

Sygn. akt: KIO 907/19

**WYROK**  
**z dnia 4 czerwca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2019 r. przez wykonawcę PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Mazowiecki Szpital Wojewódzki im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Sp. z o.o. w Siedlcach

przy udziale wykonawcy Everant Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. w Warszawie i:

- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
  
- 2.2. zasądza od wykonawcy PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz zamawiającego Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Sp. z o.o. w Siedlcach kwotę w wysokości 3 651 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, poniesionych jako wynagrodzenie pełnomocnika oraz opłata skarbową od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Siedlcach.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

### **do wyroku z dnia 4 czerwca 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 907/19**

Zamawiający – Mazowiecki Szpital Wojewódzki im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Sp. z o.o. w Siedlcach, ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Modernizacja systemów ochrony przeciwpożarowej w obiektach Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego im. Św. Jana Pawła II w Siedlcach S. z o.o. - opracowanie dokumentacji projektowej”, podzielone na części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych, w dniu 29 marca 2019 r., pod numerem 530925-N-2019, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej jako „p.z.p.”

W dniu 13 maja 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców, uczestniczących w postępowaniu, o wyborze oferty najkorzystniejszej, w części I postępowania. Od tej czynności zamawiającego, w dniu 20 maja 2019 r., środek zaskarżenia wniósł wykonawca PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. w Warszawie, ul. Przeclawska 8, 03-879 Warszawa, dalej zwany jako „odwołujący”.

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Everant Sp. z o.o. pomimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez wadliwą ocenę złożonych wyjaśnień Everant i uznanie, że wyjaśnienia potwierdzają, że oferta ww. wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Everant przez Zamawiającego - mimo, iż wykonawca nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określonych w art. 90 ust 1 - 3 Pzp, a oferta zawiera rażąco niską cenę,
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, odrzucenie oferty Everant w części I oraz wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący wskazał co następuje.

Zamawiający, pismem z dnia 07.05.2019 r., wezwał wykonawcę Everant do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny, co było wynikiem uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 762/19.

Treść wyjaśnień wykonawcy Everant, złożonych pismem z dnia 10.05.2019 r., wskazuje, że jego oferta powinna zostać odrzucona, jako zawierająca rażąco niską cenę. Odpowiedzi wykonawcy są bowiem lakoniczne, ogólnikowe i w żaden sposób nie potwierdzają realności zaoferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Natomiast aktualne brzmienie art. 90 p.z.p. wiąże się z powstaniem domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień, którego ciężar obalenia spoczywa na wykonawcy, co potwierdza orzecznictwo – wyrok Sąd Okręgowy w Warszawie o sygn. akt XXIII Ga 967/16 oraz wyroki Izby o sygn. akt: KIO 2256/17 i KIO 1903/16.

W ocenie odwołującego wykonawca Everant był więc zobowiązany do udowodnienia, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w kosztach, które należy ponieść w celu realizacji zamówienia oraz iż zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które pozwalają na obniżenie ceny. Zaś Wykonawca nie sprostął ciężarowi dowodowemu, składając ogólne wyjaśnienia, niespójne kalkulacje oraz ofertę. Załączona przez wykonawcę Everant kalkulacja obrazuje jedynie wysokość cen częściowych, jednak nie wskazuje podstawowych elementów, takich jak choćby stawki wynagrodzeń za wykonanie danej usługi przez pracowników własnych lub podwykonawcy, nie potwierdza realności przyjętych cen.

Ponadto treść wezwania zawierała żądanie złożenia stosownych dowodów i nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień, wymieniających jedynie wysokość kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi dowodami. Zdaniem odwołującego dowodem takim nie może być jedynie oferta od podwykonawcy, wskazująca za ile ten wykona pewną usługę. Z oferty tej nie wynika jaki zakres wykona podwykonawca, oferta stanowi bowiem jedynie skopiowany i podpisany formularz oferty. Podwykonawca stwierdza, że wykona pełen zakres prac stanowiących przedmiot zamówienia, nawet udzieli zamawiającemu gwarancji, pomimo, iż było to obowiązkiem wykonawcy. Oferta ta stoi w sprzeczności z kalkulacją ceny, która wskazuje, że wykonawca jednak wykona niektóre czynności z udziałem innych podmiotów/osób, jak choćby wskazany przez niego „strażak” czy projektant.

Dalej odwołujący podkreślił, że wykonawca Everant nie wskazał w swoich wyjaśnieniach czynników obiektywnych, które uzasadniałyby obniżenie ceny oferty do skalkulowanego poziomu i powołał się na bardzo ogólne okoliczności, które nie mogą być uznane za wystarczające w kontekście art. 90 ust. 2 i 3 p.z.p. Zgodnie bowiem z orzecznictwem czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być

wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu (wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa Praga sygn. akt IV Ca 1299/09). Natomiast wykonawca Everant złożone wyjaśnienia oparł jedynie na twierdzeniu, że cena jest realna i adekwatna, z uwagi na fakt, iż tak wycenił zamówienie jego podwykonawca oraz wskazał, że posiada on wieloletnie doświadczenie. Zatem nie wskazano żadnych okoliczności stanowiących obiektywne podstawy do obniżenia ceny.

Według odwołującego złożona kalkulacja nie wyjaśnia w jaki sposób zostały obliczone wskazane w niej pozycje np. koszty pracownicze, koszty inwentaryzacji przed wykonaniem projektu. Wobec tego oferta powinna zostać odrzucona, jako że złożone wyjaśnienia nie przekonują, że cena oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy, a należyte wykonanie zamówienia nie jest zagrożone (z wyroku KIO 1651/16). Odwołujący przywołał również wyroki Izby o sygn. akt KIO 722/16 i KIO 1713/17.

W opinii odwołującego powyższe powoduje, że zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny wyjaśnień, bez zachowania szczegółowej skrupulatności. Zamawiający przyjął na wiarę zapewnienie wykonawcy, że cena jest rynkowa i adekwatna z uwagi na to, że jego podwykonawca ma w tym zakresie doświadczenie. Natomiast, przy ocenie wyjaśnień, bezwzględnie powinno być egzekwowane, aby wyjaśnienia były konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, co potwierdza Izba w wyroku KIO 1826/15. Obowiązkiem zamawiającego jest prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem okoliczności, które dotyczą tylko wykonawcy Everant, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców.

Zamawiający określił w protokole postępowania wartość szacunkową, w części I, na kwotę netto 146 341,46 zł, co daje 180 000,00 zł uwzględniając VAT. W postępowaniu oferty w części I złożyli następujący wykonawcy: Everant z ceną brutto 110 700,00 zł, Promat z ceną brutto 126 100,00 zł i Profil z ceną brutto 165 435,00 zł. Zamawiający miał więc obowiązek zbadać każdą ofertę, której cena jest poniżej 126 000,00 zł (co stanowi 70% kwoty 180 000,00zł). Cena wykonawcy Everant jest więc o ponad 38% niższa niż szacunek zamawiającego, który został wykonany z należyłą starannością, chociaż odwołujący zaznacza, że z protokołu wynika jedynie podstawa prawna wyceny prac projektowych, nie zaś informacja na czym faktycznie zamawiający oparł oszacowanie wartości zamówienia. Zatem, w ocenie odwołującego, zamawiający miał podstawę do badania elementów ceny, mających wpływ na jej wysokość, jednak przyjął ogólnikowe zapewnienia, że cena jest prawidłowa.

Następnie odwołujący wskazał, że cena zaoferowana przez wykonawcę Everant jest nierealistyczna i nie pozwala na prawidłową realizację zamówienia, gdyż nie obejmuje wszystkich niezbędnych elementów z punktu widzenia wymogów OPZ. Zdaniem odwołującego wycena wykonawcy nie obejmuje kosztów związanych z inwentaryzacją, co było wymagane w pkt 1 i 2 załącznika nr 4a do SIWZ. Inwentaryzacja jest natomiast niezbędna do

rozpoczęcia prac projektowych, ale również do prawidłowej wyceny. Wedle wiedzy odwołującego wykonawca Everant nie wykonał zalecanej przez zamawiającego wizji lokalnej, dlatego być może błędnie oszacował wartość zamówienia, jest to bowiem wielogodzinna analiza określonej osoby lub osób – projektanta oraz osób wspierających go, wykonujących prace fizyczne – zanim rozpocznie się etap projektowania.

Inwentaryzacja dotyczy budynków A, B, C, D, E, G, H oraz w łączników pomiędzy budynkami szpitala, w zakresie istniejącej instalacji wodociągowej wody zimnej, ciepłej wody użytkowej oraz ppoż. We wszystkich budynkach jest od dwóch do sześciu kondygnacji przez które trzeba przejść, zinwentaryzować instancję istniejącą, oraz sprawdzić jej stan – w niektórych przypadkach należy dokonać odkrywek, tak aby móc prawidłowo ocenić stan pionu, a następnie przywrócić je do stanu pierwotnego (w grę wchodzi prace, takie jak kucie a następnie gipsowanie, malowanie, układanie płytek). Przykładowo, jeśli chodzi o określenie stanu hydrantów wewnętrznych, nie wystarczą jedynie oględziny, a należy wykonać pomiary, których również brak w kalkulacji Everant.

W opinii odwołującego nie jest możliwe wykonanie tak obszernej inwentaryzacji na obiekcie, a tym bardziej jeszcze projektów wraz z uzgodnieniami, w kwocie podwykonawcy firmy Monemus A. S., tj. 44 000,00 zł netto. Z uwagi na zakres inwentaryzacji należałoby przyjąć, że wykonawca musi zapewnić co najmniej 2 osoby, przez 10 dni pracy każdej z nich, co oznacza w sumie 160 godzin pracy. Przyjmując stawki obowiązujące wedle wytycznych Zarządu Rady Koordynacyjnej Biur Projektów (20,30 zł netto/godzinę pracy) kwota za wykonanie inwentaryzacji wyniosłaby ok. 4000,00 zł.

Oprócz inwentaryzacji wykonawca Everant nie wspomina w kalkulacji na temat takich elementów jak: odkrywki pionów instalacji hydrantowej wraz z doprowadzeniem do stanu pierwotnego min. 17 pionów, które można oszacować na ponad 12 000,00 zł, czy też sprawdzenia stanu szafek hydrantowych z wykonaniem pomiarów (min. 40 szt.), co wyniosłoby ok. 19 600,00 zł.

Ponadto projekt musi być sprawdzony przez osobę uprawnioną, a więc oznacza to pracę dwóch projektantów. Co więcej, nie jest zrozumiałe dla odwołującego kim miałyby być wspomniani w kalkulacji strażak, a także brak jest w wycenie Everant kosztów uzgodnień projektowych z rzeczoznawcą do spraw zabezpieczeń pożarowych oraz uzgodnień pod względem warunków higienicznych i zdrowotnych (SANEPID).

Według odwołującego wykonawca Everant nie wziął również pod uwagę kosztów pośrednich, związanych z realizacją zamówienia, np. kosztów administracyjnych, materiałów biurowych, amortyzacji sprzętu, wynajmu powierzchni biurowej itd., kiedy umowa o zamówienie publiczne nie może być należycie wykonana bez wskazanych czynności, a więc oferta jest niedoszacowana i należy ją odrzucić, jako niezgodną z SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że tak określone, na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzuty określiły zakres sporu objętego kognicją Izby, w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem *a contrario* musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

Skład orzekający zaznacza, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia. Natomiast, po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania, nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, jak i podnoszenie dodatkowych, nowych okoliczności, które nie znalazły się w treści wniesionego środka ochrony prawnej.

Zwiąże przedstawienie zarzutów, określenie żądania oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania, powinno nastąpić już w chwili składania odwołania (art. 180 ust. 3 p.z.p.), zaś wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, winien mieć na względzie, że brak wskazania wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, na których opiera postawione zamawiającemu zarzuty, jest jego obowiązkiem procesowym, wynikającym z przepisów prawa – przede wszystkim w interesie wykonawcy.

Izba wielokrotnie wskazywała, że podnoszenie nowych okoliczności, sformułowanych poza zarzutami wniesionymi w ustawowym terminie, oznacza również brak możliwości oceny odwołania w tym zakresie i podjęcia decyzji o ewentualnym uwzględnieniu jego zarzutów przez zamawiającego, a także w przypadku innych wykonawców może mieć wpływ na ich decyzje procesowe co do uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym i treści składanych wniosków i oświadczeń formalnych.

Przy czym, zarówno granice rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą, a także Sąd powszechny w postępowaniu skargowym, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej, zatem zarówno Izba, jak i Sąd Okręgowy, są związani podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego, w toku rozprawy przed Izbą, okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, na kanwie art. 192 ust. 7 p.z.p., brane przez Izbę czy Sąd powszechny pod uwagę, choćby odwołujący próbował powiązać nowe zarzuty z ogólnie zakreślonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu.

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związenie go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego, został wielokrotnie potwierdzony przez orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów powszechnych (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z 17.02.2016 r. sygn. akt III CZP 111/15, Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29.06.2009 r.

sygn. akt X Ga 110/09, Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 25.05.2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12).

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie, w formie pisemnej, wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości oraz o obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika i opłatami skarbowymi od złożonych pełnomocnictw.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Everant Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 200 lok. 225, 02-486 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zwanego dalej jako „przystępujący”.

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, złożonymi ofertami, korespondencją prowadzoną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska złożone pisemnie, zaś przystępujący poparł twierdzenia zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający ustalił, iż odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba ustaliła również, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych, wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., które warunkują możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego. Jak wskazał odwołujący posiada on interes we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta zajęła drugie miejsce



w rankingu i powinna zostać wybrana, jako oferta najkorzystniejsza. Natomiast niezgodne z prawem czynności zamawiającego, prowadzą do możliwości poniesienia przez odwołującego szkody, polegającej na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia odwołania.

W oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

- I. W rozdziale I SIWZ opis przedmiotu zamówienia, zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia dotyczy wykonania dokumentacji projektowej dla zadania Modernizacja systemów ochrony przeciwpożarowej w obiektach Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego im. Św. Jana Pawła II w Siedlcach Sp. z o.o. – dla części I jest to dokumentacja przebudowy instalacji wodociągowej, a także pełnienie nadzoru autorskiego nad wykonaniem robót budowlanych, w okresie ich realizacji oraz w okresie rękojmi/gwarancji. Zakres i sposób wykonania przedmiotu zamówienia określono w projekcie umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) i w opisie dla poszczególnych części (dla części I w załączniku nr 4a do SIWZ).
- II. Wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień:
  - 1) pismem z 07.05.2019 r., nr FZP.2810.20.2019, zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień oraz dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w ofercie dla części I postępowania.
  - 2) w odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący, pismem z 10.05.2019 r., złożył wyjaśnienia wraz z ofertą podwykonawcy i szczegółową kalkulacją ceny.
- III. W dniu 14.05.2019 r. zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego, dokonana przez zamawiającego. Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do dwóch osi sporu:

- do oceny czy zamawiający prawidłowo zweryfikował złożone przez przystępującego wyjaśnienia i dowody, dotyczące sposobu kalkulacji ceny i czy nie zaniechał odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- do zbadania czy działania i zaniechania zamawiającego spowodowały, że w postępowaniu doszło do naruszenia zasad naczelnych p.z.p., wskazanych w art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p.;

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Skład orzekający, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożonej przez zamawiającego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, ofertę przystępującego, korespondencję prowadzoną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym, a przystępującym – mając na względzie zakres sprawy określony przez okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdził, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie mogą prowadzić do wniosku, że w sprawie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, a w konsekwencji uznania odwołania za uzasadnione.

Przeciwnie, w ocenie Izby, całość zebranego materiału procesowego wskazuje, w sposób nie budzący wątpliwości, na prawidłowość kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, co powoduje, że odwołanie – jako nie posiadające uzasadnionych podstaw – należało oddalić.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty postawione w pkt 1 i 2 *petitum* odwołania, tj. naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. oraz art. 90 ust 3 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art 7 ust. 1 i 3 p.z.p., poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień przystępującego i uznanie, że wyjaśnienia potwierdzają, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo, iż wykonawca nie złożył wyjaśnień spełniających wymagań określonych w art. 90 ust 1 - 3 p.z.p., a oferta zawiera rażąco niską cenę.

Wypełniając wymóg art. 196 ust. 4 p.z.p. i przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, skład orzekający wskazuje, iż zgodnie z art. 90 ust. 3 p.z.p. „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 3 p.z.p., zostały przez ustawodawcę uregulowane w art. 90 ust. 1 p.z.p., gdzie unormowano wezwanie do złożenia wyjaśnień, określane przez pryzmat wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami. A także w art. 90 ust. 1a p.z.p., gdzie ustawodawca określił przesłankę *ex lege* do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień,

o których mowa w art. 90 ust. 1 p.z.p., kwantyfikowaną procentową różnicą pomiędzy ceną oferty wykonawcy, a wartością zamówienia z doliczonym podatkiem od towarów i usług, lub średnią arytmetyczną złożonych w postępowaniu ofert, chyba, że zamawiający uzna, iż rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych i różnica co najmniej 30% pomiędzy ww. wartościami nie wymaga wyjaśnienia.

Zatem wskazana w art. 90 ust. 3 p.z.p. sankcja odrzucenia jest bezpośrednio związana z procedurą wezwania, uregulowaną w art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p., a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 90 ust. 2 p.z.p. – "obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy" – którego niewykonanie skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Z uwagi na treść art. 90 ust. 3 p.z.p. dopuszczalne jest odrzucenie oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., który stanowi, iż „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”, więc w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 23.05.2018 r., sygn. akt XXIII Ga 209/18 „Normy zawarte w tych przepisach dopełniają się, tzn. dopiero negatywna ocena wyjaśnień (art. 90 ust. 3 p.z.p.) skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.”.

Dalej skład orzekający wskazuje, że czynność odrzucenia oferty jest czynnością powodującą istotne skutki dla wykonawcy, którego czynność ta dotyczy, a także dla zamawiającego, ponieważ może przesądzić o odmiennym wyniku postępowania. Ocena wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., wymaga zatem ustalenia – w sposób nie budzący wątpliwości – że oferta zawiera cenę rażąco niską, zaś sankcja w postaci odrzucenia oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 p.z.p.

Izba zaznacza również, że ustawa p.z.p. nie zawiera definicji legalnej rażąco niskiej ceny i nie budzi wątpliwości fakt, że zarówno te przepisy, jak i wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej, pozostawiają rozwinięcie tego pojęcia, jako klauzuli generalnej, orzecznictwu. Dlatego też, w każdym przypadku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu potrzeba, należy kwestię rażąco niskiej ceny badać *ad casum* (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1072/15).

Ponadto, skoro samo pojęcie rażąco niskiej ceny każdorazowo wymaga, w indywidualnej, ustalonej sytuacji, konkretyzacji, zaś ustawa p.z.p. nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z zaferowaniem rażąco niskiej ceny, każdy przypadek – ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji, wartość zamówienia oraz uwarunkowania danego rynku – należy oceniać indywidualnie (por. postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).

Godzi się również zaznaczyć, że judykatura zwraca uwagę, że „dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame.” (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 21.06.2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10). Skład rozpoznający spór powyższe poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Przenosząc poczynione rozważania na kanwę sporu rozpoznawanego odwołaniem Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła jak niżej.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że nie podziela argumentacji odwołującego, jakoby porównanie cen ofert złożonych w postępowaniu, w tym: przystępującego z ceną oferty 110 700,00 zł, odwołującego z ceną oferty 126 000,00 zł i wykonawcy Profil z ceną oferty 165 435,00 zł, mogło dać podstawę do przyjęcia, że cena przystępującego jest rażąco niska. Pomiedzy ceną przystępującego, a odwołującego jest zaledwie 15 300,00 zł różnicy, która wynika z obiektywnych okoliczności, które wskazał i udowodnił przystępujący. Ponadto tak niska różnica cen powoduje, że trudno zgodzić się z twierdzeniami odwołującego o rażącej dysproporcji, która miałyby budzić tak znaczące wątpliwości, czy świadczyć o cenie przystępującego, za którą nie sposób wykonać umowy.

Okolicznością notoryjną, a więc nie wymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Zestawienie wartości stanowiących różnicę w zaoferowanych cenach, czy przełożenie różnic cenowych na wartości procentowe, nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową. Różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, odmiennej siatce podwykonawców i innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskają różne ceny ofertowe w zakresie oferowanego towaru i różnice te, jak dyktuje doświadczenie, potrafią być znacząco wyższe, niż zaistniałe w niniejszym postępowaniu. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki.

Powyższa argumentacja posiada bezpośrednie odzwierciedlenie w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny przystępującego, gdzie szeroko wskazywano na korzystne warunki, indywidualnie dostępne dla przedsiębiorcy, co ma bezpośrednie przełożenie na wartość poszczególnych składników cenowych i za chybioną należy uznać argumentację odwołującego, o zaoferowaniu nieekwiwalentnej ceny przez przystępującego, tylko dlatego, że odwołujący zaoferował cenę nieco wyższą.

Izba dokonała weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na ocenie złożonych przez przystępującego wyjaśnień wraz z przedłożonymi dowodami, w korelacji z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień, w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia i podnoszonych przez odwołującego okoliczności odwołania, które w jego ocenie powodują, że oferta ta winna zostać odrzucona.

Dokonana przez skład orzekający kontrola czynności zamawiającego skutkowałą stwierdzeniem, iż zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez odwołującego są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. Stanowisko odwołującego o ogólnych, lakonicznych wyjaśnieniach, bez udowodnienia realności zaoferowanej ceny przez jego konkurencję, nie znajduje oparcia w ustalonym stanie sprawy. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, przedłożone przez przystępującego, zawierają szczegółowe, adekwatne odpowiedzi na wątpliwości zamawiającego, w tym jednoznacznie i kompletnie odpowiadają na treść wezwania do złożenia wyjaśnień.

Izba stwierdziła również, że postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone przez zamawiającego prawidłowo i doprowadziło do wykazania, że wykonawca rzetelnie skalkulował cenę, w oparciu o szczególne, indywidualne uwarunkowania, które zostały wykazane odpowiednimi środkami dowodowymi, w postaci oferty podwykonawcy i kalkulacji szczegółowej, wobec czego uczyniono zadość obowiązkowi określonymu w art. 90 ust. 2 p.z.p.

Jak wskazano w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny przystępującego, wykonawca uwzględnił wszystkie konieczne do wykonania zamówienia koszty, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w dokumentacji postępowania, w tym koszty wykonania dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim, na dowód czego złożono szczegółową kalkulację. Wycenę oferty oparto w głównej mierze na ofercie podwykonawcy, która została złożona zamawiającemu, jako dowód do wyjaśnień – Izba ustaliła, że informacja o powierzeniu części zamówienia wskazanemu podwykonawcy koresponduje z treścią ppkt 1 pkt 2 lit. e oferty przystępującego, złożonej w postępowaniu.

W wyjaśnieniach przystępujący wskazywał na znaczące doświadczenie swojego podwykonawcy, który funkcjonuje na rynku od roku 2012, co zostało poparte wskazaniem projektów, które wykonał podwykonawca, specjalizujący się w świadczeniu usług: wykonywania projektów dedykowanych dla branży sanitarnej, nadzoru inwestorskiego i koordynacji robót w trakcie inwestycji. Ponadto nie sposób zgodzić się z odwołującym, że z oferty podwykonawcy nie wynika zakres jaki zostanie mu powierzony – takie twierdzenie nie ma odzwierciedlenia w treści oferty podwykonawcy, gdzie wprost wskazano co wykona podwykonawca i co w swojej ofercie wycenił, co następnie zostało ujęte przez przystępującego w pozycji 1 kalkulacji szczegółowej. Natomiast w pozycjach od 2 do 7 kalkulacji szczegółowej

przystępujący wyliczył koszty, adekwatne do czynności, które wykonawca wykona samodzielnie. Zaznaczyć również należy, że wykonawca uwzględnił w swojej ofercie zysk – na poziomie ok. 32% ceny.

Izba stwierdziła również, iż wbrew twierdzeniom odwołującego, podwykonawca przystępującego, przed złożeniem oferty, dokonał wizji lokalnej obiektu, co potwierdził zamawiający, natomiast odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Odwołujący, jako dowód przedłożył ofertę, którą on otrzymał od swojego podwykonawcy w postępowaniu, w zakresie badania wydajności hydrantów, ekspertyzy i opinii technicznej możliwości wykorzystania instalacji hydrantów, analizy technicznej źródeł zasilania instalacji hydrantowej, odkrywek i uzupełnień – opinia stanu pionów hydrantowych oraz inwentaryzacji instalacji wody zimnej, ciepłej i hydrantowej, opiewającą na kwotę w wysokości 35 595,00 zł.

Zestawienie dowodu i oferty podwykonawcy przystępującego wskazuje, że przystępujący posiada indywidualne, szczególnie korzystne warunki gospodarcze, które nie są dostępne dla innych wykonawców – oferta podwykonawcy odwołującego jest znacząco droższa, za znacznie mniejszy zakres czynności, niż cena ofertowa, którą uzyskał przystępujący od swojego podwykonawcy. Zatem odwołujący wykazał, że przystępujący posiada relacje handlowe, pozwalające na uzyskanie znacznie niższej ceny, niż jego konkurencja. Zważając na pułap zysku, jaki jest osiąganym w tego typu usługach, jest jasne, że przystępujący z uwagi na relacje handlowe jest w stanie uzyskać ofertę, w której podwykonawca jest skłonny zredukować narzut zysku, co pozwala uzyskać znacząco lepsze warunki cenowe. W związku z tym, przedstawione dowody nie tylko nie budzą wątpliwości, ale za przyznaniem im wiarygodności przemawia – poza ich spójnością – również doświadczenie życiowe i zasady logiki uwzględniające strukturę rynku, na którym wykonywane jest zamówienie.

Dalej Izba stwierdziła, że z dowodu tego wynika, że odwołujący nie dochował należytej staranności dokonując wyceny oferty – zamawiający podniósł, iż zakres oferty podwykonawcy odwołującego wynika z braku posiadania aktualnych informacji co do stanu obiektu. Innymi słowy, odwołujący zawarł w cenie czynności, których nie należy wykonywać, wyliczone na podstawie wadliwych informacji. Dopiero oferta podwykonawcy odwołującego mogła doprowadzić do takich wniosków, bowiem wynagrodzenie w postępowaniu rozliczane jest w formie ryczałtowej, zaś zamawiający nie żądał w formularzu ofertowym rozbicia ceny za opracowanie dokumentacji projektowej na poszczególne składniki. Zamawiający nie wskazał również w dokumentacji postępowania w jaki sposób należy dokonać poszczególnych czynności, w SIWZ zawarto zakres do wykonania, zaś sam sposób wykonania zamówienia pozostawiono wykonawcom.

Z odwołania i stanowiska przystępującego wynika, że wykonawcy przyjęli odmienne rozwiązania co do sposobu opracowania dokumentacji projektowej i na kanwie wymagań zamawiającego jest to działanie usprawiedliwione – powodujące inną cenę ofertową, w zależności od przyjętych założeń i indywidualnych uwarunkowań. Oferta podwykonawcy odwołującego opiewa na kwotę ponad 35 000,00 zł, zawiera zakres, którego nie należy wykonywać, natomiast różnica pomiędzy cenami przystępującego, a odwołującego to około 15 000,00 zł. Zatem trudno podzielić pogląd o nierealności ceny przystępującego, który dokonując wizji lokalnej, ustalił w jaki sposób wykona zamówienie i co skalkuluje w ofercie. W szczególności, że we wniesionym środku zaskarżenia odwołujący wskazywał na założenia jakie należało poczynić przy wycenie zamówienia, tym niemniej jest to sposób w jaki on zamierza je wykonać, nie mogący świadczyć o nierealnej cenie przystępującego, który przyjął założenia odmienne, tj. inwentaryzacja zostanie wykonana przy użyciu kamer endoskopowych, które nie powodują wykonywania prac rozbiórkowych, na które wskazywał odwołujący, natomiast w zakresie koniecznym przewidziano koszty firmy budowlanej do wykonania prac budowlanych. Ponadto, wykonawcy przyjęli inne założenia co do wymiaru i sposobu pracy osób wykonujących inwentaryzację, przy czym odwołujący nie wykazał, aby wyłącznie jego założenia były prawidłowe. Odwołujący nie wykazał również, że przyjęte przez przystępującego koszty pracy są niewłaściwe – materiał dowodowy wskazuje, że wprost przeciwnie, koszty te są wyższe od minimalnych.

Izba stwierdziła również, iż koszty stałe, wskazane przez zamawiającego, w postaci uzyskania wszystkich warunków, uzgodnień, opinii, decyzji i pozwoleń dotyczących przedmiotu zamówienia (ppkt 3 pkt 7 OPZ), zostały zawarte w ofercie podwykonawcy przystępującego, zaś dodatkowo – celem ewentualnej weryfikacji – przystępujący zawarł ten koszt również w zakresie, który sam wykona (pozycja 3 kalkulacji szczegółowej). Natomiast koszty pośrednie, wskazane przez odwołującego, zawarte są w kalkulacji w pozycji materiały pomocnicze, zaś inne – przy przyjętym przez przystępującego powierzeniu części zamówienia podwykonawcy – są ponoszone przez podwykonawcę, lub w ogóle nie występują. Zaznaczyć również należy, że narzuty dla wszystkich pozycji w kalkulacji szczegółowej przystępującego wynoszą 52%, w kalkulacji podwykonawcy 40%.

Następnie skład orzekający stwierdził, że dowód złożony przez przystępującego w postaci szczegółowej kalkulacji cenowej oferty podwykonawcy, jest wiarygodny i spójny z kalkulacją przystępującego, złożoną w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Izba nie podzieliła twierdzeń odwołującego, iż dowodowi temu należy odmówić wiarygodności z powodu 40% narzutu, kiedy przystępujący w swojej kalkulacji wskazał narzut na poziomie 52%, są to różne dokumenty, pochodzące od różnych podmiotów, zatem to stanowisko odwołującego budzi poważne wątpliwości, a nie fakt, że dwa podmioty określają narzuty na

innym poziomie. Tym niemniej, w ocenie Izby, dowód ten jedynie dodatkowo wskazuje na realność zaoferowanej ceny.

Należy również zaznaczyć, iż w ocenie Izby słuszne jest stanowisko zamawiającego i przystępującego, iż przedstawiając uzasadnienie faktyczne zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny, odwołujący ograniczył się do porównania zaoferowanej przez przystępującego ceny do przyjętego przez siebie sposobu wykonania zamówienia. Nie uwzględniono, że inny przedsiębiorca, kalkuluje cenę w inny sposób, w oparciu o własne założenia jak wykona przedmiot zamówienia, w związku z warunkami, które posiada. Umknęło przy tym uwadze odwołującego, że jego subiektywne przekonanie co do rzeczywistości, nie może prowadzić do stwierdzenia naruszenia prawa przez zamawiającego. Cena rażąco niska jest wartością nierealną, wskazującą na brak możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za daną kwotę i należy odnosić ją do przedmiotu zamówienia. O ile ceny zaproponowane przez innych wykonawców mogą stanowić pewną wytyczną, co do poziomu kalkulacji ceny w postępowaniu, to jednak nie można zapominać, że każdy z wykonawców posiada indywidualne warunki podmiotowe, które bezpośrednio wpływają na możliwość obniżenia ceny. W szczególności, gdy w postępowaniu rozpoznawanym odwołaniem wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy, a sam sposób wykonania zamówienia, co do inwentaryzacji, czy pracy potencjału kadrowego przedsiębiorcy, stanowi pewną dowolność wykonawcy.

Rekapitulując, nie jest możliwe skonstruowanie skutecznego zarzutu w oparciu jedynie o indywidualne przekonanie strony co do rzeczywistości – Krajowa Izba Odwoławcza orzeka bowiem na podstawie dowodów, nie zaś twierdzeń, a tym bardziej przekonania stron. Ponieważ w tym przypadku przystępujący prawidłowo wykazał zasadność dokonanej kalkulacji, a odwołujący ograniczył się nawet nie do twierdzeń, a wyrażenia swojego subiektywnego przekonania o nierzetelności tej kalkulacji, nie było żadnych podstaw, aby te wiarygodne kalkulacje, poparte adekwatnymi dowodami, zakwestionować.

Zatem tak postawione zarzuty nie mogły odnieść pozytywnego skutku i doprowadzić do przyjęcia zaistnienia po stronie zamawiającego, dokonującego oceny wyjaśnień naruszenia prawa, ponieważ nawet sam odwołujący nie był w stanie sprecyzować na czym takie naruszenie mogłoby polegać. Przy tym należy mieć na uwadze, że przesłanki odrzucenia oferty należy interpretować w sposób ścisły i zastosowanie odrzucenia oferty na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. wymaga ustalenia w sposób jednoznaczny, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską.

W konsekwencji powyższego Izba stanęła na stanowisku, iż nie można dokonać subsumpcji zaistniałego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. Postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone prawidłowo, wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdziły konkurencyjny i realny charakter ceny zaoferowanej przez przystępującego, więc zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci



odrzućenia jego oferty. Zatem zarzuty postawione w pkt 1 i 2 *petitum* odwołania, jako bezpodstawne zostały przez Izbę oddalone.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie ma również podstaw do uwzględnienia zarzutu nr 3 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy.

Po pierwsze, odwołujący we wniesionym środku zaskarżenia nie wskazał żadnych okoliczności, które dotyczą zarzucanego naruszenia zasad naczelnych p.z.p., natomiast samo powołanie się w treści zarzutu na normę określoną w art. 7 p.z.p. nie jest wystarczające dla uznania takiego zarzutu za nadający się do rozpoznania. O ile Izba, dokonując wykładni norm prawa zamówień publicznych, uwzględnia systemową rolę i teleologiczny aspekt naczelnych zasad p.z.p., które są dyrektywami interpretacyjnymi co do szczegółowych norm p.z.p., nie zwalnia to odwołującego z obowiązku wskazania okoliczności faktycznych, które uzasadniają, w jego ocenie, naruszenie nie tylko przepisu szczegółowego – tożsamy obowiązek postawienia prawidłowo sformułowanego zarzutu dotyczy również art. 7 p.z.p. oraz wykazania związku pomiędzy czynnością lub zaniechaniem zamawiającego w konkretnych, wykazanych okolicznościach faktycznych, a zaistniałym naruszeniem tejże dyrektywy ogólnej.

Po wtóre, twierdzenia odwołującego o zaniechaniu odrzućenia przez zamawiającego oferty przystępującego, jako zawierającej rażąco niską cenę, nie potwierdziły się. Zarzuty nr 1 i 2 Krajowa Izba Odwoławcza uznała za bezpodstawne i w konsekwencji ich oddalenia również zarzut nr 3 nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że w poczet materiału dowodowego sprawy zostały włączony dowód w postaci niewypełnionej wyceny prac projektowych, złożonej przez odwołującego, tym niemniej dowód ten nie był przydatny do ustalenia jakichkolwiek okoliczności, istotnych dla rozstrzygnięcia. Natomiast wyciąg z SIWZ, złożony przez odwołującego, już się *ex lege* znajdował w aktach sprawy (*vide* § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r., poz. 1092 ze zm.).

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając odwołującego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego – w postaci wpisu i uzasadnionymi kosztami zamawiającego, na które złożyły się koszty wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą VAT oraz koszty opłaty skarbowej, zgodnie z trzema potwierdzeniami jej uiszczenia, przedłożonymi do akt sprawy.

**Przewodniczący:**

.....