

**WYROK**  
z dnia 15 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:   Andrzej Niwicki**

**Protokolant:       Rafał Komoń**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 r. przez wykonawcę **Zakład Remontowo Drogowy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich**

przy udziale wykonawcy **Z. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „JAGEZ” Firma Transportowo-Usługowa Z. J. z siedzibą w Łodzi** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Zakład Remontowo Drogowy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łodzi** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich ul. Piotrkowska 175 90-447 Łódź prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa ulicy Lipowej i ulicy Próchnika na odcinku od 1-go Maja do Żeromskiego.” Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym UE dnia 21.12.2020 nr: 2020/S 248-616063

Odwołujący: Zakład Remontowo Drogowy Spółka z o.o. Sp. k. ul. Piotrkowska 276 bud. A, 90-361 Łódź wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U poz. 2019 ze zm.) w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej. Wpis w wysokości 20 000 zł uiszczono.

I. Odwołujący zarzuca, że Zamawiający swoim działaniem naruszył przepisy ustawy pzp, a w szczególności:

1) art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp) przez wybór oferty wykonawcy Z. J. Firma Transportowo - Usługowej „JAGEZ”, zwaną dalej także „JAGEZ”, pomimo tego, że oferta ta nie powinna być wybrana, gdyż zawiera rażąco niską cenę,

2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp przez wybór oferty „JAGEZ”, podczas, gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę, co potwierdzają złożone wyjaśnienia, które nie odpowiadają nawet wezwaniu Zamawiającego.

II. W związku z powyższymi zarzutami wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy JAGEZ,

2) odrzucenia oferty wykonawcy JAGEZ.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy pzp, w szczególności może ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W dniu 3 marca 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty - oferty wykonawcy JAGEZ Z. J. W opinii Odwołującego oferta ta powinna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

Zamawiający wezwał bowiem wykonawcę pismem z dnia 11.02.2021 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Wezwanie Zamawiającego było bardzo szczegółowe, zwrócił się między innymi o przedstawienie kalkulacji cenowej. Zamawiający wskazał także, iż

cyt: „W przedłożonej kalkulacji należy wykazać koszty realizacji poszczególnych elementów zgodnie z wymaganiami określonymi w Opisie przedmiotu zamówienia i Wzorze umowy, w tym dla każdego z elementów:

- koszty osobowe z wyszczególnieniem ilości zaangażowanych osób,
- koszty materiałów (o ile występują)
- koszty sprzętu (o ile występują)
- pozostałe koszty (o ile występują)
- założony zysk”.

Bezsporne jest, że wykonawca JAGEZ takiej kalkulacji nie przedstawił, a tym samym nie podołał wezwaniu zamawiającego. Ponadto należy wskazać, że nie tylko nie podołał wezwaniu, ale jego wyjaśnienia są zupełnie nieprzekonujące. Nie przedstawił w nich niczego, co mogło by wskazywać na wyjątkowe okoliczności wykonywania zamówienia sprzyjające tylko temu wykonawcy. Wykonawca JAGEZ wskazał między innymi na zaplecze sprzętowe i organizacyjne, którym dysponuje w Łodzi. Nie jest to jednak okoliczność wyjątkowo sprzyjająca tylko temu wykonawcy i pozwalająca na zaoferowanie ceny na takim poziomie, gdyż również Odwołujący i inni Wykonawcy dysponują zapleczem w Łodzi. Nie jest to zatem okoliczność sprzyjająca tylko wykonawcy JAGEZ. Również kolejne okoliczności powoływane przez Wykonawcę są dostępne i odwołującemu i innym wykonawcom. Sprzyjające warunki wykonania prac w sezonie wiosennym i letnim są przecież warunkami dostępnymi dla każdego z wykonawców i nie uzasadniają bynajmniej możliwości zaoferowania niższej ceny. Nie są bowiem okolicznością sprzyjającą tylko temu jednemu wykonawcy. Podkreślić należy, że samo przedstawienie ofert od podwykonawców i dostawców również nie jest argumentem, czy też dowodem na okoliczność, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Oferty od podwykonawców czy też dostawców powinny być połączone z konkretnymi pozycjami cenowymi oraz winno być wskazane, w jaki sposób dzięki tym ofertom wykonawca „zaoszczędził” na konkretnych pozycjach oraz jak ceny od podwykonawców wpływają na cenę ofertową. Podkreślić należy, iż nie jest to także okoliczność, która jest dostępna tylko i wyłącznie wykonawcy JAGEZ. Większość wykonawców ma bowiem na rynku swoich podwykonawców, czy też usługodawców, od których dostaje ceny z upustem. Nie jest to zatem żadna okoliczność szczególna i argument na okoliczność, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Tym bardziej, że oferty nie zostały w żaden sposób powiązane z kalkulacją szczegółową, której przecież Zamawiający żądał, a która przez JAGEZ nie została złożona.

Na marginesie trzeba zwrócić uwagę, iż z analizy ceny ofertowej wynika, że cena za ławki jest ceną rażąco niską i żaden z wykonawców nie zaoferował takiej ceny. Zamawiający zatem powinien zwrócić uwagę, czy nie ma do czynienia z ceną dumpingową; czynem nieuczciwej konkurencji, a nie akceptować wyjaśnienia co do ofert podwykonawców w sposób totalnie bezrefleksyjny.

Zgodność oferty z dokumentacją techniczną i przetargową oraz odbycie wizji lokalnej również nie jest okolicznością, która miałaby wyjaśniać rażąco niską cenę. Nie jest to także okoliczność, która sprzyjałaby tylko temu konkretnemu wykonawcy. Jest to raczej standard, że wykonawca składa ofertę, która jest zgodna z dokumentacją techniczną i przetargową, a nie okoliczność, która miałaby tłumaczyć rażąco niską cenę.

Podsumowując należy wskazać, iż JAGEZ nie przedstawił przekonujących wyjaśnień, iż nie zaoferował ceny rażąco niskiej. W zasadzie można powiedzieć, że nie przedstawił żadnych wyjaśnień, gdyż brak jest kalkulacji cenowej, o którą zwracał się zamawiający, a złożone wyjaśnienia są wyjaśnieniami blankietowymi, które nie potwierdzają żadnych szczególnych okoliczności dostępnych wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu.

W opinii Odwołującego wykonawca nie wyjaśnił także cen jednostkowych, co do wyjaśnienia których został wezwany Wykonawca. Odwołujący wskazuje, iż w jego opinii nie jest możliwe zaoferowanie cen jednostkowych takich, jakie zaoferował JAGEZ na kwestionowane pozycje jednostkowe, przy przyjęciu pełnej zgodności z przedmiotem zamówienia.

W wyroku KIO 3448/20 Izba wskazała: „Wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Jak bowiem wynika z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 pzp, na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zatem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest obowiązek odrzucenia oferty”. Przenosząc powyższy wyrok na przedmiotowy stan faktyczny należy wskazać, iż wykonawca JAGEZ złożył wyjaśnienia, które nie pozwalają stwierdzić, iż zaoferowana cena jest realna zatem, konsekwencją powinien być obowiązek odrzucenia jego oferty. Podobnie w wyroku KIO 3126/20: „Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu. Podkreślić należy raz jeszcze, że wykonawca JAGEZ złożył wyjaśnienia ogólnikowe, które nie potwierdzają w zasadzie „niczego”, nie wskazują, jakie okoliczności spowodowały możliwość zaoferowania rażąco niskiej ceny. KIO 2416/20:

„Nieprzedstawienie kompletnych i wystarczająco konkretnych wyjaśnień skutkuje ziszczeniem się przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp. Jak bowiem wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 3 pzp zaistnienie przesłanki do odrzucenia oferty ma miejsce nie tylko wtedy, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz także wtedy; gdy wykonawca nie złożył wyjaśnień, przez co należy rozumieć również brak złożenia kompletnych i wystarczająco konkretnych wyjaśnień.

Reasumując należy zwrócić uwagę, że złożone wyjaśnienia nie zawierają dosłownie żadnej kalkulacji, żadnego przełożenia na wartości matematyczne. Słowem nie ma odniesienia do jakichkolwiek liczb potwierdzających, o ile dzięki wskazanym czynnikom cena ofertowa uległa zmianie.

Zamawiający: Miasto Łódź Zarząd Inwestycji Miejskich złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie w całości wniesionego odwołania jako bezzasadnego oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego wg norm prawem przepisanych.

Wskazał, że w wyznaczonym terminie 25 stycznia 2021 r. oferty złożyło sześciu Wykonawców. Zamawiający planował przeznaczenie na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 2.963.009,03 zł

Pismem z 11 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę „JAGEZ” Firma Transportowo-Usługowa Z. J. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty, a mających wpływ na wysokość ceny, które w jednoznaczny sposób potwierdzą, że zaoferowana cena pozwala na wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, w zakresie:

- a) ceny związanej z dostarczeniem i montażem ławek (poz. nr 52 d. 6 i nr 53 d.6 kosztorysu branży drogowej),
- b) stwierdzono brak w kosztorysach osobnej pozycji związanej z wykonaniem 2 szt. fundamentów dla parkomatów.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 11 lutego 2021 r.

Pismem z 15 lutego 2021 r. Wykonawca JAGEZ odniósł się do wezwania Zamawiającego. W zakresie ceny związanej z dostarczeniem i montażem ławek wskazał, że dzięki wieloletniej współpracy z firmą Baster, producentem małej architektury miejskiej, udało się wynegocjować korzystne ceny, m. in. na ławki z poz. nr 52 d6 i nr 53 d.6 kosztorysu branży drogowej. Na potwierdzenie załączył do pisma ofertę z potwierdzeniem negocjacji warunków oferty firmy Baster. W odniesieniu do braku w kosztorysach osobnej pozycji związanej z 2 szt. fundamentów dla parkomatów wyjaśnił, że prace związane z wykonaniem 2 szt. podstaw pod parkomaty zostały wycenione na kwotę 1.250,00 zł netto i uwzględnione w pozycji

kosztorysowej 19 d. 1.5 „Wdrożenie i uruchomienie sygnalizacji ulicznej (Sygnalizacje świetlne), której całkowita wartość wynosi 7.475,00 zł netto.

Dowód: pismo JAGEZ z dnia 15 lutego 2021 r.

Zgodnie z arkuszem oceny ofert dot. przedmiotowego postępowania różnica pomiędzy ceną oferty JAGEZ a wartością zamówienia wynosi 665.856,65 zł, tj. 22,47%, a różnica w stosunku do średniej arytmetycznej wynosi 369.636,65zł, tj. 13,86%.

Mając na uwadze powyższy stan sprawy zamawiający nie zgadza się z zarzutami odwołania. W nawiązaniu do wezwania z 11.02.2021 o wyjaśnienie wątpliwości, które budziła cena jednostkowa związana z dostarczeniem i montażem ławek (poz. nr 52 d.6 i nr 53 d.6 kosztorysu branży drogowej) oraz o wskazanie pozycji kosztorysowej, w której uwzględnione zostało wykonanie dwóch sztuk fundamentów pod parkomaty, Zamawiający wskazał:

a) wyjaśnienie cen jednostkowych ławek: Wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnienia w zakresie cen jednostkowych pozycji kosztorysowych nr 52 d.6 i nr 53 d.6 kosztorysu branży drogowej, które na tle cen złożonych przez pozostałych oferentów budziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w zaoferowanych cenach. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie potwierdził, że dostarczy wskazane elementy małej architektury w zaoferowanych cenach, a na dowód tego przedstawił dodatkowo "POTWIERDZENIE WARUNKÓW OFERTY po NEGOCJACJACH" z 21.02.2021 uzgodnionych z dostawcą firmą BASTER. Dostawca, którego oferta posłużyła Wykonawcy do sporządzenia oferty w postępowaniu przetargowym, zrealizował wiele dostaw różnych elementów małej architektury na terenie Miasta Łodzi, również na zlecenie Zarządu Inwestycji Miejskich i każdorazowo dostarczone elementy spełniały wymagania Zamawiającego i były zgodne z wytycznymi zawartymi w opisie technicznym. Nie ma zatem podstaw aby poddawać w wątpliwość jakość zaoferowanych ławek.

Przedstawione przez Wykonawcę potwierdzenie oferty złożonej przez Dostawcę, Zamawiający uznał za wystarczające, zatem dalsze wyjaśnienia w tym zakresie były zbędne. Nie znalazły w tym przypadku zastosowania wymagania kalkulacji kosztów: osobowych, materiałowych, sprzętu, ponieważ w pozycji budzącej wątpliwości mamy do czynienia z dostawą gotowego materiału z ceną potwierdzoną przez dostawcę i montażem polegającym na ustawieniu ławek w miejscach określonych w projekcie.

b) brak w kosztorysach osobnej pozycji związanej z wykonaniem dwóch sztuk fundamentów pod parkomaty: w wezwaniu Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, w której pozycji kosztorysowej Wykonawca uwzględnił koszt wykonania podstaw pod parkomaty. W swoich wyjaśnieniach Wykonawca wykazał, że koszt wykonania podstaw to kwota 1.250,00 zł netto, na którą składa się głównie ułożenie betonu. Zatem uwzględnienie tej kwoty w pozycji kosztorysowej 19 d. 1.5 "Wdrożenie i uruchomienie sygnalizacji ulicznej" która została na kwotę 7 475,00 zł netto jest możliwe, ponieważ w zakresie tej pozycji

kosztorysowej zawiera się również wylanie betonu pod osadzenie masztów i słupków sygnalizacji świetlnej i jest to beton o takich samych parametrach w obu przypadkach. Wykonawca udzielił tym samym odpowiedzi na zadane pytanie, co Zamawiający uznał za wystarczające.

Ponadto wskazane pozycje kosztorysowe nie mają znaczącego wpływu na wartość złożonej oferty globalnie i nawet w przypadku zaoferowania kwoty na poziomie złożonym przez oferenta, którego oferta była drugą co do wysokości, w dalszym ciągu oferta złożona przez firmę "JAGEZ" jest najniższą. Nie ma podstaw do sklasyfikowania jej jako oferty o rażąco niskiej cenie, podważając tym samym możliwość właściwego wykonania przedmiotu zamówienia, zatem wyjaśnienia Wykonawcy zostały uznane za wystarczające, nie budzące wątpliwości, a tym samym oferta nie została odrzucona.

Intencją Zamawiającego było zweryfikowanie dwóch pozycji kosztorysowych, jednoznacznie wskazanych w wezwaniu z 11 lutego 2021 r. Zamawiający nie wzywał Wykonawcy JAGEZ do złożenia w zakresie całej oferty, zaoferowanej ceny za wykonanie całości zamówienia, a jedynie dwóch elementów oferty opisanych powyżej. Przy czym jedynie w zakresie dostarczenia i montażu ławek (poz. nr 52 d.6 i nr 53 d.6 kosztorysu branży drogowej) wątpliwości Zamawiającego budziła zaoferowana cena jednostkowa.

Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku."

Żadna z powyższych okoliczności nie zachodzi w postępowaniu. Oferta JAGEZ nie spełnia kryteriów określonych w art. 91 ust. 1a bowiem cena całkowita oferty nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Jak wskazano powyżej różnica pomiędzy ceną oferty JAGEZ a wartością zamówienia wynosi 665.856,65 zł, tj. 22,47 %, a różnica w stosunku do średniej arytmetycznej wynosi 369.636,65zł, tj. 13,86 %.

Przedstawione przez Wykonawcę potwierdzenie oferty złożonej przez Dostawcę - firmę BASTER, Zamawiający uznał za wystarczające, zatem dalsze wyjaśnienia w tym zakresie były zbędne. Nie znalazły w tym przypadku zastosowania wymagania kalkulacji kosztów: osobowych, materiałowych, sprzętu, ponieważ w pozycji budzącej wątpliwości mamy do czynienia z dostawą gotowego materiału (cena potwierdzona przez dostawcę) i montażem polegającym na ustawieniu ławek w miejscach określonych w projekcie.

Wykonawca: Z. J. „JAGEZ” Firma Transportowo-Uslugowa zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W ocenie Przystępującego Wykonawcy zarzuty przedstawione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie, ponieważ nie odpowiadają stanowi rzeczywiście. Wobec powyższych okoliczności w pełni przychyliła się do stanowiska Zamawiającego i przyłączając się do zgłoszonych przez niego wniosków, wnosi o oddalenie odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza** rozpoznając odwołanie na rozprawie z uwzględnieniem materiału dowodowego w sprawie, na który składają się w opis przedmiotu zamówienia, treść ofert złożonych zamawiającemu, mając nadto na względzie stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Niespornie odwołujący spełnia przesłanki materialnoprawne do wniesienia odwołania wskazane w art. 505 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. mającej zastosowanie zgodnie z przypomnieniem przedstawionym w odwołaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przez wybór oferty wykonawcy Firmy Transportowo-Uslugowej „JAGEZ”, pomimo tego, że oferta ta nie powinna być wybrana, gdyż zawiera rażąco niską cenę, a wniosek taki wynika także z faktu, iż złożone wyjaśnienia nie odpowiadają nawet wezwaniu Zamawiającego.

Ustalono, że dnia 11 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę - przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty, a mających wpływ na wysokość ceny, które potwierdzą, że zaoferowana cena pozwala na wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. W piśmie wskazano, że prośba „dotyczy elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ istotne elementy złożonej przez Państwa oferty wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami, jak również z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający zwraca się zatem o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty, a mających wpływ na wysokość ceny, które w jednoznaczny sposób potwierdzą, że zaoferowana cena pozwala na wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. W szczególności, że wykonawca skalkulował i oferuje wykonanie zamówienia z uwzględnieniem nw. Wymogów określonych w siwz dla realizacji niniejszego zamówienia”: (tu wskazano na wątpliwości w zakresie ceny dostarczenia i montażu ławek oraz brak osobnej pozycji związanej z wykonaniem 2 szt. fundamentów dla parkomatów). W dalszej części zamawiający wskazał na oczekiwane elementy wyliczenia z



uwzględnieniem okoliczności wskazanych w art. 91 ust. 1 pkt 1 – 5 ustawy pzp oraz wymóg złożenia z wyjaśnieniami kalkulacji cenowej dotyczącej wykonania zamówienia.

Wykonawca odniósł się do wezwania zamawiającego i w zakresie ceny związanej z dostarczeniem i montażem ławek wskazał na współpracę z firmą Baster, gdzie wynegocjował korzystne ceny, m. in. na ławki z poz. nr 52 d6 i nr 53 d.6 kosztorysu branży drogowej. Na potwierdzenie załączył do pisma ofertę firmy Baster. W odniesieniu do braku w kosztorysach osobnej pozycji związanej z 2 szt. fundamentów dla parkomatów wyjaśnił, że prace związane z wykonaniem 2 szt. podstaw pod parkomaty zostały wycenione na kwotę 1.250,00 zł netto i uwzględnione w pozycji kosztorysowej 19 d. 1.5 „Wdrożenie i uruchomienie sygnalizacji ulicznej (Sygnalizacje świetlne), której całkowita wartość wynosi 7.475,00 zł netto.

W odniesieniu do całej ceny oferty wykonawca wskazał na cztery czynniki cenotwórcze tj. stawkę rbg, wskaźnik kosztów pośrednich, wskaźnik kosztów zakupu i wskaźnik zysku podając ich wartości. Ponadto przedstawił wyjaśnienia, jak zasadnie zauważył odwołujący, o znacznym stopniu ogólności.

Wobec sporu, czy zamawiający żądał od wykonawcy wyjaśnienia dotyczącego wysokości zaoferowanej ceny oferty, czy ceny dwóch elementów oferty, konkretnie wskazanych w wezwaniu, skład orzekający uznaje, że wezwanie dotyczyło ceny oferty, w tym „w szczególności” wymienionych elementów. Należy przy tym zauważyć, że wezwanie zamawiającego wynikało z jego własnej decyzji, podjętej w rzeczywistości w następstwie zawiadomienia odwołującego o nierealności ceny oferowanych ławek. Jednocześnie niesporne jest, że nie zachodziła ustawowa przesłanka obligująca zamawiającego do prowadzenia postępowania wyjaśniającego z uwagi na stosunek ceny oferty badanej do wartości przedmiotu zamówienia lub do cen ofert pozostałych. Zgodnie z arkuszem oceny ofert dot. przedmiotowego postępowania różnica pomiędzy ceną oferty JAGEZ a wartością zamówienia wynosi 665.856,65 zł, tj. 22,47%, a różnica w stosunku do średniej arytmetycznej wynosi 369.636,65zł, tj. 13,86%.

Okoliczność tak ma w ocenie składu orzekającego znaczenie, bowiem decyzja zamawiającego, czy wykonawca złożył wystarczające wyjaśnienia, jest w istocie autonomiczną oceną zamawiającego, który ma prawo uznać za wystarczające otrzymane informacje. Cytowana częściowo dokumentacja nie wskazuje wprost na domniemanie rażąco niskiej ceny, lecz na konkretne wątpliwości i braki dotyczące dwóch elementów, które to pozycje nie mają znaczącego wpływu na wartość złożonej oferty globalnie i nawet w przypadku zaoferowania kwoty na poziomie drugiej oferty, w dalszym ciągu oferta złożona przez firmę "JAGEZ" jest najniższą. Zamawiający w toku oceny ofert, na podstawie zgromadzonego materiału, miał prawo do przyjęcia oceny, iż nie ma podstaw do sklasyfikowania spornej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę i uznania, że wyjaśnienia

Wykonawcy są wystarczające, nie budzące wątpliwości, a tym samym oferta nie została odrzucona.

W konsekwencji zarzuty wadliwego wyboru oferty przystępującego i niezasadnego zaniechania odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Izba uznaje za nieudowodnione.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) obciążając odwołującego kwotą uiszczzonego wpisu.

**Przewodniczący:** .....