.”.

W związku z tym, iż Zamawiający nie wskazał w opisie przedmiotu zamówienia, że zamawiany jest wyrób medyczny, choćby poprzez wskazanie 23 % stawki VAT, co sugeruje, że to nie wyrób medyczny, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

W ramach powyższego uzasadnienia Zamawiający lapidarnie, acz adekwatnie wyjaśnił, w jaki sposób stwierdził, że oferta Lyreco jest niezgodna z warunkami tego zamówienia, więc ustalenie poniżej dodatkowych okoliczności służy zweryfikowaniu rzeczywistego stanu rzeczy w kontekście twierdzeń składających się na podstawę faktyczną zarzutu zawartego w odwołaniu.

Po pierwsze, na przedmiot tego zamówienia wskazuje już jednoznaczna nazwa postępowania: „Dostawa środków czystości i chemii gospodarczej… Została ona powtórzona i rozwinięta w skróconym opisie przedmiotu zamówienia z pkt 4.1. SWZ [pisownia oryginalna]: *…w tym: środki czyszczące, produkty do zmywania naczyń, papier toaletowy, ręczniki papierowe, preparaty piorące, roztwory myjące, środki do czyszczenia podłóg i toalet, detergenty do zmywarek, miotły, szczotki i inne artykuły do sprzątania w gospodarstwie domowym, ścierki, rękawice ochronne, kremy do rąk itp.*.” Z kolei załącznik nr 3 do SWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, określający warunki realizacji odnoszące się do całego przedmiotu zamówienia, odsyła w pkt 3. co do szczegółowego zakresu przedmiotu zamówienia do załącznika nr 2 do SWZ – Formularza sortymentowo-cenowego. Jest to tabelaryczne zestawienie, w którym wyspecyfikowano 50 pozycji asortymentowych (każdą można przypisać do jednej z kategorii wymienionych w ramach skróconego opisu przedmiotu zamówienia), w 4. kolumnie określając ilość, a w 3. kolumnie opisując specyficzne dla każdej z tych pozycji parametry. W szczególności poz. 15. i 16. dotyczą rękawiczek lateksowych (odpowiednio rozmiarów L i XL) o teksturowanej powierzchni zewnętrznej i chlorowanej oraz bezpudrowej powierzchni wewnętrznej.

Po drugie, Zamawiający zdecydował się na określenie w Formularzu asortymentowo-cenowym jako właściwej dla wszystkich pozycji podstawowej stawki podatku VAT 23%, z wyjątkiem poz. 3. Płyn (żel) czyszcząco-dezynfekujący do WC ze stawką obniżoną 8%. Przy czym właściwa stawka została wskazana odrębnie dla każdej pozycji w przedostatniej kolumnie tabeli, gdyż formularz ten służy również określeniu przez wykonawcę dla każdej pozycji ceny i wartości jednostkowej netto, oraz, po powiększeniu tej ostatniej o kwotę podatku VAT według podanej stawki, wartości brutto. Innymi słowy, każdy z wykonawców miał wycenić każdą z pozycji z zastosowaniem podanej w formularzu asortymentowo-cenowym stawki VAT. W przypadku poz. 15. i 16. dotyczących rękawiczek lateksowych jest to stawka 23%.

Po trzecie, przed upływem terminu składania ofert nie wpłynęło żadne pytanie, a tym bardziej odwołanie, dotyczące

określonej przez Zamawiającego dla rękawiczek lateksowych z poz. 15 i 16. stawki podatku VAT. Tym samym podstawowa stawka VAT 23% stała się wiążącym elementem warunków tego zamówienia. Innymi słowy, ponieważ w okresie przewidzianym przez odnośnie przepisy ustawy pzp, po pierwsze – na zadawanie pytań odnośnie treści SWZ (art. 135), w tym wnioskowanie o jej zmianę, po drugie – na zaskarżenie tej treści (art. 515 ust. 2 pkt 1), żaden wykonawca nie skorzystał z tych instrumentów prawnych, w poz. 15. i 16. Należało obliczyć wartość brutto przy zastosowaniu stawki VAT 23%. Co, więcej, w uzasadnieniu odwołania pada stwierdzenie, że: *Nie można wykluczyć błędu Zamawiającego w podaniu tak, a nie inaczej określonej stawki VAT* [zob. przedostatnie zdanie przedostatniego akapitu na str. 4], więc przy dołożeniu należytej staranności przedsiębiorcy, w tym dbania o własny interes, Lyreco mogło i powinno zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie swoich wątpliwości co do możliwości zaoferowania rękawiczek lateksowych będących w rozumieniu Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylenia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (Dz.U. L 117 z 5.5.2017, str. 1-175), biorąc pod uwagę fakt, że są one objęte inną stawką podatku VAT niż określona przez Zamawiającego w SWZ. Skoro poza wszelkim sporem jest, że przedmiotem tego zamówienia jest m.in. dostawa środków ochrony osobistej, w tym rękawic ochronnych z lateksu, przeznaczonych do sprzątania, dla których właściwa jest stawka podatku VAT 23%, powyżej zacytowane stwierdzenie Odwołującego jest wręcz bezprzedmiotowe. Poza wszelkim sporem jest bowiem fakt, że dla takich rękawic jako środków ochrony indywidualnej kategorii III w rozumieniu Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/425 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony indywidualnej oraz uchylenia dyrektywy Rady 89/686/EWG (Dz.U. L 81 z 31.3.2016, str. 51-98), właściwa jest podstawowa stawka podatku VAT.

Po czwarte, skoro pomimo opisanego powyżej stanu rzeczy Lyreco zdecydowało się przy wypełnianiu Formularza asortymentowo-cenowego, będącego obligatoryjnym elementem treści oferty (jako załącznik do wypełnionego Formularza oferty wg wzoru z załącznika nr 1 do SWZ), zmienić stawkę podatku VAT określoną przez Zamawiającego na stawkę obniżoną 8%, uczyniło to na własne ryzyko. Co więcej, w złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy pzp wyjaśnieniach treści złożonej oferty Lyreco potwierdziło, że zmiana stawki podatku VAT z podstawowej na obniżoną w poz. 15. i 16. nie jest wynikiem omyłki, gdyż w tych pozycjach zostały zaoferowane rękawiczki lateksowe będące wyrobami medycznymi według rozporządzenia 2017/745. Tym samym Lyreco jednoznacznie wyraziło wolę zaoferowania w tym zakresie przedmiotu zamówienia na warunkach niezgodnych z obowiązującymi według SWZ.

Po piąte, z uwagi na powyższe okoliczności, na czele z określeniem w ramach obowiązujących warunków zamówienia dla każdej pozycji asortymentowej właściwej stawki podatku VAT, niebędące wynikiem omyłki złożenie oferty na choćby jedną pozycję z inną stawką VAT, obiektywnie rzecz biorąc może zostać zakwalifikowane jako złożenie oferty, której treść jest niezgodna z warunkami tego zamówienia. Zauważyć należy, że skoro w poz. 15. i 16. Formularza asortymentowo-cenowego Lyreco świadomie i celowo zaoferowało rękawiczki lateksowe będące wyrobami medycznymi, dla tak określonego przedmiotu oferty zmieniona przez Lyreco na obniżoną stawka podatku VAT jest prawidłowa, a treść oferty jest w tym zakresie definitywnie niezgodna z warunkami tego zamówienia. Jak wywiódł Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11, jedynie wówczas, gdy zamawiający wskazał w specyfikacji konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą także wysokość określonej w ofercie ceny, może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w specyfikacji. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Wynika z tego, że określona przez wykonawcę w ofercie stawka podatku VAT jest elementem jej treści podlegającym ocenie zgodności z warunkami zamówienia.

W tak ustalonym stanie rzeczy nic nie mogły wnieść do sprawy dowody zgłoszone na rozprawie przez Odwołującego, gdyż dotyczą niespornych a zarazem bez znaczenia dla rozpoznania zarzutu zawartego w odwołaniu okoliczności, tj. istnienia na rynku rękawiczek lateksowych, które mogą zostać zaklasyfikowane jako środki ochrony indywidualnej lub jako wyroby medyczne, oraz możliwości użycia tych drugich w pierwszym z tych zastosowań, w tym również do ochrony rąk przy wykonywaniu sprzątania z użyciem preparatów chemii gospodarczej.

Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp"} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp. Przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne

brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Ustawodawca zdecydował się na zmianę terminologii, gdyż obecnie punktem odniesienia dla oceny zgodności treści oferty są warunki zamówienia zamiast, jak poprzednio, wyłącznie specyfikacja istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ"}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ"}. O ile „SWZ" i „SIWZ" należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji"} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania, o tyle „warunki zamówienia" są nowym pojęciem, które ma swoją definicję legalną, co nie pozostaje bez wpływu na zakres zastosowania omawianej podstawy prawnej odrzucenia oferty.

Zarówno w obecnym, jak i poprzednim stanie prawnym co do zasady odrzuceniu podlega oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem proponowanych warunków umowy).

Dla rozpoznawanej sprawy znaczenie ma jednak, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty uregulowanej w art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów [por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009 – tezy dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp]. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią SWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie co do jej formy, które również zamieszczane są w SWZ [por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13]. O ile poprzednio taki zakres zastosowania omawianej przesłanki odrzucenia został wyinterpretowany w doktrynie i orzecznictwie, o tyle obecnie wynika wprost z przepisów ustawy pzp. Ustawa pzp zawiera bowiem w art. 7 pkt 29 definicję legalną warunków zamówienia, przez które należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji hipoteza normy, która wynika z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 pkt 9 ustawy pzp obejmuje szerokie spektrum niezgodności treści oferty z szeroko rozumianymi warunkami zamówienia, które nie ograniczają się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy.

Aby zapewnić możliwość zweryfikowania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, z jednej strony art. 20 ust. 1 pzp (art. 9 ust. 1 popzp) obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, w tym art. 133 ust. 1 pzp nakazuje udostępnienie specyfikacji (art. 37 ust. 2 popzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, sposób obliczenia ceny oferty, opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 134 ust. 1 pkt 4, 6, 14, 17, 18, 20; art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10, 12 13 i 16 popzp). Z drugiej strony art. 63 ust. 1 pzp zastrzega pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia powyżej progów unijnych formę elektroniczną (art. 10a ust. 5 popzp, przy czym w jeszcze dawniejszym stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności), a według art. 218 ust. 2 pzp treść takiej oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w art. 82 ust. 3 popzp mowa była o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji).

W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się stanowisko, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w specyfikacji wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia i warunkami umowy. Przede wszystkim każdy zamawiający może żądać sprecyzowania przedmiotu świadczenia objętego ofertą, co w przypadku dostaw rzeczy polega na podaniu danych identyfikujących producenta,

model, typ etc., co akurat nie było wymagane w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia. Natomiast o ile co do zasady określenie ceny oferty, w tym kwoty podatku VAT według stawki wynikającej z obowiązujących w tej mierze przepisów leży po stronie wykonawców, o tyle zamawiający może zdecydować się na określenie właściwej stawki podatku VAT. W takim przypadku wysokość tej stawki wchodzi w zakres zarówno warunków zamówienia, jak w tym postępowaniu, jak i treści oferty, z tym że rola wykonawcy sprowadza się do uwzględnienia tej stawki podatku VAT przy wyliczeniu ceny oferty. Nadal jednak mieści się to w ramach cywilistycznie rozumianej treści oferty, w doktrynie zamówień publicznych określanej jako oferta *sensu stricto*.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia. Przy czym o ile art. 223 ust. 1 pzp (87 ust. 1 popzp) uprawnia zamawiającego w toku badania i oceny ofert do zażądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, o tyle zabrania prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz – z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz szczególnego trybu dialogu konkurencyjnego) – dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Jednocześnie z art. 223 ust. 2 pkt 1-3 pzp (art. 87 ust. 2 pkt 1-3 popzp) wynika nakaz poprawienia przez zamawiającego w ofercie zarówno oczywistych omyłek pisarskich czy rachunkowych, jak i innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli poprawienie tych nieoczywistych omyłek nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W konsekwencji nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Omówione powyżej instytucje poprawienia omyłek właściwe dla Prawa zamówień publicznych nie wyłączają konieczności dokonywania wykładni oświadczenia woli, jakim są zarówno specyfikacja, jak i oferta zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż przez odesłanie wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy pzp znajduje tu zastosowanie art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według przepisu art. 65 § 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Innymi słowy wynikające z przepisów art. 65 Kodeksu cywilnego dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie uchwycono w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności.

Reasumując, w ustalonych powyżej okolicznościach nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, gdyż Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na stwierdzoną niezgodność jej treści z warunkami tego zamówienia, która nie mogła zostać usunięta w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

[zarzuty samoistne nr 2 i 3].

Izba ustaliła, co następuje:

W związku z odbieganiem cen ofert Admoru i Dafipapieru o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz od ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia Zamawiający stwierdził, że ceny te wydają mu się rażąco niskie i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w warunkach tego zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów mających zastosowanie do tego zamówienia, stąd wezwał każdego z tych wykonawców do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty i wykazania, że ma charakter rynkowy i zapewnia należyte wykonanie zamówienia. Innymi słowy, Zamawiający wystosował wezwanie z powołaniem się *de facto* na treść art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy pzp.

Zamawiający nie skorzystał z dyspozycji art. 224 ust. 2 pkt 1 *in fine*, tzn. nie uznał, że stwierdzone rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Z tego względu bez znaczenia dla sprawy jest dystansowanie się przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie od tak dokonanej czynności, której również nie unieważnił. W konsekwencji bez znaczenia jest, że podkreślanie w odpowiedzi na odwołanie, że ceny ofert odpowiednio Admoru i Dafipapieru odbiegają odpowiednio o 14,84% i 9,43% od średniej arytmetycznej cen pięciu złożonych ofert, tzn. z pominięciem oferty z najwyższą ceną oferty (4-6 razy wyższą od cen pozostałych ofert). Przede wszystkim nieuprawniony i niewiarygodny jest wniosek Zamawiającego, wysnuty li tylko na potrzeby postępowania

odwoławczego, jakoby samo przez się miało to potwierdzać rynkowy poziom cen ofert Admoru i Dafipapieru.

Z drugiej strony wystosowane wezwania sprowadzają się do powielenia treści przepisów ustawy pzp, w tym również art. 224 ust. 3 pkt 1)-8), przy czym nie ma znaczenia, że według tego ostatniego przepisu wyjaśnienia mogą dotyczyć wymienionych tam okoliczności, a według brzmienia wezwania muszą. Oczywiste jest bowiem, że wykonawca może powołać się na te czynniki umożliwiające obniżenie ceny, które go dotyczą i są istotne dla określenia wysokości ceny jego oferty.

Jednakże podkreślić należy, że skoro Zamawiający nie ograniczył zakresu tych wezwań do niektórych pozycji formularza asortymentowo-cenowego, należy je poczytać za dotyczące wszystkich pozycji jako istotnych dla ustalenia ceny oferty, która wzbudziła wątpliwości, czy nie jest rażąco zaniżona.

Brzmienie wyjaśnień złożonych przez Admor w piśmie z 26 maja 2025 r. [pisownia oryginalna]:

W odpowiedzi na otrzymane wezwanie dotyczące rażąco niskiej ceny, wyjaśniamy, że jesteśmy firmą handlową działającą na rynku przez kilkanaście lat. Przez ten czas wypracowaliśmy u wielu dostawców wysokie rabaty, ponadto dysponujemy doświadczonym zespołem logistycznym i parkiem samochodowym, dzięki czemu możemy sprawnie łączyć dostawy, i tym samym minimalizować koszty transportu.

Kalkulacja cenowa:

Wartość brutto została wyliczona w następujących krokach:

–ustalenie jednostkowej ceny netto

–wyliczenie wartości netto - (cena jednostkowa netto x ilość)

–ustalenie stawki podatku VAT

–wyliczenie wartość podatku VAT (wartość netto x 0,23 przy stawce podatku VAT 23% lub wartość netto x 0,08 przy stawce podatku VAT 8%)

–wyliczenie wartości brutto (wartość netto + ustalona kwota stawki podatku VAT (nasze wyliczenie: wartość netto + kwota podatku VAT)

Cena jednostkowa netto składa się z:

–ceny netto zakupu (cena od naszego dostawcy/producenta, w cenie zostały uwzględnione rabaty ustalone dla nas przez naszych dostawców

–marży handlowej, obejmującej również koszty transportu i inne koszty operacyjne

W załączeniu przedkładamy przykładowe faktury zakupowe oraz ofertę od naszych dostawców na wybrane produkty z oferty tj. worki na śmieci 1201, 351, 601, odświeżacz powietrza w żelu, odświeżacz powietrza w aerozolu, mydło w płynie 51, mydło kostka 100g

Dokumenty te świadczą o naszej rynkowej ofercie i potwierdzają, że ceny podane w ofercie nie są rażąco niskie oraz nie stanowią czynu nieuczciwej konkurencji.

Mamy nadzieję, że powyższe wyjaśnienia oraz załączona dokumentacja potwierdzają realność naszej oferty oraz jej zgodność z wymaganiami Zamawiającego.

Załączniki:

- faktury zakupowe

- oferta handlowa

Brzmienie wyjaśnień złożonych przez Dafipapier w piśmie z 26 maja 2025 r. [pisownia oryginalna]:

Zaproponowana cena wynika z wieloletniego doświadczenia oraz pozycji na rynku Wykonawcy. Cena ofertowa została skalkulowana prawidłowo i obejmuje wszystkie koszty i składniki niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Kalkulacji ceny dokonaliśmy na podstawie wycen naszych stałych dostawców.

Najważniejsze elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny oferty to :

•zakup towarów – około 70-80 % wartości oferty

•pozostałe: koszt transportu , załadunek i rozładunek, ubezpieczenie, koszty pracownicze, marża itp. – około 20-30% wartości oferty

Pragnę nadmienić, że nasza firma w chwili obecnej realizuje kilkadziesiąt różnych zamówień publicznych i wszystkie przez nas realizowane zamówienia są kalkulowane w oparciu o aktualne ceny jak i koszty własne.

Wszystkie dostawy są realizowane zgodnie z wymaganiami Zamawiających zarówno pod względem jakości dostarczonych produktów jak i sposobu dostawy. Ponadto wszystkie zamówienia realizujemy w oparciu o własne zasoby, bez udziału podwykonawców.

Dokonaliśmy kalkulacji cenowej pozwalającej zachować zadowalający dla nas poziom zysku przy uwzględnieniu produktów, które są zgodne z zapisami SIWZ.

W załączeniu przedstawiam dokumenty zakupu od producentów i dystrybutorów potwierdzających prawidłową kalkulację naszej oferty.

Kluczowe znaczenie ma fakt, że pomimo złożenia przez Dafipapier lapidarnych wyjaśnień, zawierają one kalkulację

ceny oferty, którą można zweryfikować na podstawie załączonych licznych faktur, wbrew twierdzeniu zawartemu w odwołaniu, gdzie zrównano ocenę wyjaśnień złożonych przez obu wykonawców. Odwołujący zaniechał przy tym, bo nie był tym zainteresowany, zweryfikowania zakresu pozycji przedmiotu zamówienia pokrywanego przez te faktury, choć to na nim spoczywał obowiązek sprecyzowania zarzutu, jak to uczynił w odniesieniu do wyjaśnień Admoru. Jak sam to wskazał na rozprawie Odwołujący, faktury przedstawione przez Dafipapier obejmują 89 poz. asortymentowych, czyli mogą pokrywać nawet cały zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia i oferty, a co najmniej Odwołujący nie wykazał, że jest inaczej. Natomiast bez znaczenia jest mnożenie w odwołaniu ponad rozsądną miarę kategorii kosztów (transportu, magazynowania, pakowania, obsługi administracyjnej, logistycznej, pracowniczych, ogólnych prowadzenia przedsiębiorstwa czy ryzyka kontraktowego), które według Odwołującego nie zostały przez Dafipapier odpowiednio wyjaśnione i udowodnione. Z uwagi na to, że przedmiot tego zamówienia dotyczy dostawy, maksymalnie w trzech rzutach [patrz § 2 ust. 2 Projektu umowy], powszechnie dostępnych produktów *loco* magazyn Zamawiającego, wyjaśnienie, że w cenie oferty koszty zakupu tych produktów stanowią około 70-80% a te pozostałe koszty około 20-30%, wystarczająco uzasadnia cenę oferty.

Odmiennie przedstawia się stan rzeczy w odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez Admor, które rzeczywiście nie zawierają choćby szczątkowej kalkulacji. Wbrew użytej nazwie „Kalkulacja cenowa" sprowadza się do powielenia opisu sposób obliczenia ceny oferty, czyli kolejności działań matematycznych, która została określona we wzorze Formularza asortymentowo-cenowego z załącznika nr 2 do SWZ (udostępnionego przez Zamawiającego w formacie edytowalnego pliku arkusza kalkulacyjnego). Ponadto niesporne, bo przyznany przez Zamawiającego na rozprawie, jest istotny fakt podniesiony w odwołaniu, że załączone faktury, które można przyporządkować do złożonej oferty (według odręcznych dopisków naniesionych przez Admor są to poz. 7., 9., 17., 18., 19., 22, 23., 38.), dotyczą tylko około 10% wartości netto oferty. Wbrew temu, co sugerował Zamawiający, nie daje żadnego obrazu kalkulacji oferty, tj. nie uzasadnia wysokości ceny oferty. Ma to kluczowe znaczenie w sytuacji, gdy same wyjaśnienia nie zawierają kalkulacji, a jedynie ogólnikowe zapewnienia. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie bezpodstawnie zrównał wartość dowodową obu wyjaśnień, która w przypadku Admoru jest oczywiście niewystarczająca.

Izba zważyła, 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.

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

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym według art. 224 ust. 4 pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Z przywołanych powyżej przepisów wynika, że relacja pomiędzy przepisami ust. 1 i 2 art. 224 ustawy pzp jest taka, że ten pierwszy ma charakter nadrzędny, a drugi określa jedynie szczególne przypadki, w których wezwanie do wyjaśnienia ceny ma charakter obligatoryjny (w pkt 1) lub nieobligatoryjny (w pkt 2). Nie oznacza to, że inne okoliczności

niż objęte tymi przepisami nie mogą w sposób zobiektywizowany wskazywać na to, że cena lub jej istotne części składowe powinny wydawać się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub wzbudzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia i warunkami umowy lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 537 pkt 2 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ponieważ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp"} zawierała zbliżone uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania poprzednio obowiązujących przepisów.

Należy rozważyć, co oznacza termin „rażąco niska cena", gdyż jak trafnie wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08, przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny" orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w uzasadnieniu w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. sygn. akt KIO 592/13 zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w uzasadnieniu wyroku z 4 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1562/11 wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „UZP"} dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, robót budowlanych.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność", „niewiarygodność", „nieadekwatność", „znaczne odbieganie" etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność", „koszt wytworzenia", „rentowność na zadaniu"), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W

szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

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

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

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

Z kolei według art. 513 pkt 1 i 2 pzp (art. 180 ust. 1 popzp) odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Stąd dla skutecznego zakwestionowania wyboru oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, konieczne a zarazem wystarczające jest wykazanie, że zamawiający nieprawidłowo ocenił te wyjaśnienia. W konsekwencji również Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia, które zostały złożone zamawiającemu przez wezwanego wykonawcę, uzasadniły należycie cenę jego oferty.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień o nowe okoliczności uzasadniające cenę oferty oraz zgłosić na ich poparcie dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

W niniejszej sprawie w uzasadnieniu odwołania, co znajduje potwierdzenie w powyżej poczynionych ustaleniach, adekwatnie sprecyzowano okoliczności, które świadczą o tym, że Zamawiający nie miał wystarczających podstaw faktycznych, aby pozytywnie ocenić wyjaśnienia złożone na jego żądanie przez wykonawcę, którego ofertę następnie bezprawnie wybrał. Z kolei z uwagi na znikomą wartość merytoryczną tych wyjaśnień, czego nie skompensowały załączone dowody, niepodobieństwem było, aby Zamawiający był w stanie w postępowaniu odwoławczym wykazać, że obiektywnie rzecz biorąc mógł uznać tak złożone wyjaśnienia za wystarczająco uzasadniające cenę tej oferty. Tym

samym drugi zarzut odwołania należało uznać za zasadny.

Natomiast dla rozpatrzenia trzeciego zarzutu istotne znaczenie ma, że zgodnie z art. 555 ustawy pzp (art. 192 ust. 7 popzp) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, a także, choć w mniejszym stopniu, prawnych. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzeczniczą konsekwentnie prezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą i została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Zwięźle i konkretnie ujęto tę kwestię w uzasadnieniach poniżej wskazanych wyroków Izby. *Wskazanie nowych faktów, nawet wyczerpujących dyspozycję tego samego przepisu pzp, jest uznawane za nowy zarzut* [wyrok z 13 marca 2023 r. sygn. akt KIO 291/23]. *Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów (art. 555 Prawa zamówień publicznych). Zarzut składa się z podstawy prawnej – wskazanie przepisu, który został naruszony, i podstawy faktycznej, tj. okoliczności, które mogłyby być rozpatrywane przez Izbę w kontekście ewentualnego naruszenia przepisu ustawy. Podniesiony zarzut musi być skonkretyzowany* [wyrok z 22 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 360/23]. *W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że postępowanie odwoławcze nie służy uzupełnianiu treści odwołania. Skoro rozstrzygnięcie odwołania winno ograniczać się do zarzutów zawartych w odwołaniu to mnożenie okoliczności faktycznych i prawnych w toku postępowania odwoławczego, należy uznać za rozszerzenie przedmiotu odwołania nie zaś za uzasadnienie zarzutów sformułowanych w odwołaniu* [wyrok z 5 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2690/13].

Co istotne, Sąd Okręgowy w Warszawie, który jako Sąd Zamówień Publicznych wręcz rygorystycznie przestrzega stosowania art. 555 pzp, w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2023 r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23wywiódł, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art 555 ustawy pzp. Sąd z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem, a zatem w zakresie niespornym jest niedopuszczalne. Również orzekanie co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzony w art. 537 pzp szczególny rozkład ciężaru dowodu nie zmienia tego, że wpierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp lub art. 224 ust. 6 pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty (nie) jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień (nie) powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

W rozpoznawanej sprawie, jak to powyżej ustalono, w uzasadnieniu odwołania wybiórczo i ogólnikowo potraktowano treść złożonych przez wykonawcę, którego ofertę Zamawiający sklasyfikował na drugim miejscu, wyjaśnień i dowodów. Odwołujący *de facto* nie podważył merytorycznej wartości tych wyjaśnień i załączonych dowodów, gdyż w sposób nieuzasadniony zrównał ją z wyjaśnieniami i dowodami złożonymi przez wykonawcę, którego ofertę Zamawiający wybrał. Natomiast poczynione powyżej ustalenia potwierdzają, że obiektywnie rzecz biorąc w tym przypadku Zamawiający prawidłowo uznał otrzymane wyjaśnienia i dowody za wystarczająco uzasadniające cenę oferty.

Co więcej, parafrazując stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie (działającego jako Sąd Zamówień Publicznych) zaprezentowane w ramach uzasadnienia wyroku z 22 grudnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 90/21, zawarta w złożonych wyjaśnieniach kalkulacja nie może być uznana z założenia za niewiarygodną. O ile oczywiste jest, że tak złożone wyjaśnienia obejmujące kalkulację stanowią dokument pochodzący od wykonawcy, o tyle nie pozbawia to go automatycznie jakiejkolwiek mocy dowodowej. Kalkulacje i oświadczenia jak każdy dowód podlegają bowiem ocenie. Tymczasem Odwołujący, abstrahując od zbagatelizowania załączonych przez drugiego wykonawcę dowodów, błędnie uważa, że na podstawie wyjaśnień w ogóle nie jest możliwe przeprowadzenie weryfikacji realności ceny ofert.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. i 2. sentencji. Podkreślić należy, że potwierdzenie się zarzutu zaniechania odrzucenia wybranej oferty jest konieczne a zarazem wystarczające, aby odwołanie musiało w tym zakresie zostać uwzględnione, gdyż naruszenie przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp, a w konsekwencji również art. 239 ust. 1 ustawy pzp, miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie tego zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego i Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzone złożonymi rachunkami), orzeczono w pkt 3. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy, tj. na podstawie art. 557 ustawy pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437) w 2/3 obciążono nimi Odwołującego i w 1/3 Zamawiającego.