

**WYROK**

**z dnia 24 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 lipca 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **8 lipca 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Arriva Bus Transport Polska sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dowóz dzieci do szkół podstawowych na terenie Gminy Dobrcz w roku szkolnym 2020/2021* (nr postępowania BIS.271.8.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Dobrcz**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – odrzucenie oferty złożonej przez S. FRBUS Group sp. j. z siedzibą w Koronowie z uwagi na niewykazanie przez tego wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**
  - 1)** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2)** zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni

**Sygn. akt KIO 1551/20**

od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Toruniu**.

## Uzasadnienie

Gmina Dobrcz {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Dowóz dzieci do szkół podstawowych na terenie Gminy Dobrcz w roku szkolnym 2020/2021* (nr postępowania BIS.271.8.2020) .

Ogłoszenie o tym zamówieniu 5 czerwca 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 547804-N-2020.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

3 lipca 2020 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez S. FRBUS Group sp. j. z siedzibą w Koronowie {dalej również: „Frbus”}.

8 lipca 2020 r. Arriva Bus Transport Polska sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu {dalej „Odwołujący”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty Frbus.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Frbus, pomimo tego, że udzielone przez tego wykonawcę ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej nie uzasadniły jej realności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem odrzucenia oferty Frbus na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy pzp ze względu na rażąco niską cenę.
3. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował stawiany zarzut przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Z odwołania wynikają następujące okoliczności przebiegu badania ceny oferty Frbus:  
- oferta ta opiewa na 208.620,09 zł (cena jednego biletu 57 zł), a cena jest o 30,78% niższa od średniej arytmetycznej pozostałych ofert;

- pismem z 22 czerwca 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy pzp w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wezwał Frbud do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, przytaczając treść powyżej wskazanego przepisu, a także pouczając o brzmieniu art. 90 ust. 2 pzp;

- pismem z 22 czerwca 2020 r. Frbus udzielił kilkudzaniowych wyjaśnień, nieobejmujących kalkulacji ceny oferty ani jakichkolwiek dowodów czy choćby argumentów mających uprawdopodobnić prawidłową kalkulację ceny, w tym nie ustosunkowujących się do wszystkich elementów wezwania.

Odwołujący zarzucił, że cena oferty Frbus jest rażąco niska, gdyż znacząco odbiega od cen rynkowych tego typu usług i nie daje rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia.

Odwołujący podniósł, że według ugruntowanego w orzecznictwie i doktrynie stanowiska zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena (lub koszt) jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co znajduje odzwierciedlenie wprost w treści art. 90 ust. 2 ustawy pzp (tak m.in. wyrok Izby z 19 lipca 2029 r. sygn. akt 1272/19). Według Odwołującego już pobieżna analiza kilkudzaniowych „wyjaśnień” dowodzi, że Frbus nie podołał ciężącemu na nim obowiązki.

Odwołujący wywiódł, że art. 90 ust. 3 pzp może stanowić samodzielną podstawę odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji, gdy w wyniku wezwania zostały co prawda złożone wyjaśnienia, jak w przypadku Frbus, ale ich treść jest na tyle lakoniczna, że w zasadzie uniemożliwia Zamawiającemu ich merytoryczną ocenę. Sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania, nieoparte dowodami, niepozwalające na ustalenie czy cena została skalkulowana prawidłowo jest bowiem w zasadzie analogiczna do sytuacji wykonawcy, który zaniechał złożenia jakichkolwiek wyjaśnień.

Według Odwołującego pismo Frbus może być zakwalifikowane jako złożenie wyjaśnień, które jedynie pozornie stanowią wyjaśnienie ceny oferty, co potwierdza m.in. wyrok Izby z 20 maja 2010 r. sygn. akt KIO 730/10, w którym czytamy m.in. *W konsekwencji, oferta wykonawcy który nie złożył wyjaśnień, bądź złożył wyjaśnienia niewystarczające, powinna podlegać odrzuceniu, lecz nie w związku z konstatacją, że cena jest rażąco niska, ale na podstawie domniemania, wynikającego ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień.* W podobnym tonie wypowiedziała się Izba w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2031/14: *Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych,*

*przekonujących, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. Izba uznała, że odwołujący nie sprostął powinności nałożonej przez przepisy ustawy, zatem jego oferta podlega odrzuceniu. Zgodnie bowiem z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp. Ponadto w wyroku z 17 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 23/1 wskazano, co następuje. W istocie bierność po stronie zamawiającego i braki w wyjaśnieniach, skutkowały ostaniem się zarzutów w tym zakresie, ponieważ nie zaoferowano nie tylko dowodów, ale nawet przekonujących twierdzeń na okoliczność przeciwną – niezależnie od konkretnej wysokości nie wziętych pod uwagę kosztów, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, spółka niewątpliwie nie osiągnęłaby żadnego zysku z realizacji przedmiotowego zamówienia, a jest bardzo prawdopodobne, iż realizowałaby je ze stratą. Za wciąż aktualnym zdaniem Odwołującego wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 powtórzył on, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.*

W ocenie Odwołującego nieprzekonujące są niepoparte żadnymi dowodami czy choćby argumentami twierdzenia o tym, że wpływ na zaoferowaną cenę mają niższe koszty ubezpieczeń czy kredytów i leasingów. Nie wykazano w jaki sposób i przede wszystkim w jakim zakresie na cenę ofertową wpływają ograniczenia co do wieku pojazdów.

Odwołujący dodał, że Frbus nie podjął nawet próby wykazania, że realizując zamówienie osiągnie choćby minimalny zysk. Jego twierdzenie, że *Podane ceny pokrywają wszystkie koszty, a także zawierają rozsądny zysk* należy uznać za bez pokrycia.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że za niedopuszczalną praktykę należy uznać samodzielne weryfikowanie przez Zamawiającego zgodności danych wskazanych w ofercie czy wyjaśnieniach z realiami rynkowymi przy braku złożenia stosownych dowodów przez wykonawcę. gdyż zamawiający mogą oceniać wiarygodność ceny i przedłożonych wyjaśnień wyłącznie w oparciu o argumentację i dowody, jakie przedstawione zostały im przez wykonawców w toku postępowania wyjaśniającego. M. in. w wyroku z 10 lipca 2019 r. sygn. akt 1272/19 Izba orzekła: *Zamawiający nie może wyręczać wykonawcy w przedstawianiu okoliczności uzasadniających realność zaoferowanej ceny w sytuacji gdy wyjaśnienia nie są kompleksowe i nie odpowiadają wymogom określonym przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień. Samodzielne weryfikowanie przez Zamawiającego zgodności danych wskazanych w wyjaśnieniach z realiami rynkowymi przy braku złożenia stosownych*

*dowodów przez Przystępującego może budzić wątpliwości chociażby z punktu widzenia zasady równego traktowania wykonawców i może być uznane za próbę uwiarygodnienia, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w obliczu złożenia niekompletnych wyjaśnień przez samego Przystępującego. Mając na względzie założenia wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający jest zobligowany do dokonania rzetelnej i obiektywnej oceny wyjaśnień wykonawców w przedmiocie rażąco niskiej ceny, przyjęcie zaś przez Zamawiającego za prawidłowe wyjaśnień, które są niepełne, stanowi naruszenie art. 90 ust 3 ustawy Pzp.*

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że w toku postępowania odwoławczego Frbud nie będzie mógł już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone Zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione (vide: wyrok Izby z 23 maja 2019 r. sygn. akt KIO 815/19). Izba nie jest bowiem gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ,a w toku postępowania odwoławczego weryfikuje prawidłowość podjętych przez Zamawiającego decyzji.

Wreszcie Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym przypadku nie można wystosować do wykonawcy Frbus ponownego wezwania. Ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień jest bowiem niedopuszczalne, gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami (vide: KIO 2025/14), tak jak to miało również miejsce w tym przypadku.

Odwołujący w pełni podzielił pogląd wyrażony w wyrokach z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 ora z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, w myśl których ponowienie wezwania nie może stanowić ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Również w doktrynie ugruntował się zbieżny pogląd. *Powtórzenie wezwania do udzielenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających konieczność uszczegółowienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Dla przykładu, uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 lub 1a PrZamPubl może być np. konieczność uszczegółowienia czy też rozwinięcia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze*

*wezwanie, które zostało przez zamawiającego sformułowane w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu komentowanego przepisu. Mogą również zdarzyć się sytuacje, kiedy bardziej szczegółowe wyjaśnienia okażą się konieczne także w przypadku wezwania szczegółowego. Każdorazowo jednak potrzeba ponownego wezwania musi wynikać z okoliczności obiektywnych, przy czym istotne jest, aby wyjaśnienia wykonawcy były rzetelne w zakresie wymaganym w pierwszym wezwaniu. Ponowne wezwanie nie będzie zatem uprawnione, jeżeli wyjaśnienia będą niekompletne, lakoniczne, niezawierające odpowiedzi na wszystkie stawiane przez zamawiającego w wezwaniu pytania. W takiej sytuacji doszłoby bowiem do niedopuszczalnego i naruszającego zasadę równego traktowania wykonawców przywrócenia terminu do złożenia wyjaśnień, które powinny być złożone już na pierwsze wezwanie zamawiającego [Komentarz do art. 90 pzp pod red. Jaworskiej, 2020, wyd. 11/A. Matusiak, Legalis).*

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 20 lipca 2020 r. wniósł o jego oddalenie w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający podał, że:

- 29 maja 2020 r. zgodnie z art. 32 ustawy, która wynosi 235.820,16 zł netto, tj. 55.236,26 euro, a powiększona o podatek VAT (8%), wynosi dla tego zamówienia publicznego 254.685,77 zł brutto;
- w zostały złożone trzy oferty: 1) Frbus z ceną 208.628,78 zł, 2) Odwołującego z ceną 248.314,90 zł oraz 3) Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Bydgoszczy sp. z o.o. z ceną 446.666,40 zł;
- cena najniższej oferty jest o 18,08 % niższa od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT i o 30,78 % niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu;
- Zamawiający był zobowiązany do zwrócenia się do Frbus o złożenie wyjaśnień, gdyż obowiązek taki wynika wprost z treści art. 90 ust. 1a pkt 1, zgodnie z którym w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 pzp lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień.
- w treści pisma z 22 czerwca 2020 r. Frbus wyjaśnił, że zaoferowana cena wykonania zamówienia nie jest rażąco niska, gdyż: jest zbliżona do cen przedstawianych przez przystępującego w poprzednich latach; zniesiono ograniczenia co do wieku pojazdów zdecydowanie wpływa na obniżenie kosztów stałych takich jak kredyty lub leasingi na pojazdy, a wykazane autobusy są własnością firmy; niższe są koszty ubezpieczeń; niższe są

koszty zakupu paliw (cena na dziś 4,08 zł za 1 litr, cena sprzed roku 5,45 zł za litr) .

W ocenie Zamawiającego powyższe wyjaśnienia są wystarczające.

Zamawiający przytoczył treść art. 90 ust. 3 pzp i powołał się na orzecznictwo Izby jako wskazujące, że automatyczne przyjmowanie wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne.

Zamawiający wywiódł, że samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie pzp nie jest zdefiniowane, a za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, Izby oraz doktryną przyjmuje się, że za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 28.04.2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08 ). W wyroku z 28.03.2013 r. sygn. akt KIO 592/13 Izba przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne. O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (wyrok KIO 1562/11).

Zamawiający przywołał również wyrok Izby sygn. akt 750/16, w którym wskazano, że do wyjaśnień nie muszą być złożone „materialne” dowody czy też jakiegokolwiek wyliczenia. Wykonawca powinien udowodnić, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Izba stwierdziła, że posiadanie wcześniejszych doświadczeń w realizacji zamówień o podobnym charakterze może przełożyć się na cenę oferty z uwagi na znajomość specyfikacji.

Zamawiający poinformował Izbę, że 9 lipca 2020 r. przekazał kopię odwołania drogą elektroniczną pozostałym wykonawcom.

14 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Frbus przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższego zgłoszenia z przekroczeniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania w tym terminie kopii zgłoszenia Stronom (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp), który upłynął w tym przypadku 13 lipca 2020 r. – Izba stwierdziła nieskuteczność powyższego przystąpienia, a w konsekwencji nie dopuściła Frbus do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.



Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, a w imieniu Zamawiającego nikt się nie stawił.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty Frbus, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

W odwołaniu (lub załącznikach do niego) oraz w odpowiedzi na odwołanie (w odniesieniu do pełnej treści wyjaśnień złożonych przez Frbus) adekwatnie przywołano okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu badania przez Zamawiającego, czy oferta Frbus nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dodać należy, że dopiero w toku postępowania odwoławczego Frbus przedstawił kalkulację ceny oferty, którą mógł i powinien zamieścić jako kluczowy element wyjaśnień składanych Zamawiającemu.

W treści wezwania z 22 czerwca 2020 r. Zamawiający jednoznacznie wskazał bowiem, że cena oferty wydaje mu się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i

budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez niego lub wynikającymi z odrębnych przepisów wymaganiami. Przy czym Zamawiający pouczył, że zgodnie z art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy, czyli na Frbus.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie przedstawił żadnych okoliczności odnośnie tego, na jakiej podstawie faktycznej i w jaki sposób, pomimo takiej treści wezwania, zweryfikował pozytywnie wyjaśnienia Frbus jako wystarczające, choć nie zawierają one żadnych informacji pozwalających na odtworzenie sposobu skalkulowania ceny oferty tego wykonawcy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący zasadnie domaga się odrzucenia oferty Frbus na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 pzp, gdyż w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach złożonych w trybie 90 ust. 1 i 2 pzp wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo że to na nim spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX

Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzygnięciu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej

wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W tej sprawie poza wszelkim sporem jest okoliczność, że cena oferty Frbus odbiega od średniej arytmetycznej ceny ofert więcej niż 30%, a jednocześnie Zamawiający nie stwierdził, że wynika to z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, co czyniło koniecznym wezwanie do wyjaśnienia w trybie powyżej przywołanych przepisów, a na Frbus nakładało obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2). Należy wziąć jednak pod uwagę, że z powyżej przywołanego art. 90 ust. 2 pzp wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego nie mogą być brane pod uwagę.

Ponadto skoro według z art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności lub zaniechań zamawiającego, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu pozwalały na akceptację ceny oferty.

Wreszcie zauważyć należy, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}. Oczywiście jest zatem, że odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako

zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, może odnosić się wyłącznie do okoliczności, które wynikają z treści badanej oferty i wyjaśnień wraz z dowodami, które zostały złożone na wezwanie zamawiającego.

Z powyższych względów Izba nie mogła wziąć pod uwagę znaczącego rozszerzenia okoliczności dotyczących ceny oferty Frbus, które Odwołujący wskazał dopiero na rozprawie, co jednak w tym przypadku nie miało znaczenia dla wyniku sprawy z uwagi na trafnie zaskarżoną czynność Zamawiającego z uwagi na niewystarczającą treść złożonych mu przez Frbus wyjaśnień.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Należy podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 pzp obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 90 ust. 2 pzp, konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny {por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydane: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)}. Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 wskazał ponadto, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że przy badaniu prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień za właściwy punkt odniesienia należało przyjąć wyłącznie treść złożonych mu wyjaśnień., gdyż pierwsze wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 pzp wszczęło procedurę, w której Frbus obciążony został ciężarem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, a złożenie wyjaśnień niepotwierdzających tej okoliczności skutkować powinno obowiązkiem odrzucenia oferty przez Zamawiającego, bez stwarzania Frbus kolejnych możliwości złożenia bardziej szczegółowych czy też lepiej udokumentowanych wyjaśnień. Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może

dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis – zgodnie z § 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 (t.j. z 2018 r. Dz. U. poz. 972). Ponadto kosztami postępowania odwoławczego obciążono Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania.