

Sygn. akt: KIO 359/23

**WYROK**

**z dnia 24 lutego 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Katarzyna Odrzywolska

**Protokolant:** Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2023 r. przez wykonawcę **Hydratec Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Suwałki**

przy udziale wykonawcy **Grupa Izoterm Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu Gminie Suwałki unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Grupa Izoterm Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach, jako zawierającą rażąco niską cenę;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Suwałki, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Hydratec Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Suwałki na rzecz wykonawcy Hydratec Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku kwotę 14 222 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

**Gmina Suwałki** (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. Modernizacja wraz z nadbudową, termomodernizacją z wymianą źródeł ciepła w Szkole Podstawowej im. Lotników Polskich w Płocicznie-Tartak; nr postępowania: ZP.271.16.2022.EW (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej niższej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 21 grudnia 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00509156/01.

W dniu 3 lutego 2023 r. zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej tj. Grupa Izoterm Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach (dalej „Grupa Izoterm” lub „przystępujący”).

Wykonawca **Hydratec Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** (dalej „Hydratec” lub „odwołujący”) w dniu 8 lutego 2023 r. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu a polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Grupa Izoterm i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że ten naruszył niżej wymienione przepisy ustawy Pzp:

1. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Grupa Izoterm, w sytuacji gdy: wykonawca złożył nierzetelne, ogólnikowe wyjaśnienia ceny, nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny, tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia a w konsekwencji należy uznać, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny wskazanej w ofercie; cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 239 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się wyborem jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, która to oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu; odrzucenia oferty Grupa Izoterm.

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty odwołujący wskazał, że w dniu 9 stycznia 2023 r. zamawiający w związku z tym, iż cena całkowita oferty wykonawcy Grupa Izoterm jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny/ kosztu lub ich części składowych. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca w dniu 10 stycznia 2023 r. złożył wyjaśnienia wraz pismem firmy KRAM Sp. z o.o., mającymi potwierdzać, że zaoferowana cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

Dalej zauważył, że w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone trzy oferty: 1. Hydratec Sp. z o.o. z ceną: 9 102 000,00 PLN; 2. Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe BCOMPLEX z ceną: 10 597 026,88 PLN; 3. Grupa Izoterm, cena: 5 879 400,00 PLN. Cena oferty Grupa Izoterm jest przy tym niższa o 35,41 % od ceny oferty Hydratec Sp. z o.o. oraz niższa o 44,52 % od ceny oferty Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe BCOMPLEX oraz niższa o 40,31 % od średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Odwołujący, odnosząc się do treści złożonych przez przystępującego wyjaśnień stwierdził, że w piśmie podaje on ogólnikowe sformułowania takie jak: „system zarządzania produkcją zoptymalizowany w sposób zapewniający nam obniżone koszty wytwarzania w procesie produkcji budowlanej”, „posiadamy magazyny z częścią materiałów potrzebnych do budowy”, „posiadamy długoletnie relacje z hurtowniami z województwa, dzięki czemu możemy zapewnić bardzo konkurencyjne ceny na materiały budowlane” itp. Ponadto wykonawca wskazał, iż kalkulując ofertę przyjął średnie stawki robocizny i materiałów dla województwa Podlaskiego IV kw. 2022 r. W tym miejscu przypomniał, że inwestycja została zaplanowana na okres 19 miesięcy od dnia podpisania umowy. Tymczasem wykonawca oparł swe wyliczenia w oparciu o średnie stawki robocizny i materiałów dla województwa Podlaskiego IV kw. 2022 r., bez uwzględnienia inflacji i innych czynników, jakie obecnie mają wpływ na wysokość cen. Już sama ta okoliczność wskazuje, że wykonawca nie wziął pod uwagę realnej sytuacji rynkowej, zaniżając tym samym cenę w swej ofercie. Nadto Grupa Izoterm nie wskazała w piśmie jakie średnie stawki roboczogodziny i materiałów przyjęła do wyceny, w jakim publikatorze zostały opublikowane.

Dodatkowo, na poparcie swoich ogólnych twierdzeń, przystępujący złożył jedynie pismo z firmy KRAM Sp. z o.o., z którego nie wynika nic oprócz stwierdzenia, że zaopatrują wykonawcę GRUPA IZOTERM Sp. z o. o. w materiały budowlane oraz udzielają rabatów.

Nie wiadomo natomiast o jakim poziomie rabatów mowa, jakie konkretnie materiały zostaną zakupione, za jaką kwotę, i jak to w związku z tym konkretnie wpłynie na poziom kosztów w tej konkretnej inwestycji. Zatem oprócz ogólnikowych twierdzeń, wykonawca w żaden sposób nie wykazał, nie udowodnił, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający dał wiarę ogólnikowym wyjaśnieniom złożonym przez wykonawcę Grupa Izoterm, które nie zostały w żaden sposób poparte dowodami i zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy, czym w istotny sposób naruszył przepisy ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego przedmiotowego zamówienia, w obecnych realiach rynkowych, nie da się wykonać za zaoferowaną przez tego wykonawcę cenę, wobec czego cenę oferty należy uznać za niewiarygodną, rażąco niską.

Przypomniał ponadto, że w przepisie art. 224 ust. 5 ustawy Pzp mowa jest o "wykazaniu", czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniem do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle nie udzielił odpowiedzi oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Z treści wyjaśnień wykonawcy na pierwszy rzut oka wynika, że są ogólnikowe, niekonkretne i niepoparte żadnymi dowodami. Wskazane wyjaśnienia nie zawierają też żadnych wyliczeń, które potwierdzałyby tezy w nich wskazane. Odwołujący wskazywał ponadto, że ewentualna próba dowodzenia realności ceny oferty na etapie postępowania odwoławczego, musiałaby zostać uznana za próbę spóźnioną. Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Powyższe prowadzi do wniosku, że obowiązkiem wykonawcy jest udowodnienie realności zaoferowanej ceny zamawiającemu na etapie składania stosownych wyjaśnień. Z tego powodu ewentualne, złożone w toku postępowania odwoławczego, a nieprzedstawione zamawiającemu z wyjaśnieniami, informacje i dowody nie będą mogły mieć wpływu na rozstrzygnięcie złożonego odwołania. W toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby

ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione (tak w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3738/21).

Odwołujący argumentował dalej, że rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymaga odpowiedzi na pytanie, czy oferent wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowodu wykazania prawidłowości ceny oferty oraz, czy na podstawie złożonych wyjaśnień i dowodów zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena ta nie jest rażąco niska. Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że ten wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzoryczny i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Same wyjaśnienia nie mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składane są przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Rzeczą wykonawców wezwanych do wyjaśnień jest złożenie miarodajnych, rzeczowych i konkretnych wyjaśnień popartych dowodami. Odwołujący zauważył, że podniesione w złożonym odwołaniu okoliczności, znajdują odzwierciedlenie w aktualnej linii orzeczniczej (tak np. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2022 r., sygn. akt KIO 363/22); Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r.; sygn. akt KIO 151/22).

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Grupa Izoterm Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

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

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

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

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Zamawiający dokonał czynności polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Grupa Izoterm pomimo, że zdaniem odwołującego podlega ona odrzuceniu. Tym samym, w razie gdyby Izba nakazała powtórzenie czynności oceny ofert, a w ramach powtórzonych czynności odrzucenie oferty przystępującego, to odwołujący ma szansę być wybranym w tym postępowaniu, zawrzeć umowę, zrealizować zamówienie a w rezultacie osiągnąć zysk z jego realizacji.

Izba nie podzieliła w tym zakresie argumentacji zamawiającego, który zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak też na rozprawie argumentował, że odwołanie podlega oddaleniu z tego powodu, że brak jest interesu we wniesieniu odwołania z tej przyczyny, że nawet w przypadku uwzględnienia odwołania, odwołujący nie uzyska zamówienia ani w przedmiotowym postępowaniu, ani też w razie jego powtórzenia. Jak stwierdził, zamawiający przeznaczył na jego sfinansowanie kwotę 5 883 000,00 zł. i tej nie może zwiększyć. Gdyby zatem nawet doszło do powtórzenia postępowania, to odwołujący musiałby obniżyć swoją cenę o ponad 55%, co jednoznacznie wskazywałoby, że zaproponowana przez niego w tym przetargu cena jest rażąco zawyżona, a dodatkowo dowodziło, że cena oferty Grupa Izoterm nie nosi znamion rażąco niskiej.

Argumentacja ta w ocenie Izby jest nietrafiona. Przypomnieć bowiem należy, że pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, powinno być interpretowane szeroko, jako odnoszące się nie tylko do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim

postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Tym samym interes ten może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, podnoszonych zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania. W świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a winno być łączone z definicją legalną zamówienia publicznego (tak m.in. w Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 5 sierpnia 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 48/21).

Należy podkreślić, że również wykonawca, który złożył ofertę z ceną przewyższającą kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ma interes w złożeniu odwołania. Jeżeli oferta opiewająca na cenę przewyższającą kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, to zamawiający nie ma bezwzględnego uprawnienia ani obowiązku unieważnienia postępowania, ale ma obowiązek sprawdzenia możliwości zwiększenia kwoty, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny wybranej oferty. Dopiero w przypadku, gdy nie będzie to możliwe, a decyzja ta zapadnie dopiero w momencie gdy okaże się, że oferta z ceną przekraczającą możliwości finansowe zamawiającego jest najkorzystniejsza, zamawiający postępowanie unieważnia w oparciu o przepis art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Na chwilę wniesienia odwołania, zamawiający pomimo składanych deklaracji, takiej pewności mieć nie może. Ponadto, nawet w przypadku unieważnienia postępowania, odwołujący ma szansę na jego pozyskanie w ramach powtórnego postępowania. Trudno jest przewidywać jaką kwotę zaproponuje w złożonej ofercie, w końcu czy zamawiający nie zwiększy kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zadania, w nowym, powtórnym zamówieniu.

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

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje**

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w pkt 3 specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) jest wykonanie prac projektowych oraz robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” dla zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja wraz z nadbudową, termomodernizacją z wymianą źródeł ciepła w Szkole Podstawowej im. Lotników Polskich w Płocicznie-Tartak” na działkach o nr ew. 363/70 i 363/61”. W celu realizacji zamierzeń inwestycyjnych określonych w Programie



Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) wykonawca, zgodnie z: Programem Funkcjonalno-Użytkowym (PFU), audytami energetycznymi, warunkami przyłączenia urządzeń kanalizacyjnych do sieci gminnej oraz projektem Umowy, wykona kompletną dokumentację projektową, następnie zrealizuje wszelkie roboty budowlane, na podstawie wykonanej dokumentacji projektowej oraz ww. opracowań zgodnie z uzyskanym prawomocnym pozwoleniem na budowę.

Ponadto Izba ustaliła, że w treści Ogłoszenia o zamówieniu w sekcji 4.2. Informacje szczegółowe odnoszące się do przedmiotu zamówienia, pkt 4.2.2.) Krótki opis przedmiotu zamówienia, ppkt 3.11. zamawiający zawarł informację, że Gmina Suwałki dysponuje „WSTĘPNĄ PROMESĄ DOTYCZĄCĄ DOFINANSOWANIA INWESTYCJI Z PROGRAMU RZĄDOWY FUNDUSZ POLSKI ŁAD: PROGRAM INWESTYCJI STRATEGICZNYCH Nr Edycja 2/2021/2650/PolskiLad” na kwotę 5 883 000,00 PLN (słownie: pięć milionów osiemset osiemdziesiąt trzy tysiące złotych zero groszy PLN). Udział własny wynosi 15,01 % wartości Zadania inwestycyjnego, z czego wartość Zadania inwestycyjnego stanowi sumę kwot Dofinansowania z Programu i udziału własnego.

Jednocześnie z notatki, załączonej przez zamawiającego, znajdującej się w aktach sprawy, a dotyczącej szacowania wartości zamówienia wynika, że termin realizacji zamówienia to 2024 r. Roboty budowlane wyceniono na kwotę: 4 532 391,23 zł netto, dokumentację projektową na: 226 619,56 zł netto (5% wartości robót budowlanych). Z kolei łączna szacunkowa wartość zamówienia: 4 759 010,79 zł netto, co stanowi 1 068 576,16 euro netto. Jak wskazano w notatce wartość zamówienia oszacowano na podstawie kosztorysów inwestorskich sporządzonych przez: Usługi Projektowe i Informatyczne D. P., ul. Sikorskiego 57A, 16-400 Suwałki, data: 30 września 2022 r. oraz rozeznania rynku. Szacowania wartości zamówienia dokonano w dniu 10 października 2022 r.

Ponadto, z akt sprawy wynika, że zamawiający pismem z 9 stycznia 2023 r. wezwał wykonawcę Grupa Izoterm do złożenia wyjaśnień dotyczących zaproponowanej przez niego ceny. W treści pisma wskazał, że cena/ koszt lub istotne części składowe złożonej oferty, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji zamówienia przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zaoferowana całkowita cena oferty jest niższa o 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Z tego powodu zamawiający, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp, wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny/kosztu zaoferowanej ceny lub ich istotnych części składowych.

Dalej zamawiający wskazał, że wyjaśnienia winny dotyczyć w szczególności następujących aspektów: (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 10.10.2002 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.

Ponadto sprecyzował, że wzywa wykonawcę do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ofertowej, uwzględniającej powyższe elementy wraz z dowodami.

Wykonawca Grupa Izoterm, w odpowiedzi na powyższe, pismem z 10 stycznia 2023 r. udzielił wyjaśnień, w których w pierwszej kolejności zadeklarował, że dokonał szczegółowej analizy kosztowej zadania i potwierdza wartość złożonej oferty oraz pełną gotowość do wykonania przedmiotu zamówienia. Dalej stwierdził, że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności, nie będzie ponosił strat. Dodatkowo, cena jego oferty nie odbiega znacząco od szacunkowej wartości zamówienia, lecz jedynie od cen innych pozostałych wykonawców.

Ponadto zauważył, że formuła "zaprojektuj i wybuduj" oznacza, że zamawiający nie dysponuje szczegółowymi opracowaniami planowanej inwestycji. W formule tej zamawiający opracowuje jedynie wstępny projekt inwestycji (PFU) i na jego podstawie przygotowywana jest dokumentacja przetargowa, w tym planowane koszty prac projektowych oraz planowane koszty robót budowlanych, stanowiące podstawę do ustalenia wartości zamówienia. Dzięki doświadczeniu i dysponowaniu projektantami wykonawca może zoptymalizować kalkulację. Składowe ceny są racjonalne i umożliwiają prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Poniżej wyjaśnił, że: (1) Wyliczenie arytmetyczne wskazuje na fakt, iż nasza oferta faktycznie jest niższa o 30 % od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, jednak należy zwrócić uwagę, że jej wartość mieści się w środkach inwestora przeznaczonych na

wykonanie przedmiotu zamówienia i to tylko nieznacznie poniżej przewidzianej kwoty. Zwracamy uwagę, iż kwota przeznaczona przez inwestora na sfinansowanie przedmiotu zamówienia również jest niższa o 30 % od średniej arytmetycznej złożonych ofert. To jednoznacznie wskazuje, że kalkulacja naszej oferty jest prawidłowa a pozostałe oferty zostały rażąco zawyżone. (2) Ponadto oświadczamy, że opracowany przyjęty przez nas system zarządzania produkcją budowlaną został w ubiegłym roku zoptymalizowany w sposób zapewniający nam obniżone koszty wytwarzania w procesie produkcji budowlanej. (3) W zakresie realizacji w znacznym stopniu będziemy opierać się na siłach własnych korzystając z zasobów firmy ciężki oraz lekki sprzęt budowlany oraz siłę roboczą (w firmie Izoterm pracuje ok. 15 wysoko wykwalifikowanych pracowników). (4) Kalkulując naszą ofertę dokładnie sprawdziliśmy zakresy robót objętych warunkami przetargu do wykonania oraz przyjęliśmy średnie stawki robocizny i materiałów dla województwa Podlaskiego IV kw. 2022 r. Skalkulowana oferta jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ani minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10.10.2002 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. Nasza oferta jest również zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej. (6) Wszyscy nasi pracownicy są zatrudnieni w oparciu o umowę o pracę, zatem przy sporządzaniu oferty uwzględniono konieczność zapewniania zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane będzie zamówienie. (7) Kalkulując naszą ofertę uwzględniliśmy również konieczność zapewnienia zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska. (8) W zakresach robót przewidzianych do powierzenia podwykonawcom uwzględniliśmy przy kalkulacji konieczność wypełniania obowiązków wobec nich oraz wszystkie koszty towarzyszące spełnieniu tych obowiązków. (9) Posiadamy bardzo doświadczony pełnobrańzowy zespół projektowy, co pozwala nam na obniżenie kosztów bez zlecenia robót projektowych na zewnątrz. (10) Posiadamy magazyny z częścią materiałów potrzebnych do budowy. Częściowego zatowarowania dokonaliśmy w ubiegłym roku w celu ochrony naszych zasobów przed skutkami bardzo wysokiej inflacji. (11) Dysponujemy własnym zapleczem budowy znajdującym się zaledwie 200 metrów od miejsca planowanej inwestycji, co usprawni pracę i znacząco pozwoli obniżyć koszty. Nasze doświadczenie w podobnych realizacjach potwierdzają referencje z realizowanych inwestycji co potwierdzają załączone dokumenty. (13) Aktualnie realizujemy budowę szkoły w Wiżajnach w trybie zaprojektuj i wybuduj, dzięki czemu mamy aktualne rozeznanie na rynku w cenach i dostępie do materiałów. (14) W ramach budowy szkoły w Wiżajnach, planujemy także organizację grupowych zakupów na potrzeby dwóch

jednocześnie realizowanych inwestycji. (15) Posiadamy długoletnie relacje z hurtowniami z województwa, dzięki czemu możemy zapewnić bardzo konkurencyjne ceny na materiały budowlane.

Dodatkowo, przystępujący do złożonych wyjaśnień, załączył pismo firmy KRAM Sp. z o.o. z treści którego wynikało, że podmiot ten zaopatruje wykonawcę Grupa Izoterm w materiały budowlane i udziela mu rabatów.

Izba ustaliła także, że zamawiający przyjął powyższe wyjaśnienia i dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Grupa Izoterm.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z treścią przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wprawdzie przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w tym zakresie orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, wypracowało pewne częściowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. Jak trafnie dostrzegł w swoim wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie „na podstawie dotychczasowego orzecznictwa należy wskazać, że termin ten dotyczy ceny oderwanej całkowicie od realiów rynkowych (zob. wyrok SO w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r.- XIX Ga 128/08, wyrok KIO z 28 marca 2013 r., KIO 592/13, wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2011 r. KIO 1562/11, wyrok KIO z 17 czerwca 2019 r., KIO 992/19). (...) W wyroku z 24 listopada 2017 r., KIO 2373/17 KIO wyjaśnia, że: Ustawa Pzp nie definiuje rażąco niskiej ceny, niemniej punktem odniesienia winien być przedmiot zamówienia. Zatem należy przyjąć, że 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.” (tak w Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 15 grudnia 2021 r., XXIII Zs 116/21).

Z kolei o tym czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, a więc każdorazowo należy ją odnieść do danego opisu przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś, wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione.

Przypomnieć należy ponadto, że zamawiający, zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty, zobligowany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Z kolei w ust. 2 tego przepisu zobligowano zamawiającego do skierowania do wykonawcy takiego wezwania, jeśli stwierdzi, że cena całkowita oferty złożonej przez wykonawcę jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Ponadto zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę tego wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Rolą zamawiającego jest zatem skierowanie do wykonawcy wezwania, jeśli zajdą wymienione powyżej okoliczności, a następnie ocena złożonych wyjaśnień. Jeśli zamawiający stwierdzi, że wyjaśnienia nie zostały złożone, są niepełne czy też, że ocena tych wyjaśnień prowadzi do wniosku, że oferta zawiera rażąco niską cenę - zamawiający odrzuca ofertę. Tym samym zamawiający wyjaśnienia te musi przeanalizować w sposób pełny, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, biorąc pod uwagę treść wezwania skierowanego do wykonawcy i oczekiwania w tym piśmie sformułowane, a następnie ocenić czy te zawierają wszystkie niezbędne elementy.

Odnosząc powyżej wskazane przepisy i zasady do okoliczności ustalonych w rozpoznawanej sprawie, Izba w pierwszej kolejności dostrzegła, że w sprawie zachodziły przesłanki obligatoryjnego zwrócenia się do wykonawcy Grupa Izoterm o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, przewidziane przepisem art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp gdyż, jak stwierdził zamawiający w treści wezwania, cena całkowita oferty

przystępującego była niższa o co najmniej 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Co istotne okoliczność ta jest niezależną podstawą do wezwania wykonawcy, od przesłanki wynikającej z tego samego przepisu, ale odnoszącej się do szacunkowej wartości zamówienia. Izba nie podziela wywodów zamawiającego, zawartych w piśmie procesowym, że słowo „lub” pomiędzy dwiema podstawami domniemania rażąco niskiej ceny jest alternatywą łączną, stąd przy stosowaniu podstawy średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert przy wyjaśnianiu ceny oferty, należy też odnieść się do szacunkowej wartości zamówienia, wyliczonej przez zamawiającego. Cytowana wyżej regulacja nakłada bowiem na zamawiającego obowiązek wszczynania procedury wyjaśniającej, w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna, a nie obie, z wymienionych w tym przepisie okoliczności.

Ponadto należy podkreślić, że wbrew twierdzeniom zawartym w piśmie procesowym zamawiający, w treści wezwania skierowanego do wykonawcy Grupa Izoterm wyartykułował powstałe po jego stronie wątpliwości, w zakresie możliwości wykonania przez niego przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji zamówienia. Ponadto z treści pisma wynika także zakres wezwania, w którym sprecyzowano, że wykonawca jest wezwany do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny/ kosztu zaoferowanej ceny lub ich istotnych części składowych. W piśmie przytoczone zostały wprawdzie wyłącznie aspekty, wynikające z treści art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże nie ulega wątpliwości, że wykonawca miał do powyższych co najmniej się odnieść, co jednak nie jest równoznaczne ze złożeniem samych oświadczeń czy deklaracji, że aspekty te wziął pod uwagę kalkulując cenę swojej oferty. Ponadto, co również wynikało z treści pisma zamawiającego, wykonawca Grupa Izoterm miał przedstawić szczegółową kalkulację ofertową, zaś swoje twierdzenia poprzeć stosownymi dowodami.

Tymczasem w treści złożonych wyjaśnień brak jest jakiegokolwiek kalkulacji, pozwalającej stwierdzić w jaki sposób i opierając się na jakich podstawach wykonawca ten wycenił swoją ofertę na poziomie zadeklarowanym w Formularzu oferty. Nie sposób tam odnaleźć także elementów, które w sposób jednoznaczny odnosiły się do tych zagadnień, które wskazał w swoim piśmie zamawiający, a które wynikały z przepisów art. 224 ust. 3 ustawy Pzp.

Bez znaczenia dla oceny złożonych wyjaśnień jest okoliczność, że przedmiotem postępowania były roboty budowlane, realizowane w systemie zaprojektuj i wybuduj. Zastosowanie cytowanych wyżej przepisów ustawy Pzp, które czy to nakazują czy też dają zamawiającemu istotne instrumenty, umożliwiające zbadanie oferty pod kątem zgodności

z jego potrzebami i możliwości ich zaspokojenia za określoną przez wykonawcę cenę, nie jest, w ocenie Izby, uzależnione ani od charakteru przewidzianego dla wykonawcy wynagrodzenia, ani od formuły, w jakiej zrealizowane ma zostać zamówienie, ponieważ nic takiego nie wynika z treści przywołanych regulacji. Obowiązkiem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień jest, w każdym przypadku wykazanie, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska i, że za tą cenę możliwe jest wykonanie zamówienia publicznego.

Nie sposób nie przyznać racji zamawiającemu, że specyfika danego zamówienia, będzie powodowała, że wyjaśnienia te będą inne, może mniej obszerne i zawierające mniej elementów, gdyż w istocie w formule zaprojektuj i wybuduj nie został jeszcze sporządzony przedmiar robót, a wykonawca nie dysponuje przygotowanym kosztorysem ofertowym. Nie zmienia to jednak faktu, że kalkulując cenę oferty, również w przypadku robót w tej formule, wykonawca musi przyjąć określone założenia, pozwalające mu na podanie ceny na podanym w ofercie poziomie.

Sam przystępujący na rozprawie przyznał, że taką kalkulacją dysponuje i, że nawet zakłada ona osiągnięcie znaczącego zysku z tytułu wykonania zamówienia. Jeśli tak jest, to swoje wyliczenia powinien zawrzeć w piśmie kierowanym do zamawiającego, wykazując realność przyjętych założeń. Tymczasem w przedłożonym zamawiającemu piśmie nie przedstawił żadnej kalkulacji, co więcej nie odniósł się nawet do poziomu kwot, które sam przyjął w Formularzu oferty, wyceniając Stadium I - Opracowanie dokumentacji projektowej na kwotę 289 400,00 zł. a Stadium II - Wykonanie roboty budowlanej na kwotę 5 590 000,00 zł., a przynajmniej w tym zakresie mógł wyjaśnić w jaki sposób kalkulował te dwa, wskazane zakresy i jakie były podstawy tej kalkulacji.

Tym samym należy przyznać rację odwołującemu, który twierdzi, że już sama ta okoliczność, że odwołujący nie przedstawił w swoich wyjaśnieniach żadnych wyliczeń, w żaden sposób nie wskazał w jaki sposób kalkulował cenę swojej oferty, a jedynie wymieniał szereg okoliczności, które jego zdaniem wpływały na poziom ceny - winna skutkować uznaniem, że przystępujący nie wykazał, mimo konkretnego wezwania zamawiającego do podania kalkulacji ceny oferty, że zaoferowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej. Wykonawca wprawdzie twierdził, że podane przez niego w ofercie składowe ceny są racjonalne i umożliwiają prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, jednakże opierał się w tym zakresie wyłącznie na deklaracjach. Nie podjął nawet próby wykazania, że owe wskazywane w ofercie kwoty zostały wyliczone w sposób rzetelny i zostały oparte na jakichś określonych podstawach. Przystępujący ograniczył się wyłącznie do oświadczeń dotyczących tego, że posiada stosowane doświadczenie i dysponuje projektantami, dzięki czemu może zoptymalizować kalkulację. Co do poziomu przyjętych cen przystępujący w treści pisma wskazał jedynie, że kalkulując ofertę dokładnie sprawdził zakresy robót

objętych warunkami przetargu do wykonania oraz przyjął średnie stawki robocizny i materiałów dla województwa Podlaskiego IV kw. 2022 r.

Dalsza część wyjaśnień sprowadza się do niczym nie popartych deklaracji, które w równej mierze odnosić się mogą do każdego rodzaju zamówień na przykład o tym, że przy realizacji będzie w znacznym stopniu opierał się na siłach własnych, a w zakresach robót przewidzianych do powierzenia podwykonawcom, uwzględnił przy kalkulacji konieczność wypełniania obowiązków wobec nich oraz wszystkie koszty towarzyszące spełnieniu tych obowiązków, że oferta jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, przepisami z zakresu ochrony środowiska, posiada doświadczony pełno branżowy zespół projektowy, co pozwala mu na obniżenie kosztów bez zlecania robót projektowych na zewnątrz, w końcu, że posiada magazyny z częścią materiałów potrzebnych do budowy oraz dysponuje własnym zapleczem budowy znajdującym się zaledwie 200 metrów od miejsca planowanej inwestycji, co usprawni pracę i znacząco pozwoli obniżyć koszty.

Wszystkie powyższe należy uznać za ogólne, jak też w żaden sposób nie odnoszące się do warunków realizacji czy zakresu zamówienia. Równie dobrze deklaracje takie odnieść można byłoby do każdego zamówienia, realizowanego na rzecz zamawiającego jak też charakterystyczne dla różnych projektów. Składając swoje wyjaśnienia wykonawca Grupa Izoterm ograniczył się wyłącznie do składania oświadczeń, że jego oferta jest na poziomie rynkowym i pozwala na realizację zamówienia, co prowadzi do uznania, że te były na tyle lakoniczne, nie odnoszące się do sposobu i podstaw kalkulacji ceny jego oferty, że nie sposób uznać, aby na ich podstawie zamawiający mógł dojść do przekonania, że oferowana cena za realizację zamówienia publicznego nie jest ceną rażąco niską.

Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty, co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Przy czym podkreślić trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. W wyjaśnieniach złożonych przez przystępującego tych wszystkich elementów zabrakło.



Należy także zwrócić uwagę na inny, istotny element składanych wyjaśnień, którego w tym przypadku również zabrakło. Z treści przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wynika wprost obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma także kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składa je podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Z tego powodu wykonawca, aby uwiarygodnić składane w wyjaśnieniach deklaracje co do poziomu cen, czy też szczególnie korzystnych dla niego okoliczności na które się powołuje, zobowiązany jest poprzeć je stosownymi dowodami, potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, czy posiadanie pewnych szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami, zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny, czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą.

Odnosząc powyższe do dowodu przedłożonego przez przystępującego, załączonego do złożonych przez niego wyjaśnień, należy stwierdzić, że ten nie daje żadnych odpowiedzi na pytanie w jaki sposób wykonawca ten kalkulował swoją ofertę. Pismo firmy KRAM Sp. z o.o. stanowi jedynie ogólną deklarację tego podmiotu, że zaopatruje wykonawcę Grupa Izoterm w materiały budowlane i udziela mu przy tym rabatów, przy czym nie wyjaśnia nawet jakie są to materiały ani na jakim poziomie są owe rabaty. Nie sposób też stwierdzić ani z treści wyjaśnień ani też z przedłożonego dowodu, w jaki sposób powyższe może przełożyć się na możliwość obniżenia ceny w tym konkretnym zamówieniu. Powyższe dyskwalifikuje ten dokument, jako mający stanowić dowód na to, że możliwe było skalkulowanie ceny na poziomie zadeklarowanym przez przystępującego w swojej ofercie.

Izba wielokrotnie zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, że nieudzielenie wystarczająco konkretnych i kompletnych wyjaśnień odnosi taki sam skutek jak brak tych wyjaśnień, a skutkiem tym jest odrzucenie oferty. Sankcja odrzucenia jest bowiem bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego, a także wynika z obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, który spoczywa na wykonawcy. Celem postępowania wyjaśniającego jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Procedura

wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego opisanie sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytnie i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami, ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty.

Powyższe potwierdzają orzeczenia sądów okręgowych, które również zwracają uwagę na konieczność przedłożenia szczegółowych i kompletnych wyjaśnień. Jak trafnie dostrzegł w swoim wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 138/21: „(...) wyjaśnienia dotyczące poszczególnych elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania określonego sprzętu, marże wykonawców, czy koszt zakupu określonych materiałów. Zamawiający powinien mieć możliwość pełnej weryfikacji złożonych wyjaśnień, zaś w niniejszej sprawie nie było to możliwe z uwagi na brak inicjatywy dowodowej wykonawcy w tym zakresie. Bez wątplenia dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.”

Biorąc zatem pod uwagę treść wyjaśnień złożonych przez Grupa Izoterm wraz z przedłożonym dowodem, należy uznać je za ogólne i nie obejmujące wszystkich wymaganych wyliczeń, wyjaśnień i dowodów, które potwierdzałyby rentowność oferty co najmniej w zakresie dwóch elementów składających się na cenę oferty, i mogły przekonać, że jest to cena na poziomie rynkowym, która obejmuje wszystkie elementy składające się na ten zakres zamówienia. Powyższe powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy Grupa Izoterm na podstawie 226 ust. 1 pkt 8 w. zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił wyjaśnienia wykonawcy Grupa Izoterm, w rezultacie czego zaniechał odrzucenia jego

oferty pomimo, że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty nie nosi znamion rażąco niskiej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz §7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący : .....