Sygn. akt KIO 3177/25

Warszawa, 12 września 2025 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie **8 września 2025 r**. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **28 lipca 2025 r.**

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Nomad Electric sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Nomad Grid sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący"]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa linii kablowej SN 15 kV zasilacz RS Daleszyce – etap III (ZKSN-RS Daleszyce) – RE Kielce (PK30)* (POST/DYS/OSK/LZA/00505/2025)

prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie** [„Zamawiający"]

przy udziale jako współuczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy: **ELEKTRO-SILVER sp. z o.o. z siedzibą w Konarzycach** [„Przystępujący"]

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża solidarnie Odwołujących, tj.:
1) **zalicza w poczet tych kosztów kwotę 20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania** oraz **kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **uzasadnionych kosztów Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika**,
2) **zasądza solidarnie od Odwołujących na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset 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

PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinieprowadzi 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 sektorowego na roboty budowlane pn. *Budowa linii kablowej SN 15 kV zasilacz RS Daleszyce – etap III (ZKSN-RS Daleszyce) – RE Kielce (PK3* (POST/DYS/OSK/LZA/00505/2025).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 26 lutego 2025 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 40 pod poz. 129106.

Wartość tego zamówienia jest powyżej progów unijnych.

17 lipca 2025 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ELEKTRO-SILVER sp. z o.o. z siedzibą w Konarzycach{dalej: „Elektro-Silver", „Wykonawca" lub „Przystępujący"}.

28 lipca 2025 r. Nomad Electric sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Nomad Grid sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, którzy wspólnie złożyli ofertę {dalej: „Konsorcjum" lub „Odwołujący"} wnieśli odwołanie od powyższej czynności i zaniechania odrzucenia wybranej oferty.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:
1.Art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 – przez dokonany wybór oferty, podczas gdy oferta Konsorcjum powinna zostać najwyżej oceniona w postępowaniu [*de facto* zarzut wynikowy w stosunku do tego z pkt 2. poniżej].
2.Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 i w zw. z art. 16 pkt 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Elektro-Silveru z uwagi na rażąco niską cenę, w sytuacji gdy złożone przez niego wyjaśnienia nie potwierdzają możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za cenę jego oferty, gdyż są lakoniczne i ogólnikowe oraz nieudowodnione.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2.Powtórzenie badania i oceny ofert.
3.Odrzucenia oferty Ekekrto-Silveru.

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 5 września 2025 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc okoliczności faktyczne i argumentację prawną, jak to poniżej zrelacjonowano, jeżeli miało to znaczenie dla sprawy.

Przystępujący w piśmie z 14 sierpnia 2025 r. wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc okoliczności i wywodząc, jak to odnotowano poniżej, jeżeli miało to znaczenie dla sprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Wystosowane przez Zamawiającego do Elektro-Silveru wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty miało charakter standardowy, tj. sprowadzało się do powołania się na odnośne przepisy, bez sformułowania jakichś konkretnych wątpliwości. Stąd nie ma podstaw, aby uznać złożone przez Elektro-Silver wyjaśnienia, których trzonem jest opiewająca na 128 pozycji kalkulacja ryczałtowej ceny ofertowej, za nie czyniące zadość tak sformułowanemu wezwaniu.

Przeważająca część podstawy faktycznej odwołania ma charakter ogólny, a konkretne zastrzeżenia odnośnie wyjaśnień ceny oferty Elektro-Silveru zawarte są w pkt 2.34 [tj. w tabeli na str. 19.-23.] odwołania.

Przystępujący i Zamawiający skutecznie podważyli jednak zasadność tych zastrzeżeń.

1. Długość kabla SN w ramach dostaw inwestorskich – według odwołania w kalkulacji przyjęto wartość robocizny do wykonania 24.766 m, podczas gdy w ramach dostaw inwestorskich ma zostać przekazane 81.250 m kabla SN. Tymczasem w rzeczywistości liczba metrów do przygotowania trasy kablowej, czyli wykonania wykopu, odpowiada dokumentacji projektowej. Ponieważ w jednym wykopie znajdować się będą dwa tory, a każdy będzie się składał z trzech żył kabla, do wykonania pozycji nr 2-5 niezbędne będzie ok 79 km kabla SN. Ponadto standardem jest dostawa kabla z niewielkim nadmiarem.
2. Transport kabla SN – wszelkie koszty transportu zostały uwzględnione w wycenie z uwzględnieniem odpowiednich stawek kosztowych pod właściwą pozycją prac. Maszyny stanowią własność Elektro-Silveru. Użytkowany system kosztorysowy dodaje koszt amortyzacji, paliwa i transportu w oparciu o rzeczywistą kalkulację odległości i rodzaju pojazdu. Nie założono ponoszenia kar za uszkodzone bębny, gdyż od wielu lat do tego nie doszło ze strony Elektro-Silveru. Natomiast jeśli taka kara wystąpiłaby, jedynie zmniejszy wysokość marży.
3. Długość trasy kabla – zastrzeżenia Odwołującego wynikają z niezrozumienia techniki wykonywania prac. Elektro-Silver określił długość trasy kablowej zgodnie z dokumentacją projektową, w sposób, o którym mowa w pkt 1. Powyżej.
4. Przejęcie gwarancji – porozumienia o przejęciu gwarancji są nieodpłatne i nie wiążą się z dodatkowymi kosztami. Elektro-Silver jako podmiot o bardzo dobrej kondycji finansowej zawiera takie porozumienia bez dodatkowych zabezpieczeń. W treści opisu przedmiotu zamówienia nie ma mowy o dodatkowych kosztach z tego tytułu.
5. Rozdzielnia SN 15 kV – wbrew twierdzeniu o braku jej wyceny, zostało to uwzględnione w poz. nr 77 jako „doposażenie pół GPZ – 4 kpl.”, który to opis powinien być oczywisty dla profesjonalisty.
6. Koszty sprzętu budowlanego – koszty amortyzacji, paliwa i transportu sprzętu będącego w całości własnością Elektro-Silveru zostały uwzględnione w kosztorysie w ramach robocizny, w tym operatorów, którzy są zatrudnieni na umowach o pracę.
7. Zajęcie pasa drogowego – według odwołania wykonawca prac powinien jednym zezwoleniem na zajęcie pasa przejąć całą trasę na kilka miesięcy. Tymczasem jest normalną praktyką jest, aby prace wykonywać etapowo i obejmować niewielkie odcinki pasa drogowe, na krótkie okresy, np. 5-dniowe. Stąd założona przez Elektro-Silver kwota 262 tys. zł jest aż nadto wystarczająca.
8. Odległość od siedziby Elektro-Silveru – nie ma znaczenia, gdyż spółka realizuje prace i dysponuje pracownikami w różnych częściach kraju. Koszty związane z transportem i zakwaterowaniem zostały ujęte w kosztorysie adekwatnie.
9. Zabezpieczenie należytego wykonania – Elektro-Silver zgodnie z § 6 projektowanej umowy zamierza skorzystać z możliwości wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania w pieniądzu, co nie wiąże się z dodatkowym kosztem.
10. Termin realizacji – z odwołania wynika, że został on zaniżony do trzech miesięcy, pomimo 11-miesięcznego okresu wskazanego w dokumentach tego zamówienia. Elektro-Silver jak dotychczas realizował analogiczny zakres umowny w 2 miesiące. Przykładowo w 2023 r. w okresie trzech miesięcy wykonał budowę 81 km trasy kablowej, podczas przypadku odległość będzie kilkukrotnie mniejsza.

Poza tym jeszcze uzasadnienie odwołania zawiera [w pkt 2.17.-2.22. na str. 12.-14.] zastrzeżenia co do ogólnego wskazania przez Elektro-Silver w wyjaśnieniach, że zatrudnia osoby za wynagrodzeniem wyższym niż minimalne wynikające z odnośnych przepisów, w zestawieniu z twierdzeniem, że do wykonania tego zamówienia niezbędne jest zatrudnienie wysokiej klasy specjalistów, przy czym nie zostało skonkretyzowane, na jakie wynagrodzenia miałoby się to przeskładać. W rzeczywistości w ramach warunków udziału w tym postępowaniu wskazano jedno takie stanowisko, tj. kierownika budowy.

Z kolei wobec ogólności wezwania i fragmentarycznego odniesienia się w odwołaniu do kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach, nie ma podstaw, aby stwierdzić, że nie obejmuje ona kosztów robocizny, tyle że w inny sposób, niż

chciałby Odwołujący.

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

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

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ponieważ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (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”. 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 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.

Sposób sformułowania zarzutów rozpoznawanego odwołania czyni celowym wskazanie na specyfikę postępowania odwoławczego. 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. Jednakże kluczowe znaczenie w tej sprawie ma to, że zgodnie z art. 555 ustawy pzp (art. 192 ust. 7 popzp) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale także prawnych, w tym wskazywanych jako naruszone przepisów ustawy pzp. 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.

Z kolei aktualnie Sąd Okręgowy w Warszawie jako Sąd Zamówień Publicznych rygorystycznie przestrzega stosowania art. 555 pzp, gdyż jak wywiódł w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2023 r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23, 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 zarówno orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem (a zatem w zakresie niespornym), jak i 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 konsekwencji odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, wymaga odpowiedniego sformułowania zarzutów i żądań, w tym wskazania na naruszenie co najmniej niektórych z obowiązujących w tej materii przepisów, o których mowa poniżej, czego Odwołujący zaniechał, z wyjątkiem omówionych powyżej zastrzeżeń, które okazały się być nieadekwatne.

Odwołujący konsekwentnie obstawał przy tym, że aby kalkulacja poszczególnych kategorii kosztów z wyjaśnień mogła być przez niego uznana za wiarygodną i zasługują na podanie analizie, konieczne było poparcie jej odrębnymi dowodami, kwestionując wartość dowodową samych wyjaśnień zawierających kalkulację.

Takie stanowisko nie zasługuje jednak na aprobatę, gdyż rygor dowodowy, który ustawa pzp nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie pzp. Zwrócić przy tym należy uwagę na to, że w wezwaniu Zamawiający nie domagał się przedłożenia określonych dowodów na potwierdzenie sposobu skalkulowania ceny. Z tych względów nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawca udowodnił brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które jego zdaniem są wystarczająco uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia.

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 Zamawiający, przyjmując nazbyt formalistyczne podejście co do braku możliwości traktowania ich jako dowodów, błędnie uważa, że na ich podstawie w ogóle nie jest możliwe przeprowadzenie weryfikacji realności ceny oferty, choćby przez zażądanie informacji uszczegóławiających i ewentualnie stosownych dowodów .

Izba zważyła ponadto, że jeżeli Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień miałby jakieś wątpliwości, w powyżej ustalonych okolicznościach przepisy ustawy pzp, w tym art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp lub art. 224 ust. 6 pzp rozpatrywane w kontekście wyrażonych w art. 16 pkt 1 pzp zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie stały temu na przeszkodzie wystosowaniu kolejnego wezwania do ich wyjaśnień., a wyrażona w art. 16 pkt 3 pzp zasada proporcjonalności wręcz obligowała do tego, skoro niewyjaśnione stały się przyczyną odrzucenia oferty. Przy stosowaniu art. 224 ust. 6 pzp należy mieć bowiem na uwadze, że zgodnie z art. 69 ust. 3 zd. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE {dalej: „dyrektywa klasyczna"} – czyli przepisem, który podlegał implementacji do krajowego porządku prawnego instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem (analogiczny przepis zawierała również uchylona dyrektywa 2004/18/WE). Stąd procedura wyjaśniająca cenę oferty nie zawsze może lub powinna ograniczać się do jednokrotnego wezwania do wyjaśnień i ich oceny przez zamawiającego. Użycie sformułowania „konsultacje" jednoznacznie wskazuje nie tylko na większą aktywność obydwu stron, ale i na dopuszczenie etapowego przebiegu tej procedury.

Możliwość wielokrotnego wzywania do udzielenia wyjaśnień potwierdzają też opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych (np. zawarte w „Informatorze..." nr 11 z 2013 r.) oraz dotychczasowe orzecznictwo sądów powszechnych, np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 lipca 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 9 grudnia 2010 r. sygn. akt V Ga 122/10, w których uzasadnieniach jednoznacznie wskazuje się, że brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną. Stanowisko to nie jest również odosobnione w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która wielokrotnie wskazywała, że szczególnie w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie Zamawiającego jest ogólnikowe i niekonkretne – jak to miało również miejsce w niniejszej sprawie – wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji zaniechania odpowiedniego sformułowania wezwania, a co za tym idzie, zamawiający winien ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, wskazując, które kwestie wymagają uszczegółowienia i w jakim zakresie. Nie ma również żadnych przeszkód, aby ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia wzbudziły określone nowe szczegółowe wątpliwości (tak np. w uzasadnieniach wyroków wydanych: 23 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1143/15 czy 18 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 150/16).

Wobec tego, rozpoznając sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że należy uznać je za niezasadne gdyż Zamawiający nie miał podstaw, aby odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie dotychczas

złożonych wyjaśnień, których zakres odpowiadał wystosowanemu wezwaniu. Działanie takie należałoby uznać również za nieodpowiadające zasadzie proporcjonalności wyrażonej w art. 16 pkt 3 pzp.

W konsekwencji oferta Przystępującego prawidłowo została wybrana jako najkorzystniejsza według kryteriów oceny ofert.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzone złożoną fakturą VAT), orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy, tj. na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 oraz § 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) obciążając nimi Odwołującego. Jednocześnie nie uwzględniono wniosku Przystępującego o zasadzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, gdyż przepisy powyższego rozporządzenia przewidują taką możliwość w § 8 ust. 2 pkt 2 lub 3, tj. wyłącznie w sytuacji, gdy do rozprawy doszło na skutek sprzeciwu przystępującego po stronie Zamawiającego wobec uwzględnienia przez tego ostatniego w całości lub w części zarzutów odwołania.