

WYROK

z dnia 10 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **LWZ sp. z o.o., Al. Niepodległości 2A; 55-020 Żórawina**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28; 50-425 Wrocław**, przy udziale wykonawcy **ETF Polska sp. z o.o., ul. Irysowa 1, 55-040 Bielany Wrocławskie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oferty złożonej przez wykonawcę ETF Polska sp. z o.o., ul. Irysowa 1, 55-040 Bielany Wrocławskie, dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**
2. **Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ETF Polska sp. z o.o., ul. Irysowa 1, 55-040 Bielany Wrocławskie i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę LWZ sp. z o.o., Al. Niepodległości 2A; 55-020 Żórawina, tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od wykonawcy ETF Polska sp. z o.o., ul. Irysowa 1, 55-040 Bielany Wrocławskie na rzecz wykonawcy LWZ sp. z o.o., Al. Niepodległości 2A; 55-020 Żórawina, kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero**

groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 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 – Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: *REWITALIZACJA LINII KOLEJOWEJ nr 336 relacji MIRSK – ŚWIERADÓW ZDRÓJ*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 20 września 2022 r., pod nr 2022/BZP 00355041/01.

Dnia 22 grudnia 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 27 grudnia 2022 roku, wykonawca LWZ sp. z o.o., Al. Niepodległości 2A; 55-020 Żórawina (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

1) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ETF Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich („ETF”), pomimo że wykonawca ten nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska;

2) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznana została ta złożona przez wykonawcę ETF.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ETF z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo tego, że:
 - wykonawca ten był wezwany przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonej w postępowaniu i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena, jaką zaoferował za wykonanie zamówienia nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia;
 - cena ofertowa ETF nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami zamawiającego;
2. art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 239 Pzp, poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty złożonej przez ETF w sytuacji, gdy oferta ta zawiera cenę rażąco niską, co uniemożliwi realizację przedmiotu postępowania przy spełnieniu wszelkich wymagań stawianych przez zamawiającego w sposób prawidłowy;
a w konsekwencji
3. art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy ETF;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz dalszych czynności w postępowaniu z pominięciem oferty ETF.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Na podstawie art. 573 Pzp odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa. Gdyby zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp i prawidłowo ocenił stan faktyczny, odrzuciłby ofertę wykonawcy ETF i wówczas pierwszą pozycję w rankingu ofert uzyskałaby oferta odwołującego. Aktualnie oferta odwołującego jest uplasowana na drugiej pozycji rankingowej.

Odwołujący, w zakresie merytorycznego stanowiska w sprawie, uzasadniającego wniesienie przedmiotowego odwołania wskazał, co następuje.

Obowiązkiem wykonawcy względem, którego zrodziło się domniemanie zaofiarowana ceny rażąco niskiej jest:

- a) wskazanie konkretnych okoliczności, które przemawiają za możliwością zaofiarowania ceny na określonym poziomie,
- b) wykazanie w jaki sposób okoliczności te rzutują na poziom cenowy oferty (poprzez określenie wygenerowanych w ten sposób oszczędności);
- c) poparcie powyższego materiałem dowodowym.

Wykonawca ETF nie sprostął żadnemu z wymienionych powyżej obowiązków, tym samym nie obalił domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej. Oferta ETF powinna zostać odrzucona.

Dokonując analizy wezwania nie sposób nie zauważyć, że zamawiający ograniczył się w jego treści do zacytowania art. 224 ust. 3 pkt 1-8 Pzp. Wezwanie takie charakteryzuje się dużym stopniem ogólności, co rodzi dla wykonawcy będącego adresatem tego typu wezwań określone konsekwencje. Z jednej strony niewątpliwie wykonawcy odpowiadającemu na tak

sformułowane wezwanie nie sposób czynić zarzutu, że nie wskazał w treści odpowiedzi na daną okoliczność (zamawiający nie sformułował konkretnych wątpliwości odnoszących się np. do danego elementu kosztotwórczego). Z drugiej strony swoboda, jaką pozostawił zamawiający wykonawcy ETF w żaden sposób nie umniejsza obciążającego ten podmiot ciężaru dowodzenia. Wręcz przeciwnie – skonstruowanie wezwania o treści ogólnej, nieodnoszącej się do konkretnych elementów wyceny, generuje po stronie wykonawcy obowiązek wykazania kalkulacji całkowitej ceny ofertowej (tj. wszystkich elementów kosztotwórczych). Argumentacja ETF - szczegółowa i poparta dowodami - powinna zatem rozwiewać wątpliwości zamawiającego w odniesieniu do ceny całkowitej z oferty ETF. Co do zasady, to wykonawcy powinno zależeć najbardziej na obaleniu domniemania, że spełnione zostały przesłanki rażąco niskiej ceny. Biorąc bowiem pod uwagę profesjonalny charakter wykonawców, którzy, co oczywiste, nie działają non profit i których aktywność biznesowa obliczona jest na wygenerowanie zysku, każdy wykonawca powinien bez względu na jakiegokolwiek czynniki zewnętrzne dążyć do utrzymania swojego statusu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i ochrony złożonej oferty, wykazując tym samym brak błędów w jej przygotowaniu. Przenosząc wymogi, jakie spełniać muszą wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny na okoliczności niniejszej sprawy, wskazania wymaga, że, na etapie formułowania treści wezwania, zamawiający najwyraźniej był ich świadomy. Zamawiający podkreślał aspekty, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, wskazywał, że wymaga złożenia wyjaśnienia oraz przedłożenia dowodów.

Udzielone przez wykonawcę ETF wyjaśnienia mają charakter ogólny, lakoniczny i zdecydowana większość użytych w ich treści argumentów nie wnosi nic do rzeczywistej oceny w zakresie poziomu ceny ofertowej. Na wstępie wyjaśnień ETF składa szereg oświadczeń. Tego typu oświadczenia nie mają najmniejszego znaczenia z punktu widzenia oceny prawidłowości wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Obowiązkiem każdego wykonawcy jest bowiem działanie rzetelne, sumienne i z należytą starannością (pierwszy akapit), ujęcie wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia (drugi akapit), dokonanie wnikliwej analizy dokumentacji (trzeci akapit). Celem procedury wyjaśniającej jest przedstawienie szczegółowego i konkretnego uzasadnienia, tymczasem powyższy fragment jest tego całkowitym zaprzeczeniem i stanowi egzemplifikację wyjaśnień lakonicznych

i ogólnych. Ten fragment wyjaśnień warto podsumować orzeczeniem Izby z dnia 26 marca 2015 r. (KIO 499/15), które pozostaje wyjątkowo trafne w zaistniałej sytuacji.

Następnie ETF powołuje się na fakt przynależności do grupy kapitałowej, wymienia spółki wchodzące w jej skład i dodaje zdanie komentarza do każdej z nich. Na końcu znajduje się konstatacja o dotychczasowej współpracy skutkującej zrealizowaniem wspólnych projektów w latach ubiegłych. Argumenty te także są pozbawione znaczenia w przedmiotowej sprawie.

Po pierwsze należy podkreślić, że przepisy Pzp przewidują procedurę weryfikacji doświadczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z regulacji tych skorzystał zresztą zamawiający, formułując warunki odnoszące się do doświadczenia wykonawcy (Rozdział 6 SWZ). Oczywiście jest przy tym, że wszyscy wykonawcy, którzy pozytywnie przeszli weryfikację w zakresie warunków udziału w postępowaniu, uznani muszą być za zdolnych do realizacji zamówienia. Skoro tak, to przyjmując jednocześnie należy, że legitymują się oni doświadczeniem wymaganym do sprawnego i poprawnego wykonania zamówienia. Okoliczność wskazana przez ETF (realizacja, z powodzeniem, innych inwestycji) w żaden sposób nie może zostać uznana za sprzyjającą, właściwą jedynie wykonawcy

ETF

i tym samym generującą oszczędność na etapie kalkulowania ceny ofertowej. Jakkolwiek realizacja innych zamówień nie jest okolicznością pozwalającą uznać, że nie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, to ETF nie zdecydował się nawet na wskazanie tych inwestycji, opisanie i uzasadnienie ich wpływu na koszty realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania, nie mówiąc już o wykazaniu poziomu oszczędności, jakie dzięki ich realizacji udało się wygenerować. Tymczasem, niezależnie od wątpliwej przydatności podnoszonej argumentacji, z wyjaśnień nie sposób wyczytać jak przywołane okoliczności wpływają na kalkulację cenową. Jeśli, w opinii wykonawcy, dana okoliczność jest właściwa dla tego wykonawcy, pozwala mu na skalkulowanie oferty na poziomie niższym niż konkurencja, to obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie poziomu wygenerowanych w ten sposób oszczędności. Z obowiązku z tego ETF się nie wywiązał. Na uwagę zasługuje, że chociaż ETF zdaje się wyciągać daleko idące wnioski z faktu przynależności do jednej grupy kapitałowej

z innymi podmiotami, to ponownie ogranicza się do głośłownych twierdzeń. Wykonawca ETF nie próbuje nawet wywiązać się z obowiązków w zakresie przekonania zamawiającego, że przynależność do grupy kapitałowej rzeczywiście generuje określone okoliczności wpływające na cenę. Skoro bowiem wymienione okoliczności pozwalają ETF zaoferować cenę na niższym poziomie, to postawić należy następujące pytania:

a) dlaczego umowa gwarantująca preferencyjne warunki zawarta z ETF S.A.S. nie została przedstawiona?

b) Jakie ceny kruszyw zapewnił sobie ETF? Z której kopalni będą dostarczane?

c) Jakie ceny mas bitumicznych zapewnił sobie ETF?

d) Jak wpływa na cenę współpraca z podmiotami gwarantującymi dostęp do technologii wzmocnień, teletechniki i elektroenergetyki?

Znamienne jest, że w przypadku żadnego z tych argumentów ETF nie wykazuje wpływu na cenę ofertową, ograniczając się do zdawkowego komentarza.

ETF w żaden sposób również w tym przypadku nie rozwija swojego oświadczenia. Nie precyzuje bowiem:

- a) gdzie zlokalizowane są miejsca zamieszkania pracowników;
- b) jak przekłada się to na koszty dojazdu i noclegów.

Kolejny argument mający dowodzić rynkowego poziomu ceny to niskie ceny materiałów.

Także jednak w tym przypadku brak jakichkolwiek szczegółowych informacji, w tym określenia wpływu na ceny jednostkowe. O poziomie i znaczeniu tego argumentu świadczy również to, że ETF przyznaje, iż umowy na dostawy zamierza zawrzeć po zawarciu umowy z zamawiającym. Skoro zatem takie umowy jeszcze nie istnieją, to nie sposób zgodzić się, że relacje z dostawcami mogą zostać uznane za okoliczność potwierdzającą prawidłowość ceny ofertowej ETF. Jeśli natomiast ETF dysponuje ofertami tych dostawców (które później mają znaleźć odzwierciedlenie w umowach), to z równie dyskwalifikujący uznać należy fakt zaniechania omówienia w wyjaśnieniach ich wpływu na cenę ofertową.

Następnie ETF pokusiło się o podsumowanie.

Żadna z wymienionych w tym akapicie okoliczności (zasoby sprzętowe i kadrowe, współpraca z firmami, optymalizacja organizacji robót, ograniczenie kosztów pracowniczych) nie została udokumentowana. Brak jest jakichkolwiek kalkulacji obrazujących koszty z nimi związane oraz szczegółów odnośnie ich wpływu na cenę ofertową.

Do wyjaśnień ETF załącza oferty na:

- a) wykonanie robót, które ETF zamierza wykonać wspólnie lub z podwykonawcą;
- b) wykonanie dokumentacji projektowej;
- c) dostawę podkładów strunobetonowych;
- d) materiały.

Wszystkie te oferty mają wspólną cechę – brak w nich jakichkolwiek szczegółowych kalkulacji (ograniczają się do wskazania ceny ofertowej za dany zakres), co mogłoby pozwolić ocenić ich rzetelność i wiarygodność.

Odwolujący wskazuje, że analiza całokształtu wyjaśnień zdaje się wskazywać, że właśnie dzięki załączeniu przywołanych ofert ETF usiłuje sprostać wymogom w zakresie wyjaśniania rażąco niskiej ceny. Wszelkie pozostałe argumenty (omówione powyżej) nie mogą zostać uznane za mające jakikolwiek wpływ na ustalenie, że cena ofertowa jest rzetelna. Wręcz przeciwnie – można by je potraktować jako doskonały przykład wyjaśnień lakonicznych i nic niewnoszących do procedury wyjaśnień.

Wracając jednak do ofert – sposób ich prezentacji, tj. brak omówienia ich przez ETF, brak szczegółowej kalkulacji cenowej – sugerują, że ETF „wrzucił” je do wyjaśnień, aby sprostać ustawowemu obowiązkowi, a nie po to, aby rozwiązać wątpliwości zamawiającego. Warto przyjrzeć się bowiem np. ofertom materiałowym, jakie dołącza ETF. W jaki bowiem sposób można uznać, że wpływają one na prawidłowość kalkulacji ofertowej, skoro ETF ani nie

referuje do poziomów cenowych z tego samego zakresu dostępnego innym wykonawcom, ani nie przedstawia kalkulacji, z której wynikałoby jaki jest wpływ wyceny w tym zakresie na cenę ofertową. Brak jest więc jakiegokolwiek powiązania ofert materiałowych z ceną oferty ETF.

Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku pozostałych ofert załączonych do wyjaśnień (roboty, dokumentacja projektowa), które nie tylko pozostają niezwykle lakoniczne, ale i ETF w żaden sposób do nich nie referuje. Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że oferty te nie stanowią części wyjaśnień, a raczej zostały złożone dodatkowo, „obok” wyjaśnień. Biorąc pod uwagę złożone przez ETF wyjaśnienia, ich zdawkowość, ogólność i oparcie ich na gołosłownych zapewnieniach, a także rzekome wywiązanie się z obowiązku dołączenia wiarygodnych dowodów, zaistniała sytuację warto skonstatować wyjątkowo trafnym w tych okolicznościach wyrokiem Izby z dnia 7 marca 2022 r., sygn. KIO 142/22. Przenosząc tezy z tego orzeczenia na analizowany stan faktyczny zaistniały w postępowaniu stwierdzić należy, że udzielone przez ETF wyjaśnienia nie pozwalają zamawiającemu na dokonanie weryfikacji rzetelności i prawidłowości wyceny ofertowej ETF, a więc nie spełniają celu nakreślonego przez przepisy Pzp. Biorąc pod uwagę złożone wyjaśnienia oraz załączone do nich dowody, zamawiający powinien zatem uznać, że ETF nie wywiązał się z obowiązku, o którym mowa w art. 224 ust. 5 Pzp, doszło do ziszczenia się sytuacji opisanej w art. 224 ust. 6 Pzp, a zatem oferta ETF powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Na marginesie podnieść należy (kierując się daleko posuniętą ostrożnością) w niniejszej sprawie nie zmaterializowały się jakiekolwiek podstawy do wezwania ETF do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, niedopuszczalne jest powtarzanie procedury wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce zwłaszcza w przypadku, kiedy wyjaśnienia wykonawcy są lakoniczne, ogólne, nieoparte dowodami i odbiegają od istoty ceny rażąco niskiej, co ma miejsce w niniejszym postępowaniu. Zakaz kierowania do wykonawców kilkakrotnie wezwań do złożenia wyjaśnień można wywnioskować z art. 224 Pzp w zw. z art. 16 Pzp. Za zgodne z dochowaniem zasady uczciwej konkurencji należy uznać bowiem ograniczenie do jednokrotności wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Nie sposób bowiem przyjąć, że działaniem poprawnym zamawiającego byłoby dowolne i nieograniczone wzywianie wykonawców do składania wyjaśnień. Zarówno zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i zasada szybkości i ekonomiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzasadniają wniosek, że ponowienie wezwania musi być w sposób szczególny uzasadnione, gdyż niesie ze sobą ryzyko do szerokich nadużyć, w tym do potencjalnej faworyzacji określonego grona wykonawców oraz nieuzasadnionego przedłużania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego, biorąc pod uwagę, że wykonawca nie przedstawił żadnych rzetelnych wyjaśnień czy dowodów na obalenie domniemania ceny rażąco niskiej, należy kategorycznie stwierdzić, że oferta wykonawcy ETF podlega odrzuceniu bez możliwości jej sanowania.

Niezależnie od opisanej powyżej wadliwości wyjaśnień w zakresie ich konstrukcji oraz zawartości, odwołujący podkreśla, że zrealizowanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez ETF nie jest obiektywnie możliwe. Wskazać należy w szczególności na wycenę następujących prac w RCO złożonym przez ETF:

- a) Poz. 7 - Wykonanie podbudowy tłuczniowej wraz z balastowaniem tłucznia
- b) Poz. 11 - Remont Mostu w km 5,678
- c) Poz. 5 - Plantowanie i nadanie spadku korony torowiska oraz wzmocnienie podtorza
- d) Poz. 12 - Wykonanie przejazdów kolejowych
- e) Poz. 6.5 – Montaż toru.

Zamawiający został pozbawiony faktycznej możliwości oceny w zakresie ceny ofertowej ETF dla tych pozycji, wszak nie pozwalają na to złożone wyjaśnienia. Odwołujący podkreśla jednak, że wykonanie wskazanych elementów zamówienia za zaoferowane przez ETF ceny nie jest możliwe. Nie ulega przy tym wątpliwości, że argument w zakresie poszczególnych elementów cenotwórczych w ofercie ETF ma drugorzędne znaczenie. Oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na udzielenie wyjaśnień, które nie uzasadniają ceny ofertowej.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni zarzuty odwołania w całości.

Przystępujący do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego – wykonawca ETF Polska sp. z o.o., wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości. W ramach złożonego sprzeciwu, przystępujący wskazał, co następuje.

W toku postępowania zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia stosownych dowodów wskazując, iż zaoferowana przez przystępującego cena wykonania zamówienia „wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego”. Zamawiający nie sprecyzował zakresu oczekiwanych wyjaśnień, ograniczył treść skierowanego do ETF wezwania do odwołania się do art. 224 Pzp, dotyczącego żądania wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych w sytuacji, gdy oferowana cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości zamawiającego. W konsekwencji przystępujący nie dysponował wiedzą jakie elementy kalkulacji zaoferowanej ceny budzą wątpliwości zamawiającego i wymagają wyjaśnień. Podkreślić należy, iż Pzp nie zawiera żadnych ograniczeń odnośnie do zakresu oczekiwanych wyjaśnień od wykonawców w procesie badania i oceny ofert, w tym

w szczególności w części dotyczącej badania rażąco niskiej ceny. Nie sposób pominąć faktu, iż ogólny charakter wezwania zamawiającego do wyjaśnienia wyliczenia zaoferowanej ceny, jak to miało miejsce w toku postępowania w stosunku do ceny zaoferowanej przez przystępującego, jakkolwiek możliwy do zastosowania zarówno w świetle orzecznictwa Izby jak i Pzp, determinuje w sposób znaczący zakres składanych wyjaśnień, w tym bezwzględnie wpływa na ich ocenę i decyzję zamawiającego co do ewentualnego odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę.

Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, złożył wyjaśnienia dotyczące wyliczenia oferowanej ceny („Wyjaśnienia”) wskazując - stosownie do brzmienia art. 224 Pzp - jakie okoliczności wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny oraz przedkładając dowody na okoliczność realności oferowanych kosztów wykonania zamówienia, tj. oferty cenowe wskazujące koszty wykonania istotnego zakresu zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania. Zgodnie z wymaganiami zamawiającego wskazanymi w pkt 14 SWZ (str.12 SWZ), wykonawcy obliczając cenę wykonania zamówienia zobligowani zostali do wyliczenia ceny w oparciu o zakres wskazany przez zamawiającego w Zestawieniu cenowym, tj. dokumencie opracowanym przez zamawiającego, stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, składanym wraz z ofertą. Zgodnie z wymaganiami SWZ *„Wykonawca obliczając cenę musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Zestawieniu cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian”*. Mając na uwadze ogólny, blankietowy charakter wezwania skierowanego do przystępującego w zakresie przedstawienia wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny oraz wymagania sprecyzowane w SWZ odnośnie do sposobu wyliczenia ceny, przystępujący - dla potrzeb wykazania, iż zaoferowana przez niego cena jest realna, rynkowa oraz zapewnia prawidłowe wykonanie zamówienia - przedstawił w ramach złożonych wyjaśnień oferty cenowe dostawców materiałów, podwykonawców prac projektowych i robót budowlanych wymaganych dla potrzeb wykonania zamówienia - zgodnie z zakresem wyceny narzuconej Zestawieniem cenowym opracowanym przez zamawiającego. W ocenie przystępującego takie wyjaśnienie jest w pełni uzasadnione – z jednej strony - w świetle zakresu wezwania zamawiającego, z drugiej zaś – celem uczynienia zadość obowiązkowi wykazania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Przystępujący w odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie przedstawił oferty cenowe wykonania poszczególnych elementów wskazanych do wyceny w ramach załącznika nr 3 do SWZ, tj. Zestawienia cenowego. Oferty cenowe dostawców, podwykonawców prac projektowych i robót budowlanych, przedłożone w ramach wyjaśnień, odnoszą się wprost do realizacji przedmiotu postępowania, potwierdzając aktualne, realne koszty jego wykonania przez przystępującego. Przekazane oferty, na co wskazuje wprost ich treść, zostały złożone przez podmioty trzecie na wypadek pozyskania przez przystępującego do realizacji

przedmiotu postępowania. Odnosząc się do poszczególnych dowodów przekazanych zamawiającemu w ramach złożonych wyjaśnień, przystępujący wskazuje, iż przedkładając:

- ofertę podmiotu trzeciego na realizację robót w zakresie obiektów inżynierskich – wykazano rynkowy, w tym dedykowany w ramach postępowania koszt wykonania dokumentacji projektowej, remontu 32 sztuk obiektów inżynierskich i remontu mostu w km 5,678, tj. koszt wykonania elementów przedmiotu zamówienia, istotnych z punktu widzenia realizacji zamówienia, na co wskazuje wymóg ich wyceny wynikający z Zestawienia cenowego, opracowanego przez zamawiającego;

- ofertę podmiotu trzeciego na realizację prac projektowych – wykazano rynkowy, w tym dedykowany w ramach postępowania koszt wykonania dokumentacji projektowej; oferta precyzuje szczegółowy zakres prac objętych wskazaną ceną; koszt wykonania prac projektowych to istotny element wykonania zamówienia, na co wskazuje wymóg jego uwzględnienia wynikający z Zestawienia cenowego, opracowanego przez zamawiającego;

- oferty podmiotów trzecich na dostawę materiałów – wykazano rynkowy, w tym dedykowany w ramach postępowania koszt dostawy materiałów wymaganych do wykonania zamówienia; oferty precyzują zakres kosztów ujętych w cenie dostawy materiałów; przedmiotowy zakres dostaw ma istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji zamówienia na co wskazuje wymóg ich wyceny wynikający z Zestawienia cenowego, opracowanego przez zamawiającego;

- ofertę podmiotu trzeciego na wykonanie prac przygotowawczych, ścięcie łąwy torowiska, renowację systemu odwodnienia, wzmocnienie podtorza, montaż toru, wykonanie podbudowy tłuczniowej wraz z balastowaniem tłucznia, oprofilowanie toru, regulację toru w planie i profilu, wykonanie przejazdów kolejowych stanowiących element wyceny wymaganej Zestawieniem cenowym - wykazano rynkowy, w tym dedykowany w ramach postępowania koszt wykonania w/w prac; przedmiotowy zakres prac ma istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji zamówienia na co wskazuje wymóg ich wyceny wynikający z Zestawienia cenowego, opracowanego przez zamawiającego.

Podsumowując powyższe, przystępujący w ramach wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaofertowanej ceny przedstawił jednoznaczne, niebudzące wątpliwości dowody w postaci aktualnych ofert otrzymanych od podmiotów trzecich, dedykowanych do realizacji dostaw materiałów, usług i robót budowlanych w ramach postępowania. Tym samym w ramach złożonych wyjaśnień przystępujący wykazał, iż zaofertowana przez niego cena została skalkulowana w oparciu o oferowane mu finansowe warunki dostawy materiałów, wykonania usług projektowych i ceny wykonania robót budowlanych w ramach postępowania. Przystępujący przedłożył dowody potwierdzające, iż wykona przedmiot postępowania za zaofertowaną cenę. Oferty adresowane do przystępującego, odnoszące się wprost do postępowania to adekwatne dowody dla potwierdzenia wykonania zamówienia za

zaoferowaną cenę. Podkreślić należy, iż powyższy rodzaj dowodów jest powszechnie stosowany w praktyce zamówień publicznych. Izba wielokrotnie badając zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny odnosi się do braku przedłożenia ofert jako dokumentów wskazujących dokonanie wyliczenia cen w oparciu o realia rynkowe gwarantujące wykonanie zamówienia. Przystępujący przedkładając oferty cenowe, jak podkreślano już dedykowane przystępującemu na okoliczność uzyskania przedmiotu postępowania do realizacji, bezwzględnie dostarczył zamawiającemu dokumenty wskazujące wymierne wartości ekonomiczne dla potrzeb wykonania zamówienia. Tym samym nie sposób zaprzeczyć, iż uczynił zadość spoczywającemu na nim ciężarowi wykazania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Przystępujący, mając na uwadze przekazane zamawiającemu w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny materiały dowodowe wskazuje, iż przedstawił zamawiającemu spójne i konkretne wyjaśnienia dotyczące podstaw wyliczenia zaoferowanej ceny, dokonanego w oparciu o obligatoryjny zakres elementów wyceny narzucony wykonawcom w obligatoryjnym elemencie ofert, tj. w Zestawieniu cenowym.

Niezależnie od powyższych uwag, przystępujący podkreśla, iż wskazał okoliczności, które wpłynęły na kalkulację zaoferowanej ceny odnosząc się m.in. do członkostwa w grupie kapitałowej, dysponowania sprzętem, wskazał przyjętą do wyceny stawkę roboczogodziny, zgodną z przepisami prawa odnoszącymi się do obowiązujących minimalnych stawek pracy.

Polemika odwołującego w zakresie dotyczącym najistotniejszych elementów wyjaśnień, tj. przekazanych ofert cenowych, dedykowanych przystępującemu w sytuacji pozyskania przedmiotu zamówienia do realizacji (potwierdzających realne, rynkowe koszty wykonania prac, robót, realne koszty dostaw materiałów), jest bardzo pobieżna. Odwołujący w powyższym zakresie ogranicza się jedynie do ogólnego wskazania (pkt 31, str. 11 odwołania), iż oferty złożone w ramach wyjaśnień mają wspólną cechę – brak szczegółowych kalkulacji. Jednocześnie odwołujący nie wskazuje co powinno składać się na wspomniane przez niego brakujące kalkulacje, jakie istotne elementy winny być w nich uwzględnione

w kontekście przedmiotu postępowania, nie przedstawia przykładowych ofert, które w jego ocenie mają właściwy charakter.

Mając na uwadze powyższe nie budzi wątpliwości fakt, iż stanowisko wyrażone przez odwołującego wskazujące, iż przystępujący „*nie wykazał w żaden sposób, iż zaoferowana cena jest ceną rynkową, nie obalił zatem domniemania ceny rażąco niskiej i nie dowiódł, że możliwe jest zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę*”, nie jest poparte żadnymi dowodami, jako ogólne i lakoniczne jest bezpodstawne i nie zasługuje na uwzględnienie. Cena wskazana w ofercie ETF jest wyliczona rzetelnie, na podstawie faktycznych kosztów wykonania istotnych elementów zamówienia, znajdujących oparcie w rynkowych aktualnych cenach świadczenia usług i dostaw towarów. Przekazane dowody w postaci konkretnych

ofert cenowych dostawców, podwykonawców, usługodawców, złożonych przystępującemu dowodzą wysokości kosztów wykonania prac projektowych, dostaw materiałów, robót budowlanych, składających się na wymaganą przez zamawiającego wycenę wykonania przedmiotu postępowania.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do zarzutów odwołującego oraz mając na uwadze ogólny zakres wezwania zamawiającego do wyjaśnienia wyliczenia ceny zaoferowanej przez przystępującego, przystępujący podkreśla, iż:

- skierowane przez zamawiającego do ETF wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny miało charakter ogólny, na co wskazuje użycie zwrotu "w szczególności" w treści wezwania oraz odwołanie się wyłącznie do treści art. 224 Pzp, który również stanowi jedynie przykładowy zakres wyjaśnień;

- zamawiający w treści wezwania nie wyszczególnił żadnych konkretnych okoliczności, które mają zostać wyjaśnione, w tym nie zażądał szczegółowego rozbicia ceny, szczegółowej kalkulacji, której brak - w tym w odniesieniu do przekazanych ofert podwykonawców, usługodawców i dostawców - podnosi odwołujący dla uzasadnienia zarzutów odwołania;

- ogólny, blankietowy sposób wezwania do złożenia wyjaśnień, w zakresie wyliczenia zaoferowanej przez przystępującego ceny, jakkolwiek dopuszczalny do zastosowania wpływa na możliwość odrzucenia oferty;

- ciężar wykazania przez przystępującego, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niską nie zwalnia zamawiającego z obowiązku precyzyjnego kierowania wezwań. Brak wskazania przez zamawiającego jakie elementy składowe oferowanej ceny budzą jego wątpliwości, brak sprecyzowania zakresu oczekiwań nie uzasadnia przeniesienia na przystępującego ryzyka „nie trafienia” w zakres oczekiwanych wyjaśnień przez zamawiającego;

- nie sposób przyjąć, iż wyjaśnienia przystępującego, mając na uwadze tak określony zakres wezwania, nie stanowią należytej odpowiedzi na wezwanie, a zakres przedstawionych dowodów nie potwierdza realności, rzetelności w zakresie wyliczenia oferowanej ceny;

- wyjaśnienia ETF stanowią adekwatną odpowiedź na skierowane do niego wezwanie zamawiającego;

- pomimo lakoniczności wezwania do złożenia wyjaśnień, braku sprecyzowania zakresu oczekiwań wyjaśnień, braku wskazania jakie elementy są istotne dla zamawiającego

w procesie badania oferty przystępującego, choćby preferowanego zakresu wyjaśnień czy podania przykładowych materiałów dowodowych, wyjaśnienia ETF są spójne, konkretne, poparte precyzyjnym materiałem dowodowym w postaci konkretnych ofert wskazujących

realnie oferowane koszty wykonania kluczowych elementów zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania.

Przystępujący nie kwestionuje, iż w związku z wezwaniem do wyjaśnienia wyliczenia zaoferowanej ceny, która wzbudziła wątpliwości zamawiającego zobowiązany był do wykazania, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 239 Pzp poprzez wybór oferty z rażąco niską ceną i zaniechanie odrzucenia oferty z uwagi na okoliczność, iż zawiera ona rażąco niską cenę, w żaden sposób nie wykazał, że oferta ETF zawiera rażąco niską cenę, w tym, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną przez ETF cenę. Odwołujący nie wykazał także, by wyjaśnienia nie uzasadniały zaoferowanej ceny. Przystępujący podnosi, iż zarzuty odwołania nie uzasadniają jego uwzględnienia. Dla skutecznego podniesienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, tj. wyboru oferty przystępującego zawierającej, w opinii odwołującego, rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, odwołujący zobligowany był nie tylko do wskazania okoliczności, z których wywodzi naruszenie Pzp przez zamawiającego, lecz przede wszystkim do przedłożenia dowodów, czego odwołujący nie uczynił.

Konkludując argumenty przedstawione odnośnie do zasadności oddalenia zarzutów odwołania, w tym w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny, przystępujący wskazuje, iż ograniczenie zarzutów odwołania do wskazania ogólnych tez i twierdzeń odwołującego powoduje, iż materiały złożone w toku postępowania dowodzą, iż brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego co do braku możliwości ewentualnego dalszego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień odnoszących się do wyliczenia ceny, przystępujący podnosi, iż mając na uwadze ogólny charakter wezwania, ograniczony do powołania art. 224 Pzp, mając na uwadze brak wskazania przystępującemu co w wyliczeniu zaoferowanej ceny budzi wątpliwości zamawiającego, w jakim zakresie jest on zainteresowany uzyskaniem wyjaśnień, o jakim charakterze, przystępujący nie może ponosić negatywnych skutków ogólnych i nieprecyzyjnych działań zamawiającego. W tym stanie rzeczy zamawiający winien ponownie wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień, wskazując, które elementy budzą wątpliwości zamawiającego.

Podsumowując przystępujący wskazał, iż:

- zakres wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny był lakoniczny i w odniesieniu do tak sformułowanego wezwania przystępujący sformułował wyjaśnienia;

- pomimo ogólnego wezwania do wyjaśnień przystępujący sformułował odpowiedź w sposób rzetelny, klarowny i spójny, wykazując, iż cena wskazana w ofercie jest wyliczona na podstawie faktycznych kosztów wykonania istotnych elementów zamówienia;
- odwołujący nie przedstawił argumentów i dowodów, które miałyby wykazać zasadność postawionego zarzutu rażąco niskiej ceny oferty przystępującego, odwołujący nie jest wolny od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny;
- w okolicznościach dotyczących badania oferty przystępującego nie sposób przyjąć, iż podnoszony przez odwołującego brak możliwości kontynuowania procesu wyjaśnień znajduje uzasadnienie w przepisach Pzp czy orzecznictwie Izby.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z tym, że zaoferowana przez przystępującego cena wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zażądał od przystępującego wyjaśnień, w tym

złożenia dowodów, w szczególności w zakresie wynikającym z ust. 3 ww. przywołanego przepisu.

Przystępujący złożył wyjaśnienia za pismem z dnia 21 listopada 2022 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza poddała ocenie treść wyjaśnień złożonych przez przystępującego mając na uwadze ich rzetelność i zupełność pod kątem obowiązku wynikającego z treści przepisów art. 224 ust. 1 i 6 ustawy Pzp, tj. w zakresie wyjaśnienia, czyli wykazania, że cena ofertowa przystępującego nie jest ceną rażąco niską (rnc).

Okolicznością bezsporną w sprawie jest fakt, że zamawiający w treści wezwania kierowanego do przystępującego odwołał się bezpośrednio do elementów wynikających z brzmienia przepisu art. 224 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednakże sam fakt powołania się przez zamawiającego na okoliczności wymienione ww. przepisem bez wskazywania szczegółowych elementów oferty przystępującego, które budzą u zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia nie powoduje sytuacji, w której wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień może, składając takie wyjaśnienia, w sposób ogólny przedstawić zamawiającemu okoliczności uprawniające go do zaoferowania ceny zaproponowanej w ofercie.

Istotą bowiem przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp (będącej podstawą wezwania zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu) jest wątpliwość zamawiającego, jaką wzbudziła cena ofertowa wzywanego wykonawcy. Skoro zatem zamawiający powziął takie wątpliwości, to zadaniem wykonawcy jest wyjaśnienie zamawiającemu, że takich wątpliwości nie powinien mieć, uzasadniając szczegółowo jakie okoliczności uprawniały wykonawcę do zaoferowania ceny za przedmiot zamówienia. Zdaniem Izby, niewłaściwe jest twierdzenie, które prezentuje przystępujący, iż ogólnikowość wezwania pozwalała mu na równie ogólnikowe wyjaśnienia. Nie taki jest bowiem cel omawianego przepisu. To na wykonawcy wezwanemu do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar obalenia domniemania zamawiającego w taki sposób, który nie będzie prowadził do odrzucenia oferty wykonawcy. Prawdą jest stanowisko prezentowane przez odwołującego i przystępującego, że nie ma jednolitego wzorca, którym mogliby kierować się wykonawcy składający takie wyjaśnienia. Wzorzec taki byłby niemożliwy do ustalenia, gdyż każde postępowanie charakteryzuje się indywidualnymi cechami wyłącznymi dla takiego postępowania. Dlatego też ocena wyjaśnień, dla każdego postępowania, musi odbywać się indywidualnie.

Przyjąc zatem należy, indywidualizując miernik dla konkretnego postępowania mając, jednakże na uwadze obowiązek spoczywający na wykonawcy dotyczący wyjaśnienia zamawiającemu okoliczności wyłącznie dostępnych danemu wykonawcy, które miały wpływ na cenę, że wykonawca winien podjąć starania, które w sposób bezsprzeczny wykażą prawidłowość zaoferowanej ceny.

Miernik należytej staranności wykonawcy powinien zatem wykluczyć sytuację, w której wykonawca, co prawda składa wyjaśnienia, ale przyjmuje założenie, że w przypadku ich niewystarczającego charakteru będzie miał możliwość uzupełnienia wyjaśnień w późniejszym terminie.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia wykonawcy składane na wezwanie zamawiającego, muszą być jednoznaczne i ostateczne, tzn. muszą definitywnie wykazywać okoliczności wraz z ich wyjaśnieniem z powołaniem odpowiednich dowodów, które będą przemawiały za rzetelnością podanej ceny.

Przechodząc na grunt przedmiotowego postępowania, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. W wyjaśnieniach swoich przystępujący odwołał się bowiem do ogólnego doświadczenia firmy, prawidłowości kalkulacji opartej o analizę dokumentacji przetargowej, jak też przynależności do grupy kapitałowej. W żadnym z tych przypadków przystępujący nie przedstawił w jaki sposób i co najważniejsze w jakiej wysokości ww. elementy miały wpływ na cenę ofertową. Wyjaśnienia takie, zdaniem Izby, mogłyby posłużyć wykonawcy również w innych postępowaniach jako uniwersalna formuła dopasowana do każdego postępowania wyjaśniającego. Jednakże nie takie jest założenie omawianego przepisu (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp).

Przystępujący w swoich wyjaśnieniach wymienił wyjątkowo sprzyjające czynniki, które wpływają na konkurencyjność oferty (strona nr 4 wyjaśnień, pierwszy akapit), jednakże nie wykazał przełożenia tych czynników na cenę, pozostając jedynie na czynności ich wymienienia.

Przystępujący, co prawda do złożonych wyjaśnień załączył oferty od podwykonawców i dostawców, jednakże nadal stwierdzić należało, że co do zasady była to czynność prawidłowa, jednakże nie zostało wykazane, jaki miało to wpływ na realność przedstawionej ceny. Co istotne również, skoro u zamawiającego powstała wątpliwość co do wykonania przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie, wykonawca winien dokonać stosownych wyliczeń (np. w postaci kalkulacji), w których podałby zamawiającemu np. w jakiej wysokości przewidział ryzyko kontraktowe, czy też jaki zamierza osiągnąć zysk na kontrakcie.

W omawianym zakresie wskazać również należy na niekonsekwencję przystępującego, który w swoich wyjaśnieniach powołuje się na przynależność do grupy kapitałowej i rzekomo płynące z tej okoliczności korzyści. I tak w przypadku pozycji 2 wskazał podmiot Eurovia Kruszywa (członka grupy kapitałowej) - która jest właścicielem kilku kopalni, w tym kopalni kruszywa zlokalizowanej w pobliżu miejsca realizacji robót objętych niniejszym postępowaniem przetargowym, na okoliczność, że decyduje to o możliwości zakupu kruszywa w odpowiedniej klasie i po preferencyjnych cenach. Tym samym przystępujący powinien, skoro na taki element się powołuje, przedstawić ofertę tego członka grupy kapitałowej na dostawę kruszyw. Jednakże w tym przypadku przystępujący powołał ofertę na

dostawę kruszyw od innego wykonawcy firmy Agregado sp. z o.o., a tym samym wyjaśnienia nie korelują z przedłożonymi dowodami.

Z wyjaśnień złożonych zamawiającemu nie sposób ustalić ostatecznych kosztów, jakie poniesie wykonawca. W związku z tym brak jest również możliwości dodatkowego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, gdyż brak jest elementów kalkulacyjnych, które mogłyby takie procedury podlegać. Dodatkowe wzywianie wykonawcy przystępującego na obecnym etapie postępowania mogłoby prowadzić do wniosku, że wadliwość złożonych wyjaśnień konwalidowana byłaby na późniejszym etapie postępowania.

Za słuszne należy przyjąć stanowisko odwołującego, że nie można przyjąć wyjaśnienia przystępującego za prawidłowe i wystarczające, gdyż zostało sporządzone na dużym poziomie ogólności, jest wręcz lakoniczne. Wobec takiego założenia (z czym Izba się zgadza) badanie ceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny musiałoby się odbywać tylko na podstawie załączonych do wyjaśnień ofert, czyli zamawiający musiałby sam sobie wyliczyć i przyporządkować takie wyliczenia pod czynniki wpływające na konkurencyjność złożonej oferty przystępującego. Jednakże nie taki jest cel omawianego przepisu. To nie zamawiający ma wyliczać i się domyślać, ale wykonawca ma wyjaśnić i wykazać popierając swoje stanowisko odpowiednimi dowodami. W przedmiotowym postępowaniu przystępujący nie dokonał takiej czynności, wobec czego oferta przystępującego podlega odrzuceniu z uwagi na okoliczność, iż złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniły podanej w ofercie ceny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: