

Sygn. akt: KIO 2584/21

## WYROK

z dnia 14 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2021 r. przez Odwołującego K. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usługowo-Handlowy K. D. (ul. Zielona 42, 48-130 Kietrz)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Kietrz (ul. 3 Maja 1, 48-130 Kietrz)**

przy udziale Wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usługowe "BORBUD" Sp. z o.o. (ul. Wodna 21, 47-400 Racibórz)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

### orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Gminę Kietrz (ul. 3 Maja 1, 48-130 Kietrz)** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego K. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usługowo-Handlowy K. D. (ul. Zielona 42, 48-130 Kietrz)** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Gminy Kietrz (ul. 3 Maja 1, 48-130 Kietrz)** na rzecz Odwołującego K. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usługowo-Handlowy K. D. (ul. Zielona 42, 48-130 Kietrz)** kwotę **13600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 Gmina Kietrz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest: „Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z przepompownią ścieków na terenie Gminy Kietrz - Krotoszyn”

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 00119277/01.

Odwołujący K. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy K. D. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo iż Odwołujący udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie a złożone wyjaśnienia odpowiadały wezwaniu i uzasadniały iż podana w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską i potwierdzały, że wezwanie było zbędne gdyż rozbieżności ceny ofertowej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia wynikały z okoliczności oczywistych które nie wymagały wyjaśnień,
- art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 226 ust. 2 pkt. 1 poprzez zbędne wezwanie gdyż rozbieżności polegające w cenie ofertowej odwołującego i wartości przedmiotu zamówienia były Zamawiającemu znane i wynikały z okoliczności oczywistych które nie wymagały wyjaśnień,
- art. 224 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie powtórzenia uszczegółowionego i skonkretyzowanego wezwania wyjaśnień jakich oczekuje Zamawiający,
- art. 223 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
- art. 239 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo że Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę która nie jest rażąco niską a oferta spełnia wszystkie wymogi formalne określone przepisami Pzp i postanowieniami SWZ oraz merytorycznie jest zgodna z treścią SWZ, a w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert jest ona ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.
- art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowe „BORBUD” sp. z.o.o., pomimo iż oferta złożona przez tę firmę nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwo Usługowe „BORBUD” sp. z.o.o., unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty

Odwołującego, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert, zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

26.08.2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że podjął decyzję na podstawie art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp o odrzuceniu oferty Odwołującego. Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał, że „(...) złożone wyjaśnienia przez Zakład Usługowo-Handlowy Pana K. D. nie potwierdzają możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego określonymi w SWZ i nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, tym oferta zostaje odrzucona przez Zamawiającego, jako zawierająca rażąco niską cenę”.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający podczas badania i oceny oferty Odwołującego pod względem zaistnienia rażąco niskiej ceny w ogóle nie wziął pod uwagę informacji, jakie na tym etapie postępowania były mu znane, a które potwierdzały, że zaistniała różnica pomiędzy ceną ofertową Odwołującego i szacunkową wartością zamówienia wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagały wyjaśnień.

W argumentacji Odwołujący podniósł, że Zamawiający na żadnym etapie postępowania przetargowego nie ujawnił wartości przedmiotu zamówienia. Dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający ujawnił rzeczywistą kwotę wartości zamówienia tj. 1 011 766,92 zł., która stanowiła podstawę wezwania Odwołującego.

Kwota brutto jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć sfinansowanie przedmiotu zamówienia wyniosła 770 000,00 zł. Nie jest jasne, zdaniem Odwołującego, dlaczego Zamawiający (skoro dokonał oszacowania wartości zamówienia na poziomie 1 011 766,92 zł) zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia tylko 770 000 zł. czyli o 241 766,92 zł - 23,89% mniej niż stanowi kwota wartości przedmiotu zamówienia.

Jeżeli Zamawiający założył, że przedmiot zamówienia można zrealizować za kwotę 770 000 zł., to cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską w stosunku do tej kwoty (niższa tylko o 11,95 %) i nie powinna podlegać badaniu na podstawie art. 224 ust 2 pkt. 1 ustawy, gdyż zaistniały oczywiste rozbieżności cenowe które nie wymagają wyjaśnień (art. 224 ust.2 pkt. 1).

Średnia arytmetyczna wszystkich ofert wynosi 859 470,69 zł i jest wyższa o 21,12% w stosunku do oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę średnią arytmetyczną wszystkich ofert (859 470,69) i kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (770 000,00 zł) nie ma zastosowania art. 224 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp w stosunku do ceny oferty Odwołującego, gdyż nie jest ona niższa o 30 % ani od wartości jaką Zamawiający przeznaczył na

sfinansowanie zamówienia (prawidłowy szacunek wartości zamówienia) ani od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Odwołujący wskazał także, że skoro Zamawiający jako podstawę sporządzenia kosztorysu inwestorskiego przyjął przedmiar załączony do dokumentacji przetargowej, to wskazany zakres i sposób wykonania zamówienia wynikający z przedmiaru nie odzwierciedla rzeczywistego wykonania zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową i z jego lokalizacją Zamawiający w pozycji nr 5 przedmiaru robót właściwie określił zakres prac do wykonania, a następnie w pozycji 39 przedmiaru zdublował czynność wynikająca z pozycji nr 5 przedmiaru.

Jeżeli Zamawiający do szacowania wartości przedmiotu zamówienia przyjął dwukrotną wartość za tę samą czynność, to tym samym wartość przedmiotu zamówienia została „sztucznie” zawyżona o jednokrotną wartość tej pozycji. Zamawiający błędnie dokonał obliczenia wartości zamówienia co stanowi naruszenie art. art. 28 ustawy pzp w związku z art. 34 ust. 1 ustawy Pzp. Błędnie skalkulowana wartość przedmiotu zamówienia nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, że złożona przez odwołującego cena ofertowa jest o co najmniej 30% niższa, gdyż po dokonaniu korekty tj. pomniejszenia o wartość z podwójnie policzonej pozycji okazać się może, że przesłanka na którą powołał się Zamawiający się nie ostanie (art. 224 ust. 1 pkt 2 ustawy).

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający w wezwaniu z dnia 17.08.2021 r. żądał dowodów w zakresie wyliczenia ceny, jednakże nie sprecyzował o jakie dowody chodzi. Dopiero w uzasadnieniu czynności z odrzucenia oferty odwołującego wymienia te dowody (szczegółowa kalkulacja ceny, umów lub ofert z kontrahentami, wyliczenia kosztów pracy pracowników) i sugeruje, że ich nie załączenie było powodem odrzucenia oferty.

Odwołujący stwierdził, że cena ofertowa nie powinna podlegać badaniu na podstawie art. 224 ust 2 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zaistniały oczywiste rozbieżności cenowe pomiędzy ceną oferty Odwołującego a szacunkową wartością zamówienia które nie wymagają wyjaśnień (art. 224 ust.2 pkt. 1 - końcowa część przepisu).

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający w trybie art. 224 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do wyjaśnień zaoferowanej ceny, jednakże pismo to zawierało stwierdzenia ogólnikowe, nie zawierało nic poza skopiowaną treścią przepisu art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, co dawało olbrzymie możliwości wykorzystania odpowiedzi przeciwko oferentowi.

Zamawiający w wezwaniu ogólnie żądał wyjaśnień dotyczących zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, w stosunku do minimalnego wynagrodzenia za pracę albo

minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę jak również zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązującymi w miejscu w którym realizowane jest zamówienie.

Zamawiający w pkt X SWZ określił wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy i wskazał rodzaj czynności, których wykonanie wymaga zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę. Wskazane czynności objęły właściwie cały zakres wykonania zamówienia. Zgodnie z wymogiem Zamawiającego Odwołujący w ofercie (formularz ofertowy) w pkt. 11 złożył oświadczenie o treści „Oświadczam, że zgodnie z wymaganiami wskazanymi w rozdziale X SWZ, do realizacji zamówienia przy czynnościach określonych w SWZ zaangażujemy osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1976 roku - Kodeks Pracy.”

Złożone oświadczenie w opinii Odwołującego wypełniało wymóg potwierdzenia, że zatrudnione osoby na umowę o pracę będą miały zagwarantowaną minimalną stawkę wynagrodzenia, gdyż podpisanie umowy o wynagrodzeniu poniżej minimalnego wynagrodzenia było by niezgodne z przepisami prawa. Złożone oświadczenie i wyjaśnienia potwierdzają, że przyjęta wartość do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego przyznał, że w wezwaniu „(...) nie odnosił się do szczegółowych elementów ceny, gdyż oferta zawierała tylko końcową cenę całkowitą.” Zamawiający określił taki sposób obliczenia ceny, że w formularzu ofertowym należało wpisać całkowitą cenę ryczałtową. Brak wymogów co do przedstawienia sposobu obliczenia ceny ofertowej oraz brak wymagań co do złożenia dokumentów, na podstawie których można by się odnieść szczegółowo do elementów wyceny oferty zdaniem Odwołującego powoduje, że Zamawiający sam pozbawił się możliwości szczegółowej weryfikacji wyceny poszczególnych czynności realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał także, że jeśli chodzi o przywołanie w wezwaniu żądania wyjaśnień dotyczących zgodności z zakresem prawa pracy i Zabezpieczenia społecznego obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, to jest pojęcie bardzo pojemne i obejmuje przepisy określające prawa i obowiązki pracowników i pracodawców, będących stronami stosunku pracy. Zamawiający w wezwaniu nie doprecyzował, o które regulacje chodzi, co uniemożliwiło Odwołującemu szczegółowe wyjaśnienie poruszanego zagadnienia.

Zamawiający nie wskazał, jakich konkretnie domaga się wyjaśnień i do jakich kwestii wykonawca miałby się ustosunkować. Podnosi jedynie, iż zaoferowana „cena całkowita Państwa oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia (...)”. Zapytanie nie wskazuje w żaden sposób na to, aby Zamawiający dokonał jakiegokolwiek analizy złożonej przez wykonawcę oferty ani też nie zawiera jakiegokolwiek treści wskazującej na to, które z elementów złożonej oferty wzbudziły jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiającego oprócz zakwestionowanej ceny.

Odwołujący wyjaśnił, że postępowanie z art. 224 ust. 1-6 ma charakter wyjaśniający, a nie dowodowy i ma na celu utwierdzić Zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jednakże, aby te wątpliwości rozwiązać, Wykonawca musi wiedzieć, które to elementy wzbudziły zastrzeżenia i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia.

Odwołujący uznał wezwanie go na podstawie art. 224 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp za bezpodstawne i bezzasadne, gdyż rozbieżności pomiędzy ceną ofertową Odwołującego a wartością przedmiotu zamówienia wynikały z okoliczności oczywistych, które nie wymagały wyjaśnień Odwołującego, co spowodowało naruszenie cytowanego przepisu.

Błędna ocena Zamawiającego doprowadziła również do naruszenia art. 224 ust.6 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, a złożone wyjaśnienia odpowiadały wezwaniu i uzasadniały iż podana w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską i potwierdzały, że wezwanie było zbędne gdyż rozbieżności ceny ofertowej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia wynikały z okoliczności oczywistych, które nie wymagały wyjaśnień, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do prawidłowo oszacowanej wartości przedmiotu zamówienia.

Odwołujący sformułował także zarzut naruszenia art. 224 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie powtórzenia uszczegółowionego i skonkretyzowanego wezwania wyjaśnień jakich oczekuje Zamawiający. Jeżeli zdaniem Zamawiającego złożone wyjaśnienia były nie wystarczające aby dokonać wyboru najtańszej oferty, to zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp powinien powtórnie wezwać Odwołującego do złożenia uszczegółowienia i uzupełnienia wyjaśnień na podstawie dokładnie sprecyzowanych żądań Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego podana cena ofertowa jest treścią oferty a Zamawiający mający wątpliwości co jej poprawności i mając na względzie przeprowadzenie postępowania z należytą starannością był zobowiązany do wezwania Odwołującego na podstawie art. 223

ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W opinii Odwołującego, odrzucenie jego oferty stanowi naruszenie przepisów w tym naruszenie art. 16 ustawy Pzp i tym samym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jaką złożyło Przedsiębiorstwo Usługowe „BORBUD” sp. z o.o. została dokonana z naruszeniem art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych.

**Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do wysokości zaoferowanej ceny. Odwołujący złożył takie wyjaśnienia. Już z tego faktu wynika, że nie zachodziła podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego. Zgodnie z artykułem 226 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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. Skoro Odwołujący złożył wyjaśnienia, jego oferta nie powinna zostać odrzucona.

Treść wezwania do złożenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny, wystosowana przez Zamawiającego, była ogólna. Z całą pewnością Zamawiający nie wyartykułował w treści wezwania, aby Odwołujący złożył kalkulację. Tym bardziej, że - jak wskazał Odwołujący - z postanowień SWZ wynikało, że Zamawiający oczekiwał złożenia przez Wykonawców szczegółowej kalkulacji w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, ale dopiero tuż przed podpisaniem umowy. Zatem brak wyraźnego wskazania w wezwaniu do złożenia wyjaśnień obowiązku złożenia szczegółowej kalkulacji, nie może negatywnie obciążać Odwołującego, który nie załączył do wyjaśnień takiej kalkulacji. Zamawiający dopiero w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że oczekiwał, aby Odwołujący złożył kalkulację ceny ofertowej. Tymczasem, jak wskazano powyżej, treść wezwania do złożenia wyjaśnień nie zawierała takiego żądania.

Słusznie zauważył Odwołujący, że Zamawiający dopiero w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego określił dokumenty, jakich oczekiwał od Odwołującego. Treść wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny ograniczała się jedynie do przytoczenia przepisu ustawy. Jeśli Zamawiający oczekiwał bardziej szczegółowych wyjaśnień, miał możliwość ponownego wezwania Odwołującego do przedstawienia informacji w bardziej szczegółowym zakresie, także w zakresie szczegółowego kosztorysu zamówienia.



Istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy ma podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że Zamawiający przewidział na realizację zamówienia kwotę 770 000 złotych, co stanowi kwotę jedynie o 10% wyższą niż kwota oferowana przez Odwołującego. 770 000 złotych jest to kwota, która odbiega od szacunkowej wartości zamówienia (1 011 766,92 złotych). Zamawiający w trakcie rozprawy unikał odpowiedzi na pytanie, dlaczego pomimo, że uznał, że kwota 770 000 złotych przewidziana na realizację zamówienia będzie wystarczająca na realizację zamówienia, a jednocześnie uznał, że cena zawarta w ofercie Odwołującego, która nieznacznie odbiega od tej kwoty, została przez niego uznana za rażąco niską. Przyjęcie takiej kwoty na realizację zamówienia oznacza, że również w ocenie Zamawiającego kwota wynikająca z kosztorysu inwestorskiego jest znacząco przeszacowana i możliwe jest zrealizowanie zamówienia w cenie znacznie niższej niż wynikająca z kosztorysu inwestorskiego.

Podnoszona przez Zamawiającego podczas rozprawy z udziałem stron okoliczność, że Zamawiający najpierw dokonał w budżecie zabezpieczenia kwoty przewidzianej na realizację zamówienia, a dopiero później oszacował wartość zamówienia (poprzez uzyskanie kosztorysu inwestorskiego) potwierdza fakt, że Zamawiający uznaje, że możliwe jest zrealizowanie zamówienia w cenie znacznie niższej niż wynikająca z kosztorysu inwestorskiego. Należy zakładać racjonalność postępowania Zamawiającego, a z tego założenia wynika fakt, że Zamawiający zabezpiecza na realizację zamówienia kwotę, która w jego ocenie jest wystarczająca do zrealizowania zamówienia. W przeciwnym razie, w jakim celu Zamawiający organizowałby postępowanie przetargowe, skoro od początku miałby świadomość, że nie posiada środków, które są wystarczające do zrealizowania zadania?

Ponadto nawet po uzyskaniu wiedzy, że szacunkowa kwota zamówienia jest wyższa od kwoty zabezpieczonej w budżecie Zamawiającego na realizację zamówienia, Zamawiający nie zdecydował się na zwiększenie zabezpieczonej kwoty, a zatem należy uznać, że w dalszym ciągu Zamawiający uznaje, że kwota 770 000 złotych jest ceną realną do zrealizowania zamówienia. W przeciwnym razie należy uznać, że Zamawiający wprowadza w błąd wykonawców biorących udział w postępowaniu przetargowym co do rzeczywiście przeznaczonych środków dla danej inwestycji.

Powyższa okoliczność ma istotne znaczenie tak w kontekście brzmienia artykułu 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również w odniesieniu do podnoszonego przez Przystępującego argumentu dotyczącego domniemania. Zdaniem Przystępującego w chwili, gdy Zamawiający wystosuje do wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powstaje domniemanie rażąco niskiej ceny w ofercie tego wykonawcy.

Pomijając nawet rozważania co do prawidłowości takiego domniemania, istnieje kilka okoliczności, które przeczą przyjęciu takiego domniemania. Przede wszystkim okoliczność, że Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 770 000 złotych i nie zmienił tej kwoty w budżecie także po otrzymaniu kosztorysu inwestorskiego, a także okoliczność, że cena oferty Przystępującego jest zaledwie o 20 000 złotych wyższa wskazują na fakt, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie odbiega od cen rynkowych. Wobec istnienia takich (obiektywnych) okoliczności, nie było zasadne automatyczne przyjęcie domniemania rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego.

Zgodnie z artykułem 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Powyższy przepis wskazuje, że mogą istnieć takie okoliczności, które wskazują na brak konieczności automatycznego uznania, że zaoferowana cena wykonawcy jest rażąco niska nawet w sytuacji, gdy cena tego wykonawcy jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Niezależnie od powyższych rozważań należy dodatkowo zauważyć, że Odwołujący w treści wyjaśnień przedstawił okoliczności, które w jego ocenie stanowiły uzasadnienie niższej ceny. Wskazał na posiadanie własnego sprzętu hurtowni, rabatów. W trakcie rozprawy wskazał także na okoliczność obiektywną, tj. sąsiedztwo siedziby Odwołującego i placu budowy.

Odwołujący odniósł się także do kwestii zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę. Oświadczenie w tym zakresie zawierała także oferta Odwołującego. Jeśli to wyjaśnienie było niewystarczające, Zamawiający miał możliwość zadania dodatkowego pytania, czego zaniechał.

Z całą pewnością nie można uznać, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień, a złożone przez niego wyjaśnienia oraz szereg podniesionych okoliczności uzasadniają przyjęcie, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska.

Bez znaczenia pozostaje okoliczność, że inny Wykonawca złożył bardziej szczegółowe wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego w zakresie zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia Wykonawców nie powinny być porównywane, ale indywidualnie oceniane przez Zamawiającego pod kątem zadanego przez niego pytania.

Bez znaczenia pozostaje także podnoszony wielokrotnie przez Przystępującego argument, że Odwołujący jest profesjonalistą i powinien złożyć lepsze wyjaśnienia od tych, które złożył. Kwestia profesjonalizmu Wykonawców nie powinna być oceniana pod względem długości,

czy szczegółowości wyjaśnień. Profesjonalizm Wykonawców dotyczy raczej realizowanych przez nich zadań – dostaw usług, czy realizacji robót budowlanych.

Istotą tej sprawy nie jest profesjonalizm Odwołującego, ale treść zadanego przez Zamawiającego pytania i uzyskanej pod kątem tak zadanego pytania odpowiedzi. Istotą jest cały szereg okoliczności w tej konkretnej sprawie (o czym powyżej), które nie zostały przez Zamawiającego uwzględnione, a które obalały automatyzm przyjęcia, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska.

Bezzasadny jest także argument Przystępującego, że Odwołujący utracił prawo podnoszenia argumentacji o bezpodstawności skierowanego do niego wezwania o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z uwagi na fakt, że nie wniósł w tym zakresie odwołania. Przystępujący sam zauważył, że Odwołujący już w treści składanych wyjaśnień kwestionował zasadność wezwania i wskazywał na okoliczności podniesione później w treści odwołania.

Czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie została dokonana prawidłowo, co oznacza naruszenie przez Zamawiającego artykułu 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący złożył wyjaśnienia i wskazał w nich okoliczności, które w jego ocenie uzasadniały wysokość zaoferowanej ceny. Jak wskazano powyżej, pytanie Zamawiającego było ogólne, zatem nie można obciążać negatywnie Odwołującego za brak szczegółowych wyjaśnień. W sytuacji, gdy Zamawiający miał wątpliwości, powinien je wyjaśnić, a w sytuacji gdy uznał, że wyjaśnienia nie zawierają dodatkowo wymaganych informacji, powinien zwrócić się o takie informacje. Pozostawienie niejasności czy niedomówień nie może być automatycznie uznane za okoliczność, że cena oferty jest rażąco niska. Z uwagi na wszystkie powyżej wymienione okoliczności, Izba w treści sentencji nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazała ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty Odwołującego. Zamawiający jest zatem także uprawniony, w sytuacji gdy będą istniały wątpliwości, do skierowania do Odwołującego wezwania o dodatkowe wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny, złożenia dowodów, czy kalkulacji na poszczególne zakresy zamówienia.

Mając powyższe a uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy §5 pkt 1 oraz §5 pkt 2b), §7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....